

Mémento: Location de services et travail sur appel

Le besoin de flexibilisation est au premier plan, tant dans la location de services que dans le travail sur appel. Il y a cependant lieu de faire une distinction conceptuelle entre les deux formes de travail précitées, qui suivent des règles différentes.

Néanmoins, le travail sur appel peut être admis aussi dans le champ d'application de la location de services, pour autant que les règles en vigueur dans ce secteur - par exemple en ce qui concerne le temps de travail et l'indemnité pour service de permanence - soient observées.

1. Définition du travail sur appel

S'agissant de la nature juridique de l'appel, il faut distinguer entre deux formes:

a) *travail sur appel au sens propre*

Dans le véritable travail sur appel, l'employeur a un droit exclusif de fixer le moment et la durée de l'engagement effectif au travail. Le travailleur est donc tenu en principe, en cas d'appel, d'accepter l'activité. Dans cette forme véritable du travail sur appel, il s'agit - quant à la détermination du lieu et de la durée des horaires de travail - de différencier:

- i) *Lieu indéterminé et durée indéterminée*: le travailleur doit assurer en permanence pour la durée usuelle des horaires de travail un service de permanence et donner suite aux appels à intervalles irréguliers
- ii) *Lieu déterminé et durée indéterminée*: le service de permanence peut être réduit contractuellement à une période de temps déterminée. Les appels interviennent cependant aussi en ce cas à intervalles irréguliers
- iii) *Lieu indéterminé et durée déterminée*: le travailleur doit assurer en permanence pour la durée usuelle des horaires de travail un service de permanence. Toutefois, une certaine durée minimale du travail peut être convenue par contrat (→ voir système de temps de travail modulable, p. 2)

Dans le véritable travail sur appel, il y a lieu de rémunérer les engagements de travail effectifs. Le Tribunal fédéral a posé dans son arrêt ATF 124 III 249 que le service de permanence a, lui aussi, impérativement pour conséquence une obligation d'indemnisation.

b) *pseudo-travail sur appel*

Le pseudo-travail sur appel suppose un droit de refus de la part du travailleur. Donc, il s'agit plutôt d'un travail occasionnel que d'un travail sur appel.

Seul est à rémunérer le temps de travail effectivement fourni. La question de l'indemnisation des frais du service de permanence est irrelevante sous cette forme, car le travailleur peut librement décider via son droit de refus s'il veut accepter ou non l'engagement.

2. Compatibilité de la location de services et du travail sur appel

Les horaires de travail qui sont réglés dans le contrat de mission constituent dans le cadre de la location de services le fondement du paiement du salaire et doivent être indemnisés. Le risque que l'entreprise locataire ne puisse pas proposer le travail dans la mesure convenue est supporté par le bailleur de services.

a) travail sur appel au sens propre

Selon art. 19, al. 2, let. d LSE, le bailleur de services est tenu de convenir par écrit de l'horaire de travail avec le travailleur. C'est pourquoi l'horaire de travail doit être réglé dans le contrat de travail de façon à ce que le travailleur puisse savoir clairement dans quelle mesure il doit mettre ses services à disposition et quel salaire il est en droit d'attendre pour ses services.

La location de services sous forme de travail sur appel au sens propre n'est donc envisageable que dans la situation mentionnée ci-dessus sous *chif. 1. a) iii*) („lieu indéterminé et durée déterminée“). La durée (minimale) de travail doit être impérativement définie afin de satisfaire à l'exigence de l'art. 19, al. 2, let. d LSE. En conséquence, le Seco considère lui aussi dans sa Directive 2009/2 que seule cette forme du travail sur appel peut être concevable dans la location de services.

Dans le contrat de mission, un taux d'occupation "travail sur appel" n'est cependant pas admissible. Le nombre d'heures de travail hebdomadaires ou journalières, resp. „40 h/semaine“ ou „8 h/jour“, est donc à indiquer impérativement dans le contrat de travail. Il est recommandé dans cette mesure d'opérer avec le système de temps de travail modulable (cf. à ce sujet p. 3 de la Directive mentionnée du Seco):

- ⇒ Exemple: *"L'horaire de travail normal est de 30 h/sem. au minimum et de 42 h/sem. au plus. Les heures effectuées, mais 30 h/sem. au moins sont en principe rémunérées au salaire horaire convenu. Une indemnité de x... francs est versée pour les heures excédant 30 h/sem. et ne dépassant pas 42 h/sem. qui n'ont pas été accomplies. Le collaborateur doit se tenir à disposition de la SA X pendant ce temps."*

Dans ce modèle, c'est toujours la durée de travail minimale mentionnée et l'éventuelle durée de travail fournie en excédent qui doit être indemnisée au salaire horaire convenu. Pour le temps dans l'espace modulable où le travailleur ne peut pas travailler parce que l'entreprise locataire n'a pas besoin de lui, il faut lui verser une indemnité par analogie au travail sur appel. Mais le Tribunal fédéral ne s'est pas exprimé au sujet du montant de cette indemnité. Il y a lieu d'observer sur ce point les principes suivants: le service de permanence peut être rémunéré par un salaire réduit. Plus le délai de préavis de travail est court, plus l'aménagement du temps libre du travailleur est restreint, raison pour laquelle l'indemnité pour le service de permanence doit être elle aussi plus élevée.

Par contre, les variantes mentionnées ci-dessus sous *chif. 1. a) i) et ii)* ne sont pas autorisées dans le rapport de location de services, car elles ne fixent justement pas la durée du temps de travail. Elles ne peuvent donc pas satisfaire aux exigences de l'art. 19, al. 2, let d LSE (cf. p. 2 ss de la Directive précitée du Seco).

b) pseudo-travail sur appel

En cas de pseudo-travail sur appel, employeur et employé disposent ensemble de l'autonomie de temps, ce qui signifie que les deux parties s'entendent au cas par cas sur une mission de travail.

Cette forme du travail sur appel correspond en fait à celle du travail temporaire (cf. art. 27, al. 2 OSE). Un éventuel appel est en cas de pseudo-travail sur appel à considérer comme une simple offre parce que le travailleur peut refuser la proposition d'engagement. Par conséquent, un contrat de travail écrit est conclu pour chaque mission (→ voir également notre mémento sur les contrats de travail en chaîne).

Il est également possible d'opérer en l'occurrence avec le système de temps de travail modulable (cf. à ce sujet le chiffre 2, p. 3 de la Directive du Seco). Comme le travailleur peut cependant fixer lui-même combien de temps il entend travailler dans le cadre de l'espace modulable, seul le temps de travail effectivement fourni est à rémunérer:

- ⇒ Exemple: *"L'horaire de travail normal est de 30 h/sem. au minimum et de 42 h/sem. au plus. Les heures effectuées, mais 30 h/sem. au moins sont en principe rémunérées au salaire horaire convenu. Aucune indemnité n'est prévue pour un travail non fourni à partir de 30 h/sem. et jusqu'à 42 h/sem. Le collaborateur est libre pendant ce temps et n'a pas à se tenir à disposition de la Société X."*

Dübendorf, en mars 2017

Si vous avez des questions, notre service juridique est à votre disposition: <http://swissstaffing.ch/services/rechtsdienst/>