

Jugement**Travail sur appel:
calcul d'une indemnité**

Pour le travail sur appel, le travailleur a droit à une rémunération (réduite) même s'il n'a pas effectivement travaillé. Pour déterminer le montant de cette rémunération, il faut tenir compte de l'importance de la mise à disposition exigée du travailleur et voir dans quelle mesure il est autorisé à travailler pour des tiers.

Faits

A compter du 1^{er} juin 1998, A. avait été engagée par Y., en qualité de couturière.

A. était rétribuée à l'heure, avec un salaire se montant – en décembre 2008 – à 23 francs brut à l'heure, les vacances en sus.

Par lettre datée du 20 novembre 2009, notifié le même jour à A., elle fut licenciée avec effet immédiat, aux motifs que «la situation économique et les rares entrées de commandes ne permettaient plus le maintien de ce poste».

Le 25 novembre 2009, A. contesta ledit congé, se déclarant «prête à travailler dans le commerce durant les 3 prochains mois de fin des rapports de travail». Pour sa part, Y., par lettre du 3 décembre 2009, s'exprime de la manière suivante vis-à-vis de la demanderesse: «A votre lettre du 25 novembre, je voudrais répondre comme il suit:

Le 25 mars 2009, vous vous êtes présentée au travail pour la dernière fois. Depuis cette date, vous n'avez plus donné signe de vie, et étant donné qu'actuellement la situation n'a pas changé, j'ai pensé à ne pas vous faire perdre davantage de temps et à vous donner la possibilité de vous chercher immédiatement un nouveau poste de travail. En vous envoyant le congé, j'avais cru vous faire une faveur.»

Par requête du 18 février 2010, A. a demandé la condamnation de Y. au versement du montant brut de 6000 francs «équivalant au salaire de la période de délai de congé 1. 12./28. 2. 2010». Y. s'est intégralement opposée à la demande de la partie adverse.

Extraits des considérants

1. N'est nullement contestable, en substance, le fait que les parties ont conclu

un contrat individuel de travail au sens de l'art. 319 CO. En effet, même la prestation de travail à temps partiel («Teilzeitarbeit») crée un rapport de travail (cf. art. 319 al. 2 CO).

Il est démontré, par les actes du dossier, que la travailleuse a été occupée en continu, même si c'est à temps partiel, et cela indubitablement jusqu'à la fin de l'année 2008.

En 2009, A. a, par contre, uniquement travaillé durant 27 heures au mois de mars, après quoi, elle n'a plus été employée.

2. Dans l'esprit du juge de première instance, le contrat stipulé entre les parties, ici en cause, a évolué au cours du temps.

Dans une première phase, soit à partir du 1^{er} janvier 1998 et jusqu'à mars 2009, ledit contrat pouvait être proprement qualifié de contrat à temps partiel, ce qui équivaut à dire – apparemment – qu'il s'agit d'un plan de travail fixé à l'avance («eigentliche Teilzeitarbeit zum voraus feststehender Arbeitsplan»). Dans une deuxième phase, depuis avril 2009, il y a eu un accord (au moins tacite par des actes implicites) comme quoi la relation de travail a été mutée dans un contrat de «uneigentliche Teilzeitarbeit» (nicht feststehender Arbeitsplan), avec obligation d'emploi du travailleur sur la base d'une demande unilatérale de la part de l'employeur (il s'agit donc là, en substance, d'un authentique travail sur appel dit «kapazitätsorientierte variable Arbeitszeit»), dont l'admissibilité a été reconnue par le Tribunal fédéral.

Le fait qu'il ait existé entre les parties un accord sous forme probante, dans le sens d'un emploi sur appel, est dé-



montré par le comportement même des deux parties au cours de la période allant d'avril à novembre 2009. Du reste, c'est A. elle-même qui le confirme, en affirmant, en réponse: «A partir du mois d'avril 2009, Y. n'a plus appelé A. à exercer son activité, et Y. n'a plus contacté la défenderesse. En fait, les parties s'étaient mises d'accord dans le sens où ce serait Y. qui appellerait quand elle aurait du travail à faire exécuter à A.»

3. Dans le contrat sur appel unilatéral («Arbeit auf einseitigen Abruf»), période et durée de chaque occupation sont, comme il est dit, fixées unilatéralement par l'employeur. En principe, dans de tels contrats, le travailleur doit donner suite à ladite demande; celui-ci a donc l'obligation de se tenir à la disposition de l'employeur en vue d'un éventuel appel. De tels contrats présentent une certaine problématique, en raison du fait qu'ils transfèrent sur le travailleur ce que l'on appelle le «risque entrepreneurial».

