



29 avril 2016

Actualités dans le domaine du droit du travail

Me Nathalie Subilia (ns@oher.ch)



SOMMAIRE

1. Introduction
2. Le licenciement collectif
3. Le congé modification
4. L'affiliation de l'employeur suisse aux charges sociales françaises
5. L'enregistrement du temps de travail

1. INTRODUCTION

Le droit du travail est régi principalement par la législation fédérale, soit notamment et en particulier les articles 319 et ss du Code des obligations suisse, la Loi fédérale sur le travail dans l'industrie, l'artisanat et le commerce (LTr), la Loi sur l'égalité entre femmes et hommes (LEg), toutes les lois afférentes aux assurances sociales (LAVS, LAA, LPGa, LACI), ...

A cela, il convient d'ajouter la législation cantonale (principalement des dispositions d'application du droit fédéral) et d'importantes sources de droit international (Accord sur la libre circulation des personnes entre la Suisse et l'Union européenne et autres réglementations européennes) ainsi que des accords conclus entre la Suisse et d'autres pays en la matière (Accord franco-suisse du 7 septembre 2006 concernant l'assujettissement du travailleur frontalier en situation de chômage complet).

Enfin, il faudra également tenir compte des conventions collectives de travail (CCT) ou des contrats-types de travail (CTT).

2. LE LICENCIEMENT COLLECTIF

a. Généralités:

- ❑ Le licenciement collectif est régi par les art. 335d et ss CO.
- ❑ On se trouve en présence d'un licenciement collectif lorsque, dans un délai de trente jours, le nombre de personnes licenciées est de:
 - au moins 10 personnes dans les entreprises employant entre 21 et 99 personnes (art. 335d ch. 1 CO);
 - de 10% au moins du nombre de travailleurs dans les entreprises employant entre 100 et 299 personnes (art. 335d ch. 2 CO) et
 - de 30 personnes au moins dans les entreprises employant habituellement 300 personnes ou plus (art. 335d ch. 3 CO).

b. Procédure:

- La consultation doit avoir lieu avant que l'employeur ne décide définitivement de procéder au licenciement collectif.
- Tout employeur qui envisage de procéder à un licenciement collectif doit consulter la représentation des travailleurs ou les travailleurs eux-mêmes (art. 335d CO).
- La consultation a pour but de rechercher un accord avec les travailleurs pour éviter le licenciement collectif et en atténuer les conséquences.
- L'employeur doit communiquer par écrit aux travailleurs les motifs du licenciement collectif, le nombre de travailleurs auquel le congé va être notifié, le nombre de travailleurs dans l'entreprise et la période durant laquelle les congés vont être donnés (art. 335f al. 3 CO).
- L'employeur doit transmettre aux autorités cantonales compétentes une copie de la communication de l'ouverture de la procédure de consultation.

- ❑ De manière générale, il a été considéré que la procédure de consultation d'une durée de 10 jours ouvrables est acceptable (soit deux semaines calendaires).
- ❑ Durant la période de consultation, les travailleurs peuvent soumettre librement des propositions à l'employeur pour réduire les effets du licenciement collectif.
- ❑ L'employeur n'est pas lié par les propositions faites par les travailleurs lors de la procédure de licenciement collectif.
- ❑ Une fois la procédure de consultation achevée et l'examen des éventuelles propositions formulées par les travailleurs, l'employeur informera les autorités cantonales compétentes en la matière de sa décision. Il pourra également notifier le congé aux employés concernés.

Spécificité genevoise:

L'employeur est tenu d'annoncer à l'OCE le licenciement collectif s'il licencie au moins 6 personnes dans un mois civil (art. 23 de la loi cantonale sur le service de l'emploi et la location de services).

c. Plan social

- Depuis le 1^{er} janvier 2014, le droit suisse prévoit que toute entreprise qui emploie au moins 250 travailleurs et qui va résilier le contrat de travail d'au moins 30 d'entre eux, dans un délai de 30 jours, pour des motifs non inhérents à leur personne, est obligée de soumettre un plan social aux travailleurs (art. 335h à 335k CO).
- Le contenu du plan social doit être consigné dans un document écrit.
- Si toute forme de discrimination est habituellement prohibée, le plan social peut prévoir des situations différentes aux cas par cas. L'égalité de traitement trouve ses limites dans l'interdiction de l'arbitraire et de la discrimination (les critères de différenciation ne doivent pas reposer sur des fondements inacceptables car ils seraient contraires à la protection de la personnalité ou à l'égalité des sexes).
- Si les licenciements sont étalés dans le temps mais dictés par les mêmes motifs, il faudra tenir compte de la totalité des travailleurs licenciés durant cette même période.
- Le plan social n'est pas obligatoire lorsque l'entreprise est en situation d'insolvabilité (faillite ou concordat (art. 335k CO)).

