

Marianne Favre Moreillon

The logo for WEKA, consisting of the word "WEKA" in white capital letters on a black rectangular background.

Droit du travail I

Contrats / Temps de travail / Salaire /
Bonus / Maladie / Internet / Enregistrement



*Un problème? **Pas de problème!***

CIP-Notice abrégée de la deutsche Bibliothek

Droit du travail I

Rédaction: Marianne Favre Moreillon, Cabinet juridique DroitActif, Lausanne

Direction de Projet: Birgitt Bernhard-Postma, WEKA Business Media AG, Suisse

© WEKA Business Media AG, Zurich, 2012

Sous réserve de droits d'édition. La reproduction totale ou partielle des contenus est interdite

Les définitions, recommandations et informations juridiques émises dans le cadre de cet ouvrage reflètent le point de vue des auteurs. Bien que la rédaction de la maison d'édition accorde le plus grand soin à l'exactitude des données que le lecteur peut consulter dans cet ouvrage, des erreurs ne sont jamais exclues. La maison d'édition et ses auteurs ne peuvent en aucune façon être rendus responsables des dommages quelconques pouvant résulter de l'utilisation de données erronées mentionnées dans cet ouvrage.

WEKA Business Media AG

Hermetschloostrasse 77, CH-8048 Zurich

Téléphone 044 434 88 88, Téléfax 044 434 89 99

www.weka.ch

Zurich • Kissing • Paris • Amsterdam • Vienne

ISBN 978-3-297-02047-0

1^{re} édition 2012

Impression: Kösel GmbH & Co. KG, Layout: Dimitri Gabriel, Composition: Michael Bislin



Un problème? Pas de problème!

Avant-propos

Le monde de l'entreprise est un univers en mouvance où la création, le dynamisme et la rigueur sont une nécessité. Depuis 1999, le cabinet juridique DroitActif, à Lausanne, apporte ses idées et offre ses conseils, son assistance et son support aux entreprises tant nationales que multinationales en Suisse romande. Le cabinet propose des prestations personnalisées en matière de droit du travail sur toutes les questions que les entreprises peuvent rencontrer et auxquelles elles sont confrontées.

Les questions variées des entreprises ont amené le cabinet à la rédaction d'articles tant dans 24 heures que dans HR Today. Parallèlement, le cabinet édite, à chaque nouvelle saison à l'exception de l'été, une newsletter intitulée EspAce droit qu'il adresse à ses clients ainsi qu'à de nombreuses entreprises établies en Suisse romande.

Souvent inspiré par les derniers arrêts parus en matière de droit du travail, l'EspAce droit présente un sujet d'actualité. Ces parutions sont illustrées par des exemples tirés de l'expérience pratique.

Au fil du temps, les thèmes abordés, tant dans les articles parus dans 24 heures et HR Today que dans les différentes newsletters, ont permis à cet ouvrage qui se décline en deux tomes de voir le jour.

Le lecteur ne trouvera pas ici un manuel général et exhaustif en matière de droit du travail. Bien plus, les 24 thèmes abordés dans ces deux tomes reflètent des situations juridiques spécifiques et très actuelles.

Il m'est apparu nécessaire de définir le contrat de durée déterminée, le travail sur appel ou encore le contrat de travail des cadres. Le temps de travail, les heures supplémentaires et le travail supplémentaire sont des thèmes qui sont toujours sur la sellette. La gratification, le bonus ainsi que le 13^e salaire exigeaient des développements. Des notions comme l'avance sur salaire et le prêt de l'employeur demeuraient floues dans la pratique et appelaient des critères de distinction plus stricts. D'autres domaines tels que la consommation d'alcool et de drogue sur le lieu de travail, l'empêchement de travailler, ou certaines questions relatives à la maladie ou au congé maternité, ou encore aux vacances méritaient un rappel des principes dégagés par la jurisprudence, la doctrine ou le Code des obligations.

Des thèmes tels que le congé-modification, régulièrement développés et précisés par les tribunaux, nécessitaient un chapitre tant les questions sont multiples. Enfin, la pratique a mis en évidence les difficultés présentées en matière de prohibition de faire concurrence ou encore de rédaction de certificat de travail.

Il était judicieux de réunir tous ces articles et newsletters en différents chapitres afin d'apporter aux lecteurs des idées, une pratique et de nouvelles connaissances.

Il a été tenu compte des articles publiés mensuellement dans 24heures depuis le mois de janvier 2008 jusqu'au mois de juillet 2012, ainsi que des articles parus dans HR Today pour les années 2007 à 2012.

