

ressources humaines SUISSE

Actualité pratique et stratégie des ressources humaines



DÉCEMBRE 2025 / JANVIER 2026

NEWSLETTER 10



Diversité et responsabilité sociale

Pour en finir avec les symboles et passer à la culture du réel

Diversité générationnelle au travail

Pourquoi l'expérience des seniors devient un atout stratégique oublié p. 5

Protection des travailleurs âgés

Le devoir d'assistance accru de l'employeur face au risque de licenciement abusif p. 7

Faillite de l'employeur et créances salariales

Vos droits et les mesures de protection du salaire en cas de faillite de l'employeur p. 9

Convaincre avec humour et courage

Comment les RH peuvent se faire entendre sans perdre leur authenticité p. 11



ÉDITORIAL



Chère Lectrice, cher Lecteur,

La réalité du monde du travail nous rappelle sans cesse la complexité des enjeux humains et organisationnels. Derrière les slogans sur la diversité et l'inclusion, le «pinkwashing» met en lumière une question essentielle: comment passer de l'affichage à la conviction? C'est dans cette recherche d'authenticité que les RH trouvent leur véritable rôle.

Faire entendre cette voix demande parfois courage et créativité. L'humour, l'audace et une dose d'ironie peuvent devenir des outils puissants pour ouvrir le dialogue avec les directions et réintroduire de l'humanité dans la décision.

Sur un autre plan, la sécurité économique reste une préoccupation majeure: la protection des créances salariales en cas de faillite rappelle l'importance d'un cadre solide garantissant les droits fondamentaux des collaborateurs.

La diversité générationnelle, quant à elle, interroge nos pratiques de recrutement et de valorisation. Les seniors ne sont pas un passé à gérer, mais une ressource stratégique à reconnaître. Les protéger, c'est aussi prévenir les licenciements abusifs liés à l'âge et repenser la responsabilité de l'employeur face à l'expérience.

À travers ces réflexions, une idée s'impose: la responsabilité sociale ne se décrète pas, elle se vit. Entre courage, équité et respect, les entreprises ont l'occasion de prouver que performance et humanité peuvent avancer ensemble.

Nous vous souhaitons une lecture enrichissante et inspirante.

Birgitt Bernhard, rédactrice

«Pinkwashing» et quotas

Pour en finir avec la diversité de façade

Des paillettes, des campagnes de relations publiques clinquantes, des logos bigarrés en juin ... et derrière tout cela, un vide béant. Le «pinkwashing» et les arcs-en-ciel de façade ne sont pas une stratégie en soi et suscitent actuellement la méfiance. Seuls ceux qui vivent réellement la diversité peuvent marquer des points.

Par Natalie Gyöngyösi

La diversité se vend comme un spectacle: des quotas en toile de fond, des logos aux couleurs de l'arc-en-ciel, une décoration lisse et uniforme. La mise en scène est trompeuse, c'est toujours la même rengaine.

Interrompons un tantinet la représentation et osons briser le système. La diversité n'est ni un poisson d'avril RH ni un trompe-l'œil. La question est la suivante: quand allons-nous enfin faire une mise à niveau culturelle et briser les structures obsolètes?

«Facetune» pour le patriarcat

Les quotas ne fonctionnent pas comme un filtre Instagram: ils embellissent l'image, lisent les contours, peignent le progrès sur une réalité poussiéreuse. La diversité ne se résume pas à «Facetune». Nous ne pouvons pas prétendre que des décennies de structures biaisées peuvent être «filtrées» d'un simple clic. On gonfle un indicateur de performance clé (KPI) en matière de diversité, on embellit un diagramme circulaire dans le rapport «Balanced Scorecard», et voilà qu'on vend le vernis comme une «culture inclusive». Bienvenue dans l'ère de la politique des filtres: l'extérieur brille de mille feux, mais dès que l'on regarde derrière la façade, la peinture s'écaille et laisse apparaître le béton des années 80, imprégné d'amiante et friable, qui s'effrite déjà dans la cage d'escalier.

