Suivi de l'inspection «Loi sur le personnel de la Confédération: pilotage de la politique du personnel et atteinte des objectifs»

Rapport de la Commission de gestion du Conseil national

du 25 novembre 2011

Table des matières

Liste des abréviations **3851**

1 Introduction **3852**

2 Appréciation de l'avancement de la mise en œuvre des recommandations de la CdG-N **3852**

2.1 Avis du Conseil fédéral du 21 avril 2010 3852

2.2 Stratégie du Conseil fédéral de mise en œuvre de la loi sur le personnel de la Confédération/définition de valeurs de référence et d'indicateurs *(recommandation 1)* 3853

2.3 Intégration de la stratégie relative à la politique du personnel dans la stratégie générale du Conseil fédéral *(recommandation 2)* 3854

2.4 Association des partenaires sociaux *(recommandation 3)* 3855

2.5 Compte-rendu annuel à l'Assemblée fédérale sur les mesures prises par le Conseil fédéral *(recommandation 4)* 3855

2.6 Analyse des processus et des prestations/ centralisation de la politique du personnel *(recommandation 5)* 3856

2.7 Position de la Conférence des ressources humaines *(recommandation 6)* 3857

3 Horaire de travail fondé sur la confiance **3857**

3.1 Introduction de l'horaire de travail fondé sur la confiance au sein de l'administration fédérale 3857

3.2 Réglementation de l'horaire de travail fondé sur la confiance pour le personnel de la Confédération 3857

3.3 Exemplarité de la politique du personnel de la Confédération: attentes et réalités dans le domaine de l'horaire de travail fondé sur la confiance 3858

3.3.1 Avis de droit du professeur Thomas Geiser 3858

3.3.2 Pratique des départements et de la Chancellerie fédérale 3861

3.4 Appréciation de la CdG-N 3864

3.5 Recommandations et mesures 3866

4 Intérêts des cadres de la Confédération **3867**

5 Conclusion et suite des travaux **3868**

Annexes 1 à 3:

Avis de droit relatif à l'horaire de travail fondé sur la confiance dans l'administration fédérale rédigé à l'attention de la CdG-N de l'Assemblée fédérale 3869

Suivi de l'inspection «Loi sur le personnel de la Confédération: pilotage de la politique du personnel et atteinte des objectifs» 3890

Prise de position sur les objections soulevées par le DFF au sujet du projet de rapport relatif à l'HTC 3891

Liste des abréviations

CdG	Commissions de gestion
CdG-N	Commission de gestion du Conseil national
CO	Loi fédérale du 3 mars 1911 complétant le code civil suisse (livre cinquième: Droit des obligations; RS *220*)
CPA	Contrôle parlementaire de l'administration
CRH	Conférence des ressources humaines
DFAE	Département fédéral des affaires étrangères
DFF	Département fédéral des finances
FF	Feuille fédérale
HTC	Horaire de travail fondé sur la confiance
LPers	Loi du 24 mars 2000 sur le personnel de la Confédération (RS *172.220.1*)
LTr	Loi fédérale du 13 mars 1964 sur le travail dans l'industrie, l'artisanat et le commerce (loi sur le travail; RS *822.11*)
OFPER	Office fédéral du personnel
O-OPers	Ordonnance du DFF du 6 décembre 2001 concernant l'ordonnance sur le personnel de la Confédération (RS *172.220.111.31*)
O-OPers-DFAE	Ordonnance du DFAE du 20 septembre 2002 concernant l'ordonnance sur le personnel de la Confédération (RS *172.220.111.343.3*)
OPers	Ordonnance du 3 juillet 2001 sur le personnel de la Confédération (RS *172.220.111.3*)

Rapport

1 Introduction

Le 23 octobre 2009, la Commission de gestion du Conseil national (CdG-N) a achevé son inspection intitulée « Loi sur le personnel de la Confédération :pilotage de la politique du personnel et atteinte des objectifs »[1]. Dans ce rapport, la CdG-N a adressé six recommandations au Conseil fédéral. Le 21 avril 2010, ce dernier a pris position sur le rapport, sur les recommandations de la commission et sur l'évaluation du Contrôle parlementaire de l'administration (CPA)[2].

La CdG-N a examiné l'avis du Conseil fédéral en 2010 et, eu égard aux travaux et aux développements en cours dans le domaine de la politique du personnel de la Confédération, a décidé de procéder à un suivi d'inspection en 2011. A cette occasion, la CdG-N a étendu ses travaux à deux aspects supplémentaires, à savoir au modèle de travail fondé sur la confiance et à la représentation des intérêts des cadres dans la politique du personnel de la Confédération. Elle a commandé un avis de droit sur le premier de ces deux aspects au professeur Thomas Geiser de l'Université de Saint-Gall[3]. Le deuxième thème a été approfondi à l'occasion de différentes auditions menées par la CdG-N.

Le présent rapport porte sur l'avis du Conseil fédéral du 21 avril 2010 sur l'avancement de la mise en œuvre des recommandations de la CdG-N et sur les deux aspects supplémentaires associés à ses travaux. Il met un terme au suivi de son inspection. Le rapport a été soumis pour consultation au DFF ainsi qu'aux responsables des ressources humaines des départements et de la Chancellerie[4].

2 Appréciation de l'avancement de la mise en œuvre des recommandations de la CdG-N

2.1 Avis du Conseil fédéral du 21 avril 2010

La CdG-N a examiné l'avis du Conseil fédéral du 21 avril 2010 relatif à l'inspection faisant l'objet du présent rapport dans le courant de l'été 2010. Elle a pris acte du fait que le Conseil fédéral partageait ses constatations et était disposé à mettre toutes ses recommandations en œuvre. Ses travaux lui ont également permis de constater

1 Loi sur le personnel de la Confédération: pilotage de la politique du personnel et atteinte des objectifs, rapport de la CdG-N du 23.10.2009; Evaluation du pilotage de la politique du personnel de la Confédération, rapport de synthèse du CPA à l'attention de la CdG-N du 17.6.2009 (annexe au rapport de la CdG-N) (FF **2010** 2629)

2 Loi sur le personnel de la Confédération: pilotage de la politique du personnel et atteinte des objectifs, avis du Conseil fédéral du 21.4.2010 sur le rapport de la CdG-N du 23.10.2009 (FF **2010** 2671)

3 Voir annexe

4 A ce stade de la procédure, la consultation a pour but d'identifier d'éventuelles fautes matérielles et/ou formelles dans le projet de rapport, ainsi que de déterminer si des intérêts justifiés vont à l'encontre d'une publication. La prise de position du DFF du 9.11.2011 se trouve à l'annexe 2. L'avis du prof. Thomas Geiser à ce sujet se trouve à l'annexe 3.

que le Conseil fédéral et les unités administratives concernées avaient déjà pris certaines mesures.

La CdG-N a notamment constaté avec satisfaction que, conformément à ce qu'elle avait demandé, le Conseil fédéral avait accepté de renoncer à réviser les dispositions légales concernées jusqu'à ce qu'il ait défini une stratégie fédérale relative au personnel.

D'une manière générale, la CdG-N a noté que, dans son avis, le Conseil fédéral avait souligné son intention de mettre en œuvre toutes les recommandations contenues dans le rapport d'inspection de 2009 et considérait certaines d'entre elles comme déjà mises en œuvre. Étant donné que le Conseil fédéral prévoyait d'adopter sa stratégie relative au personnel à la fin de 2010, la CdG-N a décidé de procéder à l'habituel suivi d'inspection au début de 2011 et a invité le Conseil fédéral à l'informer avant la fin janvier de la même année au sujet de l'avancement de la mise en œuvre de ses recommandations.

2.2 Stratégie du Conseil fédéral de mise en œuvre de la loi sur le personnel de la Confédération/définition de valeurs de référence et d'indicateurs *(recommandation 1)*

Le 10 décembre 2010, le Conseil fédéral a approuvé la stratégie concernant le personnel de l'administration fédérale pour les années 2011 à 2015. Cette stratégie définit également des valeurs de référence et des indicateurs permettant de mesurer le degré de réalisation des objectifs. Le Conseil fédéral a fixé ces valeurs de référence le 22 juin 2011.

Par sa nature même, une stratégie contient des déclarations fondamentales qui doivent être concrétisées pour être mises en œuvre. Le Conseil fédéral a adopté le concept de mise en œuvre, assorti d'un calendrier des travaux, le 6 juillet 2011.

La CdG-N constate qu'en approuvant la stratégie concernant le personnel de l'administration fédérale et en fixant le programme de mise en œuvre, les valeurs de référence et les indicateurs, le Conseil fédéral a franchi une étape importante qui lui permettra d'assumer sa responsabilité dans ce domaine. En conciliant exigences en matière de centralisation et besoins en matière de délégation, ces mesures constituent des jalons importants pour une gestion centralisée de la politique du personnel.

Même si la CdG-N reconnaît que dans certains domaines des solutions décentralisées et spécifiques peuvent faire sens, elle estime que la politique du personnel de la Confédération doit être conduite de manière centralisée, du moins pour ce qui est de ses principes fondamentaux. Certains éléments problématiques, tels que la décentralisation de la formation continue, qui a été annulée en 2010, ont été dans l'intervalle résolus.

La CdG-N est d'avis que la stratégie du Conseil fédéral concernant le personnel peut servir de ligne directrice à la mise en œuvre de la loi sur le personnel de la Confédération[5]. L'utilité concrète d'une telle stratégie est toutefois subordonnée à la définition de valeurs de référence et d'un programme de mise en œuvre de qualité. En ce

5 Loi du 24.3.2000 sur le personnel de la Confédération (LPers; RS **172.220.1**)

qui concerne les valeurs de référence fixées par le Conseil fédéral en juin 2011, la CdG-N estime que, vu l'art. 4 de la LPers, celles-ci doivent être complètes et détaillées et déployer des effets sur les acteurs responsables de sa mise en œuvre.

Le regard que la CdG-N porte sur l'évaluation du programme de mise en œuvre est plus critique que celui qu'elle porte sur la stratégie en matière de personnel. Une bonne partie des mesures qui constituent le programme de mise en œuvre sont, à l'instar de la stratégie, formulées de manière très générale. Pour la CdG-N, cela est révélateur du fait que, dans plusieurs domaines, l'Office fédéral du personnel (OFPER) et les départements ne sont pas parvenus à se mettre d'accord sur des mesures suffisamment concrètes. La CdG-N estime qu'il est important que le Conseil fédéral assume son rôle de conduite en la matière et qu'il poursuive, le plus rapidement possible, la concrétisation du programme de mise en œuvre et, partant, de sa stratégie.

Cela étant, malgré les critiques, la CdG-N reconnaît que, eu égard aux ressources disponibles, l'OFPER et les services du personnel des départements et de la Chancellerie fédérale ont accompli un travail considérable. Les services concernés ont identifié les contextes actuel et futur qui ont servi de base lors de l'élaboration de la stratégie.

Aux yeux de la CdG-N, la recommandation 1 n'a, à ce jour, été que partiellement mise en œuvre. Elle estime en effet que ce n'est qu'à partir du moment où les éléments encore trop généraux du programme de mise en œuvre auront été rendus plus concrets et déploieront leurs effets qu'il sera possible de considérer que l'objectif fondamental de la recommandation 1 aura été atteint. Les CdG continueront d'accorder une attention toute particulière à la mise au point des mesures concrètes lors de l'examen annuel des rapports sur le personnel.

2.3 Intégration de la stratégie relative à la politique du personnel dans la stratégie générale du Conseil fédéral *(recommandation 2)*

La recommandation 2 de la CdG-N invitait le Conseil fédéral à inscrire la stratégie relative à la politique du personnel de la Confédération dans la stratégie générale d'accomplissement des tâches du Conseil fédéral. Dans son avis, le Conseil fédéral a assuré qu'il tiendrait compte des priorités et des objectifs définis dans la stratégie relative à la politique du personnel lors de l'établissement des stratégies générales, notamment la planification de la législature, la planification financière et la planification annuelle.

La CdG-N se félicite de cette assurance donnée par le Conseil fédéral et se réjouit de constater qu'il l'a par ailleurs déjà partiellement mise en œuvre au moyen de l'objectif 3 qu'il s'était fixé pour l'année 2011. Toutefois, la recommandation 2 de la CdG-N avait également pour but d'améliorer le lien entre la politique du personnel et les stratégies supérieures qui guident le Conseil fédéral dans la réalisation de ses tâches, autrement dit de renforcer la connexion entre, d'une part, le pilotage de l'exécution des tâches et les priorités fixées par le Conseil fédéral et les départements et, d'autre part, l'ordre de priorités d'affectation des ressources et l'optimisation des conditions générales régissant la politique du personnel.

Dans ce domaine, il y a des convergences avec l'objectif du Conseil fédéral qui veut mettre l'accent sur la planification des besoins et des coûts en personnel (section 3.2 de la stratégie concernant le personnel de l'administration fédérale pour les années 2011 à 2015). La CdG-N estime que cette planification des besoins et des coûts en personnel est de nature à faciliter la connexion à l'échelon stratégique entre l'exécution des tâches et les ressources en personnel mentionnée ci-dessus.

La CdG-N suivra également la mise en œuvre de la recommandation 2 dans le cadre de ses activités habituelles relevant de l'exercice de la haute surveillance parlementaire.

2.4 Association des partenaires sociaux *(recommandation 3)*

La CdG-N invitait le Conseil fédéral dans sa recommandation 3 à associer les partenaires sociaux à l'élaboration de la stratégie concernant le personnel, conformément à l'art. 33 LPers.

Lorsqu'elle a entendu la directrice de l'OFPER, la commission a pu se convaincre que sa recommandation avait été prise en compte. Dans le cadre du suivi, elle a également pu se féliciter de l'importance accrue que la nouvelle cheffe du Département fédéral des finances (DFF) accorde au partenariat social.

Sachant que le programme de mise en œuvre de la stratégie relative à la politique du personnel doit encore être notablement précisé, la CdG-N invite le Conseil fédéral à veiller à ce que les partenaires sociaux continuent à y être suffisamment associés. Lors de l'examen annuel des rapports du Conseil fédéral sur le personnel, la CdG-N s'informera également au sujet de la collaboration avec les partenaires sociaux.

2.5 Compte-rendu annuel à l'Assemblée fédérale sur les mesures prises par le Conseil fédéral *(recommandation 4)*

Avant la fin de l'inspection, le Conseil fédéral se bornait en général à prendre acte du rapport annuel concernant la politique du personnel de la Confédération établi à son attention et à celle de l'Assemblée fédérale. La CdG-N ne pouvait donc savoir si le Conseil fédéral avait pris des mesures, et si oui lesquelles, pour donner suite à ce rapport.

Le 27 janvier 2010, le Conseil fédéral et les commissions de surveillance des Chambres fédérales ont reconduit l'accord concernant le rapport sur la gestion du personnel. A cette occasion, le Conseil fédéral s'est engagé à procéder à une appréciation globale de la politique du personnel dans le cadre dudit rapport. Depuis lors, cet accord est respecté. Les CdG examinent dorénavant le rapport sur la gestion du personnel en présence du ou de la chef(fe) du DFF. La recommandation 4 de la CdG-N a donc été mise en œuvre.

2.6 Analyse des processus et des prestations/ centralisation de la politique du personnel *(recommandation 5)*

Il est ressorti de l'évaluation du CPA du 17 juin 2009[6], sur laquelle la CdG-N a basé son appréciation, qu'il existait un flou dans la répartition des compétences entre les différents échelons hiérarchiques et un manque de cohérence dans la mise en œuvre faisant varier du tout au tout la manière dont les départements répartissent en interne les tâches et les responsabilités. Autrement dit, des tâches identiques étaient prises en charge à des niveaux hiérarchiques différents d'un département à l'autre, sans que, jusque-là, ces choix se fondent sur une analyse de l'efficacité des processus et des prestations.

Ces constatations avaient conduit la CdG-N à inviter le Conseil fédéral, dans sa recommandation 5, à intégrer une analyse de l'efficacité des processus et des prestations à l'élaboration de sa stratégie de mise en œuvre de la loi sur le personnel de la Confédération, afin d'organiser les processus relevant de la politique du personnel au niveau hiérarchique qui convient. Dans cette même recommandation, la commission avait également appelé le Conseil fédéral à renforcer le rôle et la position de l'OFPER pour assurer un pilotage centralisé de la politique du personnel de la Confédération.