Lausanne, septembre 2012

Marianne Favre Moreillon

Table des matières

1.	Les différents types de contrat de travail.....	5
1.1	Succession des contrats de durée déterminée: bientôt autorisé dans l'UE	6
1.2	Job d'été, à vos marques!	11
1.3	Les méandres de l'activité indépendante	14
1.4	Le travail sur appel.....	17
1.5	Travail au noir.....	22
1.6	Contrat de travail des cadres: que faut-il prévoir?.....	28
1.7	Représentation commerciale: fondés de procuration – mandataires commerciaux.....	32
1.8	La conclusion du contrat d'agence.....	37
2.	Dénonciateur d'entreprise et avocat en droit du travail	41
2.1	«Whistleblowing» ou la crainte de représailles.....	42
2.2	Lumière sur l'avocat de la première heure	44
3.	Temps de travail, Heures supplémentaires et travail supplémentaire	47
3.1	Un réfectoire d'entreprise ne s'improvise pas	48
3.2	Heures supplémentaires	50
3.3	Heures supplémentaires et cadres.....	58
3.4	Travail supplémentaire	67
3.5	Travail de nuit.....	73
4.	Alcool et drogues sur le lieu de travail	77
4.1	Cocktail de fin d'année	78
4.2	Drogues et alcool en entreprise.....	81
5.	Salaire et bonus.....	87
5.1	Bonus	88
5.2	Fixation d'objectifs explicites aux employés.....	99
5.3	Versement du salaire en euros: prudence!	106
5.4	Avance sur salaire et prêt de l'employeur	108
6.	Empêchement de travailler	113
6.1	Volcan islandais, de l'empêchement à l'impossibilité de travailler	114
6.2	Canicule et intempéries.....	117
7.	Maladie.....	123
7.1	Droit du travail, vie privée et vie professionnelle.....	124
7.2	Grippe A (H1N1): les entreprises sont dans les starting-blocks	134
7.3	Maladies et accidents de saison.....	137
7.4	«Allô maman, bobo!» Les parents ont des droits.....	145
8.	Le certificat médical.....	147
8.1	Le certificat médical	148
9.	Vidéosurveillance et enregistrement sur le lieu de travail.....	157
9.1	Enregistrements sur le lieu de travail	158
9.2	Vidéosurveillance sur le lieu de travail	163

10.	Le téléphone portable au travail.....	169
10.1	Téléphone portable au travail	170
10.2	Quand ultramobilité rime avec insécurité.....	174
10.3	Films, images ou sons volés sur le lieu de travail.....	180
11.	Internet au travail	183
11.1	Réseau social.....	184
11.2	Internet: porno au boulot.....	192
12.	Amour au travail.....	195
12.1	Un amour à risque.....	196
Rédaction	203	

1.

Les différents types de contrat de travail

1.1	Succession de contrats de durée déterminée: bientôt autorisé dans l'UE	6
1.2	Job d'été, à vos marques!	11
1.3	Les méandres de l'activité indépendante	14
1.4	Le travail sur appel: attention!	17
1.5	Le travail au noir passé au crible	22
1.6	Contrat de travail des cadres: que faut-il prévoir?.....	28
1.7	Représentation commerciale: fondés de procuration – mandataires commerciaux.....	32
1.8	La conclusion du contrat d'agence	37

1. Les différents types de contrat de travail

1.1 Succession des contrats de durée déterminée: bientôt autorisé dans l'UE

Le contrat de travail prévu pour une durée déterminée prend fin à l'expiration du terme fixé, sans qu'il ne soit nécessaire de donner le congé. Il en découle que l'employé sait dès le départ que son emploi est provisoire. De plus, s'il n'est pas assuré contre la perte de gain, l'employé ne bénéficie pas du salaire en cas de maladie pour de courts contrats de durée déterminée, des délais de congé et de la protection contre les congés, notamment en cas de maladie et de grossesse. Ce type de contrat jouit d'une double réputation. D'un côté, il effraie, dans la mesure où ce n'est pas un contrat fixe et qu'il est possible de se retrouver sans emploi une fois la durée du contrat échue. D'autre part, il peut constituer un bon tremplin pour les jeunes diplômés et une bonne solution pour les personnes souhaitant travailler sur une durée définie en attendant la réalisation d'un projet ou l'entrée dans une école. Quelle que soit l'image que nous avons du contrat de durée déterminée, il existe une garantie en la matière: le Tribunal fédéral n'admet pas la succession de contrats de durée déterminée. Ce sera le cas d'un employeur qui propose le même poste, au même employé et ce, plusieurs fois de suite.

QUESTIONS



- L'employeur a-t-il le droit de conclure plusieurs contrats de durée déterminée avec le même employé pour le même poste?
- Est-ce que la succession de contrats de durée déterminée devient légale si l'employé l'accepte expressément?
- A partir de quel moment la succession de contrats de durée déterminée est-elle illicite?
- Pour quelles raisons un employeur n'est pas autorisé à conclure plusieurs contrats de durée déterminée avec le même employé?
- Existe-t-il une limite à cette interdiction?

