



16.423

**Initiative parlementaire
Libérer le personnel dirigeant et les spécialistes de
l'obligation de saisie du temps de travail**

**Avant-projet et rapport explicatif de la Commission de l'économie et
des redevances du Conseil des Etats**

du 18 juin 2018

Condensé

L'avant-projet prévoit que les travailleurs exerçant une fonction de supérieur ou de spécialiste disposant d'un pouvoir de décision important dans leur domaine de spécialité puissent être libérés de l'obligation d'enregistrer la durée du travail et être soumis à un horaire de travail basé sur la confiance dans la mesure où ils disposent d'une grande autonomie dans leur travail et peuvent dans la majorité des cas fixer eux-mêmes leurs horaires de travail. Le champ d'application de l'art. 73a de l'ordonnance I relative à la loi sur le travail (OLT I) serait ainsi élargi ; en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2016, cet article permet aux travailleurs soumis à une convention collective de travail de renoncer à enregistrer la durée du travail pour autant qu'ils touchent un salaire dépassant 120 000 francs par an.

La majorité de la commission considère que les conditions fixées dans l'OLT I désavantagent les secteurs dépourvus de convention collective de travail ou pour lesquels le plancher de 120 000 francs est trop élevé. Elle est d'avis que la modification proposée permettrait de mieux tenir compte des besoins des travailleurs et des entreprises ainsi que des changements survenus ces dernières années dans le monde du travail.

Une minorité ne voit pas la nécessité de la modification proposée, qu'elle estime même susceptible de nuire à la santé des travailleurs concernés. A ses yeux, le droit en vigueur offre déjà toute la souplesse voulue.

L'avant-projet destiné à mettre en œuvre l'initiative parlementaire 16.423 concerne les mêmes catégories de travailleurs que ceux touchés par l'avant-projet envoyé en même temps en consultation et relatif à l'initiative parlementaire 16.414 Graber Konrad « Introduire un régime de flexibilité partielle dans la loi sur le travail et maintenir des modèles de temps de travail éprouvés ». Il propose cependant une autre solution pour permettre aux travailleurs concernés d'aménager leurs horaires de travail avec davantage de souplesse.

Rapport

1 Genèse du projet

Le 14 mars 2016, la conseillère aux Etats Karin Keller-Sutter a déposé l'initiative parlementaire *16.423 Libérer le personnel dirigeant et les spécialistes de l'obligation de saisie du temps de travail*. Cette initiative vise à libérer de l'obligation de saisir le temps de travail les salariés exerçant une fonction dirigeante ainsi que les spécialistes occupant une position similaire qui disposent d'une grande autonomie dans l'organisation de leur travail et dans la détermination de leur horaire de travail et de leur temps de repos. Contrairement à l'art. 73a de l'ordonnance 1 relative à la loi sur le travail (OLT 1)¹, la modification en question doit pouvoir s'appliquer à tous les secteurs et, partant, ne pas être soumise à des conditions qui ne peuvent pas être satisfaites partout.

A sa séance du 18 août 2016, la Commission de l'économie et des redevances du Conseil des Etats (CER-E) a donné suite à l'initiative parlementaire Keller-Sutter par 10 voix contre 3. Le 20 février 2017, son homologue du Conseil national s'est ralliée à cette décision par 18 voix contre 6.

Le 31 août 2017, la CER-E a adopté, par 7 voix contre 1 et 1 abstention, une proposition portant sur la mise en œuvre de l'initiative parlementaire. En parallèle, elle a chargé l'administration d'élaborer, en collaboration avec le secrétariat et l'auteur de l'initiative, un avant-projet assorti d'explications.

Le 15 février 2018, la CER-E a décidé, par 10 voix contre 3, d'entrer en matière sur l'avant-projet, qu'elle a examiné une première fois. L'administration et le secrétariat de la commission ont ensuite procédé à un remaniement formel du texte. Le 18 juin 2018, la commission s'est penchée sur la version remaniée, qu'elle a approuvée au vote sur l'ensemble par 7 voix contre 3 et 1 abstention ; enfin, elle a décidé d'envoyer l'avant-projet définitif en consultation.

Une minorité propose de ne pas entrer en matière sur l'avant-projet, qu'elle rejette dans son ensemble (cf. chap. 2.2.2).

2 Grandes lignes du projet

2.1 Droit en vigueur

2.1.1 Contexte

L'art. 46 de la loi fédérale du 13 mars 1964 sur le travail dans l'industrie, l'artisanat et le commerce (loi sur le travail, LTr)² constitue la base légale pour l'obligation de l'employeur d'établir des documents et de les sauvegarder. Il stipule que tous les registres ou autres pièces à partir desquels les indications nécessaires à l'exécution

¹ RS 822.111

² RS 822.11

de la loi et de ses ordonnances sont visibles doivent être mis à la disposition des organes d'exécution et de surveillance. L'OLT 1 précise quelles informations sont nécessaires à l'exécution.