Dans son avis du 21 avril 2011, le Conseil fédéral a indiqué d'une part que les tâches, les compétences et les responsabilités dans le domaine du personnel avaient été passées au crible et que leur attribution avait été redéfinie dans le cadre de la réforme de l'administration fédérale 05/07 et, d'autre part, qu'une évaluation effectuée par le DFF en automne 2009 avait confirmé que les décisions correspondantes étaient appliquées. Il a en outre précisé que l'une des tâches permanentes des départements consiste à contrôler – et si nécessaire à optimiser – les tâches et les processus relatifs au personnel de la Confédération, en collaboration avec l'OFPER, et qu'il en va de même en ce qui concerne l'élaboration et la mise en œuvre de la stratégie en matière de personnel.

Ces explications ne parviennent pas à satisfaire la CdG-N pour plusieurs raisons. Ainsi, la mise en œuvre de la réforme de l'administration fédérale dans ce domaine a eu lieu de novembre 2006 à fin 2008. Elle avait donc déjà été prise en compte par l'évaluation du CPA. Par ailleurs, l'évaluation du DFF mentionnée dans l'avis du Conseil fédéral précise notamment que les tâches, les compétences et les responsabilités de l'OFPER au sens de la réforme de l'administration fédérale 05/07 ont été clarifiées et adoptées. Dans son évaluation, le DFF a également relevé que l'organisation de l'OFPER était judicieuse et adéquate et répondait aux exigences de tous les processus relevant du domaine des ressources humaines.

En revanche, force est de constater que cette évaluation n'a pas traité les lacunes relevées par la CdG-N dans la répartition des compétences entre les différents échelons hiérarchiques au sein des départements et qu'elle n'a pas non plus porté sur la question du renforcement du rôle et de la position de l'OFPER sous l'angle de la centralisation de la politique du personnel.

6 Voir note de bas de page 1

A la suite de ces constatations, la CdG-N n'a d'autre choix que de considérer que sa recommandation 5 n'a, dans une large mesure, pas encore été mise en œuvre.

2.7 Position de la Conférence des ressources humaines *(recommandation 6)*

Dans son avis, le Conseil fédéral se déclare d'accord avec la CdG-N et estime lui aussi nécessaire de renforcer la position de la Conférence des ressources humaines (CRH) dans la politique du personnel de la Confédération. Cela étant, le Conseil fédéral ne s'est pas prononcé sur la question du réexamen de la position de la CRH. La CdG-N estime néanmoins que la volonté de renforcer la position de la CRH conduit le Conseil fédéral à mettre en œuvre sa recommandation 6. C'est donc à juste raison que le Conseil fédéral a associé la CRH à l'élaboration de sa stratégie en matière de personnel et du programme de mise en œuvre correspondant.

3 Horaire de travail fondé sur la confiance

3.1 Introduction de l'horaire de travail fondé sur la confiance au sein de l'administration fédérale

Le modèle de l'horaire de travail fondé sur la confiance (HTC) a été testé en tant que projet pilote auprès de certaines unités administratives en 2001, avant d'être étendu à l'ensemble des unités de l'administration fédérale. Ce modèle n'a toutefois été largement appliqué qu'à partir du moment où le chef du DFF de l'époque avait considéré qu'il constituait une bonne réponse au risque financier découlant des soldes horaires positifs, dans certains cas très importants, des cadres de la Confédération (vacances et heures supplémentaires). Dès lors et très rapidement, le Conseil fédéral a, par voie d'ordonnance, rendu obligatoire l'HTC pour tous les cadres supérieurs (à partir de la classe de salaire 30) et autorisé les cadres intermédiaires (classes de salaire 24 à 29) à l'appliquer en accord avec leur supérieur hiérarchique[7].

3.2 Réglementation de l'horaire de travail fondé sur la confiance pour le personnel de la Confédération

Les modalités de l'HTC sont précisées à l'art. 64a OPers, qui dispose que les employés qui l'appliquent ne sont pas tenus d'enregistrer leur temps de travail et ne peuvent compenser ni les heures d'appoint, ni les heures supplémentaires, ni le solde positif de l'horaire mobile. Cette disposition de l'ordonnance octroie aux employés qui appliquent le modèle de l'HTC une compensation annuelle sous la forme d'une indemnité en espèces représentant 5 % du salaire annuel et leur donne, à titre exceptionnel et avec l'accord du supérieur hiérarchique, la possibilité de la remplacer par dix jours de compensation ou par une bonification de 100 heures sur un compte pour congé sabbatique. D'autres dispositions juridiques plus générales s'appliquent

7 Art. 64*a* de l'ordonnance du 3.7.2001 sur le personnel de la Confédération (OPers; RS **172.220.111.3**)

également au modèle de l'HTC en vigueur pour le personnel de la Confédération. Elles seront abordées plus bas dans ce rapport.

Le Conseil fédéral et l'OFPER n'ont présenté le modèle de l'HTC en vigueur depuis le 1er janvier 2009 aux employés concernés que de manière superficielle. L'introduction de la modification a été expliquée dans un communiqué de presse que le Conseil fédéral a publié le 5 décembre 2008. En ce qui concerne la révision correspondante de l'OPers, l'OFPER a rédigé des explications à ce sujet à l'attention du Conseil fédéral. Ces explications mettaient essentiellement l'accent sur la réduction des soldes horaires positifs des employés de la Confédération et sur les aspects financiers y relatifs.

3.3 Exemplarité de la politique du personnel de la Confédération: attentes et réalités dans le domaine de l'horaire de travail fondé sur la confiance

3.3.1 Avis de droit du professeur Thomas Geiser

L'art. 4 de la loi sur le personnel de la Confédération définit des objectifs modernes qui font de la politique du personnel de la Confédération une politique progressiste et exemplaire. Le message du Conseil fédéral du 14 décembre 1998 concernant la LPers mentionne déjà que, «en tant qu'employeur, la Confédération se fixe aussi comme objectif d'assumer une certaine fonction de modèle pour la société»[8]. A juste raison, cette intention se reflète dans la vision du Conseil fédéral qui souligne que l'administration fédérale en tant qu'employeur fait preuve d'une attitude exemplaire fondée sur des normes éthiques élevées[9]. Pour la CdG-N, l'administration de la Confédération doit par conséquent se comporter de manière exemplaire en matière de protection des travailleurs.

Cela est d'autant plus important que les cantons prennent pour modèle de leurs propres dispositions légales régissant le personnel, au moins partiellement, celles qui sont en vigueur pour l'administration fédérale, en particulier lorsqu'il s'agit de l'introduction de nouveaux instruments tels que l'HTC[10].

8 FF **1999** 1431

9 Stratégie concernant le personnel de l'administration fédérale pour les années 2011 à 2015, p. 9

10 Voir, par ex., le rapport final de la Commission de haute surveillance du canton de Berne du 2.11.2010 «Soldes horaires des cadres de l'administration cantonale – éclaircissements de la Commission de haute surveillance» établi à l'attention du Grand Conseil, et le communiqué de presse correspondant du Conseil-exécutif du canton de Berne du 8.11.2010 «Réaction du Conseil-exécutif au rapport sur les soldes horaires de la Commission de haute surveillance – L'étude fournit une base objective au débat»

Dans un tel contexte et eu égard aux dispositions de l'art. 64*a* OPers[11] – au premier abord plutôt restreintes – qui régissent l'HTC, et à la volonté du Conseil fédéral d'adapter le droit régissant le personnel de la Confédération au régime en vigueur dans le secteur privé, la CdG-N a chargé un expert du droit du travail, le professeur Thomas Geiser de l'Université de Saint-Gall, de répondre aux questions ci-après.

1. Par rapport aux dispositions de droit privé, et plus particulièrement à celles de la loi sur le travail, les dispositions actuelles du modèle de l'HTC appliqué dans l'administration fédérale offrent-elles un niveau de protection équivalent?
2. A la lumière de l'art. 17 LPers[12], quel jugement portez-vous sur le modèle de l'HTC?

L'avis de droit du 7 juin 2011 contribue à clarifier la situation juridique et son auteur y présente d'importantes constatations, raison pour laquelle ce document est annexé au présent rapport. Seules sont mentionnées ci-après les constatations principales, par ailleurs partiellement applicables à d'autres modèles d'horaire de travail de la Confédération.

– Les différentes dispositions d'application et les nombreux renvois rendent la situation juridique très complexe, en particulier en ce qui concerne l'HTC de la Confédération.
– En règle générale, les rapports de travail des cadres de la Confédération sont réglés par un contrat de droit public. Par conséquent, chaque modification, telle que l'application de l'HTC, nécessite l'accord des deux parties.

11 Art. 64*a* Horaire de travail fondé sur la confiance (art. 17 LPers)
[1] Les employés appliquant l'HTC ne doivent pas enregistrer leur temps de travail. Ils ne peuvent pas compenser les heures d'appoint, les heures supplémentaires ou le solde positif de l'horaire mobile.
[2] L'HTC est obligatoire pour les employés rangés dans les classes de salaire 30 à 38.
[3] Les employés rangés dans les classes de salaire 24 à 29 peuvent, en accord avec leur supérieur hiérarchique, appliquer l'HTC.
[4] Les employés exerçant l'une des fonctions mentionnées à l'art. 34, al. 2, ne peuvent pas appliquer l'HTC.
[5] Les employés appliquant l'HTC reçoivent une compensation annuelle sous la forme d'une indemnité en espèces représentant 5 % du salaire annuel, qui remplace la compensation des heures d'appoint, des heures supplémentaires ou du solde positif de l'horaire mobile. L'indemnité en espèces peut, à titre exceptionnel et en accord avec le supérieur hiérarchique, être remplacée par 10 jours de compensation ou par une bonification de 100 heures sur un compte pour congé sabbatique.
[6] Les jours de compensation doivent être pris durant l'année où naît le droit à ces jours. S'ils ne peuvent l'être pour cause de maladie, d'accident ou de maternité, ils sont pris l'année suivante. S'ils ne sont pas pris pour d'autres raisons, ils sont perdus sans donner droit à un dédommagement.

12 Art. 17 Temps de travail, vacances et congés
[1] Les dispositions d'exécution régissent le temps de travail ainsi que les vacances et les congés; elles réglementent également le volume et la compensation des heures d'appoint et des heures supplémentaires.
[2] Le Conseil fédéral fixe le nombre maximum d'heures de travail ordinaire, le nombre minimum de jours de vacances et la durée du congé de maternité.

– En raison de la délégation de compétences du législateur, la détermination de la durée maximale du temps de travail est du seul ressort du Conseil fédéral, qui la règle par voie d'ordonnance (OPers) ou délègue à son tour certaines compétences au DFF (ordonnance du DFF concernant l'ordonnance sur le personnel de la Confédération[13]). Dans le secteur privé en revanche, la durée maximale de la semaine de travail est inscrite dans la loi (art. 9 de la loi sur le travail[14]).

– En vertu de l'art. 8 de l'ordonnance-cadre relative à la LPers[15], les dispositions régissant le temps de travail de la LTr sont en principe applicables aux rapports de travail des employés fédéraux, sous réserve de dispositions contraires d'actes régissant le droit du personnel de la Confédération.

– Eu égard aux constatations précédentes, les employés ont droit à des pauses qui dépassent le cadre fixé dans l'O-Opers[16].

– La durée maximale de la semaine de travail de 45 heures s'applique également à l'HTC. En cas de dépassement de ce plafond, l'employé a droit à la compensation des heures supplémentaires conformément à la LTr.

– L'employeur du secteur privé doit tenir à la disposition des autorités d'exécution et de surveillance des registres ou toutes autres pièces dont ressortent les indications nécessaires à l'exécution de la loi et des ordonnances[17]. Cette disposition ne s'applique toutefois pas à l'administration fédérale. Le cadre normatif régissant le personnel de la Confédération ne contient aucune disposition comparable. Cela étant, quel que soit le modèle de travail, la Confédération est, en sa qualité d'employeur, clairement tenue de mettre en œuvre des systèmes qui permettent de garantir et de contrôler le respect des dispositions régissant l'horaire de travail.

– En vertu de l'art. 341 du code des obligations[18], les dispositions générales en matière de prescription sont applicables aux créances découlant du contrat de travail de droit privé. En outre, en vertu de la LTr, est punissable l'employeur du secteur privé qui ne compenserait pas dans le délai d'une année les heures supplémentaires auxquelles l'employé a droit. Dans ce contexte, la protection des employés de l'administration fédérale est moins bonne que dans le secteur privé, en raison des courts délais de prescription et de l'inexistence de possibilité de sanction à l'encontre de la Confédération en tant qu'employeur.

13 Ordonnance du DFF du 6.12.2001 concernant l'ordonnance sur le personnel de la Confédération (O-Opers; RS **172.220.111.31**)
14 Loi fédérale du 13.3.1964 sur le travail dans l'industrie, l'artisanat et le commerce (loi sur le travail, LTr; RS **822.11)**
15 Ordonnance-cadre du 20.12.2000 relative à la loi sur le personnel de la Confédération (ordonnance-cadre LPers; RS **172.220.11**)
16 Pause de midi d'au moins 30 minutes (art. 28, al. 3, O-Opers)
17 Art. 46 LTr
18 Loi fédérale du 3.3.1911 complétant le code civil suisse (livre cinquième: Droit des obligations, CO; RS **220**)

En ce qui concerne la première des deux questions posées à l'expert, ce dernier parvient à la conclusion que les dispositions régissant la protection des employés de l'administration fédérale soumis à l'HTC sont moins bonnes que dans le secteur privé.

Quant à la seconde question de la CdG-N, l'expert est d'avis que les dispositions régissant l'HTC sont conformes à l'art. 17 LPers.

3.3.2 Pratique des départements et de la Chancellerie fédérale

Après avoir soumis les bases légales régissant l'HTC à un expert en lui demandant notamment de les comparer au régime en vigueur dans le secteur privé, la CdG-N a souhaité se faire une idée d'ensemble de la manière dont elles sont comprises par l'OFPER, les départements et la Chancellerie fédérale. En août 2011, la commission a donc entendu la directrice de l'OFPER et les responsables des ressources humaines des départements et de la Chancellerie fédérale qui ont tous répondu à une série de questions portant sur les points ci-après.

Définition de la prestation de travail

Dans son avis de droit, le professeur Thomas Geiser souligne que le contrat de travail doit délimiter avec une précision suffisante les prestations que l'employé est tenu de fournir. Lorsque le contrat de travail ne délimite pas ces prestations au moyen de la durée du travail, il doit décrire l'étendue du domaine des tâches. A la question correspondante de la CdG-N, les personnes interrogées ont répondu que les contrats de travail des employés soumis à l'HTC fixent leur degré d'occupation, mais pas la durée du travail. Certaines d'entre elles ont complété leur réponse en indiquant que les tâches confiées à ces employés sont décrites dans leur cahier des charges.

Flexibilité des horaires des employés soumis à l'HTC

La CdG-N a également voulu savoir à partir de quelle durée une absence n'entre plus dans le degré d'autonomie dont l'employé jouit dans la détermination de son horaire de travail et doit être enregistrée en tant que vacances. Les réponses ont beaucoup varié d'un département à l'autre. Certains employés soumis au modèle de l'HTC n'ont aucun autre moyen de prendre congé autrement qu'en déduisant l'absence de leur capital vacances. Plusieurs départements limitent à un demi-jour les congés que les employés concernés peuvent prendre sans les imputer aux vacances auxquelles ils ont droit. Dans au moins un de ces départements, les offices peuvent prévoir des dérogations. Dans deux départements, l'autonomie des employés concernés leur permet de s'absenter jusqu'à un jour entier sans qu'ils aient besoin de toucher à leurs vacances. Dans un autre département, les absences inférieures à un demi-jour ne sont autorisées qu'en accord avec le supérieur hiérarchique. Dans un autre département encore, les employés concernés ne peuvent prendre de tels congés ni le lundi ni le vendredi pour prolonger un week-end.

Disposition légale fixant une durée moyenne maximale du temps de travail

Parmi les responsables du personnel interrogés, cinq considèrent qu'il n'y a aucune disposition légale réglementant la durée moyenne maximale du temps de travail.

