**Wolfgang Portmann**

Prof. Dr en droit, professeur  
du droit privé et du droit du travail  
université de Zurich,  
lst.portmann@rwi.uzh.ch

# L'obligation de l'employeur d'informer selon l'article 330b CO

Un nouvel instrument contre le dumping salarial et social\*

Ancrée dans le nouvel art.330b CO, l'obligation de l'employeur d'informer constitue un aspect important des mesures d'accompagnement, complétées, liées à l'Accord entre la Suisse et la Communauté européenne (CE) ainsi que ses Etats membres sur la libre circulation des personnes. Bien que cette obligation soit conçue en premier lieu comme un instrument dirigé contre le dumping salarial et social par l'engagement de main-d'œuvre étrangère, son champ d'application s'étend à tous les rapports de travail. Les explications qui suivent traitent des fondements, de la sphère d'application et du caractère de l'art.330b CO ainsi que de la forme, du contenu, du délai et de la violation de l'obligation d'informer qui en est l'objet.

## I. Bases

C'est le 1<sup>er</sup> juin 2004 que les mesures dites *d'accompagnement I*<sup>1</sup> en relation avec l'Accord entre la CE et la Suisse sur la libre circulation

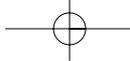
des personnes (ALCP)<sup>2</sup> sont entrées en vigueur. Elles étaient composées de la loi sur les travailleurs détachés, des dispositions complétant le contrat-type de travail dans le code des obligations (insertion des art. 360a à 360f CO, possibilité d'introduire des salaires minimaux obligatoires) ainsi que de dispositions complétées et modifiées de la loi fédérale permettant d'étendre le champ d'application de la convention collective de travail (insertion des art. 1a et 2, ch. 3<sup>bis</sup>, modification des art. 6 et 20, al. 2, LECCT). Avec ces mesures, il était envisagé d'édifier un rempart contre le dumping salarial et social redouté<sup>3</sup>, qui aurait pu résulter de l'abrogation progressive de l'ordonnance limitant le nombre des étrangers (OLE) dans les rapports avec les ressortissants des Etats de l'Union européenne (UE).

Lorsque l'UE a décidé en 2002 d'accueillir, avec effet au 1<sup>er</sup> mai 2004, dix nouveaux pays membres<sup>4</sup> et d'entamer des négociations avec la Suisse sur une extension afférente de l'ALCP, les organisations faitières des syndicats ont

exigé des mesures d'accompagnement supplémentaires. Par la suite, le Parlement a accepté l'extension de l'ALCP aux nouveaux Etats membres de la CE et promulgué les mesures dites *d'accompagnement II*, lesquelles sont entrées en vigueur après leur adoption en votation populaire le 1<sup>er</sup> avril 2006<sup>5</sup>. Elles ont renforcé les mesures d'accompagnement I et étendu ainsi la protection des travailleurs. De plus, elles ont permis de compléter les dispositions relatives au contrat-type de travail dans le CO (art. 360b, al. 6, CO), de simplifier en outre la déclaration de force obligatoire de conventions collectives de travail en cas d'abus (art. 2, ch. 3<sup>bis</sup>, LECCT), de modifier et de compléter de façon substantielle la loi sur les travailleurs détachés, d'inclure, dans la loi sur le service de l'emploi, de nouvelles dispositions et, dans le CO, un nouvel art. 330b relatif à l'obligation de l'employeur d'informer.

Par le biais de l'art. 330b OR, l'employeur est obligé, dans le cas d'un rapport de travail convenu pour une durée indéterminée ou pour





plus d'un mois, d'informer le travailleur par écrit, au plus tard un mois après le début dudit rapport, de certains éléments contractuels. Il en va de même des modifications de points du contrat sujets à communication. L'intégration de cet article a eu lieu en s'appuyant partiellement sur la *directive de la CE 1991/0533/CEE* du Conseil, du 14 octobre 1991, relative à l'obligation de l'employeur d'informer le travailleur des conditions applicables au contrat ou à la relation de travail, selon laquelle les principales parties intégrantes doivent être consignées en la forme écrite<sup>6</sup>.

Le *but* de l'art. 330b CO consiste notamment à créer pour les deux parties une sécurité juridique accrue<sup>7</sup> et à faciliter aux commissions tripartites la vérification des conditions de travail: sur la base de l'information écrite, la commission doit être en mesure de constater à partir de quel moment une personne est occupée en Suisse et quelles conditions de travail s'appliquent au rapport d'emploi<sup>8</sup>.

