



16.442

Initiative parlementaire
Les employés de start-up détenant des participations dans
l'entreprise doivent être libérés de l'obligation de saisir leur
temps de travail

Avant-projet et rapport explicatif de la Commission de l'économie et
des redevances du Conseil national

du 24 octobre 2022

Condensé

Cet avant-projet vise à améliorer les conditions-cadres offertes aux nouvelles entreprises, dénommées « start-up », en exemptant, sous certaines conditions, leurs collaborateurs de l'assujettissement à la loi sur le travail.

Contexte

Plusieurs initiatives parlementaires exigeant un assouplissement des prescriptions de la loi sur le travail, en particulier sur les questions de durée du travail, ont été déposées en 2016. L'initiative 16.442 du conseiller national Marcel Dobler, « Les employés de start-up détenant des participations dans l'entreprise doivent être libérés de l'obligation de saisir leur temps de travail », est l'une d'entre elles. Elle vise à donner aux collaborateurs des start-up la possibilité de convenir d'un horaire de travail fondé sur la confiance.

Contenu de l'avant-projet

La Commission de l'économie et des redevances du Conseil national est d'avis que les nouvelles entreprises ont besoin de plus de flexibilité que ne le permet aujourd'hui la loi sur le travail, dont les dispositions restreindraient trop fortement leurs possibilités. Elle propose dès lors de convertir l'objectif de l'initiative parlementaire en une disposition prévoyant que les collaborateurs d'une nouvelle entreprise sont exclus du champ d'application de la loi sur le travail pendant les cinq années suivant la fondation de l'entreprise. La disposition pose comme condition que ces collaborateurs détiennent une participation dans l'entreprise. La commission propose néanmoins de continuer à assujettir les collaborateurs exclus du champ d'application de la loi aux dispositions de cette dernière réglant la protection de la santé. Une minorité souhaiterait restreindre la catégorie des collaborateurs exclus du champ d'application en imposant d'autres conditions, une autre minorité s'oppose au maintien de l'assujettissement de cette catégorie aux dispositions relatives à la protection de la santé, et une autre minorité encore rejette entièrement la modification projetée.

Rapport

1 Genèse de l'avant-projet

Le conseiller national Marcel Dobler a déposé l'initiative parlementaire *16.442 Les employés de start-up détenant des participations dans l'entreprise doivent être libérés de l'obligation de saisir leur temps de travail* le 9 juin 2016. Il réclamait de modifier la loi sur le travail (LTr)¹ de manière à permettre aux travailleurs employés par des start-up bénéficiant d'une forme d'intéressement dans l'entreprise (plans d'options d'achat d'actions ou *Employee Stock Option Plans*) de convenir d'un horaire de travail fondé sur la confiance et de renoncer ce faisant à la saisie de leur temps de travail. La Commission de l'économie et des redevances du Conseil national (CER-N) a donné suite à cette initiative, par 18 voix contre 6, le 20 février 2017. Son homologue du Conseil des États (CER-E) a cependant refusé à l'unanimité d'approuver la décision de la CER-N le 23 janvier 2018. Elle était alors occupée par deux autres initiatives parlementaires portant sur la loi sur le travail (*16.414 Introduire un régime de flexibilité partielle dans la loi sur le travail et maintenir des modèles de temps de travail éprouvés* et *16.423 Libérer le personnel dirigeant et les spécialistes de l'obligation de saisie du temps de travail*) et voulait, pour des raisons d'efficacité, éviter que son homologue du Conseil national ne travaille aussi en parallèle sur une révision de la même loi. Elle espérait en outre qu'il serait possible d'intégrer la demande de la présente initiative parlementaire à l'un des projets de mise en œuvre des deux initiatives mentionnées précédemment. Le 7 mai 2019, le Conseil national a toutefois donné suite à cette initiative par 130 voix contre 52, sur proposition de sa commission. Dans l'intervalle, le Conseil des États a, en acceptant la proposition de la CER-E, classé l'initiative *16.423 Libérer le personnel dirigeant et les spécialistes de l'obligation de saisie du temps de travail*, dont le contenu est le plus proche de celui de la présente initiative, et, simultanément, les travaux de mise en œuvre de l'initiative parlementaire 16.414 se sont retrouvés dans une impasse. La CER-E a alors finalement décidé, le 21 août 2020, de donner suite à la présente initiative par 7 voix contre 5. Elle a toutefois parallèlement prié la CER-N d'attendre que le projet de mise en œuvre de l'initiative 16.414 soit prêt avant de rédiger un avant-projet afin de pouvoir, le cas échéant, mettre en œuvre les deux demandes dans un seul et même projet. La CER-E n'ayant toutefois toujours pas transmis le projet correspondant au Conseil des États, la CER-N a approuvé, le 5 mai 2022, par 10 voix contre 7 et 8 abstentions, un texte entièrement rédigé permettant de mettre en œuvre l'initiative parlementaire 16.442. Elle a débattu de l'avant-projet élaboré sur cette base et l'a adopté par 17 voix contre 8, au vote sur l'ensemble, lors de sa séance du 24 octobre 2022.