Ceux qui connaissent les ressources humaines de l'intérieur le savent: le jeu est transparent. Une entreprise crée un «Comité de la diversité» composé des cinq mêmes messieurs qui, depuis vingt ans, boycottent tous les comités d'innovation comme s'il s'agissait d'une table d'habi-

tués. Les offres d'emploi copiées-collées continuent de cracher leurs «collaborateurs affirmés et capables de travailler en équipe», mais cette fois-ci agrémentées d'astérisques indiquant le genre. Et le film sur l'image de marque de l'employeur? Avec un casting brillant, blanchiment des dents compris, mais sans aucune substance. Dans le centre d'évaluation, le recrutement se fait comme en 1987: uniforme, sage, copié-collé.

Le biotope particulier suisse

Depuis 2021, le quota de 30% de femmes dans les conseils d'administration est en vigueur. Acclamations, félicitations, coche ESG. Dans le même temps, les pères ne bénéficient que de deux maigres semaines de congé parental après la naissance. En d'autres termes, nous célébrons les sièges au conseil d'administration, alors que la table à langer reste encore aujourd'hui un domaine réservé aux femmes dans notre pays. Progrès en avant, stagnation dans la vie quotidienne.

La Norvège en est le parfait exemple: le quota de 40% instauré en 2003 a certes permis à de nombreuses femmes d'entrer dans les conseils d'administration, mais il s'agit surtout des mêmes femmes. Les fameuses «Golden Skirts» se sont relayées à tous les postes, tandis que le pipeline se tarissait dans les échelons intermédiaires. Les statistiques sont impressionnantes, mais la culture reste à la traîne. D'après mon expérience, ce ne sont souvent pas les femmes indépendantes et dérangeantes qui s'imposent dans de tels systèmes, mais celles qui ont le mieux appris à jouer le vieux jeu masculin – le même langage, les



Mixité des âges en entreprise

Le potentiel sous-estimé des seniors

Dans la course aux talents, l'attention se porte généralement sur les jeunes générations. Aujourd'hui, on reconnaît de plus en plus que les candidats de plus de 50 ans méritent eux aussi davantage d'opportunités. Mais dans quelle mesure les entreprises sont-elles réellement disposées à procéder de la sorte? L'appréciation des talents plus âgés est-elle plus qu'un simple engagement de façade, et quel rôle les RH devraient-elles jouer dans ce contexte?

Par Tobias Heisig et Alexander Wittwer

«Nous sommes en moyenne trop âgés dans notre entreprise», entend-on souvent dire par la direction. «Pas assez agiles», «trop routiniers» ou «trop peu numériques» sont encore des clichés fréquemment entendus lorsqu'il s'agit des «collaborateurs plus âgés». A l'inverse, de nombreuses entreprises font preuve d'une grande ouverture d'esprit: c'est ainsi qu'une entreprise de commerce de gros a réussi à débaucher un cadre commercial de 57 ans travaillant chez un concurrent. Le calcul derrière cette décision: la candidate apporte non seulement son expérience, mais aussi ses clients. Le risque: surestimer les facteurs de réussite dans l'ancienne entreprise et sous-estimer les spécificités de la nouvelle.

Tout le monde est un peu tendu. Les commerciaux, pour la plupart jeunes, se demandent ce que leur nouveau chef va leur demander. Le chef lui-même sent qu'il n'est pas évident de fournir d'emblée des performances de haut niveau dans cette nouvelle entreprise. Tôt ou tard, des tensions vont apparaître au

sein de l'équipe commerciale, ce qui est d'ailleurs nécessaire. Il faut en effet redéfinir les règles du jeu. La première erreur serait de ne pas anticiper ces tensions. La seconde serait de raisonner en termes de «tout ou rien»: les règles de l'équipe existante s'appliquent-elles? Dans ce cas, il y a un risque de stagnation ou de perpétuation du statu quo. Sont-ce alors les règles de la nouvelle responsable qui s'appliquent? Ces dernières pourraient être perçues comme «artificielles» et rejetées par l'équipe. Nous voyons donc que tout schéma prémâché se révèle insuffisant lorsqu'il s'agit de traiter avec les personnes âgées (comme avec celles plus jeunes).