Lumière sur une pratique qui est loin de s'imposer en Suisse ...

Succession de contrats de durée déterminée: bientôt autorisé dans l'UE

Une récente décision de la Cour européenne de justice devrait assouplir les conditions pour recourir aux contrats de durée déterminée (ci-après CDD). Cette décision se base sur le cas d'une salariée allemande qui avait accumulé 13 CDD durant onze ans pour le compte de la même société afin de pallier les congés de ses collègues. Certes, la Suisse n'est pas liée par cette décision, mais qu'en est-il du droit suisse en cas de succession de CDD? Le Tribunal fédéral a-t-il lui aussi évolué en la matière?

Le point en droit suisse

Le contrat prévu pour une durée déterminée prend fin à l'expiration du terme fixé, sans qu'il ne soit nécessaire de donner le congé. Lorsque le CDD est arrivé à son échéance, les parties peuvent décider de prolonger les rapports de travail en concluant un nouveau CDD. La conclusion d'un deuxième CDD ne pose pas de problème en droit suisse. Les choses se corsent à partir du 3^{ème} CDD conclu à la suite, même s'il existe de courtes interruptions entre chaque contrat.

La position du Tribunal fédéral

Le Tribunal fédéral n'admet pas cette pratique qu'il qualifie de contrats dits «en chaîne». Il considère qu'un employeur ne peut pas engager plusieurs fois la même personne pour le même poste et ce, toujours en CDD. L'employeur ne doit pas éluder les dispositions du droit du travail qui protègent l'employé. On pensera notamment au fait qu'un employé engagé en CDD ne bénéficie pas du salaire en cas de maladie pour de courts CDD, des délais de congé et de la protection contre les congés, notamment en cas de maladie et de grossesse.

Le Tribunal fédéral s'est penché à plusieurs reprises sur le cas des contrats «en chaîne». Selon lui, lorsqu'on est en présence d'une succession de plusieurs CDD, ils deviennent alors un seul et unique contrat de durée indéterminée. La durée du contrat sera calculée en fonction de la somme de toutes les périodes d'emploi et peu importe qu'il y ait eu quelques mois d'interruption entre chaque contrat.

Avenir du CDD en Suisse

La jurisprudence récente du Tribunal fédéral ne laisse pas entrevoir de changement. La décision de la Cour européenne aura-t-elle un impact sur la position de notre Haute Cour? Affaire à suivre ...

Contrat de travail de durée déterminée

Distinctions entre le contrat de travail de durée déterminée et celui de durée indéterminée ... Possibilité de prévoir un temps d'essai dans un contrat de durée déterminée ... Licéité de la succession de contrats de durée déterminée et résiliation du contrat ...

Quelle est la distinction avec le contrat de durée indéterminée?

Le contrat de durée déterminée prend fin sans qu'il soit nécessaire de donner le congé (art. 334 al. 1 CO). Il se définit comme le **contrat de travail qui, par l'effet de la loi ou de l'accord des parties, est conclu pour une durée déterminée ou déterminable, ou pour un terme déterminé ou déterminable et qui prend fin par le seul écoulement du temps, sans qu'une résiliation ne soit nécessaire.**

Lorsque la durée n'est pas déterminée, mais déterminable, elle doit l'être objectivement. La durée objectivement déterminable peut résulter des circonstances suivantes:

- but du travail convenu: soit le temps d'une récolte, d'un chantier, d'un montage;
- obtention d'un résultat: soit l'achèvement d'un ouvrage ou l'étendue de la prestation de travail à fournir.

Toutes ces formes sont juridiquement équivalentes et constituent une limitation temporelle valable des rapports de travail. En tous les cas, **une telle limitation temporelle doit clairement résulter d'une volonté concordante des parties qui ne soit pas équivoque.**

Dans le doute, en l'absence d'une volonté concordante des parties ou d'une restriction temporelle qui se déduit clairement du but du contrat, il faut admettre que les parties ont conclu un contrat de durée indéterminée. Ainsi, un contrat de travail conclu jusqu'au rétablissement d'un travailleur malade constitue un contrat de durée indéterminée, sauf si la durée de l'incapacité de travail de la personne à remplacer peut être déterminable à l'engagement. Il est important qu'un travailleur sache ou puisse facilement se rendre compte à quelle date prendra fin le contrat.

Le Code des obligations ne définit pas le contrat de travail de durée indéterminée. **Le contrat de durée indéterminée** est celui qui n'est pas conclu pour une durée déterminée au sens de l'article 334 alinéa 1 CO, de sorte qu'une résiliation est nécessaire pour mettre fin aux rapports de travail.