Avec la révision de la loi sur le travail en 2000, le niveau de détail de cette obligation a été rehaussé : alors que seuls les jours de repos, la durée hebdomadaire du travail et le travail supplémentaire comptaient jusqu'alors parmi les indications au sens de la réglementation, le positionnement et la durée quotidienne et hebdomadaire du travail (y c. le travail compensatoire et le travail supplémentaire), le positionnement et la durée des pauses d'une demi-heure, les jours de repos et les jours de repos compensatoire hebdomadaires octroyés, ainsi que les majorations de salaire et/ou les compensations en temps font depuis 2000 l'objet d'une documentation conformément à l'art. 73 OLT 1. Ce durcissement a augmenté le décalage entre l'obligation d'un enregistrement systématique de la durée du travail conformément à l'art. 73 OLT 1, et la réalité du travail quotidien de certaines catégories du personnel (en premier lieu de travailleurs qui occupent une fonction de supérieur ainsi que de personnes qui disposent d'une autonomie élevée dans certaines fonctions particulières), vu qu'aujourd'hui, on travaille bien plus fréquemment qu'auparavant en dehors des bureaux et des heures fixes d'ouverture des bureaux.

Au vu de cette situation, Paul Niederberger, alors conseiller aux États, a déposé en 2013 une motion *13.4104 Obligation de saisir le temps de travail. Donner aux travailleurs la possibilité de signer une déclaration de renonciation dans certaines branches*. À l'époque, la CER-E a toutefois préféré laisser aux partenaires sociaux le soin de trouver un système reconnu par les deux parties, et ne pas agir par elle-même. Les pourparlers des partenaires sociaux ont finalement conduit à la modification de l'OLT 1. De nouvelles modalités d'enregistrement de la durée du travail y ont été introduites au 1^{er} janvier 2016. D'une part, l'art. 73a OLT 1 a créé la possibilité de renoncer totalement à l'enregistrement de la durée du travail (voir chap. 2.1.2) ; d'autre part, l'art. 73b OLT 1 a permis de procéder à un enregistrement simplifié de celle-ci (voir chap. 2.1.3). Ces modifications n'affectent toutefois pas les dispositions matérielles, toutes les dispositions de la loi sur le travail concernant la durée du travail et la durée du repos restent intégralement applicables. Sans un enregistrement détaillé de la durée du travail, les employeurs, les travailleurs ainsi que les inspecteurs du travail doivent si nécessaire s'appuyer sur des entretiens individuels ou sur d'autres indications telles que notamment le contrôle d'accès au lieu du travail, afin de vérifier pour le moins si les prescriptions légales ont été probablement respectées.

2.1.2 Renonciation à l'enregistrement de la durée du travail conformément à l'art. 73a, OLT 1

Avec la renonciation à l'enregistrement de la durée du travail conformément à l'art. 73a OLT 1, l'employeur est libéré de l'obligation d'enregistrer ou de faire enregistrer des informations en rapport avec la durée du travail et du repos du travailleur.³

³ Selon l'art. 73a, al. 1, OLT 1, il est possible de renoncer à établir des documents contenant les indications mentionnées à l'art. 73, al. 1, let. c-e et h, OLT 1. Ces indications renseignent notamment sur la durée du travail accompli par jour et par semaine, y c. le travail compensa-

La condition d'une telle renonciation nécessite en premier lieu qu'elle soit ancrée dans une convention collective de travail (CCT). De plus, une renonciation à l'enregistrement de la durée du travail est réservée aux travailleurs qui disposent d'une grande autonomie dans leur travail⁴ et qui peuvent dans la majorité des cas fixer eux-mêmes leurs horaires de travail (voir art. 73a, al. 1, OLT 1). En outre, ils doivent disposer d'un revenu annuel brut de plus de 120 000 francs et accepter la renonciation par écrit (voir art. 73a, al. 1, OLT 1). Aussi bien la partie renonçante que l'employeur disposent à cet effet d'un droit de révocation annuel (voir art. 73a, al. 3, OLT 1). Afin de compenser un éventuel risque de surcharge de travail, les partenaires sociaux doivent prévoir dans la CCT des mesures particulières de protection de la santé et de respect des durées du repos prévues par la loi (voir art. 73a, al. 4, let. a, OLT 1)⁵ ; par ailleurs, la CCT doit prévoir l'obligation pour l'employeur de désigner un service interne à l'entreprise pour les questions liées à la durée du travail (voir art. 73a, al. 4, OLT 1)^{6,7}.

Les autorités d'exécution doivent pouvoir vérifier que les conditions sont remplies pour une exemption de l'enregistrement de la durée du travail. Les employeurs sont donc tenus de continuer de fournir une certaine documentation en cas d'application de l'art. 73a OLT 1. L'employeur doit ainsi tenir la CCT et les conventions individuelles de renonciation à la disposition des autorités. Par ailleurs, il doit tenir un

toire et le travail supplémentaire ainsi que leur positionnement (let. c), sur les jours de repos et les jours de repos compensatoire hebdomadaires accordés, dans la mesure où ils ne tombent pas régulièrement un dimanche (let. d), sur le positionnement et la durée des pauses d'une demi-heure et plus (let. e) ainsi que sur les majorations de salaire et/ou les compensations en temps qui sont dues conformément à la loi (let. h).

⁴ Il s'agit des travailleurs qui déterminent en grande partie par eux-mêmes de quelle manière les travaux sont organisés et réalisés. Les cadres supérieurs ainsi que les travailleurs disposant d'un cahier des charges particulier, tels les gestionnaires de projet, sont susceptibles de jouir d'une telle autonomie d'organisation.