3. LE CONGE-MODIFICATION

- Le congé-modification peut intervenir à la demande de l'employeur ou du travailleur.
- Le but est de maintenir les rapports de travail en modifiant les droits et obligations.
- Il existe deux types de congé-modification:

- Le congé-modification au sens large:

Une partie propose à l'autre partie une modification du contrat de travail laquelle est refusée. La partie ayant refusé ladite modification voit ensuite le contrat de travail résilié.

- Le congé-modification au sens étroit:

Une partie résilie le contrat de travail pour la prochaine échéance contractuelle mais accompagne la résiliation d'une offre de conclure un nouveau contrat. La modification entrera en vigueur à l'échéance du délai de congé.

- ❑ Le congé-modification est admissible pour autant que les conditions suivantes soient remplies:
 - La modification contractuelle ne peut entrer en vigueur qu'à l'échéance du préavis;
 - La modification proposée ne doit pas violer la loi, une CCT ou un CTT;
 - La modification proposée ne doit pas servir de moyen de pression pour imposer une modification défavorable au travailleur sans qu'il n'existe de motif économique.
- ❑ Si le congé-modification est notifié à plusieurs personnes, il faudra vérifier s'il y a lieu d'appliquer les dispositions sur le licenciement collectif.

4. L’AFFILIATION DE L’EMPLOYEUR SUISSE AUX CHARGES SOCIALES FRANÇAISES

a. Principe:

L’Annexe 2 de l’Accord sur la libre circulation des personnes prévoit l’assujettissement aux assurances sociales des personnes dans un seul Etat:

- L’Etat de travail pour les personnes actives;
- L’Etat de résidence pour les personnes inactives.

Exceptions:

- Détachement du travailleur;
- Pluriactivité;
- Perception d’indemnités chômage dans un Etat et activité dans un autre Etat.

b. Pluriactivité:

- On parle de pluriactivité lorsqu'un travailleur exerce une activité salariée dans deux ou plusieurs Etats membres, simultanément ou en alternance, pour un ou plusieurs Employeurs.
- La réglementation applicable est celle du pays où il y a l'exercice d'une activité substantielle.
- Par activité substantielle, on entend toute activité correspondant à 25% du temps de travail et/ou du salaire du travailleur.
- Il faut également tenir compte de la situation professionnelle présumée pour les douze mois à venir... ou les douze mois passés.
- Si le travailleur perçoit des indemnités sociales en France (allocations maternité, indemnités journalières accidents), elles sont considérées comme des prestations en espèces assimilées à l'exercice d'une activité lucrative (Bulletin N° 301 de l'OFAS).

Conséquences:

- Activité de moins de 25% en France + activité (temps partiel ou temps complet) en Suisse ➡ Paiement des charges sociales en Suisse.
- Activité de plus de 25% en France + activité à temps partiel (- 75%) en Suisse ➡ Paiement des charges sociales en France.
- Activité isolée en France + activité à temps partiel en Suisse ➡ Au cas par cas, situation juridique peu claire en raison de la période de prise en compte.

c. Perception d'indemnités chômage:

- Les indemnités chômage sont perçues au lieu de résidence.
- L'Accord franco-suisse du 7 septembre 2006 concernant l'assujettissement de travailleurs frontaliers au chômage prévoit qu'une personne exerçant une activité lucrative en Suisse mais percevant des allocations chômages en France est soumise au régime français de la sécurité sociale.
- A partir du moment où la personne ne perçoit pas/plus de prestations de l'assurance chômage, le travailleur frontalier est soumis, en principe, au régime suisse.
- Les allocations de retour à l'emploi comptent comme prestations chômage et justifient une soumission au régime français des assurances sociales. Toutefois, la perception doit être simultanée.

Conséquences:

- ❑ Le travailleur frontalier inscrit au chômage en France et percevant des indemnités (y compris indemnités de retour à l'emploi) + exerçant une activité à temps complet en Suisse ➡ Paiement des charges sociales en France.
- ❑ Le travailleur frontalier inscrit au chômage en France et percevant des indemnités (y compris indemnités de retour à l'emploi) + exerçant une activité à temps partiel en Suisse ➡ Paiement des charges sociales en France.
- ❑ Le travailleur frontalier non inscrit au chômage en France ou qui ne perçoit aucune indemnité mais qui l'a été durant les 12 derniers mois ou est susceptible de l'être dans les 12 mois à venir + exerçant une activité à temps complet ou partiel en Suisse ➡ Au cas par cas, situation juridique peu claire en raison de la période de prise en compte.

d. Conseils:

- ❑ Avant l'engagement d'un travailleur frontalier, il est conseillé de lui poser toutes les questions afférentes à sa situation actuelle.
- ❑ Il convient de demander à l'employé qu'il remette non seulement le formulaire A1 qui aura été dûment rempli par la CPAM mais également une attestation de Pôle Emploi confirmant les prestations versées (les indemnités de retour à l'emploi n'étant pas mentionnées sur le formulaire A1).
- ❑ L'employeur peut toujours inviter le travailleur à se désinscrire du chômage mais il ne peut pas l'y contraindre. S'agissant de la problématique de la pluriactivité, il est en revanche plus difficile d'empêcher un travailleur d'avoir une autre activité, surtout lorsque l'activité en Suisse est à temps partiel.
- ❑ Il ne faut pas hésiter à s'adresser à la caisse de compensation suisse du régime d'assurances sociales applicable pour toutes questions.

- ❑ Il est préférable d'engager un travailleur pour une période aussi longue que possible. Cela évite les situations à risques et l'employeur dispose de plus de temps pour vérifier toutes les informations sur son travailleur. De même, il est préférable que la personne soit engagée pour une activité d'au moins 80%, afin d'éviter la pluriactivité.
- ❑ Certains employeurs ont pris le parti d'introduire des clauses de compensation :
 - *«Le travailleur atteste que, dans l'année civile en cours, il ne perçoit pas, ni n'a perçu de prestations du chômage, autres «indemnités» ou autres prestations d'une assurance sociale dans son pays de résidence et n'exerce aucune activité salariée auprès d'un employeur situé dans un pays de l'UE. L'employeur se réserve à ce titre le droit de recouvrer auprès du travailleur toute créance qu'il serait condamné à payer à l'assurance sociale du pays de résidence du travailleur».*
 - *«Par la présente, je confirme que les données fournies sont complètes et correctes. Si un changement devait intervenir, j'en informerai aussitôt mon employeur. S'il devait être constaté à quelque moment que ce soit que les données fournies sont incomplètes ou inexactes, je m'engage à rembourser les frais supplémentaires et réparer le dommage subi par mon employeur. Je vous délivre de toute obligation à cet égard.».*

5. L'ENREGISTREMENT DU TEMPS DE TRAVAIL

a. Principe:

- ❑ L'employeur est obligé de tenir, à disposition des autorités d'exécution et de surveillance, un registre mentionnant notamment l'horaire et le temps de travail quotidien et hebdomadaire de ses travailleurs ainsi que les pauses de plus de trente minutes, les jours de repos et repos compensatoire (art. 46 LTr cum art. 73 OLT1).

b. Modification législative:

- ❑ Depuis le 1^{er} janvier 2016, l'OLT1 a été modifiée et les articles 73a et 73b OLT1 introduits ➡ il existe maintenant 3 régimes d'enregistrement:
 - Le régime de base (art. 73 OLT1)
 - Le régime simplifié (art. 73b OLT1)
 - Le régime alternatif (art. 73a OLT1)

Le régime de base (art. 46 LTr cum 73 OLT1):

- Il est applicable à tous les employés qui ne disposent d'aucune autonomie dans la fixation de leur temps de travail.
- L'employeur doit consigner dans un registre:
 - Le début et la fin de chaque phase de travail;
 - L'horaire et la durée de toutes les pauses égales ou supérieures à 30 minutes;
 - Les jours de repos et de repos compensatoire.

Le régime simplifié (art. 46 LTr cum 73b OLT1):

- Il ne peut être appliqué qu'aux employés qui peuvent déterminer eux-mêmes une part significative (ie au moins 25%) de leurs horaires de travail.
- L'employeur ne consigne donc que la durée quotidienne du travail cumulée.

- L'employeur et les travailleurs doivent s'être mis d'accord sur le régime de l'enregistrement simplifié.

Le régime alternatif (art. 46 LTr cum 73a OLT1):

- Il ne peut être appliqué qu'aux travailleurs qui disposent d'une grande autonomie dans la gestion de leur travail et peuvent dans la majorité des cas fixer eux-mêmes leurs horaires de travail (50% au moins) et dont le salaire annuel brut est supérieur à CHF 120'000.-.
- L'employeur devra ainsi tenir un registre avec les indications des salaires des travailleurs avec lesquels la renonciation a été convenue.
- Ce régime ne peut être mis en place que moyennant la conclusion d'une CCT entre l'employeur et les partenaires sociaux et pour autant que chaque travailleur y renonce ensuite individuellement (cet accord est révocable chaque année).



Je vous remercie de votre attention

Contact:

Nathalie Subilia

ns@oher.ch

OHER & Associés

Rue De-Candolle 16

1205 Genève

Tél: +41.22.310.24.44

www.oher.ch