Est-il possible de prévoir un temps d'essai? Pour quelle durée?

Le temps d'essai est régi par l'article 335b CO. La systématique du Code des obligations réserve le temps d'essai au contrat de durée indéterminée, de sorte qu'il n'y a en principe pas de temps d'essai au début des contrats de durée déterminée. Toutefois, **si les parties désirent prévoir un temps d'essai, elles doivent l'inclure expressément dans le contrat de travail.**

Pour les contrats de durée indéterminée, l'article 335b alinéa 1 CO prévoit que la durée effective du temps d'essai est d'un mois. Les parties peuvent conventionnellement en augmenter la durée, mais en aucun cas celle-ci **ne peut dépasser trois mois** (art. 335b al. 2 CO). Cette disposition doit être appliquée par analogie au contrat de durée déterminée.

Un contrat de durée déterminée peut-il être résilié?

Un contrat de durée déterminée prend fin de plein droit par le seul écoulement du temps. Il n'est pas nécessaire de donner le congé. Les dispositions sur la protection contre les congés abusifs et en temps inopportun sont inapplicables (art. 336 à 336d CO). Ainsi, même en cas d'incapacité de travail due à une maladie ou à un accident, le contrat de travail prend fin à l'échéance prévue.

Préalablement à son échéance, **il ne peut être mis fin au contrat par une résiliation ordinaire** (art. 335c CO). Le fait qu'une subvention de la collectivité soit refusée pour la création d'un opéra ne justifie pas le renvoi immédiat de la troupe engagée pour la durée des représentations.

Seules demeurent les causes extraordinaires de résiliation, soit pour justes motifs (art. 337 CO), soit en raison de l'insolvabilité de l'employeur (art. 337a CO). Les parties restent toutefois libres de mettre fin au contrat d'un commun accord.

Qu'en est-il en cas de la reconduction tacite d'un contrat de durée déterminée?

En cas de poursuite des relations de travail après l'expiration de la période convenue, de manière tacite, sans que les parties ne se soient entendues à ce sujet, le contrat se transforme légalement en un contrat de durée indéterminée (art. 334 al. 2 CO). Il s'agit alors de la poursuite des relations de travail aux mêmes conditions et non de la conclusion d'un nouveau contrat.

La succession de contrats de durée déterminée est-elle licite?

Les parties peuvent convenir expressément de prolonger les rapports de travail en concluant un nouveau contrat de durée déterminée. Toutefois, le renouvellement répété de contrats de travail de durée déterminée se heurte à la **prohibition des contrats en chaîne**.

IMPORTANT

La conclusion de tels contrat successifs de durée déterminée est abusive lorsqu'elle a pour but d'éviter l'application des dispositions sur la protection contre les licenciements abusifs et en temps inopportun (art. 336 ss CO) ou d'empêcher la naissance de prétentions juridiques dépendant d'une durée minimale des rapports de travail, telles que le droit au salaire en cas d'empêchement de travailler (art. 324a et 324b CO), les délais de résiliation (art. 335c ss CO), l'indemnité à raison des longs rapports de travail (art. 339b ss CO), les avantages accordés par l'institution de prévoyance (art. 331a ss CO).

Dans de tels cas, la clause prévoyant une durée déterminée n'est d'aucun effet et le contrat est considéré comme un contrat de durée indéterminée. La durée du contrat est alors calculée en fonction de la somme de toutes les périodes d'emploi.

Les contrats en chaîne conservent leur licéité lorsqu'ils portent sur des rapports de travail nettement différents, quoique liant les mêmes parties, ou que les circonstances particulières font que la succession des contrats ne sert pas à échapper aux règles protectrices, mais correspondent à un besoin justifié par des raisons objectives.

Ainsi, la succession de missions avec des tâches différentes auprès du même locataire de services, de même que la succession de missions de même nature auprès de différents locataires de services, ne se heurte pas à l'interdiction des contrats en chaîne. En revanche, la succession de missions de même nature auprès du même locataire de services n'est pas licite lorsque la durée initialement prévue pour le travail temporaire est dépassée.

La licéité des contrats en chaîne est ainsi soumise aux trois conditions cumulatives suivantes:

- les rapports de travail doivent être nettement différenciés;
- des circonstances particulières justifient cette succession de travail;
- ces circonstances doivent correspondre à un besoin justifié par des raisons objectives.

A retenir que ...

- la seule possibilité pour mettre un terme anticipé à un contrat de travail de durée déterminée est, outre l'accord des parties, la résiliation immédiate pour justes motifs;
- si, après l'expiration de la période convenue, le contrat de durée déterminée est reconduit tacitement, il est réputé continuer pour une durée indéterminée;
- il n'y a pas d'abus de droit dans la succession de deux contrats de durée déterminée seulement;
- si le renouvellement express des contrats de travail n'est pas objectivement justifié, les rapports de travail sont considérés comme des rapports de travail de durée indéterminée.

