



Berne, le 17 novembre 2021

---

## **Réglementer le travail sur appel**

Rapport du Conseil fédéral  
donnant suite au postulat 19.3748, Cramer du  
20 juin 2019

---



## Table des matières

<b>1</b>	<b>Le postulat</b> .....	<b>4</b>
<b>2</b>	<b>Introduction: qu'est-ce qu'un contrat de travail sur appel?</b> .....	<b>5</b>
<b>2.1</b>	<b>Selon le code des obligations</b> .....	<b>5</b>
2.1.1	Le contrat de travail et ses différentes formes définies dans le CO .....	5
2.1.2	Le contrat de travail sur appel.....	5
2.1.3	Distinction avec d'autres formes de contrat de travail .....	6
2.1.4	Notion retenue dans ce rapport .....	6
<b>2.2</b>	<b>Pour l'assurance-chômage</b> .....	<b>7</b>
<b>3</b>	<b>Examen sous l'angle du Code des obligations (CO)</b> .....	<b>7</b>
<b>3.1</b>	<b>Temps de travail et travail sur appel</b> .....	<b>7</b>
<b>3.2</b>	<b>Durée de travail variable</b> .....	<b>8</b>
<b>3.3</b>	<b>Durée fixée librement par l'employeur</b> .....	<b>8</b>
3.3.1	Délais de congé .....	9
3.3.2	Demeure de l'employeur et risque de l'entreprise .....	9
<b>3.4</b>	<b>Qualification du temps d'attente</b> .....	<b>11</b>
3.4.1	Qualification de temps de travail.....	11
3.4.2	Rémunération.....	11
<b>3.5</b>	<b>Appréciation</b> .....	<b>12</b>
<b>4</b>	<b>Examen sous l'angle de la Loi sur l'assurance-chômage (LACI)</b> .....	<b>14</b>
<b>4.1</b>	<b>Droit aux indemnités de chômage</b> .....	<b>14</b>
4.1.1	Introduction .....	14
4.1.2	Conditions.....	13
<b>4.2</b>	<b>En cas de contrat de travail sur appel</b> .....	<b>17</b>
4.2.1	Le rapport de travail a pris fin .....	17
4.2.2	Le rapport de travail se poursuit .....	17
4.2.3	Subrogation.....	19
4.2.4	Constante disponibilité sur appel .....	20
4.2.5	Contrat de travail sur appel conclu en vue de diminuer le dommage .....	20
<b>5</b>	<b>Perspectives</b> .....	<b>22</b>
<b>5.1</b>	<b>Sous l'angle du Code des obligations</b> .....	<b>22</b>
5.1.1	Code des obligations: tentatives passées .....	22
5.1.2	Code des obligations : Po. 19.3748 Cramer.....	23
5.1.3	Code des obligations: nécessité d'agir .....	24
<b>5.2</b>	<b>Sous l'angle de l'assurance-chômage</b> .....	<b>28</b>
5.2.1	Examen de la proposition du postulat.....	28
5.2.2	Intervenir sur le régime juridique actuel.....	28
<b>5.3</b>	<b>Conclusions</b> .....	<b>31</b>
<b>6</b>	<b>Bibliographie</b> .....	<b>33</b>



## Résumé

Le postulat Cramer 19.3748 charge le Conseil fédéral d'établir un rapport qui examine si le travail sur appel est réglé de façon satisfaisante sous l'angle du code des obligations (CO) et sous l'angle de la loi fédérale sur l'assurance-chômage (LACI).

Le présent rapport dresse un état des lieux et étudie quelques perspectives envisageables. Notamment, il se penche sur les avantages et les inconvénients d'une réglementation sous l'angle du CO et sur les possibles améliorations du régime juridique de l'assurance-chômage (AC).

Après examen, il apparaît que le droit en vigueur, qu'il s'agisse du CO ou de la LACI autorise le travail sur appel et garantit son indemnisation mais pose des limites à cette forme de travail. Ces limites s'additionnent et se complètent si bien que la protection globale peut être considérée comme satisfaisante, car elle n'interdit pas de facto cette forme de travail flexible tout en corrigeant le déséquilibre en défaveur du travailleur.

Certes, le régime juridique actuel qui assure la protection des personnes employées sur appel est relativement complexe et sa mise en œuvre est exigeante pour l'ensemble des acteurs. Cependant, ce système fonctionne dans l'ensemble de manière satisfaisante et le rapport montre qu'il n'existe pour l'heure aucune nécessité impérieuse de modifier le CO ou la LACI en ce qui concerne le seul travail sur appel.

A cet égard, une réflexion plus large est indiquée. La numérisation conduit en effet à la création d'emplois atypiques, qui remettent en cause la qualification du rapport de travail salarié, qui est une condition préalable à l'application de la protection du droit du travail et de l'AC. Le Conseil fédéral examine actuellement l'évolution des formes d'emploi atypiques dans plusieurs rapports sur des questions concernant la numérisation.



# 1 Le postulat

Le thème de la flexibilisation du temps de travail fait l'objet d'une attention particulière de l'ensemble des acteurs du monde du travail. En particulier, le contrat de travail sur appel est régulièrement l'objet de débats au niveau politique. Il est également très discuté au niveau juridique, par la doctrine et la jurisprudence.

Dans ce contexte, le 20 juin 2019, monsieur Robert Cramer, député au Conseil des États (Genève ; Groupe des Verts) a déposé un postulat intitulé « Réglementer le travail sur appel » (19.3748), dont la teneur est la suivante:

« Le travail sur appel se généralise et pose problème. Il se justifie d'examiner si la législation est toujours adaptée à cette réalité. Afin de mieux réglementer le travail sur appel, le Conseil fédéral est invité à examiner notamment la possibilité:

1. de compléter l'article 319 du Code des obligations par un troisième alinéa libellé comme suit: « Le contrat de travail mentionne nécessairement au minimum la durée moyenne du temps de travail »;
2. d'exiger de l'assurance-chômage que son seul critère d'admission lors de l'inscription soit d'avoir cotisé sur un salaire brut mensuel minimum de 500 francs suisses. Ainsi, tout travailleur sur appel ayant gagné un salaire brut mensuel d'au moins 500 francs suisses pendant 12 mois au cours des deux dernières années aurait droit à des indemnités journalières. ».

Le 11 septembre 2019, ne suivant pas l'avis du Conseil fédéral, le Conseil des États a accepté le postulat.

Le présent rapport se penche sur la question du travail sur appel. Pour ce faire, après une introduction consacrée à la définition du contrat de travail sur appel, il reprend la structure en deux parties du postulat. Premièrement, il examine si la question du travail sur appel est réglée de façon satisfaisante sous l'angle du Code des obligations (CO)<sup>1</sup> et ensuite sous l'angle de la loi fédérale sur l'assurance-chômage (LACI)<sup>2</sup>. Enfin, sur la base de cet état des lieux, il étudie quelques perspectives envisageables et en tire les conclusions.

Pour la partie du rapport relative au CO, aucun apport externe n'a été sollicité. Concernant la partie consacrée à l'AC, les organes d'application de la LACI ont été consultés.

---

<sup>1</sup> RS 220

<sup>2</sup> Loi sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité du 31 août 1983 (LACI), RS 837.0



## 2 Introduction: qu'est-ce qu'un contrat de travail sur appel?

### 2.1 Selon le code des obligations

#### 2.1.1 Le contrat de travail et ses différentes formes définies dans le CO

Le contrat de travail est défini à l'art. 319, al. 1, du CO<sup>3</sup> : « Par le contrat individuel de travail, le travailleur s'engage, pour une durée déterminée ou indéterminée, à travailler au service de l'employeur et celui-ci à payer un salaire fixé d'après le temps ou le travail fourni (salaire aux pièces ou à la tâche). » Les caractéristiques légales du contrat de travail généralement reconnues sur la base de cette définition sont : une prestation de travail, un lien de subordination, un salaire et une durée<sup>4</sup>. L'art. 319, al. 2, CO mentionne le contrat de travail à temps partiel et établit qu'il s'agit également d'un contrat de travail. Les règles générales des art. 319 ss CO ne définissent pas d'autres formes de contrat de travail, même si certaines formes particulières sont ponctuellement mentionnées, comme le travail aux pièces ou à la tâche (art. 326 s. CO) ou le travail domestique (art. 328a CO). Le CO définit sinon des contrats de travail spéciaux, soumis à des règles particulières : le contrat d'apprentissage (art. 344 ss CO), le contrat d'engagement de voyageur de commerce (art. 347 ss CO) et le contrat de travail à domicile (art. 351 ss CO).

#### 2.1.2 Le contrat de travail sur appel

Le contrat de travail « sur appel » n'est donc pas défini dans le CO. Cette forme de travail consiste à faire travailler le travailleur selon le volume de travail à effectuer. L'employeur va donc « appeler » le travailleur lorsqu'il a besoin de lui, le travailleur étant le reste du temps à disposition. Le travail sur appel présente ainsi plusieurs caractéristiques :

- Le temps de travail pendant lequel le travailleur accomplit une prestation effective n'est pas fixé à l'avance, sous la forme d'une durée du travail et d'horaires réguliers par exemple, mais est déterminé unilatéralement par l'employeur selon ses besoins.
- Les périodes de travail effectif n'étant pas prévues à l'avance, elles seront variables tant par leur durée que par leur fréquence ou le moment où elles seront fixées.
- En dehors des périodes de travail effectif, un temps d'attente est fixé au travailleur, pendant lequel il se tient à disposition au cas où l'employeur aurait besoin de lui.
- Les durées variables du travail effectif impliquent également des revenus variables.

Le Tribunal fédéral distingue entre le travail sur appel proprement dit, lorsque le travailleur est obligé d'accepter les offres de l'employeur, et le travail sur appel improprement dit, lorsque le travailleur a la possibilité de les refuser<sup>5</sup>.

<sup>3</sup> RS 220

<sup>4</sup> TF, 06.08.2020, 4A\_64/2020, c. 6.1 et références citées.

<sup>5</sup> TF, 07.10.2017, 4A\_334/2017, c. 2.2.



### 2.1.3 Distinction avec d'autres formes de contrat de travail

Outre la distinction entre travail sur appel proprement ou improprement dit, le travail sur appel peut être délimité par rapport à d'autres types de contrat de travail. Nous évoquerons ici le service de piquet, le travail à temps partiel et le travail occasionnel.

Le service de piquet est défini à l'art. 14 de l'Ordonnance 1 relative à la loi sur le travail (OLT 1)<sup>6</sup> comme « 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 situation d'urgence, effectuer des visites de contrôle ou faire face à d'autres situations particulières analogues. » Comme pour le travail sur appel, le travailleur se tient à disposition et est appelé en cas de besoin. Le service de piquet se distingue toutefois sur deux points : il s'agit d'un temps distinct qui s'ajoute au travail habituel et les tâches à accomplir ne sont pas celles normalement accomplies mais doivent relever, selon la définition légale, de situations particulières comme des interventions en cas d'urgence<sup>7</sup>.

Le travail à temps partiel est une catégorie générale qui se définit par un temps de travail inférieur à la durée de travail normalement définie – en général hebdomadaire. Il existe plusieurs formes de travail à temps partiel, suivant notamment que le temps de travail est régulier ou irrégulier<sup>8</sup>. Le travail sur appel est souvent considéré comme une forme de travail à temps partiel irrégulier. Cela signifie que les durées ou les horaires de travail sont variables. Le travail sur appel se distingue d'autres formes de travail à temps partiel irrégulier, en ce que, pour ces dernières, les périodes de travail ne sont pas définies selon les besoins de l'employeur. Ainsi, le travailleur peut fixer la durée ou les horaires de travail de manière autonome dans un certain cadre. L'on peut aussi se demander si l'on est en présence de travail sur appel lorsque le délai d'annonce des durées et horaires de travail est long, ou lorsque les plages horaires de travail sont définies pour de longues périodes<sup>9</sup>.

Le travail occasionnel consiste en des engagements ponctuels et irréguliers déterminés par les besoins de l'employeur. Ces caractéristiques sont identiques à celles du travail sur appel. Le travail occasionnel s'en distingue toutefois du fait que chaque engagement constitue, sous réserve de l'abus de droit et des « contrats en chaîne », un contrat distinct, et qu'il n'y a pas d'obligation pour le travailleur d'accepter des propositions futures<sup>10</sup>.

### 2.1.4 Notion retenue dans ce rapport

Nous nous limiterons dans le présent rapport au travail sur appel proprement dit (ci-après « travail sur appel »), car la problématique abordée par le postulat concerne cette forme de travail. Dans le travail sur appel improprement dit en effet, le travailleur, du fait qu'il peut refuser les offres potentielles de l'employeur, garde la maîtrise de son temps. Il peut ainsi s'engager auprès d'autres employeurs et disposer d'autres revenus. Par contre, le travailleur qui est obligé d'accepter les offres de l'employeur doit rester à disposition et ne peut par conséquent pas disposer librement de son temps. C'est l'absence de travail combinée à l'obligation d'être à disposition pour le travailleur, corrélée à la liberté, pour l'employeur, d'appeler ou non le travailleur, qui est la problématique de fond du travail sur appel<sup>11</sup> et qui est celle que décrit le postulat. En effet, le travailleur qui ne reçoit pas d'offre de travail est privé de

<sup>6</sup> RS 822.111

<sup>7</sup> Sur cette distinction, notamment, SENTI (2020), 2 ss.

<sup>8</sup> Parmi d'autres, CS-DUNAND, art. 319 CO N 50

<sup>9</sup> Sur le lien entre délai d'appel et notion de travail sur appel : ZEIN, 531 s.

<sup>10</sup> TF, 8C\_318/2014, 21.5.2015, c. 5.1. Sur les « contrats en chaîne », voir ATF 139 III 145, c. 4.1

<sup>11</sup> Notamment, MURER, 356 ; BYRNE-SUTTON, 93-94.



revenu et n'est pas libre de disposer autrement de son temps. C'est cette combinaison qui fait du travail sur appel une forme de travail précaire<sup>12</sup> et ce d'autant plus si le niveau du salaire est bas.

## 2.2 Pour l'assurance-chômage

La nature du contrat qui lie les parties a une incidence sur le droit de la personne assurée aux prestations de l'AC. En pratique, l'existence d'un contrat de travail sur appel n'est pas toujours clairement établie et les points de vue de l'employeur et du travailleur peuvent s'avérer contradictoires à ce sujet. Les organes d'exécution de l'AC peuvent donc être amenés, dans un premier temps, à se prononcer sur cette question. Toutefois, lorsque les parties saisissent la justice civile afin de clarifier précisément l'existence d'un engagement sur appel, les organes d'exécution de l'AC sont alors tenus par les conclusions du juge civil et par la définition établie en droit du travail (ci-dessus ch. 2.1).

# 3 Examen sous l'angle du Code des obligations (CO)

## 3.1 Temps de travail et travail sur appel

Le contrat de travail tel que défini à l'art. 319, al. 1, CO se caractérise par une prestation de travail fournie pendant une durée, pour laquelle le travailleur reçoit un salaire. Le salaire et la durée de travail étant dans un rapport d'échange direct, l'existence de revenus suffisants dépend de la durée travaillée. Une durée fixe dans le contrat permettra ainsi de percevoir un salaire fixe et assurera un revenu stable et prévisible. Le volume de travail à fournir est aussi défini par cette durée. Ce sera par exemple typiquement le temps pendant lequel le travailleur se rend à son lieu de travail, lieu où il est à disposition de l'employeur. Avant et après cela, il s'agit de temps libre. Ce modèle classique (« typique ») de travail comprend donc deux éléments sur le plan contractuel: tout d'abord, une durée de travail qui est fixée dans le contrat ; ensuite, cette durée de travail constitue du temps de travail clairement délimité du temps libre, pendant lequel le travailleur n'a pas d'obligation. Le travail sur appel remet en cause ces deux éléments : d'une part, la durée de travail va varier, étant fixée de manière unilatérale par l'employeur et, d'autre part, le temps pendant lequel le travailleur est à disposition mais ne fournit pas de travail effectif est considéré comme distinct du temps de travail effectif sans que le travailleur ne soit complètement libre. Cela aura mécaniquement un effet sur le revenu, qui sera variable et ne sera potentiellement pas assuré pendant le temps d'attente, la question étant de savoir si cette catégorie intermédiaire entre temps libre et temps de travail effectif est rémunérée.

Les contrats « zéro heure » intègrent ces deux aspects : d'une part, aucune durée contractuelle n'est fixée dans le contrat, l'employeur disposant de la faculté de la déterminer unilatéralement et d'autre part, le temps d'attente du travailleur est considéré comme du temps libre non rémunéré. Ainsi, par exemple, une caissière qui travaille selon un modèle classique se rend au magasin le matin et rentre à la fin de sa journée à la maison. Elle est payée pour ce temps de travail. Dans un modèle de travail sur

<sup>12</sup> Sur cette notion et son application au travail sur appel, voir notamment, CONSEIL FEDERAL (2006), 4



appel, elle sera convoquée lorsque des clients sont là, travaillera le temps nécessaire, puis partira lorsqu'il n'y aura plus de travail, pour revenir au prochain appel. Elle sera payée pour les périodes pendant lesquelles elle travaille.

Toute la question est de savoir si de tels contrats sont possibles en droit suisse du travail. Est-ce qu'une durée du travail variable est possible ? Est-ce qu'elle peut être unilatéralement et librement fixée par l'employeur ? Est-ce que le temps d'attente peut être juridiquement qualifié de temps libre ou est-ce du temps de travail ou encore une catégorie intermédiaire distincte ?

## 3.2 Durée de travail variable

La réglementation de la durée de travail comprend plusieurs aspects : la loi peut fixer une durée de travail légale, elle peut fixer des durées maximales ou peut encore prévoir que cette durée doit figurer dans le contrat. Le droit suisse ne connaît pas de durée légale du travail. La loi sur le travail (LTr) limite à plusieurs égards la durée du travail à son ch. III, intitulé « Durée du travail et repos ». Elle fixe ainsi en particulier une durée maximale hebdomadaire de travail (art. 9, al. 1, LTr). Bien que l'art. 319, al. 1, CO en fasse un élément essentiel du contrat de travail, les art. 319ss CO ne règlent pas la durée du travail de manière spécifique et n'exigent en particulier pas que le contrat comprenne une durée fixe. La durée du travail est indirectement mentionnée à l'art. 321c, al. 1, CO qui définit les heures supplémentaires comme « des heures de travail plus nombreuses que ne le prévoit le contrat ou l'usage, un contrat-type de travail ou une convention collective ». L'art. 330b, al. 1, let. e, CO exige certes une information écrite sur la durée hebdomadaire du travail. Mais cette disposition, adoptée pour faciliter les contrôles dans le cadre des mesures d'accompagnement, n'impose pas la forme écrite pour les contrats de travail visés<sup>13</sup> ni n'impose d'accord sur une durée fixe de travail<sup>14</sup>. Et si certains avis doctrinaux ont pu considérer que la durée du travail, en tant qu'élément essentiel du contrat, doit être déterminée ou déterminable<sup>15</sup>, le Tribunal fédéral en a jugé autrement en lien précisément avec le travail sur appel<sup>16</sup>. Par voie de conséquence, des formes de travail flexibles impliquant des durées de travail variables ou irrégulières sont possibles en droit suisse (horaires de travail flexibles ou temps de travail annualisé p.ex.)<sup>17</sup>. Les congés, les temps de repos ou la durée maximale hebdomadaire, de même que la protection de la personnalité du travailleur (art. 328 CO), fixent un cadre aux variations possibles. Reste à déterminer, dans le cas spécial du travail sur appel, si cette variation peut être librement déterminée par l'employeur.

## 3.3 Durée fixée librement par l'employeur

Le contrat de travail contient en général des règles sur la durée du travail. Comme exposé ci-dessus, une durée fixe ne doit pas nécessairement être convenue. Il est ainsi possible de fixer une durée minimale ou une durée moyenne et de permettre des fluctuations. Pour ce qui est du contrat de travail sur appel, il réservera à l'employeur le droit de fixer la durée de travail selon ses besoins, avec l'obligation pour le travailleur d'accepter les offres de l'employeur. Ce ch. 3.3 va examiner les limites fixées par les règles impératives du droit du travail à une telle clause. La jurisprudence s'est ainsi fondée

<sup>13</sup> BRUCHEZ/MANGOLD/SCHWAAB, art. 330b CO N 3

<sup>14</sup> PIETRUSKAK, N. 30

<sup>15</sup> BYRNE-SUTTON, 103-104 ; GEISER (2014), 235 et AUBERT, 226, sur la base d'autres arguments.

<sup>16</sup> ATF 124 III 249, c. 2a

<sup>17</sup> STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, art. 321 CO N 9





sur les règles concernant les délais de congé (art. 335 ss CO, ci-après ch. 3.3.1) et la demeure de l'employeur (art. 324 CO, ci-après ch. 3.3.2). Le régime juridique du temps d'attente sera examiné au ch. 3.4.

### 3.3.1 Délais de congé

Le contrat de travail de durée indéterminée peut être résilié par chacune des parties (art. 335, al. 1, CO). Des délais légaux de congé sont prévus aux art. 335b ss CO. Après le temps d'essai, les délais légaux prévus à l'art. 335c, al. 1, CO peuvent certes être modifiés par accord écrit, contrat-type de travail ou convention collective, mais ils ne peuvent être inférieurs à un mois que pendant la première année de service et s'ils sont fixés par convention collective (art. 335c, al. 2, CO). Le but des délais de congé est de permettre au travailleur de trouver un nouvel emploi tout en maintenant l'essentiel de ses ressources<sup>18</sup>. Sur cette base, le Tribunal fédéral a jugé que « Lorsqu'il permet une diminution brutale du volume mensuel de travail, le contrat de travail sur appel vide de sa substance la protection impérative liée au délai de congé; il en résulte une violation manifeste de l'art. 335c CO... »<sup>19</sup>. Une première limite est ainsi fixée à la liberté de déterminer unilatéralement la durée du travail : si le contrat de travail est résilié, l'employeur ne peut décider de diminuer fortement le volume de travail. S'il le fait, il sera tenu de payer le salaire pour le travail manquant. Une incertitude subsiste sur la définition de la diminution « abrupte ». Quant au salaire à payer en cas de diminution abrupte, le Tribunal fédéral a jugé que le salaire « sera calculé sur la base de la moyenne des rémunérations perçues pendant une période déterminée équitablement... » en appliquant par analogie de l'art. 37, al. 1 à 3, OACI<sup>20</sup>.

Il est ainsi admis aujourd'hui que les règles sur le délai de congé garantissent au travailleur une durée moyenne de travail pendant le délai de congé et donc aussi le revenu correspondant jusqu'à la fin du contrat<sup>21</sup>. L'état de fait de l'ATF 125 III 65 et l'effet de la décision sont très concluants : un agent de sécurité sur appel payé à l'heure réalisant un revenu de l'ordre de 4'000.- s'est retrouvé avec un salaire de 300.- en janvier 1997, son employeur l'ayant remercié car il n'avait plus de travail à lui donner. L'agent s'est vu reconnaître un délai de congé légal de 2 mois pour la fin d'un mois et le versement du salaire pour cette période restante, que l'on peut supposer être de l'ordre de 2'000 CHF<sup>22</sup>.

### 3.3.2 Demeure de l'employeur et risque de l'entreprise

Dans l'ATF 125 III 65 évoqué ci-dessus, le Tribunal