Toutefois, certains d'entre eux tiennent compte d'une valeur de référence interne au département, c'est-à-dire une moyenne de 44 heures par semaine. Ils ont néanmoins déclaré que cette moyenne était souvent dépassée. Trois autres responsables du personnel partent du principe que la durée moyenne maximale du temps de travail est de 45 heures par semaine. L'un d'entre eux a cependant indiqué que cette limite n'était pas applicable aux directeurs d'office. Ces responsables ont également mentionné que cette moyenne était souvent dépassée. L'un des responsables du personnel entendu a expliqué que l'obligation de timbrer avait été abrogée pour les employés soumis à l'HTC justement parce qu'ils travaillent normalement plus que la moyenne. Quant à la directrice de l'OFPER, elle part du principe que la moyenne maximale du temps de travail correspond aux 45 heures hebdomadaires fixées dans la LTr.

La CdG-N n'a pas pu se pencher de manière approfondie sur la question de savoir comment et dans quelle mesure les employés soumis à l'HTC ont été informés au sujet de la durée moyenne maximale du temps de travail. Seule l'une des personnes entendues a indiqué à la commission qu'une telle moyenne avait été notifiée aux employés concernés. Ni la proposition du DFF au Conseil fédéral ni le communiqué de presse de ce dernier du 5 décembre 2008 ne contiennent des informations relatives à une quelconque durée moyenne maximale du temps de travail en relation avec l'application à l'HTC.

Droit à des compensations découlant de l'application du modèle de l'HTC

La CdG-N a demandé aux responsables du personnel si leur unité administrative avait fixé une durée moyenne maximale du temps de travail applicable également aux employés soumis à l'HTC et dont le dépassement donnerait droit à des compensations non couvertes par la compensation au sens de l'art. 64*a*, al. 5, OPers. Toutes les personnes interrogées, donc également celles qui estiment qu'il existe une disposition légale fixant une durée moyenne maximale du temps de travail, ont répondu non à cette question.

Réglementation des pauses

Les personnes entendues partent du principe que tous les employés ont droit à deux pauses d'un quart d'heure, une le matin et une l'après-midi. Certains responsables du personnel regrettent que ces pauses ne soient plus inscrites dans l'OPers.

Adaptation des contrats de travail à la suite de l'introduction de l'HTC

Les contrats de travail n'ont pas été adaptés. La plupart des départements et la Chancellerie fédérale ont conclu une convention, renouvelable chaque année, avec les personnes qui ont librement choisi l'HTC (classes de salaire 24 à 29).

Concrétisation de l'HTC par les départements

Certains départements ont encore précisé le modèle de l'HTC. La plupart des personnes interrogées estiment néanmoins que les dispositions générales sont suffisantes.

Suppression de l'obligation de timbrer

La plupart des employés soumis à l'HTC ne saisissent plus leur temps de travail.

Contrôle et respect des dispositions du droit du travail relatives au temps de travail

La Chancellerie fédérale exceptée (qui ne peut pas être comparée, sur ce point, avec les départements en raison de sa taille restreinte), les départements ne disposent pas d'un système de contrôle commun à l'ensemble du département ou les indicateurs se limitent aux absences enregistrées (maladie, vacances, etc.). Toutes les personnes interrogées estiment que la responsabilité de ces contrôles incombe aux supérieurs hiérarchiques directs des employés soumis à l'HTC (responsabilité en matière de conduite du personnel dévolue au supérieur hiérarchique). Plusieurs personnes ont en outre indiqué que le contrôle social qui s'exerce empêche que les employés soumis à l'HTC ne travaillent pas suffisamment.

Pour l'OFPER, le contrôle fait clairement partie de la mise en œuvre et n'entre par conséquent pas dans son champ de compétence, mais dans celui de chaque département et de la Chancellerie fédérale.

Plus-value de l'HTC/adaptations nécessaires

Les responsables du personnel interrogés estiment tous que l'HTC apporte une plus-value à la Confédération en sa qualité d'employeur (notamment parce qu'il n'y a plus d'accumulation de soldes d'heures supplémentaires et que la suppression de l'obligation de timbrer permet de réduire le travail administratif). La question de la mesure dans laquelle l'HTC renforce l'attrait de l'administration fédérale sur le marché du travail n'a pas pu être approfondie. Il semblerait que l'HTC augmente cet attrait pour les cadres supérieurs et ceux du plus haut niveau hiérarchique, alors que d'autres modèles emporteraient la préférence des cadres de base et intermédiaires (pour lesquels l'application de l'HTC est facultative). La plus-value de l'HTC est considérée comme moins importante par cette dernière catégorie d'employés.

Tous les responsables du personnel interrogés souscrivent au principe de l'HTC, mais leur opinion diverge quant à l'étendue de son champ d'application. Les représentants de certains départements souhaiteraient lier l'application de l'HTC à la fonction et non à la classe de salaire afin de permettre, ponctuellement, son application à des fonctions des classes de salaire 23 et inférieures[19]. D'autres, en revanche, sont d'avis que l'application de l'HTC aux cadres intermédiaires n'est que ponctuellement judicieuse.

Plusieurs responsables du personnel ont en outre estimé que la garantie du financement du modèle de l'HTC pouvait constituer un problème.

19 Le DFAE permet aux collaborateurs en poste à l'étranger qui exercent une fonction de direction d'opter pour le modèle de l'HTC, même s'ils appartiennent à une classe de salaire inférieure à la classe 24 (en se fondant sur l'O-Opers et sur l'ordonnance du DFAE du 20.9.2002 concernant l'ordonnance sur le personnel de la Confédération [O-OPers-DFAE, RS **172.220.111.343.3**])

3.4 Appréciation de la CdG-N

Les principales constatations de la CdG-N relatives à l'HTC sont résumées ci-après.

- Dans sa forme en vigueur depuis 2009, le modèle de l'HTC a été introduit essentiellement dans le but de réduire le risque financier découlant des soldes d'heures supplémentaires des cadres de l'administration fédérale. Il ressort toutefois de l'avis de droit du professeur Thomas Geiser que, lorsqu'ils dépassent les 45 heures de travail par semaine, les employés soumis à l'HTC ont légalement droit à une compensation au-delà de l'indemnité forfaitaire représentant 5 % du salaire annuel. *Eu égard à ces éléments, la CdG-N estime que l'objectif financier du modèle de l'HTC est en contradiction avec la situation juridique et que dès lors la réalisation de cet objectif est discutable.*
- La CdG-N estime que *l'HTC appliqué par la Confédération doit être conçu sous l'angle de la politique du personnel* et ne pas se conformer exclusivement à des impératifs financiers. Il ressort toutefois aussi des investigations de la CdG-N auprès de l'administration fédérale que, dans la pratique, l'HTC tient également compte des objectifs de la politique du personnel. Ainsi, au moins pour ce qui concerne les cadres supérieurs et ceux du plus haut niveau hiérarchique, le modèle de l'HTC est perçu comme un modèle de travail moderne. Cela étant, la CdG-N estime que l'HTC doit encore être développé plus avant pour en faire un véritable instrument moderne de la politique du personnel et en accroître l'attractivité.
- Eu égard aux conditions dans lesquelles l'HTC révisé a été introduit le 1er janvier 2009 (objectif avant tout financier et délai très court entre la révision de l'ordonnance et son entrée en vigueur), force est de constater que le contexte n'a pas été convenablement analysé, raison pour laquelle *le modèle en vigueur n'est pas suffisamment convaincant.*
- Dans la pratique, la CdG-N a constaté un écart significatif entre la collecte et le contrôle des données relatives aux absences des employés soumis à l'HTC et la collecte et le contrôle des données relatives aux heures de travail effectuées. Au lieu d'être prises en compte en tant que compensation, les absences sont enregistrées en tant que vacances, déjà à partir d'une très courte durée, et doivent être convenues à l'avance avec le supérieur hiérarchique. A l'instar des absences pour cause de maladie, formation continue ou autres, ces absences font également l'objet d'un contrôle. En outre, d'autres dispositions de portée générale restreignent elles aussi le degré d'autonomie dont l'employé soumis à l'HTC jouit dans la détermination de son horaire de travail (telles que l'impossibilité de compenser des heures de travail le vendredi ou le lundi) sans pour autant que celles-ci semblent justifiées par une nécessité opérationnelle évidente. En revanche, les données relatives au temps de travail ne sont plus saisies. Par conséquent, il échoit aux employés soumis à l'HTC de garder le contrôle de leurs heures de travail et d'éviter les excès. Le contrôle correspondant est délégué au supérieur hiérarchique qui assume la responsabilité en matière de conduite. Dans ce domaine, la CdG-N constate une asymétrie en contradiction avec la notion d'horaire de travail *fondé sur la confiance.*

La CdG-N est d'avis que, *tel qu'il est effectué actuellement, le contrôle du respect de l'horaire de travail, en particulier de la durée maximale du travail, n'est conforme ni aux dispositions de la LPers ni à celles de la LTr*.

– L'OFPER et les responsables du personnel des départements et de la Chancellerie fédérale *n'ont pas une perception homogène des dispositions légales régissant l'horaire de travail, en particulier en ce qui concerne la durée moyenne maximale du temps de travail*. Il semble qu'ils n'ont pas connaissance des droits qui naissent du dépassement de la durée moyenne maximale du temps de travail. Cette constatation est d'autant plus préoccupante que les supérieurs hiérarchiques directs des employés soumis à l'HTC ne connaissent pour la plupart sans doute pas non plus la situation juridique en la matière, alors même que cela leur serait indispensable pour assumer correctement leur tâche de conduite.

– La *situation juridique est très complexe*, au moins en ce qui concerne les dispositions régissant la durée du travail. Comme les auditions auxquelles la CdG-N a procédé l'ont montré, même les spécialistes de l'administration fédérale ont des difficultés à les comprendre. De plus, les employés concernés ne sont en règle générale pas des spécialistes du droit du travail. Néanmoins, indépendamment du modèle d'horaire qu'ils ont choisi, les employés de la Confédération devraient être en mesure de comprendre les dispositions auxquelles ils sont soumis afin de pouvoir les respecter.

  A cet égard, la CdG-N est d'avis qu'*il est indispensable à moyen terme soit de simplifier la situation juridique, soit d'élaborer des explications suffisamment claires* applicables à l'ensemble des employés concernés de l'administration fédérale. De plus, il est particulièrement important que les employés en général, mais surtout ceux qui sont soumis à l'HTC, soient rendus attentifs à la durée moyenne maximale du temps de travail en vigueur.

– Par rapport à l'objectif visé, à savoir que l'administration fédérale se doit d'être un employeur exemplaire, il n'est pas acceptable que le droit applicable au personnel fédéral ait été adapté de manière partiale en faveur des intérêts de la Confédération et ne s'aligne pas également au régime d'un niveau supérieur en vigueur dans le secteur privé en ce qui concerne la protection des employés, notamment eu égard à la durée maximale du temps de travail et aux délais de prescription.

3.5 Recommandations et mesures

Recommandation 1: réaménagement de l'horaire de travail fondé sur la confiance pour en faire un instrument moderne de la politique du personnel

Eu égard à ses constatations et aux conclusions de l'expert auquel elle a commandé un avis de droit, la CdG-N invite le Conseil fédéral à réaménager le concept du modèle de travail fondé sur la confiance et à l'intégrer dans sa stratégie sur la politique du personnel de la Confédération. Dans la mesure du nécessaire, le concept et sa mise en œuvre doivent être harmonisés à l'échelon de l'administration fédérale (par ex. dans le domaine de la compensation de prestations supplémentaires de l'employé). De même, elle appelle le Conseil fédéral à examiner la possibilité de rattacher l'horaire de travail fondé sur la confiance à la fonction plutôt qu'à la classe de salaire.

Recommandation 2: assise de la gestion des ressources de la Confédération

La CdG-N invite le Conseil fédéral à lui présenter comment, à défaut de données relatives au travail accompli, il peut gérer les ressources de manière adéquate lorsque la situation d'un domaine administratif change au point de faire augmenter notablement la charge de travail.

Recommandation 3: information approfondie des employés sur les dispositions régissant l'horaire de travail

La CdG-N invite le Conseil fédéral à informer les employés de la Confédération de manière complète sur les horaires de travail (durée maximale du temps de travail, pauses, etc.).

Recommandation 4: adaptation des délais de prescription au droit privé/renforcement des responsabilités des supérieurs au sujet de la compensation de prestations supplémentaires des collaborateurs

La CdG-N invite le Conseil fédéral à aligner les délais de prescription aux références du CO et à prendre simultanément des mesures pour que les supérieurs assument leurs responsabilités de conduite, afin que les employés concernés puissent compenser les effets de leurs prestations supplémentaires.

Recommandation 5: élaboration d'une stratégie de contrôle du respect des dispositions régissant la durée du travail

La CdG-N invite le Conseil fédéral à élaborer une stratégie de contrôle du respect des dispositions régissant la durée du travail dans le domaine de l'horaire de travail fondé sur la confiance qui ne supprime pas les avantages de l'horaire de travail fondé sur la confiance. Il convient de confier à l'OFPER une fonction de contrôle correspondant à ses attributions en matière de gestion centrale du personnel.

Recommandation 6: garantie du financement de l'horaire de travail fondé sur la confiance

La CdG-N invite le Conseil fédéral à assurer le financement de l'horaire de travail fondé sur la confiance à moyen et long termes également.

Recommandation 7: contrats de travail des employés soumis à l'horaire de travail fondé sur la confiance

La CdG-N invite le Conseil fédéral à soumettre à un expert la question de l'adaptation des contrats de travail des employés obligatoirement mais aussi facultativement soumis au horaire de travail fondé sur la confiance.

Dans le cadre de la révision en cours de la LPers, la CdG-N va au demeurant demander l'inscription dans la loi d'un temps de travail réglementaire et d'un temps de travail maximal afin d'adapter formellement le niveau de protection des employés de la Confédération à celui en vigueur dans le secteur privé[20].

4 Intérêts des cadres de la Confédération

En considération des diverses constatations faites par le passé sur les inconvénients supportés par les cadres de la Confédération en comparaison avec le secteur privé (comme l'écart salarial, à partir de la classe de salaire 24, par rapport aux cadres du secteur privé ou les cotisations à la caisse de pension comparativement trop élevées de certaines catégories de cadres de l'administration fédérale), qui ont en partie été corrigés depuis lors, la CdG-N a également décidé d'approfondir la question de la défense des intérêts des cadres de l'administration fédérale dans le cadre du présent suivi d'inspection.

Les discussions à ce sujet avec la directrice de l'OFPER, les responsables des ressources humaines des départements et de la Chancellerie fédérale, et un représentant de l'Association des cadres de la Confédération, ont permis à la CdG-N de constater

20 Voir aussi ch. 3.3.1.

que la situation actuelle est dans l'ensemble satisfaisante et qu'il n'est pas nécessaire de prendre des mesures pour renforcer la représentation des intérêts des cadres.

La CdG-N insiste néanmoins pour que le Conseil fédéral et l'OFPER continuent d'accorder une importance particulière à la prise en compte des intérêts des cadres de l'administration. A cet égard, elle se félicite de l'étude comparative des salaires de l'administration et du secteur privé annoncée pour 2012[21] et de la volonté exprimée par la directrice de l'OFPER d'examiner l'intégration de questions spécifiques aux cadres dans les sondages régulièrement effectués auprès du personnel de l'administration fédérale. En outre, la CdG-N estime que les cadres intermédiaires et supérieurs de la Confédération devraient aussi pouvoir bénéficier des mesures qui caractérisent une politique du personnel moderne, telles que les aides financières à l'accueil extra-familial pour enfants.

5 Conclusion et suite des travaux

La CdG-N se félicite des effets de son inspection et des mesures prises depuis lors par le Conseil fédéral, telles que l'approbation de la stratégie concernant le personnel de l'administration fédérale. Il n'est certes pas encore possible d'évaluer pleinement l'effet de cette nouvelle stratégie, dans la mesure où sa mise en œuvre n'en est encore qu'à ses débuts dans certains domaines. A cet égard, il est important que tous les acteurs chargés de cette mise en œuvre poursuivent leur effort jusqu'au bout.

En principe, la CdG-N est favorable à l'application, au sein de l'administration fédérale, du modèle de l'HTC. Ses investigations ont toutefois montré qu'il est indispensable d'examiner ce modèle d'un œil critique et de lui apporter des améliorations.

Le Conseil fédéral devra, à l'avenir également, tenir compte de manière responsable des intérêts des cadres de l'administration fédérale.