⁵ Lors de la détermination de ces mesures pertinentes du point de vue de la santé et de celles servant au respect de la durée du travail et du repos, il faut notamment prendre en compte les risques d'une surcharge de travail spécifiques à la branche. À cet égard, il faut accorder une attention particulière à l'information des collaborateurs, à la sensibilisation des supérieurs et à l'accompagnement des mesures adoptées. Il est recommandé que les partenaires sociaux recourent à un spécialiste MSSST (conformément à la directive CFST 6508 relative à l'appel à des médecins du travail et autres spécialistes de la sécurité au travail) pour évaluer cette question et élaborer des propositions. Il peut s'agir des mesures suivantes : un blocage de la distribution des courriels durant la nuit ou le dimanche, la détermination d'un début de travail retardé après des voyages à l'étranger, ou une optimisation de la culture des pauses.

⁶ Il faut accorder une indépendance suffisante au service interne lors de l'exercice de sa fonction et garantir la confidentialité. En premier lieu, le service en question doit sensibiliser les supérieurs au thème de la durée du travail et du repos et déterminer régulièrement le niveau de la charge de travail des travailleurs au sein de l'entreprise. Il a donc pour but la reconnaissance précoce de difficultés lors du respect de la durée du repos ou d'autres surcharges de travail et doit, le cas échéant, offrir un soutien aux travailleurs individuels et pouvoir proposer des mesures à la direction. Son rôle doit être déterminé en ce qui concerne les autres mesures particulières prévues dans la CCT. Lors de contrôles, il constitue également le premier point de contact pour les autorités d'exécution.

⁷ Voir le commentaire du SECO relatif à l'art. 73a OLT 1 : <https://www.seco.admin.ch/seco/fr/home/Arbeit/Arbeitsbedingungen/Arbeitsgesetz-und-Verordnungen/Wegleitungen/Wegleitung-zur-ArGV-1.html>

registre des travailleurs qui ont renoncé à l'enregistrement de la durée du travail. Ce registre doit indiquer leurs revenus annuels bruts ou, au minimum confirmer qu'ils dépassent le niveau salarial requis (voir art. 73a, al. 5, OLT 1). Par ailleurs, il doit être possible de vérifier qu'il s'agit des travailleurs définis dans la CCT.

Le nombre d'entreprises ou de travailleurs qui font usage de cette possibilité fait l'objet d'une étude mandatée par le SECO, dont les résultats seront vraisemblablement disponibles à la mi-2019.

2.1.3 Enregistrement simplifié de la durée du travail conformément à l'art. 73b OLT 1

En plus de la possibilité de renoncer à l'enregistrement de la durée du travail, la révision de 2016 a également introduit l'option d'un enregistrement simplifié de cette dernière. Par conséquent, seule la durée du travail accompli quotidiennement doit être encore enregistrée par les travailleurs en mesure de déterminer eux-mêmes une part significative de leurs horaires de travail; en revanche, le positionnement et l'heure des interventions de travail ne font plus l'objet d'une documentation.⁸ L'obligation d'enregistrer le travail supplémentaire et compensatoire, les jours de repos et les jours de repos compensatoire, les pauses ainsi que les majorations de salaire et les compensations en temps est également supprimée avec l'introduction d'un enregistrement simplifié de la durée du travail.⁹ Par conséquent, le niveau de détail et la charge administrative de l'enregistrement de la durée du travail pour le groupe de travailleurs concernés ont été réduits, même en comparaison avec les obligations de documentation qui prévalaient avant la révision de 2000.

Ni le montant du salaire du travailleur concerné ni la grande autonomie dans le travail ne sont déterminants pour un enregistrement simplifié de la durée du travail. Le critère selon lequel le travailleur doit pouvoir déterminer ses horaires de travail en grande partie par lui-même est rempli lorsqu'il peut déterminer librement le moment de sa prestation de travail pour au moins un quart du temps de travail.¹⁰

Aucune CCT n'est nécessaire pour introduire un enregistrement simplifié de la durée du travail dans l'entreprise; en règle générale, elle a lieu par le biais d'une convention collective au sein de l'entreprise.¹¹ Une telle convention doit, d'une part, citer les catégories de travailleurs de l'entreprise qui disposent des libertés nécessaires pour déterminer leurs horaires de travail, et, d'autre part, prévoir des dispositions particulières relatives au respect de la réglementation de la durée du travail et du repos. Finalement, il faut déterminer dans l'accord une procédure paritaire permet-

⁸ Les indications concernant l'horaire du travail de nuit ou du dimanche restent réservées (voir art. 73b, al. 1, deuxième phrase, OLT 1).

⁹ Concernant cette problématique, voir également l'art. 73, al. 1, let. c-e et h, OLT 1.

¹⁰ Voir le commentaire du SECO relatif à l'art. 73b OLT 1 : www.seco.admin.ch > Conditions de travail

¹¹ Généralement, la convention collective est conclue entre la représentation des travailleurs élue et interne à l'entreprise (commission du personnel) et l'employeur. Dans les entreprises sans commission du personnel, une telle convention peut être négociée par un groupe de projet désigné à cet effet. Dans ce cas, la convention collective est approuvée par le consentement de la majorité des travailleurs concernés dans l'entreprise.

tant de vérifier le respect de celui-ci et de procéder à des adaptations le cas échéant (voir art. 73b, al. 2, OLT 1).

