

DROIT DU TRAVAIL

FÉVRIER 2022
NEWSLETTER 02

JURISPRUDENCES COMMENTÉES – EXEMPLES PRATIQUES – ACTUALITÉS & PERSPECTIVES



Chère lectrice, cher lecteur,

La formation du personnel est un aspect important des rapports de travail. Les efforts consentis par l'employeur, financièrement, mais aussi en temps et en salaire, doivent pouvoir être compensés dans certaines circonstances.

L'employeur doit aussi former ses employés à la protection des données. Une décision européenne récente apporte un éclairage bienvenu sur le contenu de cette obligation.

Nous revenons aussi dans ces pages sur le licenciement immédiat, sur l'incapacité de travail limitée à la place de travail et sur la portée des décomptes tenus par les employés en cas de litige sur le paiement d'heures supplémentaires.

Bonne lecture!

Philippe Ehrenstöm, avocat, LLM, CAS

CONTENUS DE CETTE ÉDITION:

■ Admissibilité des clauses exclusives	1
■ Licéité d'un licenciement avec effet immédiat et nullité d'un accord de résiliation	3
■ La formation des employés à la protection des données	5
■ Les accords de formation continue du point de vue du droit du travail	7
■ Incapacité de travail limitée à la place de travail	9
■ Actualité jurisprudentielle: Brèves	11

Admissibilité des clauses exclusives d'heures et de temps de travail supplémentaires

Lors de la signature d'un contrat de travail, on trouve souvent des clauses stipulant que «Les heures et le temps de travail supplémentaires font partie intégrante du salaire». Les collaborateurs se posent à juste titre la question de savoir ce qu'il faut entendre exactement par là et si un tel procédé est admissible.

■ Par Florian Angstmann

Pour répondre à la question de savoir dans quelles conditions les heures et le temps de travail supplémentaires peuvent être exclus, il convient d'expliquer brièvement la différence entre ces deux formes de travail au-delà de la

durée de travail convenue contractuellement. En principe, toute prestation du collaborateur dépassant le temps de travail convenue dans un contrat individuel de travail, une convention collective de travail (CCT) ou un contrat-type

de travail (CTT) doit être qualifiée d'heures supplémentaires (art. 321c al. 1 CO).

Ce n'est que lorsque la durée maximale de travail hebdomadaire prescrite par la loi sur le travail, à savoir 45 heures pour les collaborateurs des entreprises industrielles ainsi que pour le personnel de bureau, les techniciens et autres employés, y compris le personnel de vente des grandes entreprises du commerce de détail, et 50 heures pour tous les autres employés, est atteinte, que l'on peut parler de «temps de travail supplémentaire» (cf. art. 9, al. 1, LTr).

Rémunération des heures supplémentaires

Si rien d'autre n'a été convenu par contrat, les heures supplémentaires doivent être compen-



La formation des employés à la protection des données

A teneur de l'art. 7 al. 1 de la loi fédérale du 19 juin 1992 sur la protection des données (LPD; RS 235.1), les données personnelles doivent être protégées contre tout traitement non autorisé par des mesures organisationnelles et techniques appropriées. Il est ainsi généralement admis que le maître du fichier doit, parmi les mesures organisationnelles qui lui incombent, former ses employés de manière régulière et professionnelle.¹

Tant la doctrine que la jurisprudence ne se sont pourtant guère penchées sur les modalités de cette obligation, et singulièrement sur son «calendrier» et sur son contenu. Il peut être utile dès lors d'exposer ce que sera, sous l'angle du nouveau droit de la protection des données, l'obligation de formation incombant au responsable de traitement, ainsi que de revenir sur une décision européenne récente qui donne des précisions intéressantes sur les moments où elle devrait être prodiguée.

■ Par Me Philippe Ehrenström, avocat, LL.M., CAS, Genève et Onnens (VD)

La nouvelle loi sur la protection des données

L'art. 8 al. 1 de la nouvelle loi fédérale du 25 septembre 2020 sur la protection des données, adoptée le 25 septembre 2020, et qui devrait rentrer en vigueur début 2023 (nLPD; FF 2020 7397), prévoit que les responsables du traitement et les sous-traitants doivent assurer, par des **mesures organisationnelles et techniques appropriées**, une **sécurité adéquate des données personnelles par rapport au risque encouru**. Selon l'al. 2, ces mesures doivent permettre d'éviter toute violation de la sécurité des données, i.e. selon l'art. 5 let. h nLPD toute violation de la sécurité intentionnelle ou non entraînant de manière accidentelle ou illicite la perte des données personnelles, leur modification, leur effacement ou leur destruction, leur divulgation ou un accès non autorisé à ces données. Enfin, l'al. 3 charge le Conseil fédéral de préciser les exigences minimales en matière de sécurité des données au niveau de l'ordonnance.