La CdG-N prie le Conseil fédéral de lui donner son avis sur les présentes conclusions et recommandations d'ici au *7 mars 2012* au plus tard. Elle l'invite en outre à lui faire connaître le calendrier et les modalités qu'il envisage pour la mise en œuvre des recommandations de la commission.

25 novembre 2011

Au nom de la Commission de gestion

La présidente, Maria Roth-Bernasconi

La secrétaire, Beatrice Meli Andres

La présidente de la sous-commission DFF/DFE, Brigitta M. Gadient

Le secrétaire suppléant, Christoph Albrecht

21 La dernière étude comparative des salaires a été effectuée en 2005.

Avis de droit relatif à l'horaire de travail fondé sur la confiance dans l'administration fédérale rédigé à l'attention de la CdG-N de l'Assemblée fédérale

Prof. Thomas Geiser, 7 juin 2011

Forschungsinstitut für Arbeit und Arbeitsrecht

Universität St.Gallen

Avis de droit
relatif à l'horaire de travail fondé sur la confiance dans l'administration fédérale
rédigé à l'attention de la CdG-N de l'Assemblée fédérale

Contenu

1. Mandat et objet de l'avis de droit 2
1.1. Mandat 2
1.2. Objet de l'avis de droit 2
2. Bases juridiques générales et définition de l'horaire de travail fondé sur la confiance 3
2.1. Définition de la prestation dans le contrat de travail 3
2.2. Principe de la souveraineté sur l'emploi du temps 4
2.3. Un cas spécial : le travail sur appel 6
2.4. Définition de l'horaire de travail fondé sur la confiance 6
2.4.1. Origine et concept 6
2.4.2. Données du problème 7
2.4.3. Typologie 7
3. Bases juridiques applicables aux employés de l'administration fédérale 8
3.1. Contrat de travail et rapports de travail 8
3.2. Les dispositions du CO sur le contrat de travail ne s'appliquent que de manière subsidiaire . 9
3.3. Les dispositions de la loi sur le travail relatives à l'horaire de travail sont-elles applicables ? . 9
3.3.1. Le point de la situation 9
3.3.2. Distinction entre l'administration centrale et les autres unités 9
3.3.3. Conclusion pour les rapports de travail dans l'administration centrale 11
3.4. Applicabilité de la loi sur le personnel de la Confédération 13
3.5. Principes de la loi sur le personnel de la Confédération 13
3.6. Normes régissant la durée du travail de manière spécifique 13
4. Évaluation critique et conclusions 14
4.1. Horaires de travail dans l'administration fédérale 14
4.1.1. Règles générales 14
4.1.2. Règles particulières s'appliquant à l'horaire de travail fondé sur la confiance 16
4.2. Contrôle du temps de travail dans l'administration fédérale 17

4.3. Introduction de nouveaux régimes de gestion du temps de travail 18
4.4. Comparaison avec le droit privé 18
4.5. Conclusion 19
5. Réponses aux questions 20
Bibliographie 21

1. Mandat et objet de l'avis de droit

1.1. Mandat

1.1. Le Forschungsinstitut für Arbeit und Arbeitsrecht de l'Université de Saint-Gall (FAA-HSG) a été chargé de rédiger un avis de droit répondant notamment aux questions principales suivantes :

1. Protection des travailleurs : sous sa forme actuelle, l'horaire de travail fondé sur la confiance appliqué dans l'administration fédérale assure-t-il une protection des travailleurs comparable à celle qui est garantie par le droit privé et, plus précisément, par la loi sur le travail ?

   Si tel n'est pas le cas, quels sont les aspects qui doivent être réglés dans les normes juridiques régissant le personnel de la Confédération (et sous quelle forme ?) aux fins de garantir une protection au moins équivalente ?

   Cette question doit être étudiée notamment à la lumière des réalités suivantes :

   - La réglementation actuelle ne prévoit plus d'obligation d'enregistrement du temps de travail.
   - L'horaire de travail fondé sur la confiance est appliqué de manière relativement large : il est obligatoire à partir de la classe de salaire 30, facultatif pour les classes de salaire 24 à 29. Cela signifie, dans ce dernier cas, que le régime de l'horaire de travail fondé sur la confiance peut être appliqué à la demande de l'employé sous réserve de l'accord du supérieur hiérarchique. L'administration fédérale envisage en outre de l'étendre à certaines classes inférieures (classe 23 et en-dessous). A ce sujet la question se pose de savoir si cette situation serait conforme à la jurisprudence du Tribunal fédéral se rapportant au secteur privé.
   - En application de décisions prises par les cadres supérieurs, des sections entières sont obligées d'adopter la formule de l'horaire de travail fondé sur la confiance bien que les fonctions des personnes qui les composent soient rangées dans les classes de salaires 24 à 29.

2. Quel jugement convient-il de porter sur le régime de l'horaire de travail fondé sur la confiance à la lumière de l'art. 17 de la loi sur le personnel de la Confédération ? La façon dont ce régime est appliqué à l'heure actuelle est-elle conforme à la LPers ?

   Si tel n'est pas le cas, quelles adaptations seraient-elles nécessaires au niveau de l'ordonnance pour rétablir la conformité du régime de travail fondé sur la confiance appliqué par la Confédération avec la LPers ?

1.2. Objet de l'avis de droit

1.2. L'avis de droit se limite aux rapports de travail dans l'administration centrale de la Confédération. Il ne porte donc pas sur les contrats des établissements de droit public de la

Confédération. Nos considérations ne se rapportent par ailleurs qu'aux contrats de travail de droit public, à l'exclusion des contrats de travail relevant du droit des obligations. En conséquence, elles ne concernent que les rapports de travail qui n'entrent pas dans le champ d'application de la loi sur le travail aux termes de l'art. 3 LTr[1], ainsi que nous le développerons par la suite.

2. Bases juridiques générales et définition de l'horaire de travail fondé sur la confiance

2.1. Définition de la prestation dans le contrat de travail

2.1. Par le contrat de travail, la personne employée s'engage à travailler pour l'employeur contre rémunération. **Elle ne promet donc pas un résultat, mais uniquement la mise à disposition de sa main-d'œuvre**. C'est ce qui fait la différence entre un contrat de travail et un contrat d'entreprise :[2] dans le cadre d'un contrat de travail, ce n'est pas le résultat du travail qui est dû, mais uniquement le travail en tant que tel, fourni personnellement.[3]

2.2. Si l'on veut qu'un contrat soit valablement conclu, il ne suffit pas que les parties tombent d'accord sur la nature de la prestation et de la contre-prestation. Encore faut-il que **ces prestations soient quantifiées** ou du moins quantifiables. Dans le cas contraire, les prestations ne peuvent en effet pas être définies. Le contrat de travail fait exception à cette règle dans la mesure où il est considéré comme conclu même si la rémunération n'a pas été fixée lorsque l'employeur bénéficie d'une prestation de travail dont il ne pouvait pas attendre qu'elle soit fournie sans rémunération compte tenu des circonstances.[4] La présomption légale de la conclusion d'un contrat est irréfutable.[5] Ce qui n'empêche bien entendu pas d'apporter la preuve du contraire, à savoir, précisément, que l'employeur pouvait s'attendre à ce que la prestation de travail soit fournie gratuitement compte tenu des circonstances.[6] Afin de permettre néanmoins de déterminer la rémunération, le législateur a précisé expressément à l'art. 322 CO que doit être payé le **salaire usuel** lorsque les parties ne sont pas convenues du montant de la rémunération. Si le législateur est resté très vague sur ce point, la nature indéterminée de la notion juridique oblige le juge, le cas échéant, à fixer le montant du salaire selon son appréciation.

2.3. Par principe, cette dérogation à la règle ne peut s'appliquer qu'au salaire et non au travail fourni. Il est donc indispensable que **la quantité** de travail soit fixée à l'avance si l'on veut que le contrat de travail puisse être considéré comme conclu. Dans le cas contraire, la prestation principale reste en effet indéterminée. Il existe cependant différentes manières de mesurer la prestation et il est même possible, malgré tout, de s'en remettre à l'usage si elle ne peut pas être déterminée autrement[7]. Habituellement, la quantité de travail est déterminée en unités de temps. Il est convenu que la personne employée doit fournir un certain nombre d'heures de travail par semaine. Si le temps requis pour un certain travail est connu d'avance, le temps de travail peut aussi être déterminé en fonction de la tâche à accomplir. Il est ainsi

---

1 Cf. **Geiser**, n. 10 ss ad art. 2 LTr.

2 Cf. **Vischer**, p. 21 ss ; **Rehbinder**, 47 ad art. 319 CO ; **Wyler**, p. 60 s. ; **Geiser/Müller**, nm. 125.

3 Cf. **Carruzzo**, n. 2 ad art. 319 CO.

4 Art. 320, al. 2, CO ; cf. **Rehbinder/Stöckli**, n. 17 ad art. 320 CO.

5 ATF 109 II 228.

6 **Carruzzo**, n. 8 ad art. 320 CO.

7 Cf. art. 321c, al. 1, CO.

possible, par exemple, de définir la quantité de travail exigée par pied de vigne à soigner[8]. La quantité du travail peut donc être définie par le domaine d'activité. Cette pratique est courante dans le cas des cadres supérieurs : l'étendue de la prestation qu'ils doivent fournir n'est alors pas exprimée en unités de temps, mais en fonction des tâches relevant de leur compétence.

2.4. Compte tenu de son devoir de fidélité, la personne employée peut être **tenue de fournir** une **prestation supplémentaire** sous la forme d'heures de travail additionnelles. Dans la mesure où elle n'est pas compensée par du temps libre ou par une réduction ultérieure de la prestation, cette prestation supplémentaire donne droit à une rémunération additionnelle, qui doit être versée régulièrement, et même, en règle générale, avec un supplément. On parle, dans ce cas, d'heures supplémentaires. Elles sont définies comme étant la différence positive entre le travail fourni et le travail dû en temps normal.[9] L'obligation de rémunérer les prestations supplémentaires peut être prévue dans n'importe quel type de contrat de travail, même dans celui des cadres supérieurs. Comme, dans ce cas, la prestation à fournir n'est pas fixée en heures, mais définie par le contenu du travail, l'employé n'est cependant pas en droit d'exiger une indemnité pour heures supplémentaires s'il a mis plus de temps que l'entreprise ne le prévoit normalement pour l'exécution des tâches qui lui incombent.[10] Une rémunération additionnelle est en revanche due s'il se voit confier des tâches supplémentaires et que ce sont elles qui expliquent la nécessité de fournir une prestation supplémentaire. Ainsi défini, le principe selon lequel les prestations supplémentaires doivent être rémunérées est valable sans restriction.

2.5. Dans les cas où la prestation de travail est exprimée en heures, les éléments déterminants pour les deux parties ne sont pas seulement leur nombre total (par semaine, par mois ou par an), mais aussi **leur répartition concrète**. Le temps de travail ne se détermine donc pas uniquement en fonction de la quantité : en règle générale, la façon dont le temps de travail se répartit est fixée de manière plus ou moins précise dans le contrat de travail.

2.6. **Pacta sunt servanda**. Une fois conclu, le contrat doit être respecté. Il ne peut être modifié unilatéralement ni par l'employé ni par l'employeur. Toute modification du contrat est normalement subordonnée à un accord de volonté des parties. Si l'une des parties seulement souhaite une modification alors que l'autre s'y oppose, le droit du travail prévoit la possibilité d'une résiliation pour cause de modification du contrat. La partie qui souhaite la modification peut ainsi résilier le contrat pour en proposer un nouveau, dont les termes ne sont plus les mêmes.[11] Ces nouvelles conditions sont toutefois valables uniquement si elles sont acceptées par les deux parties. La modification de l'horaire de travail n'échappe pas à cette règle.

2.2. Principe de la souveraineté sur l'emploi du temps

2.7. Comme nous l'avons déjà relevé plus haut, la quantité de travail n'est pas le seul critère : encore faut-il déterminer quand ce travail doit être fourni. La partie habilitée à fixer l'horaire n'est pas désignée par la loi, mais doit être déterminée par convention mutuelle dans le contrat.

2.8. En règle générale, la compétence de fixer la répartition du temps de travail et du temps de repos est attribuée à l'une ou l'autre partie. La partie qui obtient ce droit exerce la souveraineté sur l'emploi du temps. **Dans le cadre du rapport contractuel**, c'est elle qui est res-

---

8 Cf. ATF 107 II 431 ss.

9 ATF 116 II 69 ; STREIFF/VON KAENEL, n. 4 ad art. 321c CO.

10 ATF 129 III 171.

11 Il existe là différentes façons de procéder.

ponsable du respect des conditions générales convenues. C'est donc également elle qui est responsable par principe si, au terme du rapport contractuel, la quantité de travail fourni ne correspond pas à ce qui avait été convenu. Normalement, la souveraineté sur l'emploi du temps revient à l'employeur dans le cas des horaires fixes, à la personne employée dans le cas des horaires flexibles.

2.9. Lorsque la souveraineté sur le temps de travail est exercée par la personne employée, celle-ci décide librement de son rythme de travail. Dans ce contexte, les prestations additionnelles fournies certaines semaines ne sont pas considérées comme des heures supplémentaires puisque la personne employée est libre d'organiser son temps de travail comme elle l'entend. Si par contre l'employeur intervient dans l'organisation du temps de travail alors que la souveraineté sur l'horaire revient, par principe, à la personne employée, il peut en résulter des **heures supplémentaires**. S'il est vrai que la souveraineté sur le temps de travail est, en règle générale, conférée à l'une des parties par voie contractuelle, le fait est que les règles générales relatives à l'aménagement de cette liberté sont elles aussi définies dans le contrat. Plus ces conditions générales sont restrictives, plus la souveraineté sur le temps de travail est limitée. Concrètement, cette liberté d'organisation du temps de travail peut donc prendre des formes très différentes.

2.10. Relevons que **la loi sur le travail** fixe des **limites à la liberté d'aménagement de l'horaire de travail** en plafonnant les temps de travail journalier et hebdomadaire,[12] en fixant la durée minimale des pauses[13] et en posant le principe de l'interdiction du travail de nuit et du dimanche[14]. Ces normes juridiques permettent une certaine souplesse, ce qui les rend très compliquées. Il s'agit en effet de règles contraignantes, auxquelles les parties ne peuvent pas déroger, même d'un commun accord. En vertu de la loi, c'est l'employeur qui est responsable du respect de ces normes.[15] Il ne peut donc pas reporter l'intégralité de cette responsabilité sur la personne employée. Même dans les cas où la souveraineté sur le temps de travail relève entièrement de la personne employée, l'employeur doit veiller au respect des dispositions de la loi sur le travail.[16] Il en assume la responsabilité tant civile que pénale.[17] La responsabilité pénale du respect des horaires de travail incombe exclusivement à l'employeur, qui ne la partage donc pas avec la personne employée.[18]

2.11. Les prescriptions de la loi sur le travail relatives à l'horaire de travail sont des dispositions de droit public, dont le respect doit être contrôlé par les services de l'État. Pour permettre ce contrôle, l'art. 46 LTr oblige les employeurs à **tenir certains registres et autres pièces à la disposition des autorités**.[19] Il est encore précisé dans l'ordonnance que ces registres et pièces doivent faire état notamment des durées hebdomadaire et quotidienne du travail et du travail supplémentaire, avec les coordonnées temporelles, de même que de l'horaire et de la durée des pauses d'une durée égale ou supérieure à une demi-heure.[20]

---

12 Art. 9 s. LTr ; on trouve dans la doctrine différentes façons de calculer la durée maximale de la semaine de travail.

13 Art. 15 LTr.

14 Art. 16 s. et 18 ss LTr.

15 VON KAENEL, n. 39 ad art. 9 LTr ; MÜLLER, n. 1 ad art. 9, al. 1, LTr .

16 RUDOLPH, n. 9 ad art. 46 LTr.

17 Pour ce qui est de la personne pénalement responsable, cf. MOREILLON, n. 9 ss ad art. 59 LTr.

18 Cf. art. 59 LTr combiné avec art. 60 LTr ; voir aussi VON KAENEL, n. 39 ad art. 9 LTr.

19 RUDOLPH, n. 2 ad art. 46 LTr.

20 Art. 73, al. 1, let. c et e, OLT1.

2.3. Un cas spécial : le travail sur appel

2.12. Le temps de travail n'est pas déterminé de manière suffisamment précise lorsque la personne employée s'engage à mettre son travail à la disposition de l'employeur selon les besoins de celui-ci sans que soit fixée une durée minimale[21]. Dans la mesure où l'employeur ne prend aucun engagement de faire appel à la personne employée à un moment déterminé, on ne peut pas partir du principe que ce rapport de travail est fondé sur un contrat général de travail conforme à la loi (quantitativement indéterminé) qui servirait de cadre aux différents appels individuels (quantitativement déterminés). Il apparaît en conséquence que la liberté totale dans l'aménagement d'un temps de travail variable en fonction des capacités (connu sous le sigle allemand KAPOVAZ) n'est pas admissible[22]. Il ressort néanmoins très clairement de l'art. 321*c*, al. 1, CO qu'une certaine flexibilisation en fonction des capacités n'est pas contraire à la volonté du législateur : le travailleur est tenu de fournir le travail supplémentaire qui lui est demandé si ce travail est nécessaire et raisonnablement exigible. Bien que cette disposition fasse partie des normes absolument contraignantes, les parties peuvent exercer une certaine influence sur les conditions dans lesquelles un travail est considéré comme exigible ou non à travers l'aménagement du contrat. Celui-ci peut par exemple préciser que le travailleur doit s'attendre à devoir s'accommoder d'un certain nombre d'heures supplémentaires, en indiquant quand ce travail supplémentaire devra vraisemblablement être fourni. La personne employée peut alors prendre ses dispositions, ce qui rend ce travail supplémentaire plus facilement exigible. Si elle néglige de s'organiser en conséquence, elle manque aux obligations résultant de son contrat de travail.