Risques

Cela relève du truisme, mais clamons-le quand même haut et fort: si les entreprises négligent de prendre suffisamment en considération leurs collaborateurs plus âgés, celles-ci courront le risque de perdre un savoir-faire et une main-d'œuvre précieux. Cela vaut particulièrement pour les secteurs frappés de pénurie de main-

d'œuvre qualifiée, comme le secteur de la santé ou celui de l'ingénierie. Les collaborateurs seniors contribuent non seulement à la stabilité d'une entreprise mais peuvent également servir de mentors aux plus jeunes. Les jeunes collaborateurs, pour leur part, nécessitent davantage de formation et de qualification. Leur attachement à l'entreprise est moindre, ce qui augmente d'autant le risque qu'ils la quittent. Un savant mélange des générations est donc susceptible d'atténuer la pénurie de main-d'œuvre qualifiée, de favoriser la capacité d'innovation de l'entreprise – grâce à l'interaction de différentes sensibilités et visions du monde – et est indispensable lorsqu'il s'agit d'assurer un bon équilibre entre stabilité et changement. Il est cependant souvent difficile de déterminer quelle tranche d'âge est la plus réceptive au changement.

Nulle entreprise ne peut donc se permettre de négliger un groupe d'âge. S'il est sans aucun doute important d'attirer de jeunes talents dans l'entreprise, il ne faut pas sous-estimer la valeur des «anciens».

RH

La «gestion» est l'un des rôles importants des RH, notamment dans la gestion de la mixité générationnelle. Cela concerne aussi bien la définition des groupes cibles dans le recrutement que l'intégration et l'accompagnement des collaborateurs. Tous les concepts RH devraient également être ajustés en tenant compte de cet aspect de la diversité des âges. Pourquoi faut-il le souligner? Parce que l'attention se porte souvent de manière trop intuitive sur les jeunes. Parce que les jeunes sont une denrée rare. Et parce que les jeunes sont souvent impliqués dans des projets innovants qui retiennent beau-



Illustration 1: Cette célèbre image changeante montre deux sujets. Nous ne pouvons pas voir les deux en même temps. Discerner l'un nous occulte l'autre (dessin de William Ely Hill, magazine Puck, 1915).



DROIT DU TRAVAIL

DÉCEMBRE 2025/JANVIER 2026
NEWSLETTER 01

JURISPRUDENCES COMMENTÉES – EXEMPLES PRATIQUES – ACTUALITÉS & PERSPECTIVES



Marc Ph. Prinz



Basile Walder

Chère lectrice, cher lecteur,

Le thème de notre premier article, «Clauses de solde de tout compte dans les accords de résiliation», met en lumière la pertinence pratique de ces dispositions, indique les points à prendre en considération lors de leur formulation et propose des exemples dans ce cadre.

Notre deuxième article analyse les obligations de l'employeur après la fin du contrat de travail en relation avec le chômage et donne des conseils sur la manière de remplir ces obligations correctement.

En espérant que ces thèmes susciteront votre intérêt, nous vous souhaitons, chère lectrice, cher lecteur, une bonne lecture.

Marc Ph. Prinz, LL.M.

Basile Walder

CONTENUS DE CETTE ÉDITION:

■ Actualité:	Clauses de solde de tout compte	1
■ FAQ:	Clauses de solde de tout compte	4
■ Actualité:	Chômage et fin des rapports de travail	5
■ Jurisprudence:	Discrimination et maternité	8
■ Article spécialisé:	Droit d'accès et abus de droit	10

Clauses de solde de tout compte dans les accords de résiliation

Pièges courants et recommandations pour les employeurs

Les accords de résiliation permettent de mettre fin à une relation de travail d'un commun accord. Ils offrent aux deux parties une sécurité juridique accrue et évitent de nombreux litiges. La clause de solde de tout compte, élément central de ces accords, garantit que tous les droits issus du contrat de travail ont été réglés. Lorsqu'elle est rédigée dans les règles de l'art, aucune des parties ne peut plus faire valoir de créance envers l'autre.

■ Par Andrea Halbeisen

En l'absence de clause pour solde de tout compte (ci-après «CSTC»), les employés peuvent faire valoir d'autres créances non

régées dans l'accord de résiliation. C'est la raison pour laquelle presque tous les accords de résiliation contiennent aujourd'hui une

telle clause. Il convient toutefois de respecter certaines règles lors de la formulation et de l'utilisation des CSTC afin d'éviter d'éventuels litiges quant à leur portée et à leurs effets.

Considérations centrales dans la formulation ou l'utilisation d'une CSTC

La CSTC étant une disposition centrale de tout accord de résiliation, celle-ci se doit d'être rédigée avec précision. Avant de l'inclure dans l'accord de résiliation, il convient notamment de prendre en compte les questions suivantes:

1. Quels sont les rapports juridiques concernés par la CSTC?

En règle générale, dans le cadre d'un accord de résiliation, il est possible de choisir des CSTC de portée globale qui se réfèrent à «toutes les prétentions entre les parties



décollant du rapport de travail et de sa résiliation». Une clause peut également aller au-delà en se référant à «toutes les prétentions décollant de tous les rapports juridiques» ou, à l'inverse, ne se référer qu'à certains points litigieux en cas d'accords partiels.