Selon la doctrine et la jurisprudence en vigueur, dans le cas de contrats de travail sur appel unilatéral, le travailleur est uniquement rémunéré pour les heures d'activité effectivement accomplies. En vertu des jugements JTF 124 III 249 e 125 III 65, il a été établi que le temps durant lequel le travailleur se tient à disposition dans l'attente d'une demande de l'employeur (il s'agit là d'une



Illustration: Christine Ruf

sorte de «piquet») doit être rémunéré, dans une moindre mesure cependant, par rapport à une activité pleine et entière.

La rémunération est fixée, en règle générale, sur la base d'un éventuel accord entre les parties ou d'une convention collective, respectivement en fonction de la «rémunération usuelle» (art.322 al.1 CO) et, si celle-ci ne peut être déterminée, selon les critères de l'équité.

Une équité qui doit se déduire, avant tout, de l'appréciation des intérêts de l'entreprise par l'employeur quant à la disponibilité du travailleur face à la demande, mais aussi de la liberté et de l'intensité avec lesquelles le travailleur peut utiliser son temps pour des activités étrangère à son travail.

4. Dans le cas d'espèce qui nous occupe, A., dans sa requête du 18 février

2010, s'est bornée à demander le versement du salaire pour la période de congé, à savoir du 1^{er} décembre 2009 au 28 février 2010.

5. Le fait qu'il n'y avait pas de motifs pour justifier un licenciement avec effet immédiat (tel celui prononcé le 20 novembre 2009 par Y.) est évident et en rien contestable.

Le manque de travail et une situation économique difficile constituent en outre des raisons valables pour une résiliation contractuelle ordinaire, mais non pour un licenciement sur-le-champ, étant donné que les soi-disant risques entrepreneuriaux et économiques sont à la charge de l'entreprise.

La résiliation du contrat aurait donc dû s'effectuer avec un préavis de trois mois, pour la fin du mois de février 2010.

Conformément à l'art. 337c al. 1 CO, le travailleur licencié immédiatement sans justes motifs a droit à ce qu'il aurait gagné si les rapports de travail avaient cessé à l'expiration du délai de congé.

6. Dans le cas présent, la base de calcul permettant de fixer la rétribution durant le délai de congé n'est pas clairement définie. Si l'on admet, comme cela a été fait ici, que le rapport de travail à temps partiel a été transformé par les parties – par accord – en un contrat sur appel, à partir d'avril 2009 et que, depuis cette dernière date, il n'y a plus eu d'emploi pour la travailleuse. Il semblerait que nous devions admettre que celle-ci aurait droit à une rétribution réduite, calculée sur la base de la nécessité, qui était la sienne, de se tenir disponible sur appel («Rufbereitschaft») durant la période allant d'avril à novembre 2009.

Le temps partiel proprement dit avait été transformé par consensus en un rapport de travail sur appel.

Il est vrai, d'autre part, que le Tribunal fédéral a soutenu que le législateur n'a pas voulu autoriser l'employeur à déterminer de façon unilatérale, et en fonction de ses seules nécessités, la durée du travail et la rétribution de l'employé.

7. Le présent juge retient le fait de devoir suivre cette dernière thèse, sans omettre cependant de mettre en évidence l'incohérence qui en résulte, dans le sens que, dans un cas comme le nôtre, le travailleur serait susceptible d'avoir droit à une rémunération réduite pour la période d'avril à novembre 2009 (calculée équitablement en fonction de la nécessité pour le travailleur de se tenir prêt à répondre à un appel en fait jamais arrivé) et à un salaire supérieur (chiffré sur la base d'une moyenne de ce qu'il a gagné l'année précédente, à partir d'avril 2009) pour la période de trois mois de délai de congé (décembre 2009 à février 2010).

8. Des actes relatifs aux procès, il résulte que A. a gagné, durant la période mars 2008 à mars 2009, un total de 16 298.70 francs net, ce qui équivaut à une moyenne mensuelle de 1358.22 francs net.

Le montant qui peut donc être reconnu pour la période du délai de congé décembre 2009 à février 2010 s'élève à 4074.65 francs net (1358.22 x 3).

Arrêt du Tribunal du travail de la Ville de Locarno, 17 août 2010 (Traduit de l'italien)

«Recueil de jugements du droit du travail 2010»

Est-ce qu'un employeur peut obliger son employé à consulter un médecin de confiance? Est-ce qu'une vidéosurveillance est autorisée sur le lieu de travail? Ces questions et bien d'autres relatives au droit du travail sont thématiques par des cas concrets dans le «Recueil de jugements du droit du travail 2010» de l'Union patronale suisse. Dans sa nouvelle présentation, ce recueil est un outil de qualité idéal pour les responsables du personnel confrontés aux questions du droit du travail.

La brochure 2010 ainsi que les éditions préalables, si celles-ci sont encore disponibles, peuvent être commandées à l'adresse suivante: Union patronale suisse, Zurich, Fax 044 421 17 18
secli@arbeitgeber.ch, www.arbeitgeber.ch → Service → Commande de publications