2.13. Il est unanimement reconnu dans la doctrine que la **nécessité** d'heures supplémentaires peut être donnée même dans les cas où le surcroît de travail était prévisible[23]. Il suffit en outre que les heures supplémentaires soient nécessaire parce que la quantité de travail a augmenté. La raison de cette augmentation, par contre, n'est guère pertinente. Si l'employeur a accepté plus de mandats qu'il ne peut en absorber en respectant les horaires de travail normaux, l'employé est néanmoins tenu d'exécuter ce travail supplémentaire au sens de l'art. 321*c*, al. 1, CO. La nécessité de faire preuve d'une certaine souplesse en fonction des capacités est donc reconnue. Il est dès lors possible, dans un contrat de travail, de fixer un temps de travail minimum et de l'assortir d'une clause prévoyant que la personne employée doit s'attendre régulièrement à devoir faire des heures supplémentaires. Plus les indications relatives à la récurrence des heures supplémentaires sont précises dans le contrat de travail, plus on sera enclin à considérer ces heures supplémentaires comme étant raisonnablement exigibles.

2.4. Définition de l'horaire de travail fondé sur la confiance

2.4.1. Origine et concept

2.14. L'horaire de travail fondé sur la confiance représente lui aussi un cas particulier. On distingue différentes formes d'aménagements concrets, qui ont toutefois une caractéristique commune : la **souveraineté sur le temps de travail** revient essentiellement à **l'employé**.

2.15. L'horaire fondé sur la confiance prend ses racines dans **l'assouplissement de l'horaire de travail** obtenu grâce à l'introduction de l'horaire mobile. Cette évolution s'est accompagnée d'un transfert de la souveraineté sur le temps de travail de l'employeur à l'employé. Parallèlement, on a assisté à la mise en place de systèmes de **contrôle du temps de travail** au moyen de **pointeuses** ou d'autres équipements d'enregistrement, qui ont permis aux parties de s'assurer du respect des conditions générales et d'en rendre compte aux autori-

---

21 BRUNNER/BÜHLER/WAEBER, n. 5 relative au travail à temps partiel ; en général, cf. RONCORONI, p. 591 ss.

22 A.M. REHBINDER, Arbeitsrecht, p. 50.

23 STAEHELIN, n. 7 ad art. 321c CO.

tés. Ces derniers temps, ces contrôles ont paru de plus en plus dépassés. Les rapports de travail étant plus axés sur le résultat que sur le temps passé à l'obtenir, il est aujourd'hui plus habituel pour l'employeur de faire confiance aux personnes qu'il emploie et de les laisser structurer leurs journées de manière autonome sans contrôler leur temps de travail. Le **respect de l'horaire de travail** est devenu une question de **confiance** ; les parties conviennent d'un **horaire de travail fondé sur la confiance**. En conséquence, ce qui compte en premier lieu sous le régime de l'horaire de travail fondé sur la confiance, ce n'est pas l'envergure du travail fourni, mais le contrôle de la prestation en tant que telle.

2.4.2. Données du problème

2.16. Sous le régime de l'horaire de travail fondé sur la confiance, la prestation doit être exigée et fournie conformément à ce qui a été convenu dans le contrat de travail ; les parties se font mutuellement confiance dans ce sens. Cela ne signifie cependant pas que l'État fait lui aussi confiance aux parties. Il importe non seulement que les parties s'en tiennent aux prestations convenues dans le contrat, mais aussi qu'elles **respectent les conditions générales posées dans la législation en matière de durée du travail**. L'État doit s'en assurer aussi lorsque l'horaire de travail est fondé sur la confiance. Comment cela se déroule-t-il lorsque le temps de travail n'est pas enregistré ? **Certains documents de contrôle** sont là aussi **absolument indispensables**.[24]

2.17. Il peut aussi y avoir des abus entre les parties : il arrive que la personne employée travaille moins qu'elle le devrait, mais il arrive aussi qu'elle travaille beaucoup plus parce que les tâches que l'employeur lui a confié représentent sensiblement plus de travail que prévu. Il est dans la nature du contrat de travail de ne pas permettre à l'employeur de se soustraire complètement à ses responsabilités : si la personne employée fournit une **réelle prestation additionnelle**, celle-ci lui donne droit à une rémunération supplémentaire.[25] Si la personne employée a travaillé moins qu'elle l'aurait dû, le salaire reste dû dans son intégralité, car le risque d'exploitation, dans le cadre du contrat de travail, doit obligatoirement être supporté par l'employeur.[26]

2.4.3. Typologie

2.18. Comme la plupart des autres modèles de travail, l'horaire de travail fondé sur la confiance est un régime qui, dans la pratique, prend une multitude de formes différentes. Il est plutôt rare qu'il soit fondé uniquement sur la confiance, autrement dit, que les seules limites posées à la prestation de travail soient les dispositions générales de la législation sur le travail. En règle générale, les parties fixent certaines règles minimum se rapportant soit au temps de présence, soit au nombre d'heures de travail attendues. Ce dernier, le plus souvent, n'est pas laissé dans le vague, d'une part parce qu'il importe de déterminer s'il s'agit d'un poste à plein temps ou à temps partiel et d'autre part parce qu'il doit être possible de quantifier le temps de travail en prévision du cas où la personne employée serait empêchée de fournir sa prestation de travail pour cause de maladie ou pour d'autres raisons similaires.

2.19. Il en résulte **deux types principaux d'horaires de travail fondé sur la confiance**, que l'on retrouve aussi sous différentes formes hybrides :

- Le temps de travail peut être fixé en heures, soit sous la forme d'une durée ordinaire de travail hebdomadaire, soit sous la forme d'un temps de travail annuel. **La seule liberté** laissée à la personne employée est alors le choix du **moment où elle fournit sa prestation**.

[24] Art. 46 LTr et art. 73 OLT 1 ; voir aussi ch. 2.10 supra.

[25] Art. 321c CO.

[26] Art. 324 CO.

- Les parties peuvent aussi **renoncer à fixer la prestation de travail en heures** et se contenter de définir la prestation par le biais des tâches à accomplir. La personne employée peut alors choisir non seulement le moment où elle fournit sa prestation, mais aussi le nombre d'heures qu'elle entend y consacrer.

2.20. Relevons finalement qu'il en va ici de **deux questions totalement distinctes :**

- Il s'agit d'une part de savoir si les parties ont convenu d'un horaire de travail fixe ou d'un horaire de travail mobile. Dans ce dernier cas, il importe de déterminer laquelle des deux parties exerce la souveraineté sur le temps de travail ;
- D'autre part, il en va de la question du contrôle, qui joue un rôle tant dans le cas de l'horaire fixe que dans celui de l'horaire flexible. Les parties peuvent soit avoir prévu un système de contrôle, technique ou autre, soit laisser à la personne employée le soin de vérifier par elle-même si les règles convenues sont bien respectées. Ce second cas de figure est le propre de l'horaire de travail fondé sur la confiance.

3. Bases juridiques applicables aux employés de l'administration fédérale

3.1. Contrat de travail et rapports de travail

3.1. La doctrine en matière de droit du travail fait la distinction entre les rapports de travail d'une part et les bases juridiques de l'autre. Les rapports de travail sont définis comme une relation durable entre un employeur et son employé qui commence, typiquement, par l'intégration de celui-ci dans une organisation nouvelle qui lui fournit du travail. Ils sont fondés sur une base juridique, qui est matérialisée, en droit privé, par un contrat de travail – ce qui n'est toutefois pas obligatoire – et, dans les rapports de travail de droit public, par une décision d'engagement ou un contrat de travail de droit public.

3.2. Traditionnellement, les engagements de droit public reposaient sur une **décision soumise à approbation**. Les rapports de travail étaient alors aménagés en fonction des dispositions légales et réglementaires applicables. Comme ils étaient fondés sur une décision unilatérale de l'employeur, celui-ci avait tout loisir d'y apporter des modifications, même à court terme. Ces modifications résultaient de révisions de la loi ou d'ordonnances. Depuis peu, l'État engage son personnel non plus sur la base de décisions soumises à approbation, mais au moyen de **contrats de travail de droit public**[27]. Au sens strict, ce changement signifie que l'engagement repose désormais sur une base consensuelle et que toute modification est donc subordonnée à **l'approbation des deux parties**. Sous le nouveau régime, une modification des conditions d'engagement n'est dès lors possible que si la personne employée y donne son accord.[28] Le législateur n'a plus le pouvoir de modifier les conditions d'engagement unilatéralement parce qu'il porterait atteinte à des droits acquis et qu'une telle atteinte n'est légale qu'à des conditions très restrictives, définies dans la Constitution, mais quasiment jamais réunies en pratique[29]. Les droits contractuels existants sur lesquels il viendrait empiéter entrent en outre dans le champ d'application de la garantie de la propriété inscrite dans la Constitution.[30]

---

[27] Art. 8, al. 1, LPers.

[28] Art. 30 OPers.

[29] Cf. art. 26 et art. 36 Cst.

[30] VALLENDER, n. 20 ad art. 26 Cst.

3.2. Les dispositions du CO sur le contrat de travail ne s'appliquent que de manière subsidiaire

3.3. Par principe, les dispositions pertinentes du code des obligations du 30 mars 1911 (CO)[31] s'appliquent par analogie aux rapports de travail entrant dans le champ d'application de la loi sur le personnel de la Confédération si celle-ci ou d'autres lois fédérales n'en disposent pas autrement.[32] La loi sur le personnel de la Confédération prévoit des dispositions divergentes pour réglementer les aspects (des rapports de travail avec la Confédération) pour lesquels le CO n'est pas adapté. En comparaison avec le CO, la LPers constitue une loi spéciale, qui ne contient donc que des dispositions ne correspondant pas à celles du code des obligations. Ces différences s'expliquent essentiellement par la volonté de mettre en place des normes sociales minimum supérieures à celles qui sont prévues dans le CO.[33] Pour ce qui est du temps de travail, relevons que le Conseil fédéral plafonne le nombre des heures de travail normalement dues à l'art. 64, al. 2, OPers alors que l'art. 329 CO prévoit uniquement l'obligation d'accorder un jour de congé par semaine, les heures et jours de congé usuels et, une fois le contrat résilié, le temps nécessaire pour chercher un autre emploi.[34]

3.3. Les dispositions de la loi sur le travail relatives à l'horaire de travail sont-elles applicables ?

3.3.1. Le point de la situation

3.4. La question de l'applicabilité de la LTr aux engagements de droit public est régie de manière extrêmement complexe et difficilement compréhensible. Une lecture superficielle de l'art. 2, al. 1, let. a, LTr pourrait laisser penser que la LTr n'est pas applicable, ce qui est faux, comme l'indique ne serait-ce que la réserve émise à l'art. 2, al. 2, LTr. La réponse n'est pas aussi simple et appelle des différenciations multiples :

- De nombreuses dispositions s'appliquent aussi aux administrations de la Confédération, des cantons et des communes parce qu'elles ne reposent pas sur la définition du champ d'application de la LTr.[35] Les normes en matière de temps de travail ne font cependant pas partie des dispositions en question.
- Comme nous le démontrerons plus bas, la réponse à la question de l'applicabilité des dispositions de la LTr est différente selon que l'on considère l'administration centrale ou les autres parties des institutions étatiques.
- Finalement, il ne faut pas oublier de prendre en compte l'art. 71 LTr, qui prévoit une réserve pour le droit public, disposition qui, au lieu de clarifier la situation, a cependant plutôt tendance à ajouter à la confusion.

3.3.2. Distinction entre l'administration centrale et les autres unités

3.5. En vertu de l'art. 2, al. 1, let. a, LTr, les administrations fédérales, cantonales et communales sont en principe exclues du champ d'application de la LTr. Par voie d'ordonnance, le Conseil fédéral peut cependant d'une part désigner les établissements de droit public qu'il souhaite assimiler aux administrations pour les soustraire également au champ d'application de la loi et d'autre part déclarer la LTr applicable à certaines entreprises publiques[36]. Cette

---

[31] RS 220.

[32] Art. 6, al. 2, LPers.

[33] HELBLING/POLEDNA, p. 23-25.

[34] HELBLING/POLEDNA, p. 26.

[35] Voir plus particulièrement art. 3a LTr.

[36] Art. 2, al. 2, LTr; MÜLLER, LTr, n. al. 1 et al. 2 ad art. 2 LTr ; GEISER, n. 10 ss ad art. 2 LTr.

réserve lui permet donc non seulement de restreindre encore le champ d'application, mais aussi de l'étendre[37].

3.6. Pour décider de l'applicabilité des dispositions de la LTr sur la durée du travail en dehors de l'administration centrale, il importe d'abord de déterminer si l'employeur de droit public en question est une collectivité ou un établissement doté d'une personnalité juridique propre :[38]

- Une **collectivité** est une **personne morale composée de membres**. Parmi les collectivités publiques, on trouve notamment les communes, les corporations, les paroisses ou encore certaines sociétés d'étudiants.
- Les **établissements**, par contre, sont des **patrimoines d'affectation**, comme La Poste ou la plupart des banques cantonales, de nombreux hôpitaux ou encore les universités. Ils peuvent être dotés d'une **personnalité juridique propre**. On les qualifie alors d'établissements autonomes.

3.7. Pour ce qui est de l'applicabilité des dispositions de la LTr sur la durée du travail, il en résulte donc manifestement que, compte tenu de la définition du champ d'application de la LTr, elles ne sont en aucun cas applicables aux **administrations centrales de la Confédération, des cantons et des communes** qui nous intéressent en l'occurrence.[39] Cela est également valable lorsque le personnel de ces administrations est engagé sous le régime du droit privé.

3.8. Si l'on se trouve en revanche en présence d'une **autre collectivité de droit public ou d'un établissement de droit public sans personnalité juridique propre**, il convient de déterminer si le personnel est majoritairement engagé sous le régime du droit privé ou du droit public[40]. Dans le cas où la plupart des employés ont un contrat de travail de droit public, les dispositions sur la durée du travail, par principe, ne s'appliquent pas.[41] Quant à la minorité qui possède un contrat de travail de droit privé, elle est malgré tout soumise à la LTr, à moins que le statut de la fonction publique prévoie des conditions plus avantageuses.[42] On peut donc en tirer la conclusion surprenante que les dispositions sur le temps de travail contenues dans les lois sur le personnel de la Confédération et des cantons s'appliquent aussi aux collaborateurs engagés sous le régime du droit privé lorsqu'elles sont plus avantageuses que la LTr pour les travailleurs concernés.

3.9. Les personnes engagées par un **établissement de droit public doté d'une personnalité juridique propre** sont par contre assujetties aux dispositions de la LTr sur le temps de travail même si elles ont un contrat de travail de droit public. Sont néanmoins réservées les dispositions de l'art. 71 LTr sur l'applicabilité des dispositions de droit public plus avantageuses.