L'art. 8 al. 3 nLPD oblige donc le Conseil fédéral à définir des exigences minimales en matière de sécurité des données personnelles. Le projet de nouvelle ordonnance sur la protection des données (P-OLPD), rédigé sur cette base et soumis au processus de consul-

tation jusqu'au 14 octobre 2021, est largement inspirée du droit actuel, tout en tenant aussi compte du RGPD, dans la mesure où la comptabilité entre ces deux ensembles de normes revêt une importance centrale pour le Conseil fédéral.²

La nLPD et le P-OLPD ne posent toutefois pas d'exigences minimales strictes en matière de sécurité des données qui s'appliqueraient uniformément à tous: une réglementation de cette sorte ne serait en effet guère pratique. Tout comme l'art. 8 al. 1 nLPD, qui évoque une **sécurité adéquate des données personnelles par rapport au risque encouru**, le P-OLPD suit lui aussi une approche fondée sur le risque. Il appartient en effet au responsable de traitement de déterminer les mesures à prendre en fonction du risque encouru concrètement. En toute logique, les exigences de sécurité seraient ainsi plus élevées pour un hôpital qui traite régulièrement des données sensibles que pour une boulangerie ou une boucherie qui traite les données de ses clients ou de ses fournisseurs.³

Diverses mesures peuvent donc être prises pour assurer la sécurité des données, dont la **formation des personnes chargées de la mise en œuvre des mesures**. Le Conseil fédéral considère que cette mesure est **im-**

portante car la mise en œuvre et l'efficacité de la sécurité des données dépend des personnes qui appliquent les mesures définies. Un manque de formation et une absence d'informations pourraient par exemple entraîner une violation de la sécurité des données si un collaborateur ouvrait un courriel contenant un logiciel malveillant.⁴

C'est le lieu de relever que la violation des obligations de sécurité aura, pour le responsable de traitement, certaines conséquences. L'art. 61 let. c nLPD prévoit en effet que les personnes qui, intentionnellement, ne respectent pas les exigences minimales en matière de sécurité des données s'exposent à une amende pouvant aller jusqu'à CHF 250 000.– En cas de violation de sécurité commise par négligence, le Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence (PFPDT) pourra ordonner des mesures administratives assorties de la menace d'une amende en cas d'insoumission pouvant aller jusqu'au même montant (art. 51 al. 1 et 3 let. b; 63 nLPD).

La décision de l'ICO du 18 octobre 2021

Dans ce contexte, il est intéressant de consulter une décision de l'Information Commissioner's Office (ICO) du 18 octobre 2021 qui fournit quelques indications sur le contenu des formations qui devraient être prodiguées et sur le moment où elles devraient l'être.⁵

La décision de l'ICO sanctionnait HIV Scotland en raison de l'envoi d'un mail à plusieurs personnes sans que les adresses emails des destinataires aient été masquées.

Une adresse email concernant une personne identifiée ou indétectable est une donnée personnelle au sens de l'art. 4 ch. 1 du Règlement UE 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/46/CE, dit règlement général sur la protection des données (RGPD). Dans la mesure où, par ailleurs, le contenu de l'email mettait à jour la participation des destinataires à un groupe de soutien de personnes séropositives, des données sensibles pouvaient en être déduites, notamment concernant la santé (art. 4 ch. 15



Les accords de formation continue du point de vue du droit du travail

Les demandes de remboursement des coûts de formation continue et de perfectionnement donnent régulièrement lieu à des litiges judiciaires. C'est souvent le cas lorsque les clauses d'obligations de remboursement ne sont pas clairement rédigées ou que certains points importants n'ont pas été réglés. Nous vous indiquons ici ce à quoi il convient de prêter attention.

■ Par Sara Ledergerber et André Lerch, avocats, Zürich

Généralités

Les obligations de remboursement des accords de formation continue sont un moyen prisé de fidéliser les collaborateurs. Bien qu'elles limitent unilatéralement la liberté de résiliation, leur admissibilité est reconnue par les tribunaux.