Vu que l'exigence d'une convention collective au sein de l'entreprise peut signifier une charge administrative disproportionnée pour les petites entreprises, la réglementation actuelle prévoit que les entreprises de moins de 50 collaborateurs peuvent introduire l'enregistrement simplifié de la durée du travail également sur une base individuelle. Pareille convention individuelle doit contenir une indication concrète relative aux dispositions de durée du travail et du repos en vigueur. En outre, il est prescrit qu'un entretien de fin d'année ait lieu, à l'occasion duquel la question de la charge de travail est abordée.

2.2 Nécessité de légiférer : considérations de la commission

2.2.1 Proposition de la majorité

La majorité de la commission propose d'entrer en matière sur l'avant-projet. Elle estime que les dispositions relatives au temps de travail contenues dans la loi sur le travail, qui avaient été pensées à l'époque en fonction des exigences de l'industrie, ne correspondent depuis longtemps plus à la réalité. Elle fait valoir que les progrès techniques ont permis un accroissement considérable de la mobilité de la population. Elle ajoute que ce sont en particulier les personnes exerçant des fonctions dirigeantes et les spécialistes qui doivent composer avec des dispositions légales ne correspondant plus à la réalité actuelle, marquée par des changements perpétuels au niveau des horaires et du lieu de travail. C'est la raison pour laquelle, très souvent, les dispositions légales sont transgressées : ainsi, dans certains cas, ce ne sont pas les heures exactes qui sont saisies, mais uniquement une moyenne. Ces procédés ne sont pas acceptables aux yeux de la majorité, pour qui il importe de restaurer la sécurité du droit en faisant en sorte que la législation soit en phase avec la réalité.

Faute de pouvoir s'appliquer uniformément dans tous les secteurs, l'art. 73a OLT 1 ne règle pas ce problème de manière satisfaisante ; au contraire, il est plutôt source d'inégalités de traitement. D'une part, tous les secteurs ne se sont pas dotés – parfois même à dessein – d'une convention collective de travail (CCT), qui constitue l'une des conditions à la libération de l'obligation de saisir le temps de travail. D'autre part, le seuil de 120 000 francs est trop élevé même pour le personnel dirigeant de secteurs comme l'hôtellerie-restauration, la construction ou l'industrie textile. Or, même dans ces secteurs, les personnes exerçant des fonctions dirigeantes disposent de nos jours d'une grande souplesse dans l'organisation de leur travail et l'aménagement de leurs horaires.

C'est pourquoi la majorité souhaiterait que les travailleurs exerçant une fonction de supérieur et les spécialistes qui disposent d'un pouvoir de décision important dans leur domaine de spécialité puissent renoncer à enregistrer la durée du travail : pour autant qu'ils jouissent d'une grande autonomie dans leur travail et puissent définir leurs horaires de travail dans une large mesure, il devrait être de leur responsabilité de garantir le respect des prescriptions relatives à la durée du travail et du repos. Le seuil en matière de salaire et l'existence d'une CCT ne devraient donc pas s'appliquer à ces catégories, de sorte que le modèle puisse également être mis en

œuvre dans des secteurs où il est rare que des salaires supérieurs à 120 000 francs soient versés.

La majorité est convaincue que cette solution permettrait d'assouplir l'aménagement des horaires de travail au profit tant des travailleurs que des employeurs des secteurs concernés. De plus, l'horaire de travail fondé sur la confiance contribuerait à réduire la charge administrative des entreprises.

En outre, la majorité estime que davantage de liberté et d'autonomie dans l'aménagement de l'horaire de travail sont plutôt bénéfiques pour la santé : par rapport à un cadre de travail rigide, ce régime est plus motivant et moins stressant pour les travailleurs. La majorité souligne aussi que les travailleurs potentiellement concernés sont de toute manière habitués à travailler de manière indépendante et à assumer des responsabilités : on peut de ce fait parfaitement attendre de cadres et de spécialistes qu'ils ne mettent pas leur santé en péril puisqu'ils sont à même de déléguer et à profiter de l'autonomie dont ils disposent. Elle ajoute que les dispositions régissant actuellement le temps de travail et le temps de repos resteront en vigueur et devront continuer à être respectées par les catégories de travailleurs évoquées précédemment, et que l'employeur aura toujours un devoir de vigilance. Par conséquent, la flexibilisation de l'horaire de travail n'aggraverait pas les risques pour la santé.

En résumé, la solution proposée favorise, aux yeux de la majorité, la flexibilité et l'équilibre entre vie professionnelle et vie privée. Les entreprises y trouvent leur compte elles aussi, car elles peuvent adapter les horaires de travail en fonction notamment de la charge de travail. Leurs collaborateurs peuvent eux mieux réagir tant aux pics qu'aux creux d'activité. Correspondant aux réalités et aux besoins actuels, la solution proposée adaptera le droit du travail au nouvel environnement, ce qui aura également un effet positif sur la place économique suisse. Enfin, elle accroît la responsabilité individuelle et, partant, la motivation des travailleurs.

2.2.2 Proposition de la minorité

Une minorité de la commission (Zanetti Roberto, Fetz, Levrat) propose de ne pas entrer en matière sur l'avant-projet. Elle considère que les dispositions en vigueur (en particulier les art. 73a et 73b OLT 1) offrent suffisamment de possibilités de trouver des solutions spécifiques au niveau du fonctionnement de l'entreprise et que des allègements supplémentaires ne sont pas nécessaires.