3.10. Relevons que la portée de l'art. 71 LTr dans sa version modifiée est encore incertaine. S'il est incontesté que les contrats de travail de droit public des collectivités et établissements de droit public entrant en principe dans le champ d'application de la LTr ne doivent pas, en vertu de l'art. 71, let. b, LTr, prévoir des conditions moins favorables en matière de durée du

---

37 BIGLER, n. 11 ad art. 2 LTr.

38 Art. 7 OLT 1.

39 Voir toutefois ch. 3.12 infra.

40 Art. 7 al. 1, OLT 1; cf. GEISER, n. 13 ad art. 2 LTr ; ZWAHLEN, commentaire Hug, art. 2, n. 12 ; MÜLLER, LTr, art. 2, al. 2, n. 1 ; TSCHUDI, p. 26 ; CANNER/SCHOOP, art. 2, n. 1.

41 Art. 7, al. 1, OLT 1.

42 Art. 7, al. 2, OLT 1.

travail que celles de la loi sur le travail[43], on peut se demander ce qu'il en est lorsque, en vertu des normes de l'art. 2 LTr et de l'art. 7 OLT 1, les dispositions de la LTr sur la durée du travail sont déclarées non-applicables. La doctrine dominante part du principe que l'art. 71, let. b, LTr est applicable à la condition que l'employeur en question entre dans le « champ d'application quant aux entreprises »[44]. Cette position est toutefois loin d'être incontestable : les limites que l'art. 71, let. b, LTr impose à la priorité des conditions d'engagement de droit public peuvent empêcher des distorsions de la concurrence et assurer une protection égale des travailleurs, indépendamment de la nature de leur contrat de travail, à la seule condition que cette disposition soit également applicable aux entreprises qui, en vertu de l'art. 2, al. 1, let. a, et al. 2, LTr, n'entrent pas dans le champ d'application de la loi. D'ailleurs, d'autres dispositions de la LTr prouvent bien que certaines normes de la LTr peuvent parfaitement s'appliquer à des entreprises ou à des rapports de travail qui n'entrent pas dans le champ d'application de la loi. Soulignons encore que les dispositions de la LTr relatives à la protection de la santé sont déjà applicables aux entreprises régies par le droit public en vertu de l'art. 2, al. 1, première phrase et de l'art. 3*a* LTr[45].

3.3.3. Conclusion pour les rapports de travail dans l'administration centrale

3.11. En ce qui concerne l'administration centrale de la Confédération, il paraît justifié de partir du principe que la loi sur le travail n'y est en principe pas applicable. Peu importe, dans ce contexte, que ses employés soient engagés sous le régime du droit public ou du droit privé.

3.12. L'**ordonnance-cadre LPers**[46], toutefois, assujettit expressément les rapports de travail de la Confédération aux art. 9 ss LTr.[47] Rien n'indique que ces dispositions ne seraient applicables qu'à certains rapports de travail. Il est donc légitime de se demander si les restrictions du « champ d'application quant aux personnes » prévues à l'art. 3 LTr sont applicables dans notre cas. Or, cette exception au champ d'application prévue dans la loi sur le travail est importante, notamment parce qu'elle concerne entre autres les travailleurs « qui exercent une fonction dirigeante élevée »[48].

3.13. Il convient de relever la portée limitée de la question, compte tenu du fait que le Tribunal fédéral a opté pour une interprétation très restrictive de la notion de fonction dirigeante élevée. Se fondant sur la version allemande de la disposition, dans laquelle il est question de « höhere leitende Tätigkeit » (ou « fonction dirigeante élevée »), il a en effet estimé que la loi faisait expressément référence à l'activité professionnelle concrète de l'employé et non à la désignation de sa fonction, à son salaire ou à la position hiérarchique qu'il occupe au sein de l'entreprise. La question déterminante est donc de savoir si l'employé fait effectivement usage de ses compétences de décision ou non[49]. Il est cependant aussi précisé dans l'ordonnance 1 relative à la LTr que l'activité professionnelle effective n'est pas un motif suffisant pour qu'il y ait exclusion du champ d'application. Encore faut-il que cette activité soit exercée par quelqu'un qui occupe une position correspondante. **Ce qui est dès lors certain, c'est que la distinction** entre les personnes qui entrent dans le champ d'application de la norme d'exception et celles qui y échappent **ne peut pas être faite en fonction de la classe de salaire.**

---

43 MAHON, n. 10 ad art. 71 LTr.

44 MAHON, n. 11 ad art. 71 LTr ; GEISER, 9. ad art. 2 LTr.

45 A ce propos, voir GEISER, commentaires de l'art. 3a LTr.

46 Ordonnance-cadre relative à la loi sur le personnel de la Confédération (ordonnance-cadre LPers) du 20 décembre 2000 [RS 172.220.11].

47 Art. 8, al. 1, ordonnance-cadre LPers.

48 Art. 3, let. d, LTr.

49 GEISER N. 21 AD art. 3 LTr ; ATF 98 Ib 348 ; 126 III 340 s.

3.14. La loi exige en outre expressément que la fonction dirigeante soit « élevée ». Le fait que quelqu'un occupe un poste de confiance ne suffit donc pas. La nature d'une fonction dirigeante doit être étudiée cas par cas[50]. Toute tentative de catégorisation doit être rejetée, même si le message relatif à la loi sur le travail contient une liste non exhaustive d'exemples de « collaborateurs exerçant une fonction dirigeante élevée »[51]. On y trouve des « directeurs », des « chefs d'entreprise » ou encore le « personnel forestier supérieur ». Sont par contre expressément mentionnés comme n'exerçant pas une fonction dirigeante élevée les « chefs d'atelier » et les « contremaîtres »[52]. Le Tribunal fédéral a comparé la position effectivement occupée par des « chefs de section » à celle de contremaître et a donc refusé de leur reconnaître le statut de collaborateurs exerçant une fonction dirigeante élevée[53]. Pareilles tentatives de catégorisation sont toutefois vouées à l'échec étant donné que seule la position effectivement occupée dans le cas concret peut être décisive en définitive. À elle seule, la qualification de « cadre » ne suffit en aucun cas à justifier l'exclusion du champ d'application de la LTr. **Ce qui est décisif** en l'occurrence, c'est l'étendue des **compétences de décision** du collaborateur en fonction de sa position et de ses responsabilités[54]. La possibilité d'influer sur la gestion de l'entreprise par des propositions ou des suggestions ne suffit pas[55]. Les **décisions** relevant de la compétence du collaborateur doivent en outre être **de portée majeure pour l'entreprise**. Elles doivent être de nature à modifier durablement la marche ou la structure de l'ensemble de l'entreprise ou, du moins, d'un de ses secteurs principaux[56]. Ces critères s'appliquent essentiellement au niveau hiérarchique suprême d'une entreprise, soit à sa direction. Pour ce qui est des domaines d'activité dans lesquels ces compétences de décision peuvent être déployées, citons notamment l'engagement et l'affectation du personnel[57], la mise en place des horaires de travail pour l'entreprise ou pour la partie de l'entreprise relevant de sa responsabilité (non seulement son propre horaire ou celui de quelques collaborateurs directement subordonnés), la politique salariale ou encore certaines questions fondamentales de la politique d'entreprise[58]. Finalement, la compétence de décision doit aussi, comme le libellé de l'ordonnance l'exprime très bien[59], aller de pair avec une **responsabilité correspondante**[60]. La personne en question doit donc assumer la responsabilité de ses décisions devant la direction suprême de l'entreprise (conseil d'administration, direction générale)[61] et, le cas échéant, engager aussi sa responsabilité juridique.

3.15. Ces conditions ne sont remplies que par une infime partie des employés de la Confédération assujettis au régime de l'horaire de travail fondé sur la confiance, ce qui nous permet de conclure que, eu égard au renvoi à l'ordonnance, **les dispositions sur la durée du travail contenues dans la LTr sont applicables aux rapports de travail qui nous intéressent en l'occurrence**.

---

50 ATF 126 III 340.

51 FF 1960 925 s.

52 FF 1960 925 s.

53 ATF 98 Ib 349.

54 ATF 98 Ib 348.

55 ATF 98 Ib 348 ; 126 III 341 ; BIGLER, art. 3, let. d.

56 ATF 126 III 340.

57 GEISER N. 22 AD art. 3 LTr.

58 ATF 98 Ib 349.

59 Art. 9 OLT1.

60 ATF 98 Ib 348 ; 126 III 340 ; GEISER N. 22 AD art. 3 LTr.

61 GEISER N. 22 AD art. 3 LTr.

3.4. Applicabilité de la loi sur le personnel de la Confédération

3.16. Aux termes de son art. 2, al. 1, let. a, la loi du 24 mars 2000 sur le personnel de la Confédération (LPers)[62] s'applique au personnel de l'administration fédérale au sens de l'art. 2, al. 1 et 2, de la loi du 21 mars 1997 sur l'organisation du gouvernement et de l'administration (LOGA)[63]. Ses dispositions d'exécution sont également applicables au personnel de l'administration fédérale.[64]

3.5. Principes de la loi sur le personnel de la Confédération

3.17. Les rapports de travail de droit public au sens de la LPers répondent au principe du consentement mutuel en ce qui concerne la conclusion du contrat de travail.[65] En outre, l'engagement n'est normalement pas limité dans le temps.[66] Certains membres du personnel sont toutefois nommés pour une durée de fonction, sans perdre pour autant leur statut de fonctionnaire.[67] Le contrat de durée déterminée constitue une exception et ne peut être conclu que pour cinq ans au plus.[68] L'employeur ne peut résilier ce type de contrat que pour des motifs ordinaires.[69]

3.6. Normes régissant la durée du travail de manière spécifique

3.18. Dans la loi sur le personnel de la Confédération, le temps de travail est régi à l'article 17. Il est ainsi précisé à l'art. 17, al. 1, LPers que les dispositions d'exécution régissent le temps de travail ainsi que les vacances et les congés. Elles réglementent également le volume et la compensation des heures d'appoint et des heures supplémentaires. Le Conseil fédéral fixe le nombre maximum d'heures de travail ordinaire, le nombre minimum de jours de vacances et la durée du congé de maternité.[70]

3.19. Se fondant sur la loi, le Conseil fédéral a édicté deux ordonnances générales se rapportant à la loi sur le personnel de la Confédération : l'**ordonnance-cadre LPers**[71] et l'**ordonnance du 3 juillet 2001 sur le personnel de la Confédération (OPers)**[72]. Il reste à savoir laquelle des deux prime l'autre lorsque les deux ordonnances contiennent des dispositions contradictoires. Du point de vue de la hiérarchie des normes, les deux textes se situent au même niveau. Ce critère ne permet donc pas de conclure à une priorité de l'un sur l'autre. En règle générale, on prend alors en considération le degré de spécialisation des actes normatifs dans ce sens que le plus spécifique prime le plus général et que l'OPers a donc priorité sur l'ordonnance-cadre. Cela signifie aussi que les dispositions de l'OPers ne sont pas invalidées par des réglementations contraires de la loi sur le travail étant donné que celle-ci – nous l'avons vu – ne s'applique pas en tant que loi en l'occurrence, mais uniquement au niveau d'une ordonnance.

3.20 L'art. 64*a* OPers est consacré à l'aménagement concret de l'horaire de travail fondé sur la confiance. Il est suivi de l'art. 65 OPers, qui fixe les règles en matière d'heures

---

62 RS 172. 220.1.

63 RS 172.010.

64 Art. 1 OPers ; art. 1, al. 1, O-OPers.

65 VISCHER, 2005, p. 315.

66 Art. 9, al. 1, LPers.

67 Art. 9, al. 4, LPers, combiné avec l'art. 32 OPers.

68 Art. 9, al. 2, LPers.

69 Art. 12, al. 6, LPers.

70 Art. 17, al. 2, LPers.

71 Ordonnance-cadre du 20 décembre 2000 relative à la loi sur le personnel de la Confédération (ordonnance-cadre LPers) [RS 172.220.11].

72 RS 172.220.111.3.

d'appoint et d'heures supplémentaires. Il est ainsi précisé à l'art. 64*a* OPers que les employés appliquant l'horaire de travail fondé sur la confiance sont dispensés d'enregistrer leur temps de travail et qu'ils ne peuvent pas compenser les heures d'appoint, les heures supplémentaires ou le solde positif de l'horaire mobile. Cette norme est complétée par des dispositions déterminant les classes de salaire pour lesquelles l'assujettissement à l'horaire de travail fondé sur la confiance est possible ainsi que les classes de salaire pour lesquelles il est obligatoire.[73] En compensation des heures d'appoint, des heures supplémentaires ou du solde positif de l'horaire mobile, les employés assujettis à l'horaire de travail fondé sur la confiance reçoivent une compensation annuelle sous la forme d'une indemnité en espèces représentant 5 % de leur salaire annuel. En accord avec leur supérieur hiérarchique, l'indemnité en espèces peut, à titre exceptionnel, être remplacée par dix jours de compensation ou par une bonification de cent heures sur un compte pour congé sabbatique. Les jours de compensation doivent être pris durant l'année où naît le droit à ces jours. Si ce n'est pas possible pour cause de maladie, d'accident ou de maternité, ils sont pris l'année suivante. S'ils ne sont pas pris pour d'autres raisons, ils sont perdus sans donner droit à un dédommagement.

3.21. Enfin, on trouve aussi des dispositions sur le temps de travail dans l'**ordonnance du DFF du 6 décembre 2001 concernant l'ordonnance sur le personnel de la Confédération (O-OPers)**[74]. La section 5 de cette ordonnance se compose de normes relatives au temps de travail, aux vacances et au congé.[75] L'horaire de travail fondé sur la confiance est considéré comme un horaire de travail mobile. L'indemnité en espèces de 5 % du salaire annuel versée en compensation des heures supplémentaires, des heures d'appoint et du solde positif de l'horaire mobile comprend tant le salaire au sens de l'art. 36 OPers que les primes de fonction selon l'art. 46 OPers.

3.22. **L'Office du personnel de même que les employeurs** au sens de la loi sur le personnel, ou alors les services administratifs, ont ensuite **émis des directives** explicatives. Nous mentionnerons ici plus particulièrement les directives de l'Office du personnel de 2009 et les directives de l'Office du personnel relatives à l'horaire de travail fondé sur la confiance.[76]

4. Évaluation critique et conclusions

4.1. Horaires de travail dans l'administration fédérale

4.1.1. Règles générales

4.1. La loi sur le personnel de la Confédération ne régit le temps de travail que par une norme de renvoi et ne contient donc pas de dispositions concrètes à ce sujet.[77] D'autres lois, qui plafonnent la durée du travail ou qui limitent la répartition du temps de travail, ne s'appliquent pas à l'administration fédérale. Il n'existe donc **aucune norme juridique** restreignant l'organisation du temps de travail au sein de l'administration centrale de la Confédération.

---

73 Art. 64*a*, al. 2-4, OPers.

74 RS 172.220.111.31

75 Art. 28-40 O-OPers:

76 OFFICE FÉDÉRAL DU PERSONNEL, Horaire de travail mobile/formes d'horaires de travail à la carte, janvier 2009; OFFICE FÉDÉRAL DU PERSONNEL, Directives relatives à l'horaire de travail fondé sur la confiance, décembre 2003.

77 Art. 17 LPers.

4.2. Des restrictions n'existent qu'au niveau de l'ordonnance. Ainsi, en l'absence d'un cadre légal, l'autorité investie du pouvoir réglementaire, soit **le Conseil fédéral**, est **entièrement libre** de régir le temps de travail comme il l'entend.[78]

4.3. La durée moyenne de la semaine de travail est de **41 heures, mais le personnel travaille en règle générale 42 heures** par semaine.[79] Cette heure hebdomadaire additionnelle est compensée par une semaine de vacances supplémentaire par année civile.[80] Cette semaine de compensation doit être prise la même année ou, dans certaines circonstances, l'année suivante. Si non, elle est perdue.[81] On trouve dans l'ordonnance les termes « durée moyenne de la semaine de travail »[82]. Une durée *moyenne* ne peut toutefois être respectée que si le nombre des heures de travail fournies à long terme ne représente ni plus ni moins que la durée indiquée. Il s'agit donc en fait de la durée normale de travail due par l'employé.