Deux propositions ont été discutées au sein du groupe de travail chargé des mesures d'accompagnement: l'une visait à édicter une *loi spéciale de droit public* et l'autre à mettre sur pied une *solution de droit privé*, par l'introduction d'une norme afférente dans le CO<sup>9</sup>. C'est en vain que les syndicats se sont engagés en faveur d'un acte législatif au niveau du droit public<sup>10</sup>. Ils avaient fait valoir que ce ne serait que de cette manière que tous les travailleurs jouiraient d'une protection et qu'un mécanisme assorti de mesures d'exécution et de sanctions pourrait être mis sur pied. Les employeurs, quant à eux, ont défendu l'opinion selon laquelle une disposition portant sur un contrat de droit privé doit se trouver dans le CO<sup>11</sup>. Il a été argumenté notamment, à l'encontre d'une information obligatoire en la forme écrite en tant que telle, que celle-ci aurait pour conséquence d'éluder la liberté de la forme dans le contrat de travail<sup>12</sup>.



Il est *douteux* que le *but* – consistant à permettre aux commissions tripartites, à l'aide de la communication écrite prescrite, une exécution efficiente de leurs tâches – sera *atteint*, car les employeurs ne sont pas tenus, à leur égard, de tenir prêtes, en la forme écrite, les données concernées. Dans cette étendue, il manque au droit des commissions tripartites à l'information et à la consultation des pièces, stipulé dans l'art. 360b, al. 5, CO, la base nécessaire<sup>13</sup>. De même, les commissions tripartites n'ont, vis-à-vis des travailleurs, aucun droit d'information et de regard<sup>14</sup>.

## II. Champ d'application

### 1. Champ d'application *ratione materiae*

L'obligation de l'employeur d'informer en vertu de l'art. 330b CO existe, fondamentalement, envers l'ensemble des travailleurs; elle n'est donc pas restreinte à ceux qui sont détachés, en provenance de l'étranger, et s'applique aussi aux employés détenant des postes dirigeants et aux spécialistes<sup>15</sup>. La condition en est cependant que le rapport de travail a été convenu pour une durée indéterminée ou pour plus d'un mois. Cette condition doit également être considérée comme remplie lorsqu'un rapport de travail convenu à l'origine pour moins d'un mois est prolongé subséquentement pour une période excédant globalement un mois. Plusieurs rapports de travail de durée limitée doivent être traités comme un rapport unique – même s'ils sont sujets à des interruptions – lorsque leur conclusion séparée n'est pas justifiée par un motif objectif<sup>16</sup>. Suite au délai de carence relativement bref, s'élevant à un mois, les travailleurs détenant des autorisations non contingentées pour une durée inférieure à quatre mois sont également touchés<sup>17</sup>.

### 2. Champ d'application *ratione temporis*

Il se pose la question de savoir si l'art. 330b CO est aussi applicable aux rapports de travail existant déjà avant son entrée en vigueur. Vu que le législateur n'a pas mis sur pied de disposition particulière concernant cette question de droit intertemporel, ce sont les art. 1<sup>er</sup> à 4 tit. fin. CC qui s'appliquent. La règle générale de la non-rétroactivité d'après l'art. 1<sup>er</sup> tit. fin. CC est restreinte par l'art. 2 tit. fin. CC. Ainsi, les normes qui sont élaborées en faveur de l'ordre public et de la moralité trouvent application, avec leur entrée en vigueur, à tous les faits dans la mesure où la loi ne prévoit pas d'exception. L'art. 2 tit. fin. CC exige une pondération des intérêts qui se font face, c'est-à-dire de l'intérêt à la protection de la confiance, d'une part, et de l'intérêt public à l'application du nouveau droit d'autre part<sup>18</sup>. Dans le nouveau droit de nature impérative, il

convient de présumer régulièrement un intérêt public prépondérant à la rétroactivité<sup>19</sup>. Il en va ainsi même lorsqu'il ne se présente aucune urgence particulière dans le temps<sup>20</sup>. Vu que l'art. 330b CO représente du droit privé (unilatéralement) impératif<sup>21</sup>, il y a donc lieu de procéder, en application de l'art. 2 tit. fin. CC, de ce que les employeurs doivent communiquer les données requises, en la forme écrite, à tous les travailleurs, même lorsque le rapport de travail a été constitué avant l'entrée en vigueur de l'art. 330b CO.