La minorité estime aussi que, si les dispositions matérielles relatives au temps de travail et au temps de repos demeurent mais que le temps de travail n'est plus saisi, les organes d'exécution ne pourront plus que difficilement vérifier si les employeurs et les employés respectent vraiment les dispositions légales. On peut supposer que davantage de sondages – tant individuels que collectifs – seraient alors nécessaires pour pouvoir se représenter la situation au sein d'une entreprise donnée, avec toute la charge de travail supplémentaire que cela implique.

Aux yeux de la minorité, la situation pourrait devenir critique si, dans certains cas, le personnel devait ne plus s'accorder de pauses prolongées le soir et le week-end. Cause de stress, cette manière de fonctionner a déjà été dénoncée par des experts pour les risques qu'elle entraîne pour la santé. La minorité craint aussi que la disparition des limites entre temps de travail et temps de repos ne porte atteinte au droit à

une vie de famille normale. Elle part du principe que la réglementation envisagée accroît le risque que les personnes concernées travaillent trop, aux dépens de leur santé, et ce d'autant plus que les contrôles seront plus compliqués à réaliser et que leur nombre diminuera en conséquence. Elle craint qu'une partie au moins des travailleurs ne décident – même de leur propre initiative – de travailler plus longtemps et de s'accorder moins de pauses que ce qui est autorisé, ce qui pourrait avoir des répercussions à moyen et à long terme sur les coûts de la santé – sans parler des conséquences pour la santé des personnes concernées.

En outre, la minorité considère incorrect et contraire à la bonne foi de vouloir modifier si peu de temps après son entrée en vigueur une solution trouvée dans le cadre du partenariat social (cf. chap. 2.1.1), lequel s'en trouverait dès lors affaibli. Elle souhaiterait, avant toute nouvelle décision, que les risques éventuels liés à la mise en œuvre de l'initiative soient expertisés par des spécialistes de la médecine du travail. Elle veut aussi attendre que les résultats de l'étude commandée par le SECO au sujet des nouvelles dispositions inscrites dans l'ordonnance soient disponibles (voir supra, chap. 2.1.2) ; cette étude, qui devrait être close à la fin du premier semestre 2019, doit notamment montrer combien de travailleurs ont renoncé à l'enregistrement de la durée du travail selon l'art. 73a OLT 1 et quelles en ont été les conséquences éventuelles. C'est pourquoi la minorité propose, au cas où le conseil devrait tout de même décider d'entrer en matière sur le projet, de renvoyer ce dernier à la commission afin que les expertises médicales et les évaluations en question soient prises en compte lors des travaux.

2.3 Relation avec l'art. 73a OLT 1

L'avant-projet de mise en œuvre de l'initiative parlementaire 16.423 doit être compris comme un complément à la renonciation à l'enregistrement de la durée du travail au sens de l'art. 73a OLT 1. Compte tenu du fait que la possibilité d'exemption est valable ici uniquement pour les travailleurs qui exercent une fonction de supérieur et pour les spécialistes qui disposent d'un pouvoir de décision important dans leur domaine de spécialité, il peut être tout à fait judicieux, au cas où il existe un partenariat social établi, de choisir une procédure selon l'art. 73a OLT 1 afin d'intégrer les collaborateurs qui n'exercent pas de fonction de supérieur et qui ne sont pas spécialistes.

Le tableau ci-après montre dans quelle mesure les conditions de l'art. 73a OLT 1 diffèrent de celles de l'art. 46, al. 2, LTr pour ce qui est d'une renonciation à l'enregistrement de la durée du travail :

| Conditions cumulatives | Art. 73a OLT 1 | Art. 46 LTr |
|--|----------------|-------------|
| Fonction de supérieur ou spécialiste qui dispose d'un pouvoir de décision important dans son domaine de spécialité | non | oui |
| Grande autonomie dans l'emploi du temps | oui | oui |
| Grande autonomie dans le travail | oui | oui |
| Convention collective de travail | oui | non |

| | | |
|--|-----|-----|
| Limite salariale de 120 000 francs | oui | non |
| Consentement et droit de révocation du travailleur | oui | non |
| Mesures particulières de protection de la santé | oui | non |
| Service interne | oui | non |
| Registre des travailleurs concernés | oui | non |

2.4 Nombre de travailleurs potentiellement concernés

L'avant-projet prévoit qu'un horaire de travail basé sur la confiance peut être introduit uniquement pour les travailleurs exerçant une fonction de supérieur ou de spécialiste disposant d'un pouvoir de décision important dans leur domaine de spécialité, ce pour autant qu'ils jouissent d'une grande autonomie dans leur travail et peuvent dans la majorité des cas fixer eux-mêmes leurs horaires de travail. L'ensemble de ces critères doit être rempli, ce qui limite le nombre de personnes potentiellement concernées. En outre, cette possibilité ne doit être proposée qu'aux travailleurs âgés d'au moins 18 ans : les jeunes et les apprentis en sont exclus.

Il est cependant difficile d'estimer le nombre de travailleurs susceptibles d'être concernés par la nouvelle disposition. D'une part, certaines notions utilisées dans l'avant-projet pour restreindre le champ d'application – « grande autonomie dans l'organisation du travail » ou « spécialistes qui disposent d'un pouvoir de décision important dans leur domaine de spécialité », par ex. – ne correspondent à aucune catégorie statistique. D'autre part, on ne peut prévoir combien d'entreprises vont effectivement introduire un horaire de travail basé sur la confiance.

