

DROIT DU TRAVAIL

OCTOBRE 2020
NEWSLETTER 09

JURISPRUDENCES COMMENTÉES – EXEMPLES PRATIQUES – ACTUALITÉS & PERSPECTIVES



Chère lectrice, cher lecteur,

Quels sont les devoirs de la personne qui va être licenciée ou qui est en voie de l'être? Elle doit, sans atermoiement, chercher un emploi, dès avant son inscription au chômage. Le service de piquet pose des problèmes récurrents, notamment en ce qui concerne le temps de travail et la rémunération. On traitera aussi d'un arrêt relatif aux contrats en chaîne et aux conséquences de leur requalification. Les questions que l'on peut (ou non) poser à l'embauche doivent être choisies avec soin.

Nous concluons avec un autre arrêt qui présente une situation de mobilité internationale et les conséquences qui en découlent, notamment en ce qui concerne la qualification du contrat et sa dénonciation.

Bonne lecture!

Philippe Ehrenström, LL.M., avocat

CONTENUS DE CETTE ÉDITION:

■ L'obligation de chercher un emploi pendant le délai de congé	1
■ Service de piquet: un service à la clientèle	3
■ Indemnité de vacances et délais de résiliation	6
■ Questions durant l'entretien d'embauche	9
■ Actualité jurisprudentielle: Brèves	11

L'obligation de chercher un emploi pendant le délai de congé

L'employé licencié a l'obligation de chercher un emploi déjà pendant le délai de congé, sauf à s'exposer à des sanctions. Nous examinerons ci-après le cadre et les conditions de cette obligation.

■ Par Philippe Ehrenström, LL.M., avocat, Genève et Onnens (VD)

Conditions d'octroi de l'indemnité de chômage

L'art. 8 de la loi fédérale du 25 juin 1982 sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité (loi sur l'assurance-chômage, LACI; RS 837.0) énumère les conditions d'octroi de l'indemnité de chômage.

L'assuré doit ainsi, pour bénéficier de cette prestation, être sans emploi ou partiellement sans emploi, avoir subi une perte de travail à prendre en considération, être domicilié en Suisse, avoir achevé sa scolarité obligatoire et n'avoir pas encore atteint l'âge donnant droit à une rente AVS et ne pas toucher de rente de vieillesse de l'AVS, remplir les conditions rela-

tives à la période de cotisation ou en être libéré, être apte au placement et enfin satisfaire aux exigences de contrôle (art. 8 al. 1 LACI).

Ces conditions sont cumulatives (ATF 124 V 215 consid. 2).

Elles sont précisées par plusieurs dispositions de la LACI et de l'ordonnance sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité, du 31 août 1983 (OACI – RS 837.02).

L'obligation de chercher un emploi

La condition de satisfaire aux exigences de contrôle, posée par l'art. 8 al. 1 let. g LACI, renvoie aux devoirs de l'assuré et prescriptions de contrôle prévus par l'art. 17 LACI. Cette disposition impose aux chômeurs des



Service de piquet: un service à la clientèle, mais quelles règles lui appliquer en droit du travail?

Si le service de piquet est usuel dans le domaine médical, de plus en plus d'entreprises offrent aujourd'hui un service 7/7 et 24/24 à leur clientèle, pour assurer un dépannage ou faire face à des situations d'urgence. De tels services sont relativement fréquents dans les domaines de l'informatique et/ou de l'économie digitale. Un tel service, qui met en œuvre une disponibilité permanente de l'entreprise, pose de multiples questions en droit du travail, en relation par exemple avec la durée du travail ou la rémunération de la disponibilité.

■ Par Marie-Gisèle Danthe, avocate, spécialiste FSA en droit du travail, Lausanne

1. Définition

En droit suisse, le droit privé du travail ne connaît pas la notion de service de piquet. Dans la mesure où ce système de temps de travail implique une disponibilité étendue et très large des collaborateurs, c'est la législation de droit public du travail, destinée à protéger les travailleurs, qui régit le service de piquet. Aux termes de l'art. 14 al. 1 OLT1,¹ est réputé service de piquet le temps pendant lequel le travailleur se tient, en sus du travail habituel, prêt à intervenir, le cas échéant, pour remédier à des perturbations, porter secours en cas de situations d'urgence, effectuer des visites de contrôle ou faire face à d'autres situations particulières analogues. Cette définition met en avant d'une part que le service de piquet s'effectue en plus de l'activité ordinaire, d'autre part qu'il est accompli en vue de parer à des urgences ou à des perturbations, soit pour faire face à des situations exceptionnelles.