4.4. Selon l'ordonnance, la semaine de travail **peut être portée à 45 heures au maximum si les circonstances l'exigent**.[83] Dans ce contexte, l'ordonnance distingue les heures d'appoint des heures supplémentaires. Sont ainsi considérées comme heures d'appoint les heures qu'une personne occupée à temps partiel travaille en plus du nombre d'heures convenu dans le contrat, pour autant que ce nombre n'atteigne pas celui qui correspond à un poste à plein temps, soit 41, voire 42 heures par semaine[84]. Par heures supplémentaires, on entend en revanche les heures de travail dépassant celles convenues par contrat pour un poste à plein temps[85]. Dans ce dernier cas, l'OPers autorise un dépassement illimité du maximum de 45 heures hebdomadaires.[86] Elle se contente de prescrire une compensation par du temps libre et de préciser la durée de cette compensation. Dans les cas où une compensation par du temps libre n'est pas possible, une indemnité en espèces doit être versée. L'OPers fixe le maximum de cette indemnité, mais ne plafonne pas les heures de travail.[87] Il ressort de cette réglementation de la compensation que l'extension de la durée du travail à 45 heures ne doit pas être comprise comme une augmentation générale du temps de travail dû, mais comme une mesure permettant de gérer les situations exceptionnelles. Ces règles établies dans l'OPers sont en porte-à-faux avec les dispositions sur le temps de travail de la LTr applicables aux termes de l'ordonnance-cadre relative à la LPers. Selon la LTr, seul le travail excédant 45 heures par semaine est en effet considéré comme supplémentaire. La LTr limite par ailleurs la durée du travail supplémentaire admissible et oblige l'employeur à fournir une compensation (ou une indemnisation). Elle le rend responsable du respect de ces règles.

4.5. Pour ce qui est de la **répartition du travail dans la journée**, l'OPers se limite à prévoir des majorations pour les heures de travail fournies entre 20 heures et 5 heures du matin.[88] Il faut descendre jusqu'au niveau de l'ordonnance du DFF pour trouver une **disposition régissant les pauses** dans le contexte de l'horaire de travail mobile. Et encore : cette disposition

---

78 Sous réserve, bien évidemment, des restrictions générales de droit constitutionnel telles que l'égalité de droit et l'interdiction de toute discrimination entre hommes et femmes.

79 Art. 64, al. 1 et 2, OPers.

80 Art. 64, al. 2, OPers.

81 Art. 64, al. 2bis, OPers.

82 Art. 64, al. 1 et 2, OPers.

83 Art.64, al. 3, OPers.

84 Art. 65, al. 3, OPers.

85 Art. 65, al. 1 et 2, OPers.

86 Cf. art. 65, al. 5, let. b, OPers.

87 Art. 65, al. 5, première phrase, OPers.

88 Art. 64, al. 5 et 6, OPers.

prévoit simplement que le travail doit être interrompu pendant au moins 30 minutes à midi.[89] La LTr, applicable en vertu de l'ordonnance-cadre relative à la LPers, prévoit pour sa part un régime de majoration différent, plus généreux à certains égards, plus restrictif à d'autres. Il en ressort aussi un droit à des pauses supplémentaires[90].

4.6. La législation à laquelle est soumis le personnel de la Confédération se distingue par la **multitude de régimes différents de gestion du temps de travail** prévus au niveau de l'ordonnance. L'OPers ne contenant que la norme de base[91], il faut consulter l'ordonnance du DFF pour trouver une réglementation détaillée des différents régimes : horaire de travail mobile, système des menus, horaire à l'année, horaire par groupe, congés sabbatiques, horaire de travail fondé sur la confiance, télétravail[92]. Il ressort des dispositions détaillées que la durée du temps de travail peut parfaitement varier d'un régime à l'autre. Partant du temps de travail normal de 42 heures par semaine prévu à l'art. 64, al. 2, OPers, on constate que la durée du travail due sous ces différents régimes peut passer à 44[93], voire à 45 heures[94] au maximum. Selon l'ordonnance du DFF et les directives de l'Office du personnel, cette prolongation de la durée du travail peut avoir le caractère d'une augmentation réelle du temps de travail ordinaire dans la mesure où la prestation supplémentaire peut être indemnisée au moyen d'une augmentation de salaire correspondante et non pas compensée par du temps libre ou par des jours de congé supplémentaires. Précisons qu'une prestation supplémentaire de l'employeur est due dans tous les cas et qu'aucune de ces dispositions ne prévoit une augmentation unilatérale du temps de travail sans contrepartie.

4.7. Rien n'indique toutefois que le renvoi aux dispositions sur le temps de travail de la loi sur le travail contenu à l'art. 8, al. 1, de l'ordonnance-cadre LPers[95] ne s'applique pas. Par conséquent, les dispositions de l'ordonnance relatives aux différents régimes du temps de travail doivent **toujours être considérées à la lumière des dispositions de la LTr**. Il y a donc lieu d'admettre des divergences par rapport à celles-ci uniquement dans les cas où **l'ordonnance les prévoit expressément**.

4.1.2. Règles particulières s'appliquant à l'horaire de travail fondé sur la confiance

4.8. Il s'agit maintenant de savoir si les dispositions relatives à l'horaire de travail fondé sur la confiance prévoient la possibilité de s'écarter de la durée de travail due. Les dispositions déterminantes nous permettant de répondre à cette question se trouvent à l'**art. 64*a* OPers**. La LPers elle-même ne contient aucune indication précise au sujet de l'horaire de travail fondé sur la confiance et l'ordonnance du DFF doit s'en tenir au cadre fixé par l'OPers. Elle ne peut pas prévoir d'obligations et de droits sortant de ce cadre.

4.9. L'art. 64*a* OPers régit **principalement l'enregistrement du temps de travail** et non l'étendue de la prestation due.[96] Il détermine ensuite les types de rapports de travail auxquels **l'horaire de travail fondé sur la confiance peut être appliqué**.[97] Finalement, la norme régit aussi la compensation : elle remplace la compensation des heures d'appoint, des heures sup-

89 Art. 28, al. 3, O-OPers.

90 Art. 15 s. LTr.

91 Art. 64, al. 4, OPers.

92 Voir plus particulièrement art. 30 O-OPers.

93 Art. 31, al. 1, O-OPers.

94 Art. 32 O-OPers.

95 Art. 8, al. 1, ordonnance-cadre LPers.

96 Art. 64*a*, al. 1, OPers.

97 Art. 64*a*, al. 2 à 4, OPers.

plémentaires ou du solde positif de l'horaire mobile[98] par une indemnité générale en espèces ou en temps libre.[99]

4.10. Ce que les auteurs de l'art. 64*a*, al. 1, OPers veulent vraisemblablement nous faire comprendre indirectement, c'est que ces types de prestations supplémentaires ne peuvent pas exister sous le régime de l'horaire de travail fondé sur la confiance étant donné que l'horaire de travail, justement, est libre. En contrepartie, l'employé a droit à une indemnité en espèces ou en temps libre.[100] La façon dont la compensation est réglée dans l'ordonnance montre qu'une prestation supplémentaire de l'employé est manifestement attendue. Il n'est toutefois pas précisé si cette prestation supplémentaire doit être fournie sous la forme d'une efficacité plus grande ou sous la forme d'une durée de travail plus longue. La nature de la compensation ne nous en dit pas plus à ce sujet. L'indemnité en espèces se justifie tant en compensation d'heures de travail supplémentaires qu'en rémunération d'un surcroît d'efficacité de l'employé, même si la durée du travail est (égale ou) plus courte. Si une indemnisation sous la forme de jours de congé supplémentaires paraît plus adéquate en contrepartie d'heures de travail additionnelles, elle peut aussi se justifier dans les cas où le travail n'est pas plus long, mais plus intensif. Quoi qu'il en soit, la limite fixée à l'étendue de l'indemnité, qu'elle soit due en espèces ou en jours de congé, montre bien l'intention du législateur de restreindre très strictement l'étendue de la prestation additionnelle. Il paraît dès lors justifié d'admettre que la limite de 45 heures prévue dans le cas de l'horaire à l'année[101] ne doit pas non plus être dépassée en moyenne par les employés assujettis à l'horaire de travail fondé sur la confiance. J'en viens donc à la conclusion que **si le temps de travail dû sous le régime de l'horaire de travail fondé sur la confiance peut atteindre un maximum de 45 heures hebdomadaires, cette limite ne doit pas être dépassée**. Cela ne veut pas dire que les semaines de travail plus longues soient interdites, mais simplement que les employés ne sont pas tenus d'accepter des semaines de travail plus longues en moyenne. Et les « heures supplémentaires » au sens de l'OPers, soit les heures de travail additionnelles fournies jusqu'à concurrence de 45 heures par semaine, ne doivent pas être compensées dans ce cas. Une compensation est en revanche due pour le travail supplémentaire au sens de la loi sur le travail, soit pour le travail excédant 45 heures par semaine.

4.11. Les dispositions de la loi sur le travail relatives aux **pauses et à la répartition du travail sur la journée** doivent être observées sans aucune restriction. L'OPers ne prévoit pas de dérogation à cette règle, même dans le cas de l'horaire de travail fondé sur la confiance.

4.2. Contrôle du temps de travail dans l'administration fédérale

4.12. Ne s'applique pas à l'administration fédérale la disposition de la LTr relative aux registres et pièces que l'employeur doit tenir à la disposition des autorités d'exécution et de surveillance, pas plus que l'ordonnance s'y rapportant.[102] Il n'existe donc **aucune norme qui oblige l'administration fédérale à s'assurer du respect des dispositions pertinentes au moyen de mesures de contrôle strictes** et donc à enregistrer le temps de travail de ses employés.

4.13. Il serait toutefois faux de vouloir en conclure que l'administration fédérale n'est pas tenue d'assurer le respect des dispositions légales à l'intérieur de son organisation en procé-

98 Art. 64*a*, al. 1, OPers.

99 Art. 64*a*, al. 5 et 6, OPers.

100 Art. 64a, al. 5 et 6, OPers.

101 Art. 32, al. 2, O-OPers.

102 Art. 46 LTr et art. 73 OLT 1.

dant aux contrôles nécessaires et en les documentant. L'obligation d'opérer un controlling adéquat et d'en rendre compte est imposée par la loi elle-même.[103] Celle-ci oblige expressément les employeurs de la Confédération à prévenir l'arbitraire dans les rapports de travail.[104] Cette disposition implique sans aucun doute et en priorité le respect des dispositions légales. Les services de la Confédération ont donc bel et bien **l'obligation de mettre en place des systèmes qui permettent non seulement d'assurer le respect des normes en matière de temps de travail, mais aussi de le vérifier**. L'horaire de travail fondé sur la confiance n'est pas une porte ouverte au non-respect des normes de protection des travailleurs.

4.3. Introduction de nouveaux régimes de gestion du temps de travail

4.14. Il importe de ne pas oublier que les rapports de travail de droit public engageant la Confédération ne sont plus fondés sur une décision, mais sur un contrat de droit public.[105] Une modification des conditions d'engagement n'est donc possible que d'entente entre les deux parties, comme le confirme expressément l'art. 30 OPers. Il ne fait aucun doute que les conditions d'engagement incluent la durée et la répartition du temps de travail. Si l'employé est assujetti à un nouveau régime de gestion du temps de travail, ce changement, par principe, appelle une modification du contrat et donc l'accord des deux parties. La modification ne peut pas être ordonnée unilatéralement par l'employeur, même si celui-ci se trouve être investi du pouvoir réglementaire.

4.4. Comparaison avec le droit privé

4.15. Comme le Conseil fédéral est à la fois détenteur du pouvoir réglementaire et employeur, **l'employeur**, sous le régime du droit public, **est entièrement libre dans l'aménagement du temps de travail qu'il convient avec son employé**. L'employeur privé ne jouit de cette même liberté que dans les rapports de travail qu'il établit avec les employés exerçant une fonction dirigeante, auxquels la loi sur le travail ne s'applique pas. Pour le reste de son personnel, y compris les cadres, il doit respecter le temps de travail maximum fixé par la LTr.

4.16 Au **niveau de l'ordonnance**, le Conseil fédéral définit ensuite **un temps de travail moyen qui se situe tout à fait dans les normes d'usage** dans le secteur privé. Il s'écarte en revanche de la réglementation du droit privé en prévoyant la possibilité d'une perte du droit à la semaine de compensation. Dans les rapports de travail de droit privé, une telle déchéance n'est pas possible étant donné que l'art. 341 CO régit de manière définitive et contraignante la perte de droits de l'employé par échéance d'un délai, de pair avec les dispositions sur la prescription contenues dans la partie générale du code des obligations. Le simple fait que l'employé ne fasse pas valoir une créance ne suffit donc pas à l'en déchoir.[106] Pour ce qui est du temps de travail supplémentaire au sens de la loi sur le travail, l'employeur privé doit endosser la responsabilité de sa compensation et il encourt des sanctions pénales s'il ne fait pas en sorte que l'employé fasse valoir son droit à la compensation[107].

4.17. Alors que la loi sur le travail, qui régit les rapports de travail privés, plafonne le temps de travail hebdomadaire et impose des limites très strictes à tout travail additionnel[108], les dis-

---

[103] Art. 4 et 5 LPers.

[104] Art. 4, al. 3, LPers.

[105] Cf. ch. 3.2. supra.

[106] Cf. STREIFF/VON KAENEL, n. 4 ad art. 341 CO.

[107] Art. 59, al. 1, let. b, LTr.

[108] Art. 12 LTr: 170 heures pour les travailleurs dont la durée maximale de la semaine de travail est de 45 heures et 140 heures pour les travailleurs dont la durée maximale de la semaine de travail est de 50 heures.

positions légales applicables au personnel de la Confédération permettent à l'employeur de **prolonger à volonté le temps de travail** si la charge de travail l'exige. La répartition du temps de travail et les pauses du personnel de la Confédération ne sont pas non plus régies au niveau de la loi. Au niveau de l'ordonnance, on ne trouve qu'un simple renvoi aux dispositions de la LTr, dont l'OPers s'écarte néanmoins à plusieurs reprises.

4.18. Si le droit privé régit très précisément l'étendue de la **documentation** que **l'employeur** doit fournir pour attester du respect des règles en matière de durée maximale du travail, de durée minimale des pauses ainsi que de l'interdiction du travail de nuit et du dimanche, **et si il l'en rend juridiquement responsable**, les actes normatifs régissant la situation spécifique du personnel de la Confédération ne contiennent pas de dispositions claires à ce sujet. Dans le cas des rapports de travail entre la Confédération et ses employés, ces obligations résultent des principes généraux du droit public. Tant que ces principes ne se trouvent pas concrétisés, l'employé ne pourra guère se reposer sur une pratique fiable.

4.5. Conclusion

4.19. Le droit en vigueur fournit une **base juridique suffisante** pour l'introduction de l'horaire de travail fondé sur la confiance dans l'administration fédérale. Ce type de régime de gestion du temps de travail **convient** assurément tout aussi **bien** à certaines parties de l'administration fédérale qu'à certaines parties du secteur privé. Il présente des avantages tant pour l'employeur que pour les employés.

4.20. L'horaire de travail fondé sur la confiance ne doit cependant pas servir à **augmenter le volume de la prestation de travail due**, mais au contraire à accroître l'efficacité de la prestation de travail convenue : l'employé bénéficie d'une plus grande liberté dans l'organisation de son travail, qui peut être mieux adapté aux besoins de l'employeur. Ce régime implique forcément une **diminution des contrôles**.

4.21. Si l'on veut que l'horaire fondé sur la confiance soit appliqué à bon escient, il est souhaitable que des limites claires soient posées au préalable. Ces limites sont fixées par la loi sur le travail et plus précisément par les dispositions sur le temps de travail applicables. Il serait néanmoins **souhaitable que cette applicabilité ne soit pas établie seulement au niveau de l'ordonnance, mais déjà au niveau de la loi**. Ce changement clarifierait la hiérarchie des normes en ce sens que les ordonnances et toutes les dispositions qui en dépendent devraient alors être conformes aux principes établis dans la loi sur le travail et ne pourraient donc plus s'en écarter.

4.22. Pour ce qui est de l'absence de tout mécanisme d'enregistrement du temps de travail dans le cas de l'horaire de travail fondé sur la confiance, il serait opportun que **l'administration de la Confédération développe des systèmes de contrôle similaires à ceux qui ont été mis en place dans le secteur privé**, notamment par les banques : chaque collaborateur doit clairement rendre compte du respect des dispositions sur le temps de travail à son supérieur ; celui-ci doit alors à son tour confirmer à son supérieur que ces règles ont bien été observées ou alors rapporter les écarts constatés. Ce système permet la prise de mesures lorsqu'il apparaît que les règles n'ont pas été respectées. Il peut aboutir à des décisions pénibles pour l'entreprise : embauche de personnel supplémentaire, réduction des prestations, réorganisations ou licenciement des employés dont le travail ne donne pas satisfaction. Les systèmes de contrôle ont pourtant l'avantage d'accroître la transparence, sans compter que les normes de protection des travailleurs sont inutiles si elles ne sont pas observées.