## III. Forme

L'employeur doit fournir les renseignements demandés par écrit et spontanément, donc pas seulement à la demande du travailleur. L'art. 330b CO ne prescrit pas que les informations doivent être transmises dans une pièce unique ou en même temps. Partant, les communications faites à des occasions diverses satisfont aussi les conditions. Ainsi, par exemple, les exigences de l'art. 330b, al. 1<sup>er</sup>, let. a à c, CO sont remplies lorsque la lettre d'engagement comporte les noms des parties contractantes, la fonction du travailleur et la date du commencement de l'activité, tandis qu'un décompte de salaire satisfait à l'exigence de la let. d<sup>22</sup>. Vu qu'à l'heure actuelle les décomptes de salaire sont régulièrement notifiés sous la forme d'imprimés électroniques non signés, il en résulte simultanément que l'information écrite selon l'art. 330b CO n'implique pas l'observation de la forme écrite simple au sens des art. 13 ss. CO<sup>23</sup>. Il y a uniquement lieu de présupposer que la déclaration provient de l'employeur et que son contenu est consigné par écrit<sup>24</sup>. Par conséquent, des copies, notifiées au travailleur, d'annonces aux assurances sociales doivent également suffire. Si un contrat de travail contenant tous les éléments exigés par l'art. 330b CO a été conclu en la forme écrite et qu'un exemplaire en est remis au travailleur, l'obligation d'informer est dans tous les cas remplie. Nous estimons qu'il doit en aller de même si un exemplaire de la convention collective de travail applicable au travailleur est remis à ce dernier, dans la mesure où les informations à communiquer en découlent directement<sup>25</sup>.

Il n'y a rien à objecter aux formulations selon lesquelles l'art. 330b CO a introduit, «de fait» ou «indirectement», l'exigence de la forme écrite<sup>26</sup>, tant qu'il n'en est pas déduit de conclusions erronées. L'art. 330b CO a uniquement la signification d'une *prescription d'ordre*. Partant, les contrats de travail peuvent continuer à être conclus valablement par oral<sup>27</sup>, et aucun changement ne s'opère en ce qui concerne la formation de contrats de travail *de facto* au sens de



l'art. 320, al. 2 et 3, CO. L'obligation de la communication écrite ne doit être remplie qu'un mois au plus tard après le début du rapport de travail. Même s'il n'y est pas satisfait jusqu'à ce moment, il n'en résulte aucune conséquence pour la validité du contrat de travail: celui-ci ne devient caduc ni *ex tunc*, ni *ex nunc*. La violation de l'obligation d'informer peut toutefois entraîner des sanctions d'une autre nature<sup>28</sup>.

## IV. Teneur

### 1. En général

Cinq informations doivent être transmises en la forme écrite au travailleur: le nom des parties contractantes, la date du début du rapport de travail, la fonction du travailleur, le salaire et les éventuels suppléments salariaux ainsi que la durée hebdomadaire du travail (art. 330b, al. 1<sup>er</sup>, let. a à e, CO). Lorsque des éléments contractuels sujets à communication sont modifiés pendant la durée du rapport de travail, ils doivent également être portés à la connaissance du travailleur (art. 330b, al. 2, CO). L'énumération, dans la loi, des conditions de travail sur lesquels l'employeur doit renseigner est exhaustive. En principe, les informations doivent être fournies aussi concrètement que possible. Un renvoi écrit à un accord oral ne suffit pas. Les points mentionnés doivent être communiqués au travailleur même si aucun contrat de travail n'a été conclu en la forme écrite<sup>29</sup> ou si aucune convention n'a été passée concernant certains éléments. Dans ce cas, le travailleur doit être informé des conditions de travail telles qu'elles se dégagent sur la base du droit dispositif ou impératif.

### 2. Nom des parties contractantes

L'art. 330b, al. 1<sup>er</sup>, let. a, CO exige d'abord la désignation des noms des parties au contrat. Lorsque du côté patronal ce sont des entreprises qui sont en jeu (comme tel est généralement le cas), il convient de veiller à une désignation correcte de l'entreprise. Cette exigence revêt une importance particulière dans les relations internes à un groupe de sociétés où il existe une majorité d'entités pourvues de raisons de



commerce dont la teneur est, le cas échéant, similaire. Si le statut d'employeur doit être attribué à plusieurs sociétés du groupe (par exemple, aussi bien à la société mère qu'à une filiale), il y a lieu d'indiquer les raisons de commerce de toutes les entreprises impliquées. Si l'employeur est une société simple, il faut faire mention des noms de tous les associés.

### 3. Début du rapport de travail

Selon l'art. 330b, al. 1<sup>er</sup>, let. b, CO, il est nécessaire de faire état de la date du début du rapport de travail. A cet égard, il ne s'agit pas du moment de la conclusion du contrat de travail, ni de celui du commencement réel de l'activité, mais de la date du début *juridique* dudit rapport.