La planification du service de piquet par l'employeur doit respecter des règles précises. Dans les relations de travail avec les collaborateurs, les questions relatives à la comptabilisation du service de piquet comme temps de travail ou à la rémunération du temps mis à disposition par le personnel doivent être clarifiées, afin d'éviter d'éventuelles mauvaises surprises.

2. Planification du service de piquet

Les al. 2 à 4 de l'art. 14 OLT1 prévoient des règles de planification concernant le service

de piquet. Au moment d'instaurer un tel service, l'employeur doit donc se référer à ces dispositions, qui prescrivent une planification du service de piquet par période de quatre semaines. Dans cette période, le piquet doit être organisé de telle manière que le temps consacré à ce service ne dépasse pas sept jours (consécutifs ou non) sur quatre semaines, étant précisé que le travailleur ne peut être affecté à aucun service de piquet au cours des deux semaines consécutives à son dernier service de piquet (art. 14 al. 2 OLT1). Une dérogation à ces principes est possible pour les entreprises dont la taille et la structure ne permettent pas de disposer des ressources nécessaires en personnel, qui peuvent prévoir un maximum de quatorze jours de piquet par période de quatre semaines, pour autant que le nombre d'interventions effectuées pendant le piquet n'excède pas cinq par mois en moyenne par année civile (art. 14 al. 3 OLT1). Malgré cet assouplissement, il est en tous les cas évident que le service de piquet ne peut pas être assuré en permanence par un seul et unique collaborateur, même si ce dernier se porte volontaire.

Il arrive que le service de piquet doive être assuré de nuit ou le dimanche. Dans cette hypothèse, l'employeur est tenu de requérir auprès des autorités compétentes un permis concernant la durée du travail, sauf s'il s'agit de circonstances exceptionnelles (art. 26 OLT1) ou s'il s'agit d'une entreprise où le travail de nuit ou du dimanche n'est pas soumis à autorisation (OLT2).

Lorsqu'il met en œuvre un service de piquet, l'employeur doit donc s'assurer de planifier le service par période de quatre semaines et de respecter le nombre maximum de jours de piquet autorisés par l'art. 14 OLT1. Il doit également veiller à disposer des autorisations nécessaires en matière de durée du travail.

3. Comptabilisation du service de piquet dans la durée du travail

Une des difficultés liées au service de piquet réside dans la manière dont il faut comptabiliser le temps mis à disposition par le collaborateur dans la durée du travail.

A cet égard, l'art. 15 OLT1 distingue entre le service de piquet effectué dans l'entreprise et le service de piquet effectué en dehors de l'entreprise. Si le service de piquet est effectué dans l'entreprise, l'intégralité du temps mis à la disposition de l'employeur compte comme durée du travail (art. 15 al. 1 OLT1), ce qui peut avoir une incidence considérable sur le nombre d'heures de travail, voire d'heures supplémentaires ou de travail supplémentaire effectué, avec toutes les conséquences qui s'ensuivent en matière de compensation. En revanche, si le service de piquet est effectué en dehors de l'entreprise, le temps consacré au service de piquet ne compte comme durée du travail que dans la mesure de l'activité effectivement déployée pour l'employeur, y compris le trajet pour se rendre sur le lieu de travail et en revenir (art. 15 al. 2 OLT1), ce qui réduit de manière notable le risque pour l'employeur de se voir exposé à une réclamation liée à des heures supplémentaires pendant le service de piquet.

Même si l'art. 15 OLT1 ne précise pas le délai d'intervention, il est généralement admis que lorsque le service de piquet exige qu'il intervienne dans un délai extrêmement bref (par ex. 15 minutes après l'appel), le travailleur n'est pratiquement pas en mesure de quitter l'entreprise et ne peut donc pas profiter de ses loisirs. Dans de telles situations, il faudra prendre en considération toutes les circonstances du service de piquet afin de décider si tout le temps consacré au piquet doit être compté dans la durée du travail ou si seules les interventions vont l'être. Pour des situations extrêmes, l'employeur pourrait courir le risque que le ser-



Indemnité de vacances et délais de résiliation en cas de contrats de travail conclus «à la chaîne»

Un enseignant, employé depuis plusieurs années déjà sur la base de contrats de travail à durée déterminée successifs, a été finalement licencié pour différents motifs. Dans deux arrêts joints rendus le 7 octobre 2019 (4A_215/2019 et 4A_217/2019), le Tribunal fédéral a dû se prononcer sur le fait de savoir s'il s'agissait, dans le cas présent, de contrats en chaîne illicites et quelles en étaient les conséquences en matière de délai de résiliation et d'indemnité de vacances.

