



# Informations sur la conception des contrats de travail pour la saison d'hiver 2020/2021

## Remarques préalables

Avant toute analyse de fond, Remontées Mécaniques Suisses (RMS) souhaite souligner les points suivants:

- L'art. 4 de l'ordonnance sur les mesures dans le domaine de l'assurance-chômage en lien avec le coronavirus (ordonnance COVID-19 assurance-chômage) ayant été supprimé, la base de l'octroi – temporairement plus généreux – de l'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail (RHT) allouée aux travailleurs saisonniers a disparu le 1<sup>er</sup> septembre 2020. Si un nouveau confinement (national, régional ou local) devait s'imposer, il n'est pas certain qu'une indemnité serait à nouveau versée à cette catégorie de travailleurs. Les entreprises de remontées mécaniques suisses doivent par conséquent déterminer comment il convient d'aborder cette question et quelles sont les mesures qu'elles souhaitent adopter en tant qu'employeurs afin de se prémunir contre des risques financiers susceptibles de menacer leur existence.
- Du fait de la complexité juridique du sujet et de la diversité des situations rencontrées par les employeurs de la branche, il s'avère impossible de formuler des propositions, ou des clauses, qui conviendraient à toutes les entreprises de remontées mécaniques et répondraient de manière exhaustive aux interrogations soulevées par la pandémie de Covid-19 en matière de contrats saisonniers. Toutes les entreprises ne rencontrent pas les mêmes difficultés. Si une fermeture intervient, certaines souhaitent pouvoir résilier rapidement autant de contrats que possible, ou que les contrats conclus soient automatiquement invalidés. D'autres espèrent au contraire que le droit à l'indemnité en cas de RHT puisse être maintenu pour la majorité de leurs collaborateurs. Ces objectifs apparaissant partiellement contradictoires, RMS se trouve dans l'incapacité d'adresser à ses membres des recommandations concrètes sur l'aménagement de leurs contrats de travail. Il appartient donc à chaque entreprise de remontées mécaniques de décider par elle-même des dispositions qu'elle souhaite y inclure afin de minimiser son risque entrepreneurial.
- Depuis le 1<sup>er</sup> septembre 2020, les dispositions relatives au groupe des ayants droit à l'indemnité en cas de RHT qui prévalaient avant l'introduction de l'ordonnance Covid-19 assurance-chômage sont à nouveau en vigueur: «*À partir du 1<sup>er</sup> septembre 2020, la majorité des mesures extraordinaires est supprimée (extension du groupe des ayants droit, allègements financiers supplémentaires pour les entreprises) et le système initial de l'indemnité en cas de RHT s'applique à nouveau*» ([https://www.seco.admin.ch/seco/fr/home/Arbeit/neues\\_coronavirus/kurzarbeit.html](https://www.seco.admin.ch/seco/fr/home/Arbeit/neues_coronavirus/kurzarbeit.html), 1<sup>er</sup> septembre 2020). Cela signifie que l'art. 33, al. 1, let. e, de la loi fédérale sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité (LACI) du 25 juin 1982 qui stipule qu'une perte de travail n'est pas prise en considération lorsqu'elle touche des personnes qui ont un emploi d'une durée déterminée – c'est-à-dire également les personnes disposant d'un contrat saisonnier classique – s'applique à nouveau depuis cette date.
- Dans le contexte de l'indemnité en cas de RHT, RMS souhaite également attirer l'attention de ses membres sur la disposition particulière s'appliquant aux contrats à durée déterminée avec possibilité de résiliation. Il est en effet précisé à la page 13 de la directive du SECO du 27 août 2020: «*En ce qui concerne les salariés engagés pour une durée limitée, il convient de noter à partir du 1<sup>er</sup> septembre 2020 que les travailleurs engagés à «titre temporaire improprement dit», c'est-à-dire avec un contrat de travail à durée déterminée avec possibilité de résiliation, conservent le droit à l'indemnité en cas de RHT (Bulletin LACI RHT D29).*» Aux points D29 et D30 du bulletin LACI RHT, il est par ailleurs expressément indiqué que: «*(...) Un rapport de travail est réputé de durée déterminée lorsqu'un accord tacite ou écrit a été conclu entre l'employeur et le travailleur pour une période déterminée ou que les circonstances spéciales laissent présumer qu'il s'agit d'un rapport de travail de durée déterminée. Si le contrat de durée déterminée peut être résilié avant la date de son expiration, la perte de travail est prise en considération. Les contrats saisonniers qui ne*

peuvent être résiliés par l'une ou l'autre des parties contractantes avant la fin de la saison sous respect du délai de congé sont considérés comme des contrats de travail de durée déterminée (DTA 1993/1994 p. 257).» Si une possibilité de résiliation est prévue en sus de la durée déterminée (durée maximale), un droit à l'indemnité en cas de RHT peut par conséquent également exister dans le cadre de contrats saisonniers lorsque les conditions s'appliquant par ailleurs sont satisfaites.

