

DROIT DU TRAVAIL

AVRIL 2021
NEWSLETTER 04

JURISPRUDENCES COMMENTÉES – EXEMPLES PRATIQUES – ACTUALITÉS & PERSPECTIVES



Chère lectrice, cher lecteur,

Le Tribunal fédéral vient enfin de trancher la question de la prescription des actions relatives au certificat de travail.

Nous revenons par ailleurs dans ces pages sur les nombreux problèmes posés par le travail sur appel, notamment pour ce qui est de sa rémunération.

Les art. 328b CO et 26 OLT3 nous permettent d'esquisser les rapports entre le droit du travail et celui de la protection des données.

La prohibition de concurrence est enfin débattue en détail à l'aide d'un arrêt récent du Tribunal fédéral, qui expose certains de ses critères d'application..

Bonne lecture!

Philippe Ehrenström, LL.M., avocat

CONTENUS DE CETTE ÉDITION:

- Les difficultés posées par le travail sur appel 1
- Droit du travail et protection des données 4
- Prohibition post-contractuelle de faire concurrence 7
- Actualité jurisprudentielle: Brèves 11

Les difficultés posées par le travail sur appel

Contrairement au travail à temps partiel ordinaire, le travail dit «sur appel»¹ n'est pas effectué sur la base d'un horaire établi à l'avance, mais uniquement lorsque l'employeur le demande. Ce concept suscite un certain nombre de difficultés et de questions du point de vue du droit du travail.

■ Par Nicole Vögeli Galli, docteur en droit, et Rahel Tobler, MLaw, Zurich

Véritable et faux travail sur appel

Par véritable travail sur appel, on entend une relation de travail dans laquelle soit le lieu, soit la durée du travail ou soit les deux ne sont pas déterminés ou ne peuvent être déterminés à l'avance par l'employeur mais peuvent être décidés unilatéralement par ce dernier.

En revanche, dans le cas d'un faux travail sur appel, l'employé a le droit d'accepter ou de refuser des missions. Il n'est pas obligé de répondre à l'appel de l'employeur. Dans le cas d'un véritable travail sur appel, le risque entrepreneurial est effectivement transféré au salarié si un nombre minimum d'heures

de travail n'est pas généré ou sa disponibilité opérationnelle n'est pas rémunérée. Selon le Tribunal fédéral, le véritable travail sur appel est en principe également admissible.² Toutefois, ces dernières années, les possibilités en la matière ont été de plus en plus restreintes par la jurisprudence.

Difficultés à distinguer le travail sur appel du service de piquet

Comme dans le cas d'un service de piquet, l'employé doit attendre pour commencer à travailler dans le cadre d'une prestation à effectuer sur appel. La doctrine et la jurisprudence distinguent l'un de l'autre en s'appuyant sur deux critères: en premier lieu, le service de piquet, contrairement au travail sur appel, est effectué en plus du travail normal. En second lieu, le service de piquet sert



à remédier aux perturbations, à fournir une assistance dans les situations d'urgence, à effectuer des inspections ou à faire face à d'autres événements particuliers – contrairement au travail sur appel. Si un employé n'effectue pas d'engagements prévus en plus de son «travail normal», les engagements en question ne sont donc pas définis comme un service de piquet, mais comme du travail sur appel. Par conséquent, dans de tels cas, les dispositions de protection prévues par la loi sur le travail en cas de service de piquet ne s'appliquent pas. Qui plus est, lorsqu'elle se réfère à ces critères-là, la distinction opérée entre travail sur appel et service de piquet fait également l'objet de critiques.³ Au niveau de la jurisprudence, aucune distinction n'est généralement faite entre le travail sur appel et le service de piquet. Dans les questions concernant l'obligation de compenser les services de piquet, notamment, il est souvent fait référence à des décisions qui concernent en fait le travail sur appel.

La question de la rémunération du service de garde

Dans son arrêt de principe (ATF 124 III 249), le Tribunal fédéral déclare que les temps d'attente pour un véritable travail sur appel doivent être compensés. Cela se justifie notamment par le fait que le service de garde en dehors de l'entreprise sert également à satisfaire les besoins de l'employeur et ne peut être attendu qu'en contrepartie d'une rémunération. Le Tribunal fédéral qualifie le fait de se tenir à disposition pour effectuer une mission comme une prestation de travail soumise à rémunération. Comme le temps de garde peut être utilisé pour des activités non professionnelles en dehors du lieu de travail, il ne doit pas être rémunéré de la même manière que l'activité principale. Le montant de la rémunération du temps de garde doit être précisé dans le contrat de travail. Si ni le contrat individuel ni le contrat collectif de travail ne précisent le montant de l'indemnité, l'employeur est redevable de ce qui est usuel ou équitable au sens de l'art. 322 al. 1 CO. Au moins dans le cas des services de piquet, la rémunération peut être contractuellement incluse dans le salaire de l'activité principale. Si le service de garde est effectué au sein de l'entreprise, le temps consacré à cet effet est considéré dans sa totalité comme du temps

de travail au sens de la loi sur le travail et doit en principe être rémunéré au salaire normal.⁴