En outre, il faudra décider au niveau de l'ordonnance si des exigences particulières de formation doivent être prévues en ce qui concerne les spécialistes qui disposent d'un pouvoir de décision important dans leur domaine de spécialité. Un diplôme de niveau bachelor ou de classification CNC 6 (cadre national des certifications)¹², ou alors uniquement une formation professionnelle pourraient par exemple être prévus. Le nombre de personnes concernées variera considérablement en fonction des critères retenus. La commission entend réexaminer cette question lorsque le Conseil fédéral aura élaboré le projet d'ordonnance correspondant.

Etant donné les incertitudes susmentionnées, les opinions au sein de la commission divergent s'agissant du nombre de travailleurs concernés. La majorité part du principe qu'une partie seulement des employeurs introduira l'horaire de travail fondé sur la confiance et que, par conséquent, probablement seule la moitié du nombre de travailleurs potentiellement concernés seront effectivement soumis à l'horaire de travail basé sur la confiance. Elle estime qu'entre 13 et 19 % environ des travailleurs (apprentis exclus) seront effectivement soumis à l'horaire basé sur la confiance,

¹² Ordonnance du Secrétariat d'Etat à la formation, à la recherche et à l'innovation (SEFRI) sur le registre des diplômes de la formation professionnelle classés dans le cadre national des certifications pour les diplômes de la formation professionnelle (RS 412.105.12)

selon le niveau de formation qui sera retenu comme critère de définition des spécialistes.

La minorité craint que la proportion de travailleurs effectivement soumis à l'horaire de travail basé sur la confiance ne soit nettement supérieure aux estimations de la majorité. Elle estime notamment que la notion de « spécialiste qui dispose d'un pouvoir de décision important dans son domaine de spécialité » laisse une marge d'interprétation si grande que le nombre de travailleurs pourrait augmenter de manière considérable. De même, le nombre d'employeurs choisissant l'horaire basé sur la confiance pourrait être beaucoup plus grand que ce qu'estime la majorité. Aux yeux de la minorité, la proportion de travailleurs pourrait donc finalement atteindre plutôt 40 % des travailleurs.

Il convient par ailleurs de relever que certains travailleurs ont déjà renoncé, en vertu de l'art. 73a OLT 1, à l'enregistrement de la durée de leur travail. Des chiffres exacts à ce sujet seront disponibles à l'été 2019, lorsque l'évaluation commandée par le SECO aura été publiée (cf. chap. 2.1.2 supra).

2.5 Lien avec l'avant-projet visant à mettre en œuvre l'initiative parlementaire 16.414

L'avant-projet visant à mettre en œuvre l'initiative parlementaire Graber Konrad 16.414 *Introduire un régime de flexibilité partielle dans la loi sur le travail et maintenir des modèles de temps de travail éprouvés* concerne les mêmes catégories de travailleurs que ceux touchés par le présent avant-projet, mais propose une autre solution. L'avant-projet relatif à l'initiative parlementaire Keller-Sutter ne prévoit aucune modification des dispositions matérielles concernant le temps de travail et le temps de repos pour les catégories concernées, mais il introduit l'horaire de travail basé sur la confiance. Quant à l'autre avant-projet, il conserve l'obligation de saisir le temps de travail tout en introduisant le régime d'annualisation du temps de travail couplé à d'autres mesures ponctuelles visant à flexibiliser le temps de travail et le temps de repos.

Si les deux avant-projets devaient être intégrés au droit en vigueur, les travailleurs ne pourraient se voir appliquer que l'un des deux modèles, comme il ressort de l'art. 13a, al. 2 de l'avant-projet relatif à l'initiative parlementaire Graber Konrad (voir également le commentaire relatif à l'art. 13a, al. 2, au chap. 3 du rapport explicatif de l'avant-projet concerné).

3 Commentaire de l'article

Avec ce projet, l'art. 46 en vigueur est divisé en trois alinéas, les alinéas 1 et 3 demeurant inchangés quant à leur teneur actuelle. Avec le nouvel alinéa 2, une dérogation légale à l'obligation d'établir certains documents est introduite à l'art. 46, al. 1, LTr. Elle concerne les indications relatives à la durée du travail et du repos de certaines catégories de travailleurs et aux majorations de salaire et compensations en temps dues conformément à la loi.

Comme cela est prévu dans le cas de la renonciation à l'enregistrement de la durée du travail conformément à l'art. 73a OLT 1, l'établissement de documents contenant certaines indications imposé à l'art. 73, al. 1, let. c-e et h, OLT 1 cesse d'être obligatoire, tout en restant évidemment possible. Il s'agit des indications relatives à la durée du travail accompli par jour et par semaine, y c. le travail compensatoire et le travail supplémentaire ainsi que leur positionnement (art. 73, al. 1, let. c, OLT 1), les jours de repos et les jours de repos compensatoire hebdomadaires accordés, dans la mesure où ils ne tombent pas régulièrement un dimanche (let. d), le positionnement et la durée des pauses d'une demi-heure et plus (let. e) ainsi que les majorations de salaire et/ou compensations en temps dues conformément à la loi (let. h).

Par ailleurs, les obligations générales de l'art. 73 OLT 1 portant sur l'établissement de documents contenant d'autres indications restent en vigueur (données personnelles, entrées et sorties, clarifications médicales, etc.). Dans le cas d'un contrôle, l'employeur doit mettre à disposition les documents qui permettent de vérifier si les critères fixés sont respectés (tels que les cahiers des charges et le règlement interne relatif à la durée du travail).