- Il demeure difficile de savoir quelles seraient les décisions prises par la Confédération si un second confinement devait être décrété. On peut certes supposer qu'en tel cas, une ordonnance d'une portée similaire serait à nouveau adoptée afin d'élargir le système de l'indemnité en cas de RHT. Un certain degré d'incertitude subsiste néanmoins, si bien qu'il doit être pris en compte lors de la formulation des contrats.
- RMS ne peut pas évaluer précisément comment un tribunal apprécierait les différentes dispositions contractuelles envisageables dans le domaine des contrats de travail à durée déterminée dans le contexte de la pandémie de coronavirus.
- RMS ne peut pas non plus aborder tous les cas de figure en rapport avec les contrats saisonniers dans le présent document. Les questions détaillées concernant un éventuel délai de maintien des salaires ou de possibles répercussions en matière d'assurances sociales ne sont donc pas traitées ici. Les entreprises de la branche des remontées mécaniques ayant adopté des positions très variables sur certains points importants et ceux-ci étant par ailleurs traités sous un angle différent, des déclarations d'ordre général ne seraient guère utiles sur ces sujets.

## Réponses aux principales questions

### 1. Des possibilités de résiliation peuvent-elles également être prévues dans les contrats de travail à durée déterminée?

**Si oui: quels délais de résiliation faudrait-il respecter pour les contrats saisonniers?**

Les contrats de travail à durée déterminée s'achèvent par principe sans résiliation au terme prévu. Dans ce cas, les dispositions légales (d'ordre matériel et temporel) relatives à la protection contre les congés et à la résiliation abusive (art. 336 ss de la loi fédérale complétant le Code civil suisse [CO] du 30 mars 1911) ne s'appliquent pas.

La fin d'un rapport de travail à durée déterminée peut néanmoins également être subordonnée à une résiliation, à savoir que le contrat peut prévoir une durée maximale durant laquelle le rapport de travail pourra être résilié sous réserve que le délai de congé correspondant ait été respecté. Sans résiliation, le rapport de travail se termine à l'échéance de la durée maximale convenue. À l'inverse, les dispositions légales relatives à la protection contre les congés s'appliquent si un contrat est résilié avant l'échéance de la période prévue (*Der Arbeitsvertrag*, Frank Vischer, 2005, p. 225 ss et *Schweizer Vertragshandbuch – Musterverträge für die Praxis*, Peter Münch, Sabina Kasper Lehne, Franz Probst [éd.], 2017, p. 700). La protection contre les congés prévoit en particulier qu'un congé ne peut être donné dans certains cas déterminés: maladie, accident, maternité. Cela signifie que, si un contrat prévoit une durée maximale et une possibilité de résiliation, un congé donné durant une incapacité de travail résultant d'une maladie serait par exemple nul. Dans le cas où un rapport de travail à durée déterminée est assorti d'une possibilité de résiliation, ce rapport de travail peut donc être résilié en tout temps, mais prend fin au plus tard au terme de la durée convenue, sans qu'il soit nécessaire de le résilier (TF 4C.62/2001 du 8 juin 2001, consid. 2., Staehelin, op. cit., N 3 rel. à l'art. 334 CO). Pour RMS, cela signifie que le rapport de travail s'achève d'une manière ou d'une autre au plus tard au terme convenu, qu'il ait ou non fait l'objet d'une résiliation, sachant qu'un congé serait nul s'il était donné durant une incapacité de travail résultant d'une maladie, etc. RMS ne peut néanmoins pas garantir qu'un tribunal statuerait de la même manière dans un cas concret.

Interprété de manière similaire, l'art. 335c CO pourrait signifier qu'un contrat de travail saisonnier, dont la durée est inférieure à un an, pourrait être résilié sous respect d'un délai de congé d'un mois. L'art. 335c, al. 1 et 2, CO stipule en effet que: «*Le contrat peut être résilié pour la fin d'un mois moyennant un délai de congé d'un mois pendant la première année de service, de deux mois de la deuxième à la neuvième année de service, de trois mois ultérieurement. Ces délais peuvent être modifiés par accord écrit, contrat-type de travail ou convention collective; des délais inférieurs à un mois ne peuvent toutefois être fixés que par convention collective et pour la première année de service.*» La fixation d'un délai de congé inférieure à un mois est donc soumise à des conditions strictes.