5. Réponses aux questions

1.a) Protection des travailleurs : Par rapport aux dispositions de droit privé, et plus particulièrement à celles de la loi sur le travail, les dispositions actuelles du modèle d'horaire de travail fondé sur la confiance appliqué dans l'administration fédérale offrent-elles un niveau de protection équivalent ?

Comme indiqué précédemment, le droit du personnel de la Confédération n'offre pas une protection équivalente, car :

- la loi elle-même ne contient que des principes très généraux ;
- les dispositions relatives aux jours de compensation contenues dans l'ordonnance sur le personnel de la Confédération offrent partiellement une protection moindre que celle garantie par les règles de droit régissant les contrats de travail et par les dispositions de la loi sur le travail ;
- le contrôle du respect des règles de protection des travailleurs ne fait l'objet d'aucune disposition légale et la loi ne prévoit aucune obligation pour l'administration fédérale de veiller, en tant qu'employeur, au respect de ces règles.

1.b) Si tel n'est pas le cas, quels aspects faudrait-il inscrire dans le droit du personnel de la Confédération (et sous quelle forme) afin de garantir aux employés de la Confédération une protection au moins équivalente ?

- Il conviendrait de consacrer la primauté des dispositions relatives à l'horaire de travail découlant de la loi sur le travail sur celles de l'ordonnance ;
- Il faudrait créer des mécanismes de contrôle destinés à garantir le respect des dispositions régissant l'horaire de travail et prévoir l'obligation pour l'employeur de veiller au respect de ces dispositions ; ce dernier point impliquerait notamment que les dispositions légales ne peuvent pas prévoir de délais péremptoires pour obliger les employés à prendre leurs heures et leurs jours de compensation.

2.a) À la lumière de l'art. 17 de la loi sur le personnel de la Confédération (LPers), quel jugement portez-vous sur le modèle de l'horaire de travail fondé sur la confiance ? L'application qui est actuellement faite de cet article est-elle conforme à la LPers ?

La LPers laisse une grande marge de manœuvre à l'autorité chargée d'édicter l'ordonnance. Elle ne précise nulle part que les employés de la Confédération doivent être soumis à des conditions d'engagement garantissant un niveau de protection identique à celui dont bénéficient les travailleurs du secteur privé. Sur ce point, le modèle actuel d'horaire de travail fondé sur la confiance satisfait donc aux exigences de l'art. 17 LPers, même si cela peut sembler peu satisfaisant au vu du niveau de protection inférieur dont bénéficient les employés de la Confédération vis-à-vis des travailleurs du secteur privé.

2.b) Si tel n'est pas le cas, quelles seraient les modifications à apporter au niveau de l'ordonnance afin que le modèle de l'horaire fondé sur la confiance soit conforme à la LPers ?

L'horaire de travail fondé sur la confiance étant conforme à la LPers, aucune modification n'est nécessaire.

*****
***
*

Minusio, le 7 juin 2011 Prof. Thomas Geiser

Bibliographie

Friedrich-Walter Bigler, Kommentar zum Arbeitsgesetz, 3. Aufl., Zürich 1986;
Christiane Brunner/Jean-Michel Bühler/Jean-Bernard Waeber, Commentaire du contrat de travail, Lausanne 2004;
Rudolf Canner/René Schoop, Arbeitsgesetz, 2. Aufl., Zürich 1976;
Philippe Carruzzo, Le contrat individuel de travail, Zürich 2009;
Thomas Geiser, in: Geiser/von Kaenel/Wyler (Hrs.), Kommentar zum Arbeitsgesetz, Bern 2005;
Thomas Geiser/Roland Müller, Arbeitsrecht in der Schweiz, Bern 2009;
Peter Helbling/Poledna Tomas. Personalrecht des öffentlichen Dienstes. Bern 1999.
Pascal Mahon, in: Geiser/Von Kaenel/Wyler (Hrsg.), Arbeitsgesetz, Bern 2005;
Laurent Morreillon, in: Geiser/Von Kaenel/Wyler (Hrsg.), Stämpflis Handkommentar zum Arbeitsgesetz, Bern 2005;
Roland A. Müller, Arbeitsgesetz, Zürich 2001;
Roland A. Müller, in: Geiser/Von Kaenel/Wyler (Hrsg.), Stämpflis Handkommentar zum Arbeitsgesetz, Bern 2005;
Manfred Rehbinder, Berner Kommentar, 1992;
Manfred Rehbinder, Schweizerisches Arbeitsrecht, Bern 2002;
Giacomo Roncoroni, Lavoro su chiamata e lavoro occasionale, in: Caimi/Ometta/Corti (Hrsg.), Il ticino e il diritto, Lugano 1997, p. 591 ss;
Roger Rudolph, in: Geiser/Von Kaenel/Wyler (Hrsg.), Stämpflis Handkommentar zum Arbeitsgesetz, Bern 2005;
Adrian Staehelin, Zürcher Kommentar, 1996;
Ullin Streiff/Adrian von kaenel, Arbeitsvertrag, 6. Aufl. Zürich 2006;
Hans Peter Tschudi, Schweizerisches Arbeitsschutzrecht, Bern 1985;
Klaus Vallender, in: Ehrenzeller/Mastronardi/Schweizer/Vallender (Hrsg.) Die Schweiezerische Bundesverfassung Kommentar, Zürich 2008;
Frank Vischer, Der Arbeitsvertrag, SPR Bd. VII/4, Basel 2005;
Adrian Von Kaenel, in: Geiser/Von Kaenel/Wyler (Hrsg.), Stämpflis Handkommentar zum Arbeitsgesetz, Bern 2005;
Remy Wyler, Droit du travail, Berne 2008;
Henri Zwahlen, in: Walther Hug, Kommentar zum Arbeitsgesetz, Bern 1971.

Suivi de l'inspection «Loi sur le personnel de la Confédération: pilotage de la politique du personnel et atteinte des objectifs»

Avis du DFF du 9 novembre 2011

Schweizerische Eidgenossenschaft
Confédération suisse
Confederazione Svizzera
Confederaziun svizra

La cheffe du Département fédéral des finances DFF

CH-3003 Berne
DFF

A la Présidente
de la sous-commission DFF/DFE CdG-N
Conseillère nationale Brigitta Gadient
Commission de gestion
3003 Berne

Berne, le 9 novembre 2011

Suivi de l'inspection « Loi sur le personnel de la Confédération: pilotage de la politique du personnel et atteinte des objectifs »; avis concernant le projet de rapport

Madame la Présidente,

Par votre lettre du 21 octobre 2011, vous me demandez de donner mon avis sur le projet de rapport rédigé par la sous-commission DFF/DFE de la CdG-N concernant le suivi de l'inspection « Loi sur le personnel: pilotage de la politique du personnel et atteinte des objectifs ». Nous avons examiné le contenu de ce projet avec le concours des responsables du personnel des départements.

Nous souhaitons attirer votre attention sur une erreur matérielle figurant dans le rapport concernant les constatations en matière d'horaire de travail fondé sur la confiance. Selon le chapitre 3.3.1, à la page 9 du projet de rapport, les dispositions régissant le temps de travail selon la loi sur le travail (LTr) sont applicables aux rapports de travail des employés fédéraux en vertu de l'art. 8 de l'ordonnance-cadre relative à la loi sur le personnel (ordonnance-cadre LPers), sous réserve de dispositions contraires d'actes régissant le droit du personnel de la Confédération. Or, seules les dispositions relatives au temps de travail prévues par la LTr qui concernent le temps de travail maximum s'appliquent au personnel de la Confédération (cf. art. 8, al. 1, ordonnance-cadre LPers). L'art. 2, al. 1, LTr et l'absence d'une base légale en la matière dans le droit du personnel de la Confédération excluent toute extension au personnel de la Confédération des dispositions sur le temps de travail prévues dans la LTr.

Notre examen n'a pas révélé d'autres fautes matérielles ou formelles, ni la présence d'informations confidentielles sensibles. Nous vous remercions de nous avoir donné la possibilité d'exprimer notre avis sur le rapport avant sa publication. La réponse du Conseil fédéral comprendra un avis matériel détaillé.

Veuillez agréer, Madame la Présidente, l'expression de ma considération distinguée.

Eveline Widmer-Schlumpf

Bundesgasse 3, 3003 Berne, Suisse
www.dff.admin.ch

Prise de position sur les objections soulevées par le DFF au sujet du projet de rapport relatif à l'HTC

Prof. Thomas Geiser, 12 novembre 2011

Prof. Dr en droit Thomas Geiser
Forschungsinstitut für Arbeit und Arbeitsrecht FAA-HSG
Guisanstrasse 92
9010 Saint-Gall

I. Rappel des faits

Dans votre courriel datant du 11 novembre 2011, vous m'avez demandé de prendre position sur les objections soulevées par le DFF concernant le projet de rapport de la CdG-N.

1. Dans le projet de rapport il est indiqué:

«En vertu de l'art. 8 de l'ordonnance-cadre relative à la LPers, les dispositions régissant le temps de travail de la LTr sont en principe applicables aux rapports de travail des employés fédéraux, sous réserve de dispositions contraires d'actes régissant le droit du personnel de la Confédération.

Eu égard aux constatations précédentes, les employés ont droit à des pauses qui dépassent le cadre fixé dans l'O-Opers.»

2. A ce sujet, le DFF relève dans sa prise de position:

«Nous souhaitons attirer votre attention sur une erreur matérielle figurant dans le rapport concernant les constatations en matière d'horaire de travail fondé sur la confiance. Selon le chiffre 3.3.1, de rapport, les dispositions régissant le temps de travail selon la loi sur le travail (LTr) sont applicables aux rapports de travail des employées fédéraux en vertu de l'art. 8 de l'ordonnance-cadre relative à la loi sur le personnel (ordonnance-cadre LPers), sous réserve de dispositions contraires d'actes régissant le droit du personnel de la Confédération. Or, seules les dispositions relatives au temps de travail prévues par la LTr qui concernent le temps de travail maximum s'appliquent au personnel de la Confédération (cf. art. 8, al. 1, ordonnance-cadre LPers). L'art. 2, al. 1, LTr et l'absence d'une base légale en la matière dans le droit du personnel de la Confédération excluent toute extension au personnel de la Confédération des dispositions sur le temps de travail prévues dans la LTr.»

II. Question

Il s'agit ici de déterminer quelle interprétation donner aux références inscrites à l'art. 8, al. 1, de l'ordonnance-cadre LPers.

III. Prise de position

Pour répondre à cette question, l'interprétation de l'art. 8, al. 1, de l'ordonnance-cadre relative à la LPers est cruciale.

1. Interprétation littérale

Pour l'interprétation littérale, il convient de se fonder sur le texte même de la disposition de l'ordonnance-cadre.

La disposition décrète:

Art. 8 Temps de travail et vacances

(art. 17 LPers)

1 Le temps de travail maximum est déterminé par la loi du 8 octobre 1971 sur la durée du travail ou par les art. 9 ss de la loi du 13 mars 1964 sur le travail et les art. 22 ss de l'ordonnance 1 du 10 mai 2000 relative à la loi sur le travail.

2 La durée de vacances minimale est régie par les art. 329 ss du code des obligations.

L'énoncé de la disposition précise uniquement que les dispositions de l'art. 9 LTr ainsi que les dispositions des articles suivants sont applicables. Néanmoins, il ne précise pas l'ensemble des dispositions sur lesquelles cette référence se porte. La loi sur le travail ne comporte pas de titre marginal intitulé «Temps de travail maximum». C'est le titre marginal de l'art. 9 LTr «Durée maximum de la semaine de travail» qui s'en rapproche le plus. Ce titre marginal laisse entrevoir que d'autres dispositions régissant le temps de travail maximal et ne se rapportant pas à la semaine doivent exister.

2. Systématique

Les art. 9 ss de la LTr se trouvent au chapitre «III. Durée de travail et repos», qui est subdivisé en quatre sous-chapitres: 1. «Durée du travail» (art. 9 à 14, LTr), 2. «Repos» (art. 15 à 22 LTr), 3. «Travail continu» (art. 23 et 24 LTr) et 4. «Autres dispositions» (art. 25 à 28 LTr).

Il paraît évident que la définition du temps de travail et son application ne sont pas fixées par les dispositions du seul sous-chapitre 1, mais que les autres sous-chapitres sont également à prendre en considération, notamment celui concernant le temps de repos, puisque les deux notions sont complémentaires l'une de l'autre. Aucune autre notion n'est en outre citée, ce qui permet de conclure que ce qui n'entre pas dans le temps de repos est considéré comme temps de travail et inversement. Les notions de temps de travail et de repos se définissent donc réciproquement.

Aussi, la systématique de la loi n'apporte ainsi pas de réponse claire à la question posée.

3. Interprétation téléologique

Il convient dès lors d'examiner le but dans lequel cette norme a été instaurée. Ne disposant pas des documents relatifs aux travaux préparatoires de l'ordonnance-cadre LPers, je dois me fonder sur une vue d'ensemble de l'objectif visé par la disposition et du sens à lui donner.

Pour ce qui est du temps de travail maximal, l'art. 8 de l'ordonnance-cadre LPers vise manifestement à rapprocher les règles appliquées au sein de l'administration de celles en vigueur dans le secteur privé. Il convient de souligner que l'envergure du temps de travail peut être délimitée sur différentes unités de temps: il s'agit du temps de travail maximal autorisé par semaine, mais des limitations s'appliquent également sur le temps de travail journalier et le temps de travail annuel.

Le temps de travail maximal autorisé à l'année est fixé expressément à l'art. 12 LTr. Le calcul du temps de travail maximal journalier est, quant à lui, plus complexe: il est indispensable en effet d'y intégrer les temps de pause, car ceux-ci restreignent l'utilisation du cadre fixé à l'art. 10 LTr. Si le temps de travail journalier maximal prévu par la LTr devait être également applicable au sein de l'administration, les dispositions de cette même loi portant sur le temps de repos, et notamment le temps de pause, doivent elles aussi être prises en compte. Des restrictions peuvent survenir en matière de travail de nuit (cf. art. 17*a* LTr).

Si les dispositions concernant les pauses sont de toute manière à prendre en considération, le calcul du temps de travail maximal autorisé n'étant autrement pas possible, ces dispositions dans leur ensemble doivent être appliquées pour autant que l'ordonnance-cadre ne prévoie pas expressément de dispositions y dérogeant. Ceci est également valable pour la répartition concrète du travail. Par ailleurs, les dispositions de la LTr sur le travail de nuit et le travail dominical ne limitent pas seulement le temps de travail journalier mais également de manière explicite le temps de travail hebdomadaire. Appliquer l'art. 9 LTr sans prendre en considération les dispositions qui s'y rattachent ne se justifie donc pas.

IV. Conclusion

Je ne peux adhérer à l'objection avancée par le DFF. Il est, tout au plus, possible d'admettre que les dispositions de la LTr relatives au temps de travail – très complexes – pourraient être en partie appliquées de manière différenciée, eu égard aux particularités liées à l'ordonnance-cadre. Cette dernière contenant des dispositions spécifiques, il est en effet possible que certaines dispositions de la LTr doivent être appliquées de manière un peu différente que dans le droit du travail privé, notamment en matière de calcul et de dédommagement de la compensation des heures supplémentaires.

De mon point de vue, le projet de rapport prend déjà en considération cette situation juridique: il prévoit en effet que «les dispositions régissant le temps de travail de la LTr sont en principe applicables». Avec l'expression «en principe», il est ainsi souligné que des exceptions peuvent tout à fait exister. De même que la conclusion selon laquelle les employés ont droit à des pauses qui dépassent le cadre fixé dans

l'ordonnance du DFF me semble tout à fait pertinente, d'autant plus que ces droits ne sont pas précisés dans le rapport. Il n'a pas été prétendu que les exigences devaient impérativement être identiques aux usages des rapports de travail dans le secteur privé.

Avec mes meilleures salutations

Prof. Thomas Geiser