

Travail sur appel : Une réglementation ad hoc est-elle nécessaire ?

Rappel de la jurisprudence du Tribunal Fédéral

Le contrat de travail sur appel se caractérise par le fait que le travailleur s'engage, pour une durée déterminée ou indéterminée, à exercer l'activité convenue chaque fois que l'employeur requiert ses services. Il ne fait en soi l'objet d'aucune définition légale, mais ses détracteurs se basent sur la définition générale du contrat de travail pour le critiquer. Ils estiment ainsi qu'il serait nul dans la mesure où le temps de travail à effectuer ne serait pas déterminé ou, à tout le moins, déterminable. S'agissant du non-respect d'un élément essentiel du contrat de travail, il violerait la loi et, partant, serait illicite.

Cet avis n'est pas partagé par le Tribunal Fédéral (ci-après TF), lequel s'est, dans un arrêt de principe du 6 mai 1998, prononcé en faveur d'une certaine flexibilité du temps de travail. Il a notamment considéré qu'il ne pouvait être déduit de l'application de la loi que le travail sur appel était a priori proscrit. Le TF n'a, en revanche, pas exclu qu'il puisse l'être en application d'une convention collective de travail. Ainsi, à Genève par exemple, la convention collective cadre du commerce de détail l'interdit formellement.

Il ne faut toutefois pas perdre de vue que, pour qu'il puisse être valablement reconnu, le travail sur appel doit, de l'avis du TF, respecter impérativement certaines conditions.

Salaire

L'employeur ne peut faire fluctuer de manière brutale le volume de travail qu'il fournit au travailleur (par exemple, lui confier 80 heures de travail en janvier et 5 en février). En vertu de l'article 324 CO, c'est en effet l'employeur et non le travailleur qui supporte le risque de l'entreprise. En conséquence, lorsque, pour des motifs économiques, il refuse la prestation de travail qui lui est dûment offerte, l'employeur est en demeure de l'accepter et doit le salaire, même s'il renonce à la prestation du travailleur.

Il en va de même lorsque le travailleur est victime d'un empêchement non fautif de travailler, en vertu de l'art. 324a CO.

Dans ces cas, le montant dû sera calculé sur la base des rémunérations moyennes perçues pendant une période déterminée équitablement. En règle générale, il s'agit des douze derniers mois d'activité (on applique par analogie l'art. 37 OACI).

Service de piquet

Dans l'arrêt de principe susmentionné, le TF s'est également posé la question de savoir si le temps pendant lequel le travailleur reste à la disposition de l'employeur doit ou non être rémunéré. Il a ainsi admis qu'en l'absence d'un accord contraire, le travailleur qui se tient à la disposition de l'employeur à l'intérieur de l'entreprise doit être intégralement payé, car il ne peut, ce faisant, disposer librement de son temps. Ces heures de permanence comptent, en réalité, comme du temps de travail normal. En revanche, il en va différemment du travailleur qui doit se tenir à la disposition de l'employeur à l'extérieur de l'entreprise. S'il est, certes, également limité dans la possibilité de disposer de son temps, le TF considère toutefois qu'il l'est dans une moindre mesure. Pendant ce temps d'attente, le travailleur peut en effet exercer une autre activité. Il s'ensuit ainsi que, si la disponibilité externe doit être rémunérée, elle ne doit pas l'être au même tarif que l'activité principale. L'indemnisation offerte au travailleur peut être intégrée au salaire de base.

Afin d'éviter tout problème à ce sujet, il vaudrait mieux toutefois qu'elle soit, tout comme l'est l'indemnité de vacances, clairement spécifiée dans le contrat de travail ainsi que dans le bulletin de salaire. Le TF ne s'est pas prononcé sur son montant. Il a néanmoins considéré que si elle n'est pas prévue par le contrat de travail, sa détermination pourrait se faire sur la base d'une convention collective de travail, des usages, voire de l'équité.

Résiliation du contrat

Le travail sur appel ne libère pas l'employeur du respect des dispositions légales relatives à la résiliation des rapports de travail, notamment l'article 335c CO. Il n'est ainsi pas concevable que l'employeur, plutôt que de mettre un terme aux rapports de travail moyennant respect du délai de congé applicable, décide abruptement de ne plus faire appel au travailleur. Ce faisant, il viderait de sa substance la protection impérative liée à la résiliation des rapports de travail, laquelle a pour but de permettre au travailleur de chercher une nouvelle activité tout en conservant l'essentiel de ses ressources. Même s'il n'est plus en mesure de lui fournir du travail pendant le délai de congé, l'employeur doit, jusqu'à l'échéance du contrat, lui payer son salaire, lequel sera calculé sur la base des rémunérations moyennes perçues pendant une période déterminée équitablement. Comme déjà dit, il s'agit, en règle générale, des douze derniers mois d'activité.

Vacances

Enfin, l'employeur ne doit pas non plus oublier qu'il reste tenu, en vertu de l'article 329a CO, d'offrir au travailleur les vacances auxquelles il a droit. Il doit dès lors veiller à ce qu'il puisse bénéficier du temps de repos nécessaire imposé par la loi, tout en lui permettant de continuer à percevoir son salaire. Pour ce type d'activité, le salaire afférent aux vacances est, en règle générale, versé sous la forme d'une indemnité mensuelle (8.33 %, pour 4 semaines; 10.64 %, pour 5 semaines, etc. selon le droit aux vacances) ajoutée au salaire de base. Pour être valable, cette indemnité doit toutefois être clairement distinguée dans le contrat de travail et dans le bulletin de salaire.

Source : Journal "Entreprise" 28 novembre 2003