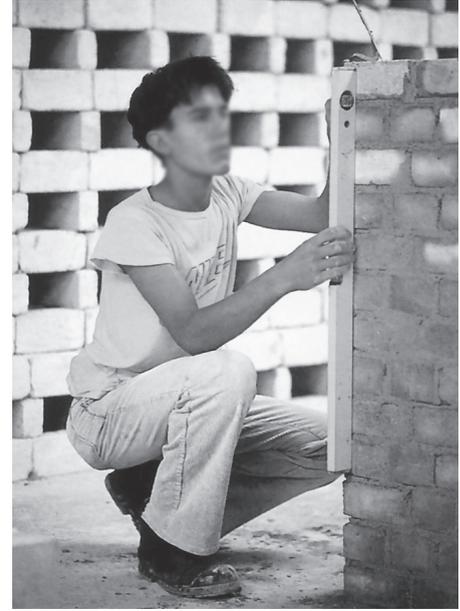
### 4. Fonction du travailleur

L'indication de la fonction du travailleur, telle qu'elle est prescrite par l'art. 330b, al. 1<sup>er</sup>, let. c, CO, exige une information sur l'activité et sur la position hiérarchique du travailleur. Elle doit être fournie de telle manière qu'elle donne à la commission tripartite une base en vue de la comparabilité des conditions de travail. En même temps, elle doit permettre au travailleur de constater son classement en cas d'applicabilité d'une convention collective de travail. En revanche, il n'est pas requis de remettre des descriptions d'emplois proprement dites, telles qu'elles peuvent être trouvées dans la pratique en tant qu'annexes aux contrats de travail écrits.

### 5. Salaire

D'après l'art. 330b, al. 1<sup>er</sup>, let. d, CO, il y a lieu d'informer sur le salaire et sur d'éventuels suppléments salariaux. Il est nécessaire d'indiquer le montant d'un traitement fixe, alors que pour un salaire variable il faut mentionner les facteurs de calcul. Font partie de la notion du salaire toutes les parties intégrantes de celui-ci, par exemple également les indemnités spéciales (inconditionnelles ou conditionnelles) qui ne dépendent de la discrétion de l'employeur ni sur la base du principe, ni en raison du montant. Par contre, les gratifications ne relèvent pas de cette disposition.

Le contrat de travail suppose, certes, que la prestation de travail soit fournie à titre onéreux, mais une déclaration de volonté réciproque et concordante des parties concernant le montant du salaire ne représente pas une condition nécessaire. A défaut de fixation du salaire au moyen d'un contrat individuel, d'un contrat-type ou d'une convention collective de travail, l'employeur doit, selon l'art. 322, al. 1<sup>er</sup>, CO, acquiescer le salaire usuel, qu'il doit alors communiquer, conformément à l'art. 330b, al. 1<sup>er</sup>, let. d, CO. Si la détermination d'un salaire usuel est



impossible, le juge fixera celui-ci en toute équité<sup>30</sup>. Dans ce cas, l'employeur a également l'obligation d'indiquer le salaire qu'il estime devoir.

### 6. Durée hebdomadaire du travail

Enfin, l'employeur doit aussi faire part, sur la base de l'art. 330b, al. 1<sup>er</sup>, let. e, CO, de la durée hebdomadaire du travail. A cet égard, il suffit d'en indiquer l'étendue (par exemple, 40 heures par semaine), alors qu'il n'est pas nécessaire d'en mentionner la répartition sur la semaine. Le projet relatif aux mesures d'accompagnement II prévoyait encore l'indication de la durée journalière ou hebdomadaire du travail<sup>31</sup>, mais la mention de la durée journalière a été supprimée par le Parlement, car elle est inhabituelle en Suisse et laisse ouverte la question de savoir si, dans un cas d'espèce, c'est la semaine de cinq jours ou celle de six jours qui s'applique<sup>32</sup>. Néanmoins, la réglementation de l'art. 330b, al. 1<sup>er</sup>, let. e, CO soulève des questions, car les durées de travail plus ou moins fixes sont complétées ou supplantées de plus en plus souvent par des modèles d'horaires de travail flexibles<sup>33</sup>. On peut exclure que le législateur voulait interdire de tels aménagements du temps de travail au moyen de la prescription d'ordre de l'art. 330b CO. Cette règle prévoit uniquement l'obligation d'informer sur les conditions de travail *existantes*, et ne peut donc avoir, de par son intention, des répercussions sur la licéité de quelconques conditions de travail. L'art. 330b, al. 1<sup>er</sup>, let. e, CO ne peut donc être compris qu'en ce sens que la durée hebdomadaire du travail doit être communiquée uniquement lorsqu'elle a été convenue ou peut être déterminée clairement à l'avance. Tel n'est pas le cas dans toutes les (nombreuses) hypothèses où une *latitude d'aménagement* a été accordée au tra-

vailleux – par exemple pour l'horaire de travail mobile ou le partage des postes de travail – ou à l'employeur – pour la durée annuelle du travail ou le travail sur appel – (attribution de la souveraineté en matière de temps). Pour imposer cette conception, il n'est même pas nécessaire d'avoir recours à l'instrument de la réduction téléologique<sup>34</sup>, car ce qui est impossible ne peut être d'emblée l'objet d'une norme de comportement.