Avec l'introduction de cette réserve légale, une CCT n'est *plus* nécessaire pour qu'il y ait exemption de l'obligation d'établir certains documents. L'exemption ne s'effectue pas non plus par le biais d'une convention individuelle avec le travailleur concerné, l'employeur est en fait exempté par la loi de son obligation d'établir tous les documents conformément à l'art. 73 OLT 1. Le montant du salaire du collaborateur individuel n'est pas non plus déterminant.

Cependant, la disposition doit être valable uniquement pour les travailleurs adultes qui exercent une fonction de supérieur dans l'entreprise ou sont employés comme spécialistes et disposent d'un pouvoir de décision important dans leur domaine de spécialité. Par ailleurs, il est supposé, comme dans l'art. 73a OLT 1 actuel, que les travailleurs concernés disposent d'une grande autonomie dans l'organisation de leur travail et qu'ils puissent déterminer librement leur durée du travail et du repos dans la majorité des cas. Une protection particulière est valable pour les jeunes, notamment en ce qui concerne les périodes de travail et de repos. Il leur est donc exclu de renoncer à la saisie du temps de travail, même si, en raison de leur situation de formation, ils ne sont de toute façon quasiment jamais en mesure de déterminer leurs heures de travail par eux-mêmes dans la majorité des cas.

Sont définis comme **travailleurs exerçant une fonction de supérieur** ceux qui exercent un droit d'instruction durable envers des subordonnés. À cet égard, le nombre de collaborateurs subordonnés n'est *pas* déterminant. En revanche, aucune fonction de supérieur n'est assumée si le droit d'instruction est exercé uniquement envers des stagiaires ou des apprentis.

La disposition est également valable pour les **spécialistes** qui disposent d'un pouvoir de décision important dans leur domaine de spécialité. Contrairement aux travailleurs exerçant une fonction dirigeante, cette catégorie de travailleurs ne dispose pas d'un droit d'instruction (durable) envers des collaborateurs subordonnés. En raison de leurs compétences spécialisées particulières, ils endossent cependant la responsabilité dans leur domaine spécialisé de l'entreprise. Leur position est donc plus responsable et plus autonome que celle des autres personnes spécialisées et est compa-

nable à celle des travailleurs qui exercent une fonction de supérieur. Comme leur responsabilité se fonde sur leurs connaissances spécifiques, les connaissances spécifiques acquises doivent être impérativement mises au profit de l'activité professionnelle. Au niveau de l'ordonnance, il faudra encore clarifier quels critères mesurables (par ex. la formation, voir chap. 2.4 supra) doivent être valables à cet égard.

En outre, il est exigé que les catégories de travailleurs mentionnées disposent d'une **grande autonomie dans l'organisation de leur travail** (voir let. b). Les travailleurs doivent donc pouvoir grandement déterminer par eux-mêmes de quelle manière les travaux sont organisés et réalisés. Les cadres supérieurs et les travailleurs ayant un cahier des charges particulier, tels que les gestionnaires de projet, jouissent en principe d'une telle autonomie d'organisation. L'évaluation de ce critère peut s'appuyer sur la pratique en rapport avec l'art. 73a OLT 1.

En outre, ces travailleurs doivent disposer d'une **grande autonomie dans l'organisation de leur temps de travail** (voir let. c), c'est-à-dire qu'ils doivent pouvoir déterminer par eux-mêmes leur durée de travail et donc leur durée de repos dans la majorité des cas, et ne pas travailler selon des plans de service prédéfinis. L'autonomie dans les temps de travail doit exister pour au moins la moitié des heures de travail. Lors de l'évaluation de l'autonomie dans les temps de travail, il faut prendre en compte l'environnement de travail dans son ensemble. Il est également possible de faire appel aux expériences faites avec l'art. 73a OLT 1.

L'exemption de l'enregistrement de la durée du travail n'est pas valable pour les travailleurs qui doivent accomplir leur travail selon des horaires fixes ou selon d'autres dispositions temporelles strictes. Il s'agit, par exemple, des travailleurs en équipe, de ceux qui ont des plans de service quotidiens ou dont les heures de travail sont largement déterminées d'une autre manière par l'employeur ou par les circonstances objectives. En revanche, l'employeur est exempté de l'obligation d'enregistrer la durée du travail pour les travailleurs qui ont des périodes blocs couvrant moins de la moitié de la durée de leur travail et qui ont la liberté nécessaire de déterminer leurs horaires en dehors des heures fixes.

4 Conséquences

4.1 Conséquences financières et répercussions sur les effectifs

L'exécution de la loi sur le travail incombe aux cantons (art. 41 LTr). La mise en œuvre de la nouvelle disposition s'effectue dans le cadre de l'exécution ordinaire ; aucune subvention ni personnel supplémentaire ne sont prévus pour la Confédération.

4.2 Mise en oeuvre

Une situation claire concernant les dispositions applicables et non applicables est importante pour l'exécution de la loi sur le travail par les inspections cantonales du travail.

En ce qui concerne l'autonomie et la libre détermination des heures de travail, les inspecteurs du travail pourront se fonder sur la pratique qui a été développée en relation avec l'art. 73a LTr.