Il n'existe actuellement aucune pratique judiciaire uniforme sur le montant de l'indemnisation de la disponibilité sur appel en dehors de l'entreprise. La rémunération des services de garde doit notamment dépendre du délai dans lequel le salarié doit se présenter au travail en cas d'appel ou de la liberté et de l'intensité avec lesquelles il peut utiliser ce temps pour des activités non professionnelles. Si le délai de préavis est inférieur à une demi-heure, la liberté personnelle du salarié est limitée à un point tel qu'il doit déplacer son lieu de résidence ou de séjour vers un lieu proche de son lieu de travail, ce dernier facteur entraînant indéniablement une restriction au niveau de sa vie sociale. De tels services de garde devraient donc en principe être rémunérés de la même manière que les missions de travail réelles.⁵ Outre le délai de préavis, la durée de la disponibilité opérationnelle facturable est également importante s'agissant du montant de la rémunération. Est alors concernée la période pendant laquelle l'employé doit être disponible pour un appel (par exemple, toutes les nuits ou alors systématiquement un certain jour de la semaine).⁶

Le fait que le montant de l'indemnisation ne puisse pas varier arbitrairement découle déjà du fait que le risque opérationnel ne peut être partiellement transféré au salarié que si, en contrepartie, une rémunération appropriée reste garantie. On est également en droit de se poser la question suivante, qui reste au demeurant ouverte: existe-t-il des cas dans lesquels le service de garde est tellement peu astreignant que ce dernier ne puisse justifier aucune compensation?⁷

Comme l'employé n'est pas tenu d'accepter un *faux travail sur appel*, le temps de garde n'est pas rémunéré dans ces cas.⁸ En effet, dans une telle situation, l'employé est libre d'exercer une autre activité professionnelle à tout moment et de refuser des engagements sur appel. L'«emploi sur plate-forme», de plus en plus fréquent aujourd'hui et dans lequel les prestataires de services offrent leurs services via des plates-formes nationales ou internationales, pourrait en principe être considéré comme un *faux travail sur appel* pour l'opé-

rateur de la plate-forme. Cependant, dans de telles relations, on ne peut souvent guère supposer que les employés de la plate-forme sont effectivement astreints à un quelconque rapport de subordination. C'est aussi pour cette raison qu'une relation de travail peut rarement être admise dans de tels cas.⁹

Droit d'attribuer du travail – obligation de continuer à verser le salaire

Selon la récente jurisprudence du Tribunal fédéral, un salarié employé sur appel peut compter sur un certain degré d'emploi pendant toute la durée de la relation de travail. Dans un cas précis, l'employeur a même dû verser des arriérés de salaire substantiels parce qu'il n'employait un peintre travaillant sur appel qu'à titre très fluctuant. Selon son contrat de travail, le peintre était employé sur appel avec un taux d'occupation fort variable. Un salaire horaire de CHF 26.– avait été convenu. Certains mois, l'employé n'a pas été appelé à travailler et n'a donc pas reçu de salaire. Au cours des autres mois, il a été employé sur une base très fluctuante (8 à 80 heures de travail par mois). Le Tribunal fédéral a estimé que la procédure convenue permettait à l'employeur de déterminer unilatéralement les heures de travail uniquement en fonction de ses propres besoins. Cela constituait, dès lors, une violation de l'art. 324 CO, en vertu duquel l'employeur doit supporter le risque économique. Le Tribunal fédéral a qualifié la réduction de 8 à 0 heures de travail en un mois de «diminution brutale», raison pour laquelle le paiement du salaire était dû pour le mois correspondant.¹⁰ Selon l'ATF 125 III 65, en cas de travail sur appel, l'employé a également le droit de continuer à se voir attribuer le travail habituel pendant la période de résiliation. La raison en est que la suppression immédiate du travail et donc du salaire peut à bien des titres constituer un contournement du concept de protection voulu par les délais de résiliation.¹¹

Critiques formulées à l'encontre de la nouvelle jurisprudence du Tribunal fédéral