Plusieurs propositions de minorité ont été déposées. Une première minorité rejette l'avant-projet dans son ensemble et propose de ne pas entrer en matière ; sa proposition a été rejetée par 17 voix contre 8. Une deuxième minorité propose une variante dans laquelle elle définit différemment l'exemption de l'assujettissement à la loi sur le travail ; sa proposition a été rejetée par 12 voix contre 7 et 6 abstentions. Enfin, une troisième minorité s'oppose au maintien de l'assujettissement de la catégorie des

¹ RS 822.11

collaborateurs exclus du champ d'application de la loi aux dispositions de cette dernière réglant la protection de la santé ; sa proposition a été rejetée par 14 voix contre 11.

2 Contexte

2.1 Nécessité de légiférer et objectifs

La commission table sur le fait que quelque 10 000 nouvelles entreprises, qu'on appelle des « jeunes pousses » (start-up), sont fondées chaque année. Ces entreprises créent des emplois et fournissent une contribution précieuse au développement de la Suisse par leurs idées nouvelles et leur capacité d'innovation. La loi ne prend jusqu'à présent pas en compte la réalité et les besoins spécifiques des jeunes pousses, qui fonctionnent de manière différente des entreprises établies de longue date : les nouvelles entreprises ne connaissent souvent pas d'horaires déterminés et ont besoin, particulièrement lors de la phase de démarrage, d'un grand engagement de la part des personnes impliquées, car il s'agit de prendre pied dans le marché. C'est pourquoi la commission entend créer, pour les collaborateurs de telles nouvelles entreprises, une exception qui tienne compte de leurs besoins spécifiques.

2.1.1 Proposition de la majorité

L'entrée en vigueur de l'art. 73a de l'ordonnance 1 relative à la loi sur le travail (OLT 1)² le 1^{er} janvier 2016 a créé la possibilité de renoncer, sous certaines conditions, à la saisie de la durée du travail. La majorité de la commission est cependant d'avis que ces conditions sont trop restrictives pour de nouvelles entreprises et requièrent beaucoup trop de démarches administratives de leur part. Par ailleurs, la règle établie dans l'OLT 1 n'est pas adaptée à toutes les branches, car les travailleurs exerçant une fonction dirigeante ne peuvent pas partout déterminer eux-mêmes plus de la moitié de leurs horaires de travail, quand bien même ils disposent de pouvoirs importants et bénéficient d'une grande autonomie. La majorité de la commission considère en outre que toutes les branches ne disposent pas de conventions collectives de travail et que le seuil salarial de 120 000 francs est trop élevé. Les collaborateurs de jeunes pousses font souvent volontairement des concessions en ce qui concerne le salaire et reçoivent en contrepartie des participations dans l'entreprise. Leurs prestations et leur engagement se convertissent en une augmentation de la valeur de l'entreprise, élément sans lequel une jeune entreprise ne pourrait purement et simplement pas démarrer, faute de capital. Par ailleurs, les nouvelles entreprises occupent souvent des personnes pour lesquelles le travail, les loisirs et la vie sociale ne sont pas strictement séparés.