Pour les contrats de travail privés, il n'existe pas de réglementation légale explicite concernant le remboursement des coûts de formation continue, à l'exception de quelques dispositions dans certaines conventions collectives de travail. La loi sur la formation continue, entrée en vigueur il y a quelques années, ne traite pas non plus de cette question. Dans les rapports de service publics (c'est-à-dire les rapports de travail entretenus avec la Confédération, un canton, une commune ou avec des institutions de droit public), quelques règles sont parfois prévues dans les dispositions applicables au personnel, par exemple dans le cadre de l'Ordonnance sur le personnel de la Confédération (OPers). L'art. 4, al. 5 OPers dit par exemple que l'employeur peut exiger des employés le remboursement des frais de formation continue si ceux-ci interrompent la formation ou mettent fin à leur contrat de travail dans les deux ans suivant la fin de la formation en question. En l'absence de base légale, il convient de se référer aux règles établies par la jurisprudence dans le cadre des contrats de travail privés. Celles-ci sont expliquées ci-dessous.

Admissibilité des obligations de remboursement

Il convient tout d'abord de distinguer la notion de coûts de formation continue de celle de frais imposés par l'exécution du travail au sens de l'art. 327a al. 1 CO. Ces derniers sont obligatoirement à la charge de l'employeur et ne

peuvent pas être assortis d'une obligation de remboursement. Les dépenses nécessaires sont notamment les coûts de formation liés à l'initiation des collaborateurs, par exemple à la formation sur une machine de production spéciale. En règle générale, ces formations sont relativement courtes et ne donnent pas lieu à la délivrance de diplômes généralement reconnus permettant aux collaborateurs de faire valoir un atout ou un avantage particulier sur le marché du travail.



Il peut être difficile de faire la distinction entre les frais d'initiation obligatoirement à la charge de l'employeur et les formations continues dont les coûts peuvent être remboursés dans certaines circonstances. La question de savoir si le temps consacré à la formation continue est considéré par la loi comme du temps de travail est également utile en vue de cette évaluation. Selon l'art. 13, al. 4, de l'Ordonnance 1 relative à la loi sur le travail (OLT 1), le temps consacré à une formation continue est considéré comme temps de travail si cette dernière a lieu sur ordre exprès de l'employeur ou si elle doit avoir lieu de par la loi en raison de l'activité professionnelle spécifiquement exercée. Si le temps de forma-

tion continue constitue, selon ces critères, du temps de travail, nous estimons qu'un accord de remboursement n'est pas admissible. En revanche, le remboursement est autorisé en cas de prise en compte volontaire de la formation continue dans le temps de travail.

Conclusion de l'accord avant le commencement de la formation continue

Selon la jurisprudence de divers tribunaux cantonaux, tout accord de remboursement doit impérativement être conclu avant le début de la formation. L'accord doit indiquer le montant à rembourser ainsi que la période exacte pendant laquelle l'obligation de remboursement doit s'appliquer. Selon un jugement rendu par la Cour suprême de Zurich, un accord conclu cinq mois après le début de la formation n'était, dans le cas jugé, pas admissible. Le tribunal a refusé à l'employeur de réclamer le remboursement de CHF 25 000.– de frais de cours malgré le licenciement de l'employée quelques mois après la fin de la formation. La décision a été motivée par le fait que les employés sont, dans de tels cas de figure, en position de faiblesse pour négocier et qu'ils se laissent plus facilement imposer certaines conditions si le remboursement n'est convenu qu'après le début de la formation. Pour des raisons de protection de la personnalité, les obligations de remboursement doivent donc toujours être convenues avant le début de la formation envisagée. Même si cette pratique judiciaire a été partiellement rejetée par la doctrine, les employeurs feraient bien de régler les accords de formation continue avant l'inscription au cours concerné.

Champ d'application de l'obligation de remboursement

Outre les coûts de la formation continue à proprement parler, le salaire versé pour la période de formation continue peut également faire l'objet d'une obligation de remboursement dans les conditions mentionnées. Pour ce faire, il convient toutefois d'édicter une disposition claire dans la convention de formation continue, et les tribunaux sont sévères en la matière: le Tribunal administratif fédéral a refusé à un employeur de réclamer le remboursement des coûts salariaux, bien que ceux-ci aient été énumérés dans la convention de formation continue sous le titre de