1.2 Job d'été, à vos marques!

Chaque été, les jobs d'été sont pris d'assaut! Les jeunes sont friands de ces jobs qui leur permettent de se payer des vacances au soleil ou de mettre de l'argent de côté pour les études. Mais prudence, employés et employeurs ne sont pas toujours conscients des règles imposées par le droit du travail en matière de job d'été. Il arrive régulièrement que ces petits boulots se terminent de manière litigieuse car aucun contrat de travail n'a été signé. Des litiges à propos des heures supplémentaires ou de l'horaire de travail sont fréquents.

Car qui dit job d'été ne dit pas aucun droit pour le travailleur et aucune règle à respecter pour l'employeur.

QUESTIONS



- Les règles du droit du travail sont-elles applicables aux jobs d'été?
- Et si le travailleur n'a signé aucun contrat?
- Que se passera-t-il en cas de maladie de l'employé?
- Les heures supplémentaires doivent-elles être payées?

Voici quelques pistes pour que ces jobs d'étudiants ne viennent pas gâcher la période estivale ...

Job d'été, à vos marques!

L'été arrive, les étudiants sont dans le starting-block du job alléchant.

Contrat

Il arrive souvent que les étudiants engagés durant leurs vacances ne signent pas de contrat écrit. Ils sont tout de même protégés par le droit du travail. En effet, en vertu de l'article 320 du Code des obligations (ci-après CO), dès l'instant où l'employeur accepte qu'un travail soit exécuté pour un temps donné, contre une rémunération, le contrat est conclu, qu'il soit écrit ou oral. Le CO, la Loi sur le travail (ci-après LTr), ainsi que ses ordonnances, s'appliquent au rapport de travail ainsi créé.

Mandat

Il peut être tentant pour l'employeur de qualifier le contrat passé avec l'étudiant, de contrat de mandat, ce qui lui évite de payer les cotisations sociales. Mais attention, la principale différence entre le mandat et le contrat de travail est le lien de subordination qui existe entre un employé et son employeur, lien inexistant dans la relation de mandat. Dans le cas des jobs d'été, l'étudiant est subordonné à son employeur, il s'agit donc du rapport de travail et non de mandat.

Vacances

Un étudiant a droit à des vacances payées, même dans le cadre d'un job d'été. En effet, selon l'article 329a CO, les vacances sont dues pour tout emploi, au prorata de la durée de celui-ci. Les employés ont droit à quatre semaines de vacances par année de service, cinq lorsqu'ils ont moins de 20 ans. En pratique, plutôt que d'être prises, les vacances peuvent être indemnisées selon le taux en vigueur.

Heures supplémentaires

Si aucun contrat de travail ne prévoit le contraire, l'étudiant a droit à la rémunération des heures supplémentaires accomplies au taux de 125%.

Maladie

Selon l'article 324a CO, lorsque le contrat est conclu pour moins de trois mois, les jours d'absence ne sont pas rémunérés. En cas de contrat de plus longue durée, le travailleur incapable de travailler pour cause de maladie a droit à son salaire, durant trois semaines la première année de service.

Certificat de travail

Bien utile dans un dossier de postulation, il ne faut pas hésiter à demander un certificat de travail à l'employeur. En vertu de l'article 330a CO, l'employé a le droit d'en obtenir un en tout temps.

Jeunes travailleurs

Il faut prendre garde à la protection spéciale des jeunes travailleurs de moins de 18 ans, consacrée dans la LTr et son Ordonnance n° 5. Il est interdit d'employer des jeunes de moins de 18 ans plus de neuf heures par jour. L'employeur n'est pas non plus autorisé à employer ces mêmes jeunes la nuit et le dimanche, ainsi qu'à des travaux dangereux.

Voilà quelques pistes pour que le job d'été ne soit pas dans le collimateur.

1.3 Les méandres de l'activité indépendante

Dans l'esprit de beaucoup de gens, le statut d'indépendant est en opposition à celui du salarié. Pourtant, être indépendant n'est pas synonyme de vacances à volonté et d'horaire libre. En réalité, l'activité indépendante est bien moins attrayante. En réalité, l'indépendant est celui qui fournit un travail dans une situation indépendante et qui supporte les risques spécifiques de l'entreprise qu'il aura créée. En clair, l'indépendant n'a certes pas de supérieur, mais il a des employés qu'il doit protéger, payer, voir former. Il doit également gérer l'aspect financier de son entreprise. Malgré tout, dans l'esprit de beaucoup de gens, l'activité indépendante s'oppose au statut de salarié.