En revanche, il se pose la question de savoir si l'on peut exiger de l'employeur que dans tous ces cas il communique en la forme écrite, en guise de *succédané*, l'étendue convenue de la prestation de travail à fournir<sup>35</sup>. Une telle obligation ne peut être déduite de l'art. 330b, al. 1<sup>er</sup>, let. e, CO. Supposer un tel devoir ne se justifierait que s'il fallait procéder d'une lacune authentique qui devrait alors être comblée. En considération de la propagation actuelle des modèles de temps de travail flexibles, le problème ne peut avoir échappé à l'attention du Conseil fédéral et du Parlement, si bien qu'il convient d'admettre un silence qualifié. Dans les cas où une durée hebdomadaire du travail n'est ni convenue, ni déterminable clairement à l'avance, des indications, telles qu'«horaire de travail mobile», «travail sur appel», etc., suffisent dès lors selon l'opinion défendue dans le présent article.

## V. Délai

La première exécution de l'obligation d'informer doit avoir lieu au plus tard un mois après le début du rapport de travail. L'élément décisif est le commencement juridique dudit rapport. Ni le moment de la conclusion du contrat de travail, ni celui du début effectif de l'activité – lequel peut être reporté, par exemple pour cause de maladie du travailleur – ne sont déterminants. Si un rapport de travail de durée limitée, pour moins d'un mois, a été convenu, et que celui-ci est poursuivi à son expiration, le délai court à compter du début initial, et non à partir de la prolongation.

Si des éléments contractuels sujets à communication sont modifiés au cours du rapport de travail, les changements devront être communiqués au travailleur au plus tard un mois après leur entrée en vigueur (art. 330b CO). Pour une modification unilatérale d'éléments du contrat en défaveur du travailleur, il faut choisir la voie de la résiliation pour cause de modification des conditions du contrat. Dans ce cas, les amendements prennent effet au plus tôt avec l'expiration du délai de congé<sup>36</sup>, si bien que le délai prévu pour l'exécution de l'obligation d'informer ne court qu'à partir de ce moment.

## VI. Violation de l'obligation d'informer

Une violation de l'obligation d'informer se présente lorsque l'employeur ne fournit pas du tout les informations requises, ou ne les fournit qu'incomplètement ou de façon erronée (au plan du contenu ou de la forme). L'employeur supporte le fardeau de la preuve qu'il a exécuté ladite obligation (art. 8 CC). En considération des conséquences étendues qu'une violation de ce devoir peut avoir<sup>37</sup>, il y a lieu de recommander à l'employeur de s'assurer, pour la transmission des informations nécessaires, une preuve qui, ultérieurement, pourra être apportée avec facilité<sup>38</sup>.

L'art. 330b CO ne stipule aucune sanction particulière susceptible d'être appliquée en cas de violation de l'obligation d'informer, raison pour laquelle il convient d'avoir recours aux sanctions générales du contrat de travail. L'obligation d'informer est à qualifier de contenu partiel de l'obligation d'assistance, laquelle est conçue comme ensemble des devoirs accessoires de l'employeur<sup>39</sup>. Partant, il convient de procéder des principes développés en relation avec la violation de l'obligation d'assistance en général. Cela signifie ce qui suit:

- A l'instar du devoir de délivrer un certificat de travail, qui représente aussi un aspect de l'obligation d'assistance, le devoir d'informer peut faire l'objet d'une *action indépendante* et être exécutable notamment par la menace d'une peine pour insoumission ou d'une amende. Les actions en exécution d'une prestation pendant un rapport de travail en cours ne revêtent cependant qu'une importance pratique restreinte, ce en raison de la nature particulière de ce dernier.
- Une opposition persistante de l'employeur à l'exécution de l'obligation d'informer peut légitimer le travailleur à *refuser sa prestation de travail*. Si l'employeur viole son devoir d'as-

sistance d'une manière telle que la fourniture de la prestation de travail apparaît comme ne pouvant plus être raisonnablement exigée, il est reconnu que le travailleur peut la refuser<sup>40</sup>. Le fait que l'obligation de travailler de l'employé et celle d'assistance de l'employeur ne se situent pas dans un rapport d'échange ne change rien à ce constat. Si l'employeur n'a pas de motif justificatif et qu'il a été averti sans succès, nous estimons que rien ne s'oppose à une cessation du travail, car il ne peut être raisonnablement exigé du travailleur, sur la durée, d'exercer son activité lorsque les conditions ne lui sont pas communiquées<sup>41</sup>.