En tout état de cause, il n'est pas possible de fixer des délais de congé différents pour l'employeur et pour le travailleur (art. 335a CO).

Nous tenons également à souligner le problème posé par les contrats de travail dits en chaîne. La conclusion de contrats à durée déterminée successifs ne saurait avoir pour objectif de contourner l'application des dispositions relatives à la protection contre les congés (*Der Arbeitsvertrag*, Frank Vischer, 2005, p. 228 ss). Par suite, si des contrats saisonniers sont conclus de manière répétée avec une seule et même personne, l'application d'un délai de congé d'un mois seulement apparaît pour le moins contestable d'un point de vue légal.

Il est également nécessaire de prendre en compte le fait que les travailleurs sont en droit de résilier leurs contrats en respectant les mêmes délais de congé que leurs employeurs, ce qui pourrait s'avérer très inopportun pour les entreprises.

Si une résiliation immédiate du contrat de travail est toujours applicable pour de justes motifs conformément à l'art. 337, al. 1 et 2, CO, celle-ci n'est toutefois possible que dans des conditions précises et étroitement définies: «*L'employeur et le travailleur peuvent résilier immédiatement le contrat en tout temps pour de justes motifs; la partie qui résilie immédiatement le contrat doit motiver sa décision par écrit si l'autre partie le demande. Sont notamment considérées comme de justes motifs toutes les circonstances qui, selon les règles de la bonne foi, ne permettent pas d'exiger de celui qui a donné le congé la continuation des rapports de travail.*»

## **2. Quelle est la durée maximale du temps d'essai? Quel est le délai de congé devant être respecté durant le temps d'essai?**

Les contrats de travail à durée déterminée peuvent également inclure un temps d'essai, auquel cas l'art. 335b CO s'applique par analogie (*Der Arbeitsvertrag*, Frank Vischer, 2005, p. 228 et *Schweizer Vertragshandbuch – Musterverträge für die Praxis*, Peter Münch, Sabina Kasper Lehne, Franz Probst [éd.], 2017, p. 700):

«*Pendant le temps d'essai, chacune des parties peut résilier le contrat de travail à tout moment moyennant un délai de congé de sept jours; est considéré comme temps d'essai le premier mois de travail. Des dispositions différentes peuvent être prévues par accord écrit, contrat-type de travail ou convention collective; toutefois, le temps d'essai ne peut dépasser trois mois.*» (art. 335b, al. 1 et 2, CO).

## **3. Comment pourrait-on résoudre le fait que les collaborateurs disposant de contrats à durée déterminée n'ont pas droit à l'indemnité en cas de RHT?**

Selon les conclusions de RMS, les personnes disposant d'un contrat de travail à durée déterminée avec possibilité de résiliation peuvent par principe demander l'indemnité en cas de RHT sous réserve que les conditions valant par ailleurs soient remplies.

Cela signifie que le droit des travailleurs à percevoir une indemnité en cas de réduction de l'horaire cesserait grosso modo uniquement de s'appliquer durant leur dernier mois de travail (période à partir de la résiliation): «*Les travailleurs dont la durée normale du travail est réduite ou l'activité suspendue ont droit à l'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail lorsque (...) le congé n'a pas été donné (...).*» (art. 31, al. 1, let. c, LACI)

RMS déconseille de conclure des contrats de travail à durée indéterminée avec les travailleurs saisonniers (qui ne peuvent en principe pas prétendre à l'indemnité en cas de RHT) pour les résilier ensuite dans les délais impartis. La protection légale contre les congés s'applique en effet toujours aux contrats à durée indéterminée. Un tribunal pourrait par ailleurs rejeter la demande d'indemnité en cas de RHT au

motif qu'elle résulte d'un contournement de la loi dans la mesure où le contrat diffère à dessein de l'aménagement retenu les années précédentes afin d'ouvrir le droit à une indemnité en cas de RHT. Il serait alors difficile de justifier pour quelles raisons une personne ayant été engagée année après année au titre d'un contrat saisonnier bénéficierait désormais d'un contrat à durée indéterminée qui serait résilié «par hasard» en fin de saison.

#### 4. Les contrats saisonniers peuvent-ils être aménagés de façon à ce qu'ils prennent fin automatiquement si un second confinement devait être décrété, ou ne prennent pas effet si une fermeture administrative devait être ordonnée?