QUESTIONS

- Quels sont les critères de distinction entre un indépendant et un salarié?
- Quels sont les risques et les avantages de l'activité indépendante?
- Quel régime du droit suisse est applicable au statut d'indépendant?

Voici quelques éclaircissements sur un travailleur aux multiples casquettes ...



Dépendant/indépendant: to be or not to be?

Les méandres de l'activité indépendante

En Suisse, il est relativement simple de créer son entreprise. Aussi, dans l'esprit de beaucoup de gens, le statut d'indépendant se définit par opposition à celui de salarié. Pourtant, être indépendant ne se résume pas au simple fait de se mettre à son compte, avec les avantages fiscaux qui en découlent. Voici un panorama des différents éléments qui permettent d'aborder dans le sens d'une activité indépendante.

Travail pour plusieurs mandants

Juridiquement parlant, ce sont les règles du contrat de mandat (articles 394 et suivants du Code des obligations, ci-après CO) qui s'appliquent à l'indépendant, ce qui n'est pas le cas du salarié, lié à son employeur par un contrat de travail (art. 319 et suivants CO).

Est réputé indépendant au sens du droit des assurances sociales celui qui fournit un travail dans une situation indépendante et supporte les risques spécifiques de l'entreprise. L'exercice simultané d'activités pour plusieurs sociétés sous son propre nom est un indice concourant à la reconnaissance du statut d'indépendant. En effet, une activité basée sur un mandat unique est généralement considérée comme une activité dépendante.

Absence de rapport de subordination

Le contrat de mandat se caractérise par son absence de lien de subordination, élément central du contrat de travail. Cette différence notoire en fait le réceptacle des contrats d'activités indépendantes telles que médecin, architecte, avocat, ou encore entrepreneur pour ne citer que les plus classiques.

Ainsi, contrairement au travailleur qui doit se conformer à la lettre aux directives et instructions que lui donne son employeur, l'indépendant garde une certaine autonomie dans la manière dont il mène son activité. Il doit suivre les instructions que lui donne son mandant, mais ce dernier se limite à lui donner le cadre général dans lequel il est censé exécuter les tâches qui lui sont confiées.

Risque spécifique de l'entrepreneur

L'indépendant agit en son propre nom et pour son propre compte. En contrepartie, il doit faire face à des risques et une responsabilité accrue. Investissements, prise en charge de frais de personnel ou de location de locaux font entre autres partie des risques économiques inhérents au contrat de mandat. Et dans l'hypothèse où un client ou l'un de ses travailleurs se désiste ou cause un dommage, c'est l'indépendant qui en assumera seul la responsabilité.

Organisation autonome du travail

Le contrat de mandat se différencie aussi du contrat de travail par une autonomie accrue dans l'organisation du travail, élément qui ressort par ailleurs du terme même d'indépendant. Ce dernier est en effet libre de déterminer l'horaire et l'organisation de son travail. En particulier, il exerce son activité selon un calendrier/horaire qu'il a lui-même défini et, généralement, en utilisant ses propres instruments de travail.

Organisation autonome du travail

Le contrat de mandat se différencie aussi du contrat de travail par une autonomie accrue dans l'organisation du travail, élément qui ressort par ailleurs du terme même d'indépendant. Ce dernier est en effet libre de déterminer l'horaire et l'organisation de son travail. En particulier, il exerce son activité selon un calendrier/horaire qu'il a lui-même défini et, généralement, en utilisant ses propres instruments de travail.

Aujourd'hui, le critère d'autonomie n'est toutefois plus à lui seul déterminant. En effet, un travailleur dépendant peut également disposer d'une certaine liberté dans l'organisation de son travail en fonction de la tâche qu'il accomplit, comme par exemple un journaliste salarié dans un journal.

Raison sociale

Autre trait caractéristique du statut d'indépendant, ce dernier peut être inscrit au registre du commerce et ainsi se présenter sous sa propre raison sociale. Papier à en-tête, factures établies à son nom et matériel publicitaire sont quelques indices démontrant qu'on a affaire à un indépendant.

Liberté d'accepter un mandat

L'indépendant est libre d'accepter ou non un nouveau mandat, contrairement au travailleur dépendant qui, lui, est tenu d'exécuter le travail qui lui est confié. A noter que ce seul critère n'est pas déterminant.

Malgré tout, une distinction claire et nette entre activité dépendante et indépendante n'est pas toujours possible, tant certaines situations se trouvent à cheval entre les deux. Prenons ainsi le cas d'une diététicienne ou d'un physiothérapeute qui a son propre cabinet et qui fait parallèlement des heures dans une clinique. Cet exemple démontre qu'il existe des cas hybrides et qu'une catégorisation pure et simple d'une activité n'est pas toujours possible.