Le Tribunal fédéral a statué dans plusieurs arrêts qu'une CSTC ne peut couvrir que les créances dont le travailleur a connaissance ou dont il estime l'existence possible (cf. par exemple TF 4C.72/2003 du 23 juin 2003 consid. 4; TF 4A_13/2018 et 4A_17/2018 du 23 octobre 2018).

Afin de réduire le risque que le collaborateur puisse faire valoir ultérieurement devant les tribunaux que la CSTC ne couvre pas certaines prétentions ou la renonciation à celles-ci, il est souvent recommandé d'énumérer à titre d'exemple les éventuelles prétentions auxquelles le collaborateur renonce (par exemple «Le collaborateur renonce, à quelque titre que ce soit, à toutes les prétentions qui ne sont pas expressément réglées dans le présent accord de résiliation, notamment, mais pas exclusivement, aux prétentions relatives au salaire, aux indemnités, aux bonus, aux vacances, aux paiements pour heures supplémentaires ou travail supplémentaire, aux indemnités de frais ou aux indemnités de départ, etc. »).

2. A l'égard de qui la CSTC doit-elle produire ses effets (portée subjective de la clause)?

Dans ce contexte, la question se pose notamment de savoir si l'effet «pour solde de tout compte» doit s'appliquer uniquement à l'employeur ou s'il doit également être étendu à des tiers. Selon la situation, il peut être judicieux de mentionner, outre l'employeur, les sociétés du groupe, les organes ou les supérieurs hiérarchiques, etc. (par exemple: «Après l'exécution du présent accord, le travailleur n'a plus aucun droit ni aucune prétention à l'égard de l'employeur, d'une société du groupe et/ou des membres du conseil d'administration, des cadres ou des collaborateurs de l'employeur ou d'une société du groupe»).

3. Faut-il prévoir certaines réserves?

Si le solde de tout compte doit être exclu d'une prétention spécifique, il est recommandé d'ajouter une réserve correspondante dans



la clause en question. Dans la pratique, les réserves fréquemment observées concernent l'interdiction de concurrence post-contractuelle, les versements de commissions dont le montant n'est pas encore connu au moment de la conclusion de l'accord de résiliation ou les prétentions issues de plans d'intéressement.

A ce jour, la question de savoir si toutes les obligations post-contractuelles du collaborateur, telles que l'obligation de confidentialité post-contractuelle ou les obligations post-contractuelles liées aux droits de propriété intellectuelle, sont supprimées si elles ne sont pas mentionnées dans l'accord de résiliation et qu'une CSTC sans réserve a été convenue demeure en suspens. Il est donc recommandé de mentionner expressément, dans l'accord de résiliation, toutes les obligations contractuelles et légales des collaborateurs qui doivent rester en vigueur après la conclu-

sion dudit accord, ou d'inclure une réserve dans la CSTC.

Lorsqu'une clause de non-concurrence post-contractuelle convenue dans le contrat de travail n'est pas mentionnée dans un accord de résiliation et qu'aucune réserve n'est formulée à ce sujet dans la CSTC, le collaborateur concerné n'est plus lié par cette clause.

La question de savoir si le fait de ne pas mentionner le droit à un certificat de travail dans un contrat de résiliation comportant une CSTC signifie que le collaborateur renonce à un certificat de travail est controversée et doit être interprétée au cas par cas. En cas de doute, il faut partir du principe qu'une CSTC ne permet pas de déduire une renonciation à se voir délivrer un certificat de travail, ce dernier ne faisant pas partie des prestations faisant l'objet d'un échange.



Clause de solde de tout compte: FAQ

Si les clauses pour solde de tout compte (ci-après «CSTC») visent à garantir la sécurité juridique, elles peuvent également impliquer quelques pièges à éviter. Cette FAQ répondra aux questions les plus fréquemment posées et vous indiquera les points auxquels les employeurs doivent prêter attention.

■ Par Andrea Halbeisen



Question: Qu'est-ce qu'une CSTC?

Réponse: Une CSTC est une disposition contractuelle par laquelle les parties à un accord déclarent généralement qu'elles ne feront plus valoir leurs droits l'une envers l'autre. Dans le cadre d'un accord de résiliation, elle vise généralement à garantir que les parties n'ont plus, après l'exécution de l'accord de résiliation, de droits découlant de ou liés à la relation de travail et à sa cessation.

Question: Un accord de résiliation doit-il nécessairement comporter une CSTC?

Réponse: Non, d'un point de vue juridique, un accord de résiliation ne nécessite pas obligatoirement de CSTC. Toutefois, si celle-ci fait défaut, les employés peuvent faire valoir d'autres créances non réglées dans l'accord de résiliation. En règle générale, la conclusion d'un accord de résiliation dépourvu de CSTC ne devrait donc pas être dans l'intérêt de l'employeur.

Question: A qui la CSTC est-elle applicable?

Réponse: Cela dépend de sa formulation. La CSTC peut s'appliquer uniquement à l'employeur ou à l'employé, voire être étendue à des tiers, tels que des sociétés du groupe, des membres du conseil d'administration ou des supérieurs hiérarchiques.

Question: Pourquoi peut-il être judicieux d'énumérer expressément les droits auxquels les collaborateurs renoncent en vertu d'une CSTC?

Réponse: Selon la jurisprudence, les CSTC ne couvrent que les créances dont les collaborateurs ont connaissance ou qu'ils jugent au moins possibles. Il peut être judicieux d'énumérer les créances auxquelles les collaborateurs renoncent afin qu'ils ne puissent pas faire valoir a posteriori qu'ils ignoraient l'existence de telles créances et que la CSTC ne couvre pas, de ce fait, leur renonciation.

Question: Une CSTC dans laquelle seuls les employés concernés (et non l'employeur) renoncent à d'autres créances est-elle valable?

Réponse: Oui, il est admissible que (seul) le collaborateur renonce à faire valoir d'autres préférences dans un accord de résiliation, pour autant que l'accord ait caractère de véritable compromis.

Question: Les CSTC peuvent-elles également porter sur des créances inconnues ou futures?

Réponse: De nombreuses CSTC stipulent expressément qu'elles s'appliquent également aux créances inconnues ou futures. Toutefois, des CSTC aussi larges peuvent présenter des inconvénients dans certaines circonstances. D'un côté, la jurisprudence part du principe qu'une CSTC ne peut couvrir que les créances dont les employés avaient connaissance ou dont ils estimaient au moins l'existence possible, de l'autre, une clause rédigée de la sorte peut également lier l'employeur (par exemple si un dommage causé par l'employé est découvert ultérieurement et que l'employeur souhaite faire valoir des droits à dommages-intérêts).

Question: Faut-il reconduire la CSTC/la renonciation du collaborateur 30 jours après la fin du contrat de travail?

Réponse: C'est un mécanisme parfois prévu dans le cadre de certains accords de résiliation. Attention: la doctrine dominante part du principe qu'une renonciation non admissible ne peut être «rectifiée» dans ce cadre. Au contraire, cela pourrait être interprété comme un indice laissant supposer que l'employeur connaissait la faiblesse de la clause initiale.

AUTEURE

Andrea Halbeisen est avocate FSA spécialisée en droit du travail et associée de l'étude Gremper & Partner AG à Bâle. Elle représente de nombreux clients dans tous les domaines du droit du travail et du droit du personnel du secteur public.



SALAIRE & ASSURANCES SOCIALES

CAS SPÉCIAUX – EXEMPLES DE CALCUL – JURISPRUDENCE

DÉCEMBRE 2025-JANVIER 2026
NEWSLETTER 01



Chères lectrices, chers lecteurs,

Les contrats de travail transfrontaliers présentent des risques élevés en matière de maintien du salaire. Leur application correcte demeure essentielle pour garantir la sécurité juridique.

Lors de l'évaluation des candidats, les employeurs disposent d'une certaine liberté, mais doivent veiller à respecter les principes de protection et d'égalité.

On parle souvent de santé physique ou mentale au travail, mais plus rarement de santé financière: accompagner les collaborateurs dans la gestion de leurs finances personnelles renforce leur bien-être et leur stabilité.

Enfin, la gestion du temps de travail reste un pilier central de l'organisation moderne. Une planification claire et maîtrisée favorise à la fois la performance et l'équilibre au sein de l'entreprise.

Thierry Rossier, spécialiste en assurances sociales, directeur de Delegis

CONTENUS DE CETTE ÉDITION:

■ Thème du mois: Maintien du salaire	1
■ Thème d'actualité: Les questions d'un entretien d'embauche	5
■ Thème d'actualité: Santé financière	7
■ Best practice: Temps de travail	10

Sécurité juridique pour les frontaliers en matière de maintien du salaire: art. 324a CO et règles de compétence du Règlement (CE) 883/2004

Les relations de travail transfrontalières soulèvent des questions complexes en matière de maintien des salaires. Cet article vous montrera comment l'art. 324a CO et le Règlement (CE) 883/2004 interagissent, où se situent les risques les plus importants et comment les employeurs peuvent éviter lacunes de couverture et litiges en mettant en place des processus clairs.

■ Par Nadine Caflisch

Bases

Le maintien du salaire en cas d'incapacité de travail est considéré comme un élément central du droit du travail suisse. Il garantit aux employés une sécurité financière en cas de maladie, d'accident ou pour d'autres raisons

personnelles. Dans un monde du travail de plus en plus interconnecté, il n'est pas rare que les employés travaillant en Suisse résident à l'étranger, que ce soit en tant que frontaliers classiques ou dans le cadre de réglementations relatives au télétravail à domicile. Dans

de telles situations, les employeurs suisses sont confrontés à la question suivante: qui verse l'indemnité journalière en cas de maladie ou d'accident, et pour quelle durée?

Une méconnaissance des règles applicables en matière d'assujettissement à la sécurité sociale peut rapidement entraîner diverses lacunes de couverture, des coûts supplémentaires imprévus et d'inextricables litiges.

Maintien du salaire selon l'art. 324a du Code suisse des obligations

Selon ce même article, si le travailleur est empêché de travailler sans faute de sa part pour des causes inhérentes à sa personne, telles que maladie, accident, accomplissement d'une obligation légale ou d'une fonction publique, l'employeur lui verse le salaire pour un temps limité, y compris une indemnité équitable pour le salaire en nature perdu, dans la mesure où les rapports de travail ont



duré plus de trois mois ou ont été conclus pour plus de trois mois.

- Première année de service: au moins trois semaines de maintien du salaire
- A partir de la deuxième année de service: pour «un temps limité» en fonction de la jurisprudence cantonale (p.ex. échelle bâloise, bernoise ou zurichoise)

Les employeurs peuvent couvrir tout ou partie de leur obligation de maintien du salaire en cas de maladie en souscrivant une assurance d'indemnités journalières en cas de maladie (IJM). Conditions habituelles:

- **Montant de l'indemnité journalière:** 80% du salaire assuré
- **Durée de l'assurance:** jusqu'à 720 jours
- **Délai d'attente:** de 30 à 90 jours
- **Règle pratique:** pour que l'assurance soit équivalente à l'obligation prévue par le CO, l'employeur doit prendre en charge au moins 50% de la prime et convenir d'un délai d'attente maximal de 30 jours.

Contrairement à la maladie, l'accident est couvert par une assurance obligatoire selon la LAA. La perte de salaire pendant une incapacité de travail suite à un accident est ainsi couverte par des indemnités journalières. Conformément à l'art. 16 al. 2 LAA, un délai d'attente de deux jours s'applique dans le cadre de l'assurance-accidents.

Pendant ces deux jours de carence, l'employeur doit continuer à verser au moins 80% du salaire. Pour le jour de l'accident lui-même, le droit au salaire intégral de 100% est maintenu, car ce jour est considéré comme un jour de travail normal.

Droit européen en matière de coordination et assujettissement à la sécurité sociale

Le Règlement (CE) 883/2004 (coordination des systèmes de sécurité sociale) et le Règlement (CE) 987/2009 s'appliquent également en Suisse par le biais de l'accord sur la libre circulation des personnes (ALCP). En voici les principes fondamentaux:

- **Principe de soumission à la législation du lieu de travail (art. 11 al. 3a):** lorsque l'activité est exercée dans un seul Etat membre, la compétence revient en principe à l'Etat dans lequel le travail est effectivement effectué.



• Principe de l'exclusivité (art. 11 al. 1): en cas d'activité dans deux ou plusieurs Etats membres, un seul Etat est compétent en matière d'obligation d'assurance.

• **Activité lucrative exercée dans plusieurs Etats (art. 13 al. 1):** lorsqu'une personne exerce une activité lucrative dans deux Etats ou plus, les règles suivantes s'appliquent: l'Etat de résidence, si une activité substantielle (règle des 25%) y est exercée ou s'il existe plusieurs employeurs dans différents Etats. L'Etat de l'employeur, si aucune activité substantielle n'est exercée au lieu de résidence.¹

• **Détachement (art. 12):** en cas d'activité temporaire dans un autre Etat pour le compte et au nom de l'employeur actuel, l'assujettissement actuel continue de s'appliquer.

• **Dérogation (art. 16 al. 1):** divers accords communs peuvent prévoir différentes dérogations aux règles de détermination de la législation applicable prévues aux art. 11 à 15, pour autant que cela soit dans l'intérêt de certaines personnes ou de certains groupes de personnes.

Il convient de noter que le droit européen en matière de coordination ne s'applique qu'aux ressortissants suisses et européens (ainsi qu'aux réfugiés et aux apatrides). Depuis le 1^{er} janvier 2016, le règlement 883/2004 s'applique également entre les Etats membres de l'AELE et la Suisse. Pour les ressortissants de pays tiers, il est possible de se référer aux «anciens» accords bilatéraux entre la Suisse et certains Etats membres de l'UE ou de l'AELE, qui sont toujours en vigueur. Les détachements sont toutefois également possibles pour les ressortissants de pays tiers en vertu des «anciens» accords bilatéraux conclus avec les Etats européens.

Télétravail vs travail à domicile (Home-Office)

En matière de télétravail, l'accord multilatéral (Multilateral Framework Agreement, MFA) s'applique depuis le 1^{er} juillet 2023 aux personnes résidant dans les Etats signataires de l'UE et de l'AELE. Il autorise le télétravail jusqu'à concurrence de 49,9% du revenu professionnel total sans que l'assujettissement fiscal ne bascule vers l'Etat de résidence. Le MFA relève de la dérogation prévue à l'art. 16 al. 1 et est toujours délivré au moyen d'une procédure d'autorisation avec un formulaire A1 auprès de la caisse de compensation compétente de l'employeur.

Dans le contexte du MFA, le télétravail est défini de manière beaucoup plus restrictive que le travail à domicile. Le télétravail suppose en effet l'utilisation des technologies de l'information et une connexion à l'environnement de travail de l'employeur. La rédaction de rapports en dehors de cette infrastructure informatique, par exemple, ne relève pas du télétravail. La procédure administrative pour l'établissement d'un formulaire A1 est complexe, mais elle garantit en même temps qu'il n'y a aucune incertitude quant à la poursuite de l'assujettissement à l'employeur en Suisse.

Dans le langage courant, le terme «Home-Office» («travail à domicile») est toutefois utilisé dans un sens beaucoup plus large et désigne le fait de travailler chez soi, indépendamment de la fréquence ou d'une connexion au système informatique de l'employeur. Cela signifie que tant que le travail à domicile ne représente pas plus de 25% de l'activité exercée dans le pays de résidence, par rapport au revenu professionnel total, la situation ne pose pas de problème et l'assujettissement ne bascule pas vers le pays de résidence.



Trop de Google nuit à l'embauche

Ce que les employeurs doivent prendre en compte dans le processus de candidature

Au cours du processus de candidature, les employeurs se renseignent souvent sur les candidats en effectuant des recherches sur Internet et en posant des questions ciblées lors de l'entretien d'embauche. Il existe toutefois certaines limites que les employeurs ne doivent pas dépasser dans le cadre de leurs investigations.

■ Par Thomas Wachter

Introduction

Chaque embauche est généralement précédée d'une procédure de candidature. Dès cette étape, certaines exigences légales doivent être respectées: différentes restrictions découlant de la protection des données lors des recherches préalables sur Internet, par exemple, ou les interdictions résultant du droit à la protection de la vie privée concernant les questions posées au candidat lors de l'entretien.

Relation précontractuelle

Dès la phase de candidature, il existe une relation dite précontractuelle entre l'employeur potentiel et le candidat. Certaines dispositions légales doivent donc être respectées. Il s'agit notamment du principe de la bonne foi, des dispositions du droit du travail limitant le droit de poser des questions et de certaines dispositions du droit de la protection des données, telles que celles relatives aux principes de la proportionnalité et de la finalité.

Recherches concernant le candidat

Il convient tout d'abord de clarifier quelles recherches l'employeur est autorisé à effectuer de manière indépendante. En effet, dès le début de la phase de candidature, celui-ci est soumis à des obligations particulières en matière de traitement des données personnelles. Les données personnelles comprennent toutes les informations et données relatives au candidat qui, même au stade des négociations, ne peuvent être traitées que si elles sont pertinentes pour l'aptitude à occuper le poste concerné. Les recherches sur diverses informations et aspects de la personnalité du candidat ou en relation avec cette dernière qui ne sont pas déterminants pour le poste à pourvoir sont prohibées. Un employeur n'a pas le droit d'effectuer des recherches approfondies (sur Internet) sur le candidat au motif que, de

son point de vue subjectif, «tout» est déterminant concernant les aptitudes requises pour le poste à pourvoir. Même s'il s'agit de données publiques, rien ne garantit que toutes ces données aient été publiées avec le consentement du candidat. La consultation du profil du candidat sur les réseaux professionnels (p. ex. LinkedIn, XING) est toutefois considérée comme admissible. En effet, dans le cas des profils professionnels, on part du principe assez logique que le candidat a implicitement donné son consentement en créant son propre profil.

La prise de références est interdite si le candidat s'y oppose ou s'il n'a pas donné son accord pour qu'elle soit demandée. Il est interdit de prendre des références à l'insu du candidat. En revanche, si le candidat a consenti à la chose, notamment en mentionnant la personne de référence dans sa candidature, les prises de références sont bien entendu autorisées. Il est utile de retenir que le candidat ne donne pas son consentement lorsqu'il se contente uniquement de mentionner ses anciens employeurs dans son CV, de les citer lors de l'entretien ou de joindre leurs certificats de travail à son dossier de candidature.

Lorsque le candidat à un poste donne son accord à une prise de références, les informations fournies doivent impérativement se limiter à l'aptitude à occuper le poste à pourvoir ainsi qu'à l'exécution du contrat de travail.

Droit de poser des questions lors d'un entretien d'embauche

En principe, l'employeur est libre de poser au candidat autant de questions que nécessaire dans le cadre de la procédure de candidature afin de déterminer son aptitude à occuper le poste vacant. Le droit de poser des questions est toutefois soumis à certaines restrictions

légales. Celles-ci sont notamment définies à l'art. 328b CO et à l'art. 4 LPD. Seules sont donc autorisées les questions qui ont un rapport avec l'évaluation de l'aptitude et pour lesquelles l'employeur a un intérêt légitime. En outre, les questions doivent être proportionnées et appropriées. Cela signifie notamment que la densité des questions doit être adaptée au poste à pourvoir.

La licéité d'une question doit être examinée au cas par cas. Il n'existe pas de règle générale. Néanmoins, la doctrine et la jurisprudence du Tribunal fédéral ont dressé une liste de questions admissibles et non admissibles (voir Tableau 1 à la page suivante).

Il est également interdit à l'employeur de poser au candidat, lors de l'entretien, des questions sur des circonstances relevant du secret commercial de l'employeur actuel du candidat. Cela comprend, par exemple, les questions sur les relations avec les clients, le volume des actifs gérés jusqu'à présent ou les procédés de production tenus secrets. Si de telles questions sont non seulement interdites par le droit civil, celles-ci peuvent également avoir des implications pénales.

Dans certaines circonstances, des questions en principe interdites peuvent néanmoins être posées. C'est le cas lorsque la question revêt une grande importance pour l'entreprise. Ainsi, une entreprise œuvrant à des fins religieuses peut en principe poser des questions d'ordre religieux. Les entreprises «de tendance» sont en effet des entreprises qui ne sont pas principalement axées sur le profit et qui exercent par exemple une activité politique, confessionnelle, syndicale, scientifique, artistique, caritative ou similaire. Toutefois, même dans le cas des entreprises de tendance, il convient de faire preuve d'une grande retenue s'agissant de questions qui seraient autrement non admissibles.

La question de la grossesse peut également être posée lorsque l'activité professionnelle présente un risque particulier pour les femmes enceintes et que des mesures de protection spéciales doivent être prises. Lorsque le contrat de travail est conclu entre l'employeur et le candidat, l'employeur est en droit, selon la jurisprudence, de s'informer de