- Aux mêmes conditions, il y a également lieu d'admettre l'existence d'un juste motif, donnant au travailleur le droit de *résilier immédiatement* le rapport de travail (art. 337 CO). Dans ce contexte, il faut rappeler que même des manquements mineurs peuvent fonder le droit de l'autre partie de résilier immédiatement le contrat lorsque ceux-ci, en dépit d'un avertissement, se répètent ou représentent un état constant.
- L'inobservation de l'obligation d'informer constitue régulièrement une violation coupable du contrat, susceptible de faire naître, pour le travailleur, une *prétention en dommages-intérêts*. Celle-ci suppose cependant, en sus, un dommage prouvable et causal, ce qui ne devrait que rarement être le cas.
- Dans le cadre d'un procès de droit du travail portant sur les conditions de l'exercice d'une activité, la violation du devoir d'informer peut en outre influencer sur *l'administration des preuves*<sup>42</sup>. L'inexécution dudit devoir peut avoir pour conséquence de faire échouer l'administration d'une preuve en défaveur du travailleur. Il convient donc de procéder de ce que le juge, dans de tels cas, se montrera prévenant envers le travailleur et réduira le degré de preuve requis, voire renversera le fardeau de la preuve<sup>43</sup>.

Par contre, le travailleur conserve le fardeau intégral de la preuve lorsqu'il invoque ultérieurement des conditions qui sont plus favorables que celles qui lui sont communiquées. En effet, dans la mesure où le travailleur ne peut pas s'appuyer sur une communication de l'employeur, il assume de toute manière le fardeau de la preuve pour l'existence de conditions de travail déterminées qu'il fait valoir (faits constitutifs de droits au sens de l'art. 8 CC). Pour lui, il est donc recommandable de protester immédiatement contre une information au contenu inexact et d'exiger une rectification. En l'absence de protestation, il serait toutefois incorrect de ne pas admettre du tout ses preuves, pour motif qu'il a donné son consentement tacite à une proposition de modification de l'employeur. En effet, en fournissant l'information, l'employeur ne fait pas une déclaration de volonté, mais seulement une déclaration de connaissance, si bien qu'une proposition de modification valable fait déjà défaut. Ceci mis à part, on ne peut non plus présumer, en considération de l'inégalité des forces, un consentement tacite du travailleur à des conditions de travail plus mauvaises<sup>44</sup>. La pratique des tribunaux va cependant dans une autre direction<sup>45</sup>.

A l'inverse, l'employeur peut aussi avancer qu'il se présente en réalité des conditions de travail plus défavorables que celles qu'il a communiquées au travailleur. Il en assume cependant, lui aussi, le fardeau intégral de la preuve, car l'orientation écrite du travailleur sur les conditions de travail a précisément pour but, entre autres, de lui en permettre la preuve. L'employeur doit donc prouver soit l'inexactitude de sa communication et lui retirer sa valeur probante (contre-preuve), soit directement les conditions de travail réelles qui s'en écartent (preuve du contraire).

## VII. Caractère de la norme

Bien que l'art. 330b CO manque dans l'énumération de l'art. 362 CO, il y a lieu de procéder, sur la base de son libellé, qu'il contient *du droit relativement impératif*. Partant, il ne peut être dérogé à ses dispositions en défaveur du travailleur<sup>46</sup>. Il est cependant licite de convenir une



réglementation plus favorable au travailleur. Doit être considérée comme plus favorable notamment une obligation plus étendue de l'employeur de fournir des informations concrètes.