1.4 Le travail sur appel: attention!

Avec la crise économique et sa vague de licenciements, le secteur du travail sur appel n'a jamais été aussi florissant. Particulièrement présent dans la vente, la restauration ou encore l'hôtellerie, le travail sur appel souffre pourtant d'un vide juridique. De ce fait, les travailleurs sur appel ne connaissent souvent pas leurs droits et les employeurs ne savent parfois pas quelles règles du droit du travail sont applicables en matière de travail sur appel.

En effet, le travail sur appel ne jouit pas de disposition spéciale dans le CO.

QUESTIONS



- Est-ce que cela signifie que les règles du CO et en particulier celles du droit du travail ne s'appliquent pas au travail sur appel?
- Les travailleurs sur appel jouissent-ils des mêmes protections que les travailleurs fixes?
- Un employeur qui ne respecte pas certaines règles du droit du travail est-il forcément sanctionné?

Le travail sur appel: flexibilité et insécurité

Présent dans la vente, la restauration, l'hôtellerie, la santé et dans tous les secteurs d'activité où les besoins en personnel varient en fonction de la demande, le travail sur appel est un phénomène en constante progression, surtout en période de crise. En effet, par prudence, les entreprises préfèrent parfois réduire leurs effectifs et débaucher du personnel. Quitte à faire ponctuellement recours à des travailleurs sur appel – employés «kleenex» – en cas de reprise soudaine. Pourtant ce type de contrat – qui rime fréquemment avec précarité – ne fait l'objet d'aucune réglementation légale spécifique.

Incertitude, irrégularité et précarité

Le travail sur appel se caractérise notamment par l'incertitude dans le temps d'activité, dans la rémunération et dans l'horaire de travail. En d'autres termes, il s'agit d'une forme de «coup de main» que l'employeur requiert de temps en temps d'une même personne, notamment en cas de surcroît momentané de travail ou de remplacement. Dans la mesure où le travailleur sur appel prend l'engagement d'exercer l'activité requise chaque fois qu'on fait appel à lui, il doit se tenir à la disposition de l'employeur et n'est pas conséquent pas libre de refuser la mission proposée. En revanche, l'employeur ne prend d'engagement ni sur la durée ni sur l'horaire de travail, ceux-ci pouvant varier sensiblement d'un jour, d'une semaine ou d'un mois à l'autre, au gré des besoins de l'entreprise.

Aucune garantie de salaire

Le travail sur appel est rémunéré selon la durée effective du travail et ne comporte par conséquent pas une rémunération déterminable. Etant calculé selon les heures travaillées, le salaire peut ainsi varier sensiblement d'un mois à l'autre, même si l'employeur ne peut en principe pas faire fluctuer de manière brutale le volume de travail qu'il fournit au travailleur. Certes, il est possible de diminuer ce risque d'insécurité en garantissant dans le contrat une durée minimale de travail: en pratique, tout employeur devrait s'engager à verser le salaire complet également pour les heures qui n'auraient pas été effectuées dans le cadre d'un horaire minimum garanti. La réalité est hélas souvent bien différente et dans l'immense majorité des cas, une telle garantie fait défaut. Juridiquement, le travailleur sur appel reste libre de refuser la mission proposée si aucun horaire minimum n'est garanti. Mais en réalité, quand on sait que ce type d'embauche attire essentiellement des personnes sans formation ou des demandeurs d'emploi il est plutôt rare de voir un travailleur sur appel faire la fine bouche et refuser une mission, au risque de s'exposer à une résiliation de son contrat.

Licite, mais à certaines conditions

En dépit des inconvénients majeurs qu'il présente pour le travailleur à qui le marché de l'emploi n'offre pas d'autre alternative, le travail sur appel n'est pas interdit par la loi. Toutefois, le Tribunal fédéral exige que les employeurs qui ont recours à cette forme de flexibilité de l'emploi respectent toutes les dispositions impératives du droit du travail. Le TF l'a en effet rappelé dans une jurisprudence récente: si le travail sur appel est en soi licite, il n'en reste pas moins soumis aux règles du Code des obligations sur le contrat de travail et doit par conséquent en respecter les dispositions impératives.

Dans le respect des limites du droit

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. En outre, 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, payer au travailleur son salaire, lequel sera calculé sur la base des rémunérations moyennes perçues pendant une période déterminée équitablement, soit en principe les douze derniers mois de travail.

De même, l'employeur reste tenu d'offrir au travailleur sur appel les vacances auxquelles il a droit. Dans le cas du travail sur appel, le salaire afférant aux vacances est, en règle générale, versé sous la forme d'une indemnité mensuelle ajoutée au salaire de base. A noter qu'une semaine de travail au cours de laquelle le travailleur n'a pas été appelé ne peut pas être prise en compte dans le calcul du droit aux vacances.