Il est question ici de formulations similaires à la suivante: «Le présent contrat entre uniquement en vigueur si aucune fermeture administrative ni d'ordres similaires des autorités ne s'y opposent.» Ou: «Le présent contrat débute le 1<sup>er</sup> novembre 2020 et prend fin au plus tard le 2 avril 2020. Il prend prématurément fin à la date à laquelle les autorités pourraient éventuellement décréter un second confinement.»

Les parties peuvent par principe subordonner la fin d'un contrat de travail à la survenance d'un événement futur précis. Pour ce faire, il est obligatoire que les deux parties puissent déterminer à quel moment la relation contractuelle prend fin (*Der Arbeitsvertrag*, Frank Vischer, 2005, p. 226). Etant donné qu'un confinement serait décrété par les autorités fédérales, les deux parties devraient être en mesure de satisfaire à ce critère de la détermination.

Il est par exemple stipulé dans le modèle «Règlement du personnel RMS 2020 Version LDT» mis à disposition par RMS que les parties peuvent subordonner les dates de début et de fin d'un rapport de travail défini par un contrat individuel à l'existence de conditions données (p. ex. début de l'enneigement technique, chutes de neige ou ouverture des pistes). Quelques entreprises recourent à cette pratique et RMS n'a connaissance à ce jour d'aucun cas où une telle disposition aurait été contestée avec succès. En ce qui concerne les formulations similaires à celles mentionnées plus haut, il convient cependant de préciser qu'il n'existe pas de précédents en la matière – encore moins dans le contexte d'une situation extraordinaire ou particulière. Il faudrait, en fin de compte, qu'un tribunal décide dans un cas concret si de telles dispositions sont légales au regard de la situation particulière que constitue la pandémie de Covid-19.

## Conclusion

Comme le fait apparaître le résumé établi par RMS, le sujet étudié est complexe. Selon les objectifs poursuivis par les entreprises de remontées mécaniques, différentes options s'offrent à elles. Presque toutes les dispositions envisageables présentent néanmoins certains risques financiers, juridiques, ou susceptibles d'entacher la réputation d'une entreprise.

Une option envisageable consisterait à combiner durée déterminée et clause résolutoire (c'est-à-dire à prévoir la résiliation automatique d'un contrat à durée déterminée en cas de survenance d'une certaine condition). Un délai de congé d'un mois pourrait en outre être prévu. Pour autant que les conditions subsidiaires soient remplies, il en résulterait en principe un droit à l'indemnité en cas de RHT, à moins que les autorités n'estiment que cette démarche ne constitue un contournement de la loi. De telles dispositions pourraient par exemple être formulées comme suit:

*«Le présent contrat débute le [date] et s'arrête à la fin de la saison, néanmoins au plus tard le 2 avril 2021. Si les autorités décrètent un second confinement, le présent contrat de travail prendra prématurément fin à la date d'entrée en vigueur de celui-ci.»*

*Le contrat peut par ailleurs être résilié pour la fin d'un mois par les deux parties moyennant un délai de congé d'un mois.»*

Chaque entreprise de remontées mécaniques doit vérifier au cas par cas, et en fonction de sa situation concrète, si cette clause répond à ses objectifs.

Le service juridique de RMS estime qu'il ne serait pas opportun de prolonger au maximum le temps d'essai défini dans tous les contrats en sus de l'adjonction du passage susmentionné. En ce qui concerne les travailleurs saisonniers employés de manière répétée depuis plusieurs années notamment, il serait fort possible qu'un tribunal juge abusive une résiliation prononcée durant le temps d'essai.

RMS ne peut garantir que les options présentées plus haut résistent devant un tribunal. En raison de la situation particulière induite par la pandémie de Covid-19, personne n'est actuellement en mesure de prévoir quelle jurisprudence prévaudrait.

RMS invite les entreprises de remontées mécaniques à discuter de l'introduction de telles clauses, ou de dispositions similaires, avec leurs collaborateurs et à leur en exposer le but et les motivations (en particulier en ce qui concerne l'indemnité en cas de RHT). Une telle approche devrait favoriser l'acceptation de nouvelles solutions. RMS estime que cette démarche est particulièrement recommandée en ce qui concerne les collaborateurs qui travaillent année après année durant la saison et s'avèrent indispensables à l'entreprise du fait des fonctions qu'ils exercent.

Il convient enfin de noter qu'une procédure amiable fondée sur un accord de résiliation peut en principe aussi être engagée pour mettre un terme à un contrat à durée déterminée et que celle-ci pourrait constituer dans certaines circonstances – et à condition que les conséquences en découlant, notamment en matière de droit des assurances, soient dûment clarifiées – une autre possibilité à envisager.

La Direction de Remontées Mécaniques Suisses, le 1<sup>er</sup> octobre 2020