



2021.03459

**P.P.** CH-1951  
Sion

**A**-PRIORITY Poste CH SA

Monsieur Guy Parmelin  
Président de la Confédération  
Chef du Département fédéral de l'économie,  
de la formation et de la recherche  
Palais fédéral est  
3003 Berne



**- 8 SEP. 2021**

Date

**Procédure de consultation relative à la modification de l'ordonnance 2 relative à la loi sur le travail (OLT2 ; RS 822.112) – Modèle d'annualisation du temps de travail pour les entreprises de services dans les domaines du conseil, de l'audit et de la fiducie (art. 34a)**

Monsieur le Président de la Confédération,

Le Conseil d'Etat a pris connaissance du projet de modification cité en titre et de son rapport explicatif.

Après leur examen attentif, il relève que l'objectif général poursuivi par l'article 34a de l'OLT2 proposé vise à répondre aux besoins d'assouplissement formulés par les entreprises du secteur du conseil, de l'audit et de la fiducie, ainsi que par certains de leurs collaborateurs et collaboratrices. Nous pouvons donc de souscrire à la proposition du SECO, dès lors qu'elle consacre une pratique déjà établie, à laquelle elle confère le cadre juridique qui s'impose pour la protection des travailleurs.

Le nouvel article soulève toutefois de nombreuses questions juridiques et entretient un certain flou qu'il convient de dissiper, sauf à risquer que l'objectif recherché ne soit, en fin de compte, pas atteint.

L'article 34a alinéa 1 renvoie à des conditions déjà largement formulées à l'article 73a OLT1, lequel autorise la renonciation à l'enregistrement de la durée du travail pour certaines catégories de travailleurs et pour autant que les partenaires sociaux l'aient prévue dans une convention collective de travail. Le rapport explicatif précise que les expériences réalisées à travers la mise en œuvre de cette dernière disposition peuvent être utilisées pour l'évaluation de ces conditions. Nous estimons cependant qu'il n'est pas aisé de s'y référer, car la renonciation à l'enregistrement de la durée du travail est en réalité bien moins répandue et fréquente que l'enregistrement simplifié de la durée du travail qui fait l'objet de l'article 73b OLT1.

S'agissant de l'article 34a alinéa 1 lettre b, il serait judicieux de préciser que les stagiaires, souvent employés dans les entreprises susmentionnées, en particulier les études d'avocat et les entreprises d'audit et de conseil, ne sont pas réputés être de la main d'œuvre qualifiée et ne peuvent donc pas être soumis au modèle d'horaire de travail annualisé.

Le libellé de l'article 34a alinéa 1 lettre c (formation), n'est à notre avis pas assez précis, en particulier la notion de « diplôme équivalent », qui laisse trop de marge d'interprétation et complique le contrôle tout autant que l'application de cette disposition.

L'article 34a alinéa 2 prévoit que le travailleur et l'employeur doivent convenir par écrit de l'application de ce modèle. La convention doit prévoir en particulier le nombre d'heures devant être travaillées par année civile et la manière de compenser des heures supplémentaires. La notion d'heures supplémentaires apparaît ainsi dans un texte de droit public, alors qu'elle est certes traitée dans le code des obligations (CO) mais pas dans la loi fédérale sur le travail (LTr). La législation sur le travail et ses ordonnances d'application devraient donc parler d'« heures excédentaires ou d'heures travaillées en sus du nombre d'heures annuelles convenues » et non pas d'« heures supplémentaires ».

Sachant que la LTr et ses ordonnances d'application ne sont pas simples à comprendre pour le citoyen non averti, cette confusion juridique ne fait que compliquer inutilement un dispositif déjà complexe. L'article 2 prévoit même que le travailleur ou l'employeur peut révoquer l'accord à tout moment en tenant compte des dispositions y afférentes du CO. Ceci introduit encore une fois des aspects de droit privé dans un texte relevant du droit public, ce qu'il conviendrait d'éviter. Tout au moins pourrait-on supprimer la référence au CO, et éventuellement ne l'introduire que dans le commentaire du SECO.

L'assujettissement à un modèle d'horaire de travail à l'année signifie que la durée maximale de la semaine de travail de 45 ou 50 heures n'est plus l'unité de référence. Or cette durée maximale est ancrée dans la LTr. Édicter une disposition dans une ordonnance qui déroge à cette règle est problématique du point de vue de la hiérarchie des normes. Bien que ce problème soit atténué par la prescription selon laquelle la durée du travail hebdomadaire s'élève à 63 heures et le solde des heures dépassant le nombre d'heures annuelles convenu ne peut pas dépasser 45 heures par semaine et 170 heures par année, cette approche n'est pas recevable juridiquement. Cette exception devait à notre sens être inscrite dans la loi.