Von Kaenel critique en particulier le fait que la référence du Tribunal fédéral au mois civil est quelque peu arbitraire, puisque la semaine de travail ou l'année civile pourrait tout aussi bien être utilisée pour évaluer la constance des affectations du travail sur appel. En outre, il



n'est pas compréhensible que la réduction de 16 à 8 heures de travail ne pose pas de problème, alors qu'une réduction de 8 à 0 heures due à une «diminution brutale» devrait cependant entraîner un paiement supplémentaire des salaires. Le calcul de l'indemnité n'est pas non plus très explicite, car le Tribunal fédéral n'a inclus, dans la base de calcul, que les mois pendant lesquels le travail avait été effectué: en effet la moyenne calculée avait été fortement augmentée au cours des deux derniers mois, car ceux-ci avaient été beaucoup plus chargés que tous les autres mois de l'année en question. En outre, la question de savoir quelle était la relation entre le paiement continu moyen des salaires et la rémunération des services de garde – qui, selon la jurisprudence, devait également être payée – et la question de savoir si ces paiements devaient être effectués de manière cumulative sont restées ouvertes.¹²

Résumé

La jurisprudence récente du Tribunal fédéral touchant au travail sur appel signifie qu'en principe, tout temps de travail variable en fonction des capacités («Kapovaz» = *Kapazitätsorientierte, variable Arbeitszeit*, aucun acronyme équivalent en français) cesse d'être applicable, puisque selon les nouveaux arrêts rendus, les employés ont droit à un emploi

raisonnablement constant pendant la durée de la relation de travail jusqu'à la fin du délai de résiliation. Dans le cas d'un véritable travail sur appel, le temps de garde doit en principe être rémunéré, bien que le montant dépende de divers facteurs et qu'il n'existe pas encore de pratique judiciaire uniforme en la matière. En outre, le Tribunal fédéral accorde aux employés le droit au maintien du paiement du salaire si les prestations de travail sur appel n'ont pas lieu pas avec une certaine régularité. Dans l'intérêt des salariés, il convient en effet de garder à l'esprit qu'ils sont tributaires d'un minimum de sécurité en matière de planification professionnelle et familiale (cumul d'emplois, garde d'enfants, etc.) ainsi que de sécurité financière. Les obligations mutuelles, dans le cadre de «l'affaire Kapovaz», devront être précisées par les tribunaux à l'avenir, certaines questions fondamentales ayant été laissées en suspens jusqu'à présent.

NOTES DE BAS DE PAGE

- 1 Dans le cas présent, le travail sur appel est considéré sous l'angle du droit du travail. Dans la mesure où ce terme est utilisé dans le droit de la sécurité sociale, une évaluation distincte se doit d'être effectuée.
- 2 ATF 124 III 249 cons. 2a confirmé par l'arrêt Tribunal fédéral 4A_534/2017 du 27 août 2018.
- 3 Cf. Senti, Christoph, Pickettdienst: neuere Entwicklungen und aktuelle Probleme, in: ARV 2020, p. 1ss.
- 4 ATF 124 III 251 cons. 3 b.

- 5 Henneberger, Fred/Rieder, Stefan, Bemessung der Entschädigung der Wartezeit bei echter Arbeit auf Abruf, in: AJP 8/2011, p. 1057ss.
- 6 Streiff, Ullin/von Kaenel, Adrian/Rudolph, Roger, Arbeitsvertrag: Praxiskommentar zu Art. 319–362 OR, 7. Aufl., Zürich 2021, Art. 319 N. 18.
- 7 Henneberger, Fred/Rieder, Stefan, Bemessung der Entschädigung der Wartezeit bei echter Arbeit auf Abruf, in: AJP 8/2011, p. 1057ss.
- 8 Arrêt du Tribunal fédéral 4A_334/2017 du 4 octobre 2017, cons. 2.4.
- 9 Hirsiger René, Plattformbeschäftigungen – Die drängendsten arbeitsrechtlichen Fragen, in: ARV 2019, p. 291ss.
- 10 Arrêt de référence du Tribunal fédéral 4A_534/2017 du 27 août 2018.
- 11 Streiff, Ullin/von Kaenel, Adrian/Rudolph, Roger, Arbeitsvertrag: Praxiskommentar zu Art. 319–362 OR, 7. Aufl., Zürich 2021, Art. 319 N. 18.
- 12 Von Kaenel, Adrian, Commentaires sur l'arrêt 4A_534/2017 du 27 août 2018, in: ARV 2019, p. 230ss.

AUTEURES



Dr. Nicole Vögeli Galli docteur en droit, est avocate FSA spécialisée en droit du travail. Elle est l'associée du cabinet d'avocats Küng et Vögeli à Kloten.



MLaw Rahel Tobler est titulaire d'un MLaw de l'Université de Zurich et avocate stagiaire chez Küng & Vögeli Rechtsanwältin à Kloten.