En ce qui concerne les notions de « travailleurs exerçant une fonction de supérieur » et de « spécialistes disposant d'un pouvoir de décision important », les organes d'exécution dépendent toutefois d'une définition claire dans l'ordonnance, établie selon des critères objectifs (voir également chap. 2.4 supra). Les employeurs ont également besoin d'une sécurité juridique et dépendent d'une clarification des notions, non seulement pour être en mesure de fournir les preuves nécessaires aux autorités de contrôle, mais aussi au sein de l'entreprise, lorsqu'ils sont confrontés à des revendications de la part des travailleurs.

Les enregistrements de la durée du travail constituent une base importante pour que les inspections du travail puissent vérifier le respect des dispositions de la durée du travail et du repos. Pour les groupes de travailleurs exemptés de l'obligation d'enregistrement, l'acquisition d'informations doit donc s'effectuer par un autre biais. Il faut partir du principe que plus d'entretiens individuels et collectifs devront être réalisés pour que l'autorité compétente puisse se faire une idée de la situation régnant dans une entreprise en ce qui concerne la durée du travail et du repos. Cette solution génère une charge supplémentaire de travail.

5 Relation avec la législation européenne

La convention de l'OIT n° 81 du 11 juillet 1947 sur l'inspection du travail dans l'industrie et le commerce, ratifiée par la Suisse, ne contient pas de prescription particulière concernant l'enregistrement du temps de travail.

La directive européenne 2003/88¹³ n'est pas applicable à la Suisse, mais peut être prise comme élément de référence. Cependant, elle ne fait que réglementer le temps de travail en tant que tel et ne contient pas de disposition sur l'enregistrement du temps de travail. Ainsi, il n'existe aucune obligation de droit européen sur ce point. Il en résulte une grande variété de mécanismes dans nos pays voisins, que ce soit du point de vue de la réglementation ou de sa mise en œuvre. En Allemagne par exemple, seul est prévu l'enregistrement du travail supplémentaire ainsi que l'occupation le dimanche et les jours fériés. Les autorités de contrôle exigent cependant également l'enregistrement du temps de compensation pour vérifier le respect du temps de travail moyen¹⁴. En Italie, le temps de travail doit être documenté de manière détaillée et en version électronique dans le « Libro Unico del Lavoro (LUL) ». En France, l'enregistrement du temps de travail doit être détaillé lorsqu'il s'agit d'horaires individuels alors qu'il n'existe aucune obligation de le faire de manière individuelle pour les horaires collectifs qui sont fixés par l'employeur et applicables à l'ensemble des salariés d'une entreprise. En effet, en cas d'horaire

¹³ Directive 2003/88/CE du Parlement européen et du Conseil du 4 novembre 2003 concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail, JO n° 299 du 18.11.2003.

¹⁴ STEIGER-SACKMANN Sabine, *Arbeitszeiterfassung – Kurzbericht zu Rechtslage und Praxis der Arbeitszeiterfassung in Deutschland, Frankreich, Italien und Österreich*, Winterthur 2012, p. 8 ss. (disponible seulement en allemand).

collectif unique applicable à une unité de travail, aucun salarié ne peut en principe être occupé en dehors de cet horaire, sauf en cas d'utilisation ponctuelle d'heures supplémentaires ou d'heures de dérogation permanente (C. trav., art. D. 3171-1). C'est la raison pour laquelle il n'est pas obligatoire de tenir des documents individualisés du décompte du temps de travail. L'horaire collectif fait foi.

Il est intéressant de noter que la directive dans son article 17 prévoit que les Etats membres peuvent déroger aux dispositions sur la durée du travail et du repos pour des groupes de travailleurs déterminés, « lorsque la durée du temps de travail, en raison des caractéristiques particulières de l'activité exercée, n'est pas mesurée et/ou prédéterminée ou peut être déterminée par les travailleurs eux-mêmes, et notamment lorsqu'il s'agit: (...) de cadres dirigeants ou d'autres personnes ayant un pouvoir de décision autonome (...) »¹⁵. C'est la voie que le législateur suisse a également choisi en excluant les travailleurs qui exercent une fonction dirigeante élevée du champ d'application des dispositions sur la durée du travail et du repos (art. 3, lit. d, LTr). Cela étant, les conditions fixées en Suisse pour une telle exclusion sont très précises. La jurisprudence du TF en la matière a confirmé une interprétation restrictive, ce qui limite le groupe concerné aux membres des directions. Vu la complexité des modalités d'application, il n'est pas facile d'avoir une vue d'ensemble de la pratique des autres pays dans ce domaine. Il apparaît cependant que certains pays de l'UE sont moins restrictifs et étendent cette exclusion à d'autres fonctions dirigeantes, voire à des fonctions qui comportent un degré d'autonomie élevé. A des degrés divers, c'est notamment le cas de la France, de l'Allemagne et de l'Italie.

6 Bases légales

6.1 Constitutionnalité

L'avant-projet se base sur l'art. 110 de la Constitution fédérale du 18 avril 1999¹⁶, qui donne à la Confédération la compétence d'adopter des dispositions relatives à la protection des travailleurs.

6.2 Délégation de compétences législatives

Hormis la compétence d'exécution ordinaire, l'avant-projet de loi ne comporte pas d'autre délégation de compétences législatives.

¹⁵ KAUFMANN Otto, *Die Arbeitszeiten in Frankreich*, in: Geiser Thomas / Müller Roland (Hrsg.), *Arbeitszeiten in Europa*, Zürich/ St. Gallen 2015, p. 61 ss. (disponible seulement en allemand).

¹⁶ RS 101