Enfin, un empêchement non fautif de travailler – maladie ou accident, par exemple – ne dispense pas non plus l'employeur de verser son salaire au travailleur sur appel. En effet, dans la mesure où les rapports de travail durent depuis plus de trois mois ou ont été conclus pour plus de trois mois, ce sont les mêmes règles qui s'appliquent que pour un travailleur ordinaire.

Il ne faut toutefois pas se faire d'illusions quant à l'application et l'impact de ces minima dans la jungle qu'est le monde du travail en ces temps de crise.

A NOTER ...

Tribunal fédéral: ATF 124 III 249, JT 1999 I 275

Code des obligations, RS 220, arts. 324a, 329d, 335c



Travail sur appel: précarité garantie ...

Présent dans la vente, la restauration, la production alimentaire, la santé et dans tous les secteurs d'activité où les besoins en personnel varient en fonction de la demande, le travail sur appel est un phénomène à ne pas négliger en période de crise. En effet, durant une telle période et par prudence, les entreprises préfèrent parfois réduire leurs effectifs et débaucher du personnel. Quitte à recourir à des travailleurs sur appel, en cas de reprise soudaine ou passagère. Pourtant, ce type de contrat – qui rime fréquemment avec précarité – ne fait l'objet d'aucune réglementation légale spécifique.

Flexibilité à outrance

Durée, horaire et salaire variables, le travail sur appel est la forme la plus extrême de la flexibilité du marché de l'emploi. Il s'agit en quelque sorte d'un travail que l'employeur requiert ponctuellement d'une même personne, notamment en cas de surcroît momentané de travail ou de remplacement. Dans la mesure où l'employeur ne prend généralement d'engagement ni sur la durée ni sur l'horaire de travail, ceux-ci peuvent varier sensiblement d'un jour, d'une semaine ou d'un mois à l'autre, au gré des besoins de l'entreprise.

Qu'en est-il du salaire? Le travail sur appel est rémunéré selon la durée effective du travail et ne comporte par conséquent pas une rémunération fixe et déterminable. Etant calculé selon les heures effectivement travaillées, le salaire peut ainsi varier sensiblement d'un mois à l'autre, même si l'employeur ne peut en principe pas faire fluctuer de manière brutale le volume de travail qu'il fournit au travailleur. Dans un monde idéal, ce risque pourrait diminuer si une durée minimale de travail est garantie dans le contrat, étant donné que l'employeur s'engagerait à servir le salaire complet également pour les heures qui n'auraient pas été effectuées. En contrepartie, le travailleur doit se tenir à disposition de l'employeur et exercer l'activité requise chaque fois qu'on fait appel à lui. Lorsqu'aucun horaire minimum n'est garanti, le travailleur est libre de refuser la mission proposée, l'idée étant qu'il a généralement d'autres activités en parallèle. Cependant, il ne faut pas rêver. Ces conditions minimales de travail ne sont pas toujours respectées par manque d'information.

En soi licite, mais ...

En dépit des inconvénients majeurs qu'il présente pour le travailleur à qui le marché de l'emploi n'offre pas d'autre alternative, le travail sur appel n'est pas interdit par la loi. Toutefois, le Tribunal fédéral (ci-après TF) exige que les employeurs qui ont recours à cette forme de flexibilité de l'emploi respectent toutes les dispositions impératives du droit du travail. A savoir: respect du délai de congé applicable et paiement du salaire jusqu'à échéance du contrat si l'employeur désire mettre un terme aux rapports de travail. En effet, 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, soit en principe les douze derniers mois de travail. De même, un empêchement non fautif de travailler – maladie ou accident, par exemple – ne le dispense pas non plus de verser le salaire au travailleur sur appel. En effet, dans la mesure où les rapports de travail durent depuis plus de trois mois ou ont été conclus pour plus de trois mois, ce sont les mêmes règles qui s'appliquent à tout travailleur.

Temps d'attente entre les missions

Le TF s'est également posé la question de la rémunération du temps pendant lequel le travailleur reste à disposition de l'employeur. A cet égard, il a admis que la disponibilité externe du travailleur doit être rémunérée, en précisant toutefois qu'elle ne saurait l'être au même tarif que l'activité principale. Cette différence se justifie par le fait que pendant ce temps d'attente, le travailleur peut exercer une autre activité.

La flexibilité qu'offre cette forme de contrat a tout pour séduire les entreprises. Il ne faut cependant pas se leurrer: dans la jungle du travail sur appel, il est difficile de savoir dans quelle mesure les règles minimales sont respectées.