■ Par David Schneeberger, docteur en droit, avocat, M.A. de l'universität de Saint-Gall

Faits/Contexte

B travaillait en tant qu'enseignant depuis 2000 auprès de l'École de commerce A sur la base de contrats de travail à durée déterminée successifs. D'abord conclus par trimestre pour les années 2000 à 2012, ces contrats ont par la suite porté sur une année académique complète (du 1^{er} septembre au 31 juillet). Tous les contrats signés par les parties, sauf deux, prévoyaient une rémunération à l'heure ainsi qu'une indemnité de 13,04% pour les vacances.

Différents reproches ont été formulés à l'endroit de l'enseignant (demandeur) par l'école (défenderesse) au cours des rapports de travail. Ceux-ci portaient notamment sur l'utilisation et la vente par le demandeur d'un recueil de textes publié par lui-même à certains étudiants malgré l'interdiction de la défenderesse, la tenue d'un langage inadéquat durant ses cours ainsi que la consommation d'alcool dans le cadre de son travail. Par courrier électronique du 1^{er} mai 2014, un employé de l'école a signifié à l'enseignant que l'établissement avait pris la décision de mettre fin à leur collaboration à compter du semestre suivant. Il a précisé que les cours que donnait le demandeur seraient confiés à d'autres professeurs et qu'un module lui serait toutefois attribué pour le mois de septembre 2014.

En guise de motifs de licenciement, l'école s'est fondée sur la vente par le demandeur de son recueil de textes malgré l'interdiction

lui ayant été faite et les avertissements lui ayant été donnés, pareil comportement ayant causé, de l'avis de la défenderesse, la rupture du lien de confiance qui unissait les parties.

Au cours du mois de septembre 2014, le demandeur a dispensé un cours d'un module du Master of Business Administration (MBA). A partir du mois d'octobre, plus aucun cours ne lui a été confié. Par courrier du 6 octobre 2014, l'enseignant a fait part à l'école de son opposition à la résiliation des rapports de travail pour non-respect de certaines exigences de forme figurant dans la convention collective de travail. Par courrier recommandé du 21 novembre 2014, la défenderesse a répondu ne pas pouvoir entrer en matière concernant la poursuite de son activité, lui reprochant la tardiveté de son opposition.

Par demande du 7 mars 2016, le demandeur a conclu à ce que la défenderesse soit condamnée à lui verser les sommes de CHF 38 000.—, sous déduction des charges sociales et avec intérêts à 5% l'an dès le 1^{er} mars 2015, de CHF 29'731.20, sous déduction des charges sociales et avec intérêts à 5% l'an dès le 1^{er} janvier 2013, et de CHF 22 800.—, avec intérêts à 5% l'an dès le 21 novembre 2014. Par acte du 3 septembre 2018, la défenderesse a interjeté appel contre le jugement rendu par le Tribunal civil de l'arrondissement de Lausanne. Par arrêt du 7 mars 2019, la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal du canton de Vaud a partiellement admis l'appel. Les deux parties ont alors fait recours contre

ce jugement auprès du Tribunal fédéral. Ce dernier s'est prononcé le 7 octobre 2019 (arrêts du TF 4A_215/2019 et 4A_217/2019).

Dispositions légales déterminantes

Art. 2, al. 2 CC

L'abus manifeste d'un droit n'est pas protégé par la loi.

Art. 20, al. 2 CO

Si le contrat n'est vicié que dans certaines de ses clauses, ces clauses sont seules frappées de nullité, à moins qu'il n'y ait lieu d'admettre que le contrat n'aurait pas été conclu sans elles.

Art. 335, al. 2 CO

Ces délais [de résiliation] peuvent être modifiés par accord écrit, contrat-type de travail ou convention collective; des délais inférieurs à un mois ne peuvent toutefois être fixés que par convention collective et pour la première année de service.

Arrêt du Tribunal fédéral

3. L'école soulève deux griefs.

3.1.

3.1.1.

La défenderesse estime tout d'abord que les relations de travail entre les parties se sont terminées en juillet 2014, à l'exception du module donné par le demandeur en septembre 2014. Elle juge que c'est à tort que l'instance précédente a qualifié le contrat liant les parties de contrat à durée indéterminée. Selon elle, la nature de l'activité de la défenderesse justifie la conclusion successive de contrats à durée déterminée entre les parties. Elle soutient que l'opposition du demandeur à son licenciement était à cet égard dénuée de pertinence en raison de sa tardiveté. Elle ajoute que même si l'on devait admettre qu'un contrat à durée indéterminée liait les parties, le prétendu vice de forme de la résiliation étant sans incidence, le demandeur ayant indéniablement reçu, compris et accepté le contenu du courrier électronique du 1^{er} mai 2014.

3.1.2.

Si le droit suisse autorise en principe les parties à passer un nouveau contrat de durée déterminée à la suite d'un contrat identique, l'art. 2 al. 2 CC, qui prohibe la fraude à la