### Littérature

Message du 1<sup>er</sup> octobre 2004 concernant la loi fédérale révisant les mesures d'accompagnement à la libre circulation des personnes, FF 2004 6187 ss. (citation: Message mesures d'accompagnement II); *Brunner, Christiane/Bühler, Jean-Michel/Waerber, Jean-Bernard/Bruchez, Christian*: Kommentar zum Arbeitsvertragsrecht, 3<sup>e</sup> éd., Bâle 2005; *Pietruszak, Thomas*: Die Informationspflichten des Arbeitgebers gemäss Art. 330b OR – zu Hintergrund, Inhalt und Rechtsfolgen der neuen Regelung, in: «Jusletter» du 29 mai 2006, www.weblaw.ch; *Portmann, Wolfgang*: Individualarbeitsrecht, Zurich 2000 (citation: *Portmann*, Individualarbeitsrecht); *Portmann, Wolfgang*: Erklärungen ohne Worte im schweizerischen Arbeitsvertragsrecht, ArbR 1998, p. 59 ss. (citation: *Portmann*, ArbR 1998); *Rehbinder, Manfred*: Schweizerisches Arbeitsrecht, 15<sup>e</sup> éd., Berne 2002; *SECO*, Rapport du 14 juin 2004 du Secrétariat d'Etat à l'économie sur les résultats du groupe de travail «mesures d'accompagnement» (citation: *SECO*, Rapport résultats groupe de travail); *SECO*, Rapport du 18 octobre 2004 sur les résultats de la procédure de consultation concernant le rapport du *SECO* sur les résultats du groupe de travail «mesures d'accompagnement» (loi fédérale révisant les mesures d'accompagnement à la libre circulation des personnes) (citation: *SECO*, Rapport résultats procédure de consultation); *Vischer Frank*: Der Arbeitsvertrag, 3<sup>e</sup> éd., paru également comme volume VIII/4 de la série «Schweizerisches Privatrecht», Bâle 2005 (citation: *F. Vischer*, Arbeitsvertrag); *Vischer, Markus*: Die allgemeinen Bestimmungen des schweizerischen intertemporalen Privatrechts, Zürcher Studien zum Privatrecht, vol. 52, Zurich 1986 (citation: *M. Vischer*, Intertemporales Privatrecht). ■

\* Publié à plusieurs reprises, le présent article a paru pour la première fois dans la «DTA – Revue de droit du travail et d'assurance-chômage», 1/2007, p. 1 ss. Un traitement complet, par l'auteur, des mesures d'accompagnement I et II liées à l'Accord sur la libre circulation des personnes se trouve dans l'ouvrage «Bilaterale Verträge I & II Schweiz – EU», publié sur mandat du «Europa Institut» de Zurich par D. Thürer, R. H. Weber, W. Portmann et A. Kellerhals, Zurich/Bâle/Genève 2007, p. 327 ss.

- <sup>1</sup> Loi fédérale du 8 octobre 1999 sur les conditions minimales de travail et de salaire applicables aux travailleurs détachés en Suisse et sur les mesures d'accompagnement, RO 2003 1370.
- <sup>2</sup> Accord du 21 juin 1999 entre la Confédération suisse, d'une part, et la Communauté européenne et ses Etats membres, d'autre part, sur la libre circulation des personnes (ALCP), RS 0.142.112.681.
- <sup>3</sup> La Suisse présente un niveau des salaires bien supérieur à la moyenne. Le danger de dumping existe avant tout pour les régions et les cantons frontaliers.
- <sup>4</sup> La République tchèque, l'Estonie, Chypre, la Lettonie, la Lituanie, la Hongrie, Malte, la Pologne, la Slovaquie et la Slovaquie.
- <sup>5</sup> Arrêté fédéral du 17 décembre 2004 portant approbation et mise en œuvre du protocole relatif à l'extension de l'accord entre la Confédération suisse, d'une part, et la Communauté européenne et ses Etats membres, d'autre part, sur la libre circulation des personnes aux nouveaux Etats membres de la Communauté européenne et portant approbation de la révision des mesures d'accompagnement concernant la libre circulation des personnes, RO 2006 979.
- <sup>6</sup> L'art. 330b CO pose des exigences nettement inférieures à celles de cette directive, cf. Message mesures d'accompagnement II, FF 2004 6206.
- <sup>7</sup> Dans un sens restrictif: *Pietruszak*, ch. marg. 7.
- <sup>8</sup> Message mesures d'accompagnement II, FF 2004 6206 s.
- <sup>9</sup> *SECO*, Rapport résultats groupe de travail, p. 9 s.
- <sup>10</sup> *SECO*, Rapport résultats procédure de consultation, p. 8.
- <sup>11</sup> *SECO*, Rapport résultats groupe de travail, p. 10.
- <sup>12</sup> *SECO*, Rapport résultats procédure de consultation,

p. 8. Lors des débats devant le Parlement, il était même question d'une abrogation des contrats de travail oraux et d'un affaiblissement de la flexibilité du marché du travail, BO 2004 N 2016 s. Contra: BO 2004 N 2018 et BO 2004 E 741, 746 (Conseiller fédéral Deiss).

- <sup>13</sup> Cf. aussi art. 7, al. 2, de la loi sur les travailleurs détachés, selon lequel l'employeur est tenu de remettre aux organes compétents pour le contrôle qui les demandent tous les documents attestant du respect des conditions de travail et de salaire des travailleurs détachés.
- <sup>14</sup> *Pietruszak*, ch. marg. 10.
- <sup>15</sup> Contra: *Pietruszak*, ch. marg. 31, qui exige une réduction téléologique avec pour motif, fondamentalement compréhensible, que le dumping salarial et les mesures d'accompagnement ne sont pas thématiques dans ces types de rapports de travail. Le droit suisse applicable au contrat individuel de travail est cependant conçu de telle manière que les rapports de travail de tous les employés sont réglés indépendamment de leur position au sein de l'entreprise. Si un changement doit y être opéré, celui-ci devrait avoir lieu dans le cadre d'une perspective globale, car d'autres domaines entreraient également en ligne de compte pour un champ d'application limité; on peut penser, par exemple, à une restriction des prescriptions de protection en matière de droit du travail en relation avec les actions et les options de collaborateurs. Par contre, une limitation isolée doit être rejetée.
- <sup>16</sup> Cf. la doctrine et la jurisprudence traitant des contrats – réprouvés – conclus en chaîne.
- <sup>17</sup> Message mesures d'accompagnement II, FF 2004 6206.
- <sup>18</sup> *M. Vischer*, Intertemporales Privatrecht, p. 97 avec d'autres références.
- <sup>19</sup> ATF 117 II 455; *M. Vischer*, Intertemporales Privatrecht, p. 97 s.
- <sup>20</sup> ATF 117 II 455.
- <sup>21</sup> Cf. ci-après ch. VII.
- <sup>22</sup> Message mesures d'accompagnement II, FF 2004 6586.
- <sup>23</sup> De toute manière, ces dispositions ne sont applicables directement qu'aux contrats.
- <sup>24</sup> Quant au résultat, également: *Brunner/Bühler/Waerber/Bruchez*, art. 330b n. 3.
- <sup>25</sup> Ainsi, par exemple, lorsque le salaire effectivement dû correspond exactement au salaire minimal stipulé par convention collective de travail.
- <sup>26</sup> Ainsi, par exemple, *F. Vischer*, Arbeitsvertrag, p. 76.
- <sup>27</sup> Sous réserve de l'art. 344a, al. 1<sup>er</sup>, CO (contrat d'apprentissage) et de l'art. 69, al. 2, LNM (contrat d'engagement du marin).
- <sup>28</sup> Cf. ci-après ch. VI.
- <sup>29</sup> Cf. ci-dessus ch. III.
- <sup>30</sup> *Portmann*, Individualarbeitsrecht, ch. marg. 284.
- <sup>31</sup> Projet mesures d'accompagnement II, FF 2004 6219.
- <sup>32</sup> Cf. BO 2004 E 745.
- <sup>33</sup> Ainsi, par exemple, par un temps de travail calculé sur l'année ou sur la vie, ou une durée du travail axée sur les objectifs; cf. à ce propos *Portmann*, Individualarbeitsrecht, ch. marg. 195 ss.
- <sup>34</sup> Cependant: *Pietruszak*, ch. marg. 30.
- <sup>35</sup> Proposition de *Pietruszak*, ch. marg. 30.
- <sup>36</sup> *Brunner/Bühler/Waerber/Bruchez*, art. 330b n. 4.
- <sup>37</sup> Cf. les sanctions énumérées ci-après. Faisant suite à *Preis*, Das Nachweisgesetz, NZA 1997, p. 10 ss., *Pietruszak*, ch. marg. 47, parle d'une «bombe à retardement au plan des règles applicables en matière de preuve».
- <sup>38</sup> Par exemple, au moyen d'un accusé de réception signé.
- <sup>39</sup> *Rehbinder*, ch. marg. 54.
- <sup>40</sup> *Portmann*, Individualarbeitsrecht, ch. marg. 767.
- <sup>41</sup> Contra: *Pietruszak*, ch. marg. 36.
- <sup>42</sup> *F. Vischer*, Arbeitsvertrag, p. 76.
- <sup>43</sup> *Pietruszak*, ch. marg. 38 ss.; ainsi, par exemple, *F. Vischer*, Arbeitsvertrag, p. 76, admet que l'employeur, en conséquence de l'échec de la preuve, doit prouver le salaire convenu.
- <sup>44</sup> A propos de toute cette problématique, cf. *Portmann*, ArbR 1998, p. 65 ss.
- <sup>45</sup> Ainsi, on admet un contrat modificatif lorsque le travailleur prend réception, à plusieurs reprises (en règle générale trois fois) et sans réserve, d'un salaire inférieur (par exemple, Tribunal supérieur du canton de Zurich, JAR 1999, 135).
- <sup>46</sup> *Brunner/Bühler/Waerber/Bruchez*, art. 330b n. 5; BO 2004 E 745.