La mention à l'article 34a alinéa 3 lettre b de « l'année civile ou l'exercice » est pertinente, quand bien même elle laisse tout le loisir de définir la notion d'exercice selon ses propres intérêts. Il serait donc recommandable de préciser – dans le commentaire du SECO – que les contours en sont définis au préalable et qu'ils s'appliquent à l'entreprise dans son ensemble. Il est aussi prévu que le nombre d'heures annuelles maximum convenu est réduit de manière proportionnelle en cas d'occupation à temps partiel. Cette clause complémentaire permet de mieux protéger cette catégorie de travailleurs. Qu'en est-il toutefois en cas d'emplois multiples, concernant notamment les dispositions sur la durée maximale de travail, dès lors que l'autre emploi n'entre pas dans les catégories soumises à l'article 34a OLT2 ? Comme l'énonce à juste titre le rapport explicatif, selon le droit actuel, la durée maximale de la semaine de travail ne diminue pas en cas de travail à temps partiel. Ce point doit donc être précisé.

Le régime de compensation des heures prévu à l'article 34a alinéa 3 lettre c, ne repose pas non plus sur une disposition formelle de la LTr. Le rapport explicatif renvoie une nouvelle fois au CO, en particulier au fait que son article 321c alinéa 2 et 3 reste réservé. À noter que l'article 321c alinéa 3 CO n'est que partiellement contraignant; les parties pouvant s'en exonérer, moyennant impérativement une convention écrite, un contrat-type de travail ou une convention collective. Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral concernant l'article 321c CO (BGE 124 III 469), il est néanmoins possible qu'un travailleur ou une travailleuse renonce à la rémunération des heures supplémentaires à certaines conditions. Si cette réglementation était reprise, elle encouragerait à renoncer à une indemnisation des heures travaillées en sus du nombre d'heures annuelles convenu, conséquence qui ne correspond certainement pas à l'intention du législateur.

L'article 34a alinéa 3 lettre g prévoit que l'employeur est tenu d'enregistrer les durées quotidiennes du travail fourni conformément à l'article 73 OLT1, ce dont il convient de se féliciter. Les autorités d'exécution disposent ainsi de documents pertinents. Il est toutefois incompréhensible que seules les heures de travail effectivement fournies doivent être enregistrées, alors que les autres exigences formulées à l'article 73 OLT1 (par ex. le jour de repos ou de repos compensatoire, l'horaire et la durée des pauses) ne sont pas mentionnées. Le fait que ces éléments ne figurent

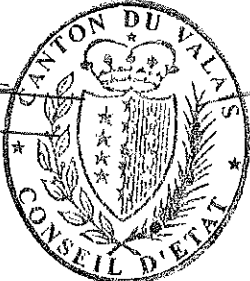
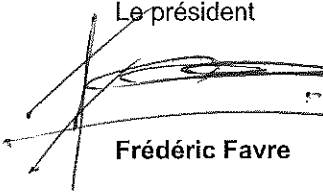

pas à l'article 34a alinéa 3 let. g laisse supposer que leur enregistrement n'est pas obligatoire. Si tel n'était pas le cas, il conviendrait de le préciser dans le commentaire.

Nous souhaiterions encore indiquer que l'article 46 LTr n'est pas répertorié dans la liste des articles auxquels il peut être dérogé en vertu de l'article 27 alinéa 1 LTr. Puisque l'article 34a alinéa 3 lettre g excède les possibilités prévues dans la loi, il en découle un problème de légalité.

L'alinéa 4 dispose à juste titre que les entreprises doivent prendre des mesures de prévention dans le domaine de la protection de la santé, étant entendu que les assouplissements prévus dans ce modèle d'horaire de travail annualisé doivent avoir pour corollaire un renforcement de la protection de la santé. Or, le rapport explicatif ne fait que rappeler les principes généraux de l'article 2 OLT3 et constate que les travailleurs et travailleuses ou leurs représentants peuvent exiger une analyse approfondie de certaines problématiques. En l'absence de critères univoques en matière de protection de la santé, il est à craindre que ces mesures ne soient que purement théoriques et ne produisent pas les effets escomptés.

Tout en vous remerciant de nous avoir donné l'opportunité de nous déterminer sur le projet présenté, nous vous prions de croire, Monsieur le Président de la Confédération, à l'assurance de notre parfaite considération.

Au nom du Conseil d'Etat

Le président		Le chancelier
 Frédéric Favre		 Philipp Spörri

Copie à [abas@seco.admin.ch](mailto:abas@seco.admin.ch)