Dans ce contexte, la majorité est convaincue que les prescriptions administratives doivent être assouplies pour les collaborateurs de nouvelles entreprises, dans lesquelles la responsabilité individuelle et l'esprit d'entreprise sont au premier plan. Elle rappelle que les prescriptions de la loi sur le travail sont apparues à une époque

² RS 822.111

où le travail s'inscrivait essentiellement dans le cadre de l'industrie ; dans le contexte des jeunes pousses, elles sont inappropriées. C'est pourquoi il convient, selon elle, d'adapter les conditions de travail au changement de situation pour cette catégorie de collaborateurs, qui doit bénéficier de plus de liberté. Une telle démarche réduira simultanément les contraintes administratives pour les nouvelles entreprises, ce qui accroîtra l'attrait du site économique suisse.

L'avant-projet prévoit de n'exclure du champ d'application de la loi sur le travail que les travailleurs de nouvelles entreprises qui sont rémunérés d'une manière bien particulière, c'est-à-dire ceux qui reçoivent des participations financières dans l'entreprise. Il est certes concevable qu'au moins certains travailleurs de cette catégorie ne soient d'ores et déjà pas assujettis à la LTr puisque l'art. 3, let. d, LTr, qui exclut les personnes exerçant une fonction dirigeante élevée du champ d'application, peut s'appliquer. Il n'en reste pas moins que ce non-assujettissement ne s'applique aux collaborateurs d'une nouvelle entreprise que si trois ou quatre personnes, par exemple, assument la même part de responsabilité décisionnelle dans l'entreprise. En d'autres termes : le critère est le pouvoir décisionnel pour l'ensemble de l'entreprise. Si les domaines de compétence et les possibilités d'influer sur le sort de l'entreprise sont très différents, la disposition mentionnée ne peut pas fonder une exclusion du champ d'application.

Le droit en vigueur ne contient pas de définition de la notion de « start-up ». Il serait certes possible de s'inspirer de pays qui ont établi une législation spécifique en la matière, mais la commission pense en premier lieu aux cinq premières années d'exploitation d'une entreprise. C'est pourquoi elle a substitué la formule « entreprises dont la fondation remonte à moins de cinq ans » au terme de « start-up » retenu dans l'initiative parlementaire. Si une telle entreprise octroie une participation financière à ses collaborateurs, cela favorise leur sentiment de responsabilité à son égard et leur esprit entrepreneurial. Les collaborateurs deviennent des co-entrepreneurs qui sont prêts à s'investir davantage, précisément parce qu'ils disposent d'une participation dans l'entreprise.

La majorité de la commission a à cœur que les dispositions sur la protection de la santé continuent à s'appliquer aux catégories de personnes qui seront exclues du champ d'application de la loi en vertu de l'art. 3. Le devoir d'assistance de l'employeur demeure ainsi, indépendamment du fait que ses collaborateurs sont ou non assujettis à la loi sur le travail. Il ne s'agit pas de remettre en cause ce principe.

2.1.2 Propositions des minorités

La minorité conduite par la conseillère nationale Samira Marti rejette catégoriquement le projet et propose de ne pas entrer en matière. Elle estime qu'il ne serait pas judicieux de modifier la loi contre la volonté des partenaires sociaux et renvoie à la solution trouvée au niveau de l'ordonnance que les partenaires sociaux ont soumise à l'approbation du Conseil fédéral dans le cadre des travaux liés à l'initiative parlementaire 16.414. La minorité pense que cette proposition pourrait servir d'exemple pour la mise en œuvre de l'objectif de la présente initiative. Elle refuse le principe d'exclure les collaborateurs disposant d'une participation financière dans de nou-

velles entreprises du champ d'application de la loi sur le travail. Elle considère que les collaborateurs disposant d'une participation financière dans une nouvelle entreprise, sous quelque forme que ce soit, à même d'influer sur les décisions de l'entreprise et co-responsables de celles-là ne sont de toute manière pas soumis aux dispositions de la loi sur le travail relatives à la durée du travail et du repos, car ils entrent dans la catégorie des personnes exerçant une fonction dirigeante élevée et sont libérés de l'obligation de saisir leur temps de travail. Abroger l'application de la loi sur le travail pour les employés de start-up qui n'exercent pas une fonction dirigeante leur donnant une grande influence constitue, de l'avis de la minorité, une sévère offensive contre la législation sur la protection des travailleurs. Pour les employés qui n'ont pas de compétences décisionnelles, détenir des participations dans l'entreprise pourrait donc entraîner un affaiblissement des garanties salariales. La minorité souligne en outre que la loi sur le travail prévoit justement une compensation rapide après des phases de travail intense parce que la médecine du travail a établi que le corps humain a besoin de périodes régulières de repos. Quatre semaines de vacances en fin d'année ne rempliraient pas cette exigence. Le Code des obligations (CO)³ précise déjà explicitement à l'art. 328 que l'employeur « manifeste les égards voulus pour [la] santé » du travailleur et prend les mesures nécessaires « pour protéger la vie, la santé et l'intégrité personnelle du travailleur ». La loi sur le travail réaffirme expressément ce devoir d'assistance de l'employeur, mais le présent avant-projet l'abrogerait.

La minorité conduite par le conseiller national Thomas Aeschi est certes d'accord avec le principe général du projet proposé par la majorité. Elle souhaite néanmoins revoir la catégorie des travailleurs non assujettis à la loi sur le travail en proposant d'autres critères : l'exception doit se limiter à certains collaborateurs des entreprises de services durant les cinq années qui suivent la fondation de l'entreprise, et le critère de la détention d'une participation dans l'entreprise est abandonné. La minorité restreint ainsi le groupe cible en formulant plusieurs conditions au non-assujettissement à la loi sur le travail : les travailleurs doivent avoir une fonction de supérieur hiérarchique ou être des spécialistes ; ils doivent soit gagner un revenu annuel brut de 120 000 francs, soit disposer d'un diplôme de formation tertiaire ; ils doivent jouir d'une grande autonomie dans leur travail et leurs horaires de travail, travailler pour une entreprise de services et avoir donné par écrit leur accord à la non-applicabilité de la loi sur le travail. En formulant ces restrictions, la minorité s'appuie sur le libellé de la dernière proposition de la CER-E en vue de mettre en œuvre l'initiative parlementaire 16.414 (*Introduire un régime de flexibilité partielle dans la loi sur le travail et maintenir des modèles de temps de travail éprouvés*) et n'ajoute comme condition supplémentaire que le paramètre de durée (« au cours des cinq exercices comptables suivant la fondation ») ; elle ne précise pas les branches, mais vise toutes les nouvelles entreprises de services.

Enfin, la minorité emmenée par le conseiller national Olivier Feller ne souhaite pas maintenir l'assujettissement de la catégorie des employés exclus du champ d'application de la loi aux dispositions de cette dernière réglant la protection de la santé.

3 RS 220

3 **Présentation de l'avant-projet**

La loi sur le travail s'applique en principe à toutes les entreprises publiques et privées (art. 1, al. 1, LTr). L'art. 2 énumère les types d'entreprises qui sont exclus du champ d'application (exceptions quant aux entreprises) et l'art. 3 dresse la liste des travailleurs auxquels la loi ne s'applique pas (exceptions quant aux personnes). La présente révision prévoit d'ajouter à l'art. 3 une nouvelle catégorie de personnes à exclure du champ d'application quant aux personnes. Le but de cette exclusion est d'abroger en particulier l'application des dispositions relatives à la durée du travail et du repos pour certains travailleurs afin de permettre plus de flexibilité dans l'emploi de cette main-d'œuvre.

Le terme « start-up » employé dans l'initiative parlementaire n'est pas une notion juridique précise, c'est-à-dire qu'il n'en existe pas de définition légale⁴. Une définition reposant sur des éléments qu'il ne serait possible d'établir qu'a posteriori (*ex post*) ne serait toutefois d'aucune aide : ainsi, avec le critère de croissance moyenne du nombre de collaborateurs ou du chiffre d'affaires de plus de 20 % sur trois ans pour les dénommées « gazelles », il ne serait pas possible de déterminer dès le départ si les conditions sont remplies. C'est pourquoi ce terme est remplacé par la périphrase « entreprises dont la fondation remonte à moins de cinq ans » dans le présent avant-projet.

L'initiative mentionne comme autre condition la participation des collaborateurs dans l'entreprise au moyen d'un plan d'options d'achat d'actions (*Employee Stock Option Plan*). Cette notion a été transcrite dans l'avant-projet sous la forme d'un modèle de participation des collaborateurs selon lequel les travailleurs concernés sont intéressés directement au résultat de l'entreprise. L'objectif est que des collaborateurs qui sont intéressés financièrement dans l'entreprise disposent de la même liberté que les indépendants dans l'organisation de leurs horaires de travail durant la phase de démarrage de l'entreprise, et ainsi de traiter de manière identique des situations comparables.

4 **Commentaire des dispositions**

4.1 **Loi fédérale sur le travail dans l'industrie, l'artisanat et le commerce**

Art. 3 **Exceptions quant aux personnes**

La loi ne s'applique pas aux travailleurs occupés par des entreprises dont la fondation remonte à moins de cinq ans à condition qu'ils disposent d'une forme d'intéressement au résultat au moyen de participations dans l'entreprise.

⁴ « Jeunes entreprises à forte croissance en Suisse », rapport du Conseil fédéral du 29 mars 2017 donnant suite au postulat 13.4237 Derder du 12 décembre 2013, p. 14 : « Une définition ou une catégorisation précise n'est nécessaire que si une base légale l'exige. Une telle définition est alors déterminée par le but légal visé. Sinon, le Conseil fédéral ne voit pas la nécessité d'une définition juridique. »

Une telle disposition ne peut pas être mise en œuvre ni appliquée par les autorités de contrôle que sont les inspections du travail en l'absence de critères objectifs. L'élément déterminant pour la date de fondation de l'entreprise est l'inscription au registre du commerce ; les cinq ans courent à partir de cette inscription. Une fois ce délai écoulé, l'exclusion du champ d'application disparaît automatiquement. Seules les véritables fondations d'entreprise sont prises en compte. Une cessation d'activité suivie immédiatement de la fondation d'une entreprise identique en vue d'optimiser les conditions-cadres n'entrerait pas en considération.

Parmi les travailleurs employés par de nouvelles entreprises, l'exception ne vise que ceux qui sont effectivement intéressés au résultat de l'entreprise au moyen d'un modèle de participation des collaborateurs. Il ne suffit pas que l'entreprise se contente de prévoir de tels modèles. Pour que la loi ne s'applique pas aux travailleurs concernés, ceux-ci doivent avoir effectivement reçu des participations financières dans l'entreprise en contrepartie du travail fourni. Le type de participation n'est frappé d'aucune restriction. Il existe un grand nombre de modèles de participation au résultat de l'entreprise possibles (*Employee Stock Option Plans*). Il s'agit soit de modèles de participation proprement dite, dans lesquels les collaborateurs ont la possibilité d'acquérir des actions ou des participations dans l'entreprise, soit de modèles de participation improprement dite, dans lesquels il s'agit par exemple de la remise d'actions fictives, dont le paiement véritable est prévu à une date ultérieure et que le droit fiscal ne considère par exemple que comme expectatives. Les travailleurs concernés doivent donc détenir de tels papiers-valeur.

Pour que les autorités d'exécution puissent déterminer rapidement à qui la loi sur le travail s'applique et à qui elle ne s'applique pas, il est prévu d'intégrer à l'art. 73 de l'ordonnance 1 relative à la loi sur le travail une disposition selon laquelle il peut être exigé des nouvelles entreprises qu'elles publient la liste des noms des collaborateurs bénéficiant de modèles de participation au résultat de l'entreprise.

Art. 3a Dispositions sur la protection de la santé

Malgré l'exclusion du champ d'application de la loi sur le travail, il existe des entreprises et des catégories de travailleurs concernés par l'exemption auxquelles les dispositions sur la protection de la santé s'appliquent. Il s'agit des art. 6 (obligations générales, y compris ordonnance 3 relative à la loi sur le travail), 35 (protection de la santé durant la maternité, y compris ordonnance sur la protection de la maternité) et 36a (autres catégories de travailleurs).

Les travailleurs concernés par la présente modification de l'art. 3 continueront à bénéficier de cette protection générale de la santé.

5 Conséquences

5.1 Conséquences pour la Confédération

Le présent avant-projet n'a pas de conséquence pour la Confédération.

5.2 Conséquences pour les cantons et les communes ainsi que pour les centres urbains, les agglomérations et les régions de montagne

L'exécution de la loi sur le travail incombe aux cantons (art. 41 LTr). La mise en œuvre de la nouvelle disposition s'effectue dans le cadre de l'exécution ordinaire, et aucune subvention ni aucun personnel supplémentaire n'est prévu.

5.3 Conséquences économiques

La présente révision vise à donner aux nouvelles entreprises plus de flexibilité dans l'emploi de leurs collaborateurs pendant leurs cinq premières années d'existence. L'objectif est de créer de meilleures conditions de départ pour ce qu'on appelle des « start-up ». Ceci pourrait certes entraîner une distorsion de la concurrence par rapport aux entreprises existant de plus longue date dans la même branche, car les start-up versent en général, par ailleurs, des salaires plus bas. Il est néanmoins clair que l'exigence d'une participation financière dans l'entreprise implique que les nouvelles entreprises ne sont pas toutes concernées. La limitation de ce traitement spécial à une durée de cinq ans impose en outre aux entreprises une planification à long terme afin que l'assujettissement (complet) consécutif à la loi sur le travail ne se transforme pas en un obstacle insurmontable, voire ne remette pas purement et simplement en question la poursuite de l'activité.

En Suisse, 42 606 entreprises ont été créées *ex nihilo* en 2019 (communiqué de presse de l'OFS du 14 mars 2022 sur la statistique de la démographie des entreprises, UDEMO⁵). Il n'en reste pas moins que 83 % d'entre elles occupaient une seule personne. Du point de vue de la loi sur le travail, il s'agit souvent de travailleurs exerçant une fonction dirigeante élevée, qui, en raison de la grande marge de manœuvre dont ils disposent, sont aujourd'hui déjà présumés exclus du champ d'application de la loi sur le travail par l'art. 3. Seules 1,7 % des entreprises ont occupé cinq salariés pendant leur première année d'existence. Il n'existe pas de chiffres officiels sur la part de nouvelles entreprises qui remettent des participations à leurs collaborateurs pendant les cinq premières années à compter de leur fondation. Si l'on se base sur les branches économiques les plus concernées, que l'on prend en compte les entreprises comptant plus d'un employé et l'estimation qu'une entreprise sur cinq remet des participations à ses collaborateurs, on aboutit à une proportion de nouvelles entreprises potentiellement touchées variant entre 1 et 3 %.

5.4 Conséquences sociales

Il n'y a pas lieu de prévoir des conséquences pour la société.

⁵ Démographie des entreprises de 2013 à 2019, Office fédéral de la statistique : Fehler! Linkreferenz ungültig.

5.5 Conséquences environnementales

La modification proposée ne devrait avoir aucune conséquence sur l'environnement.

5.6 Autres conséquences

Aucune.

6 Aspects juridiques

6.1 Constitutionnalité

Le projet se fonde sur l'art. 110 de la Constitution fédérale du 18 avril 1999⁶, qui octroie à la Confédération la compétence d'édicter des prescriptions sur la protection des travailleurs.

6.2 Compatibilité avec les obligations internationales de la Suisse

Le projet ne contrevient à aucune des obligations internationales souscrites par la Suisse. Cette révision ne remet pas en question les conventions de l'OIT ratifiées par la Suisse.

6.3 Forme de l'acte à adopter

Les exclusions du champ d'application de la loi sur le travail doivent être définies à l'échelon de la loi, comme cela est prévu dans le cas présent.

6.4 Frein aux dépenses

La révision ne prévoit pas de dépenses supplémentaires pour la Confédération.

6.5 Conformité aux principes de subsidiarité et d'équivalence fiscale

La révision ne prévoit pas de nouvelles compétences pour la Confédération.

⁶ RS 101

6.6 Conformité à la loi sur les subventions

La révision ne prévoit pas de dépenses supplémentaires pour la Confédération.

6.7 Délégation de compétences législatives

Le projet ne prévoit pas de délégation de compétences législatives.

6.8 Protection des données

L'art. 46 de la loi sur le travail (LTr) oblige l'employeur à tenir à la disposition des autorités d'exécution et de surveillance les registres ou autres pièces contenant les informations nécessaires à l'exécution de cette loi. Les personnes que cette loi charge de tâches sont soumises à un strict secret de fonction en vertu de l'art. 44 LTr (obligation de garder le secret).

C'est pourquoi les autorités cantonales devraient être habilitées, sur la base de la nouvelle disposition, à exiger des nouvelles entreprises qu'elles leur transmettent les noms des collaborateurs qui bénéficient de modèles de participation. Cela requiert une modification de l'art. 73 (Registres et autres pièces) de l'ordonnance 1 relative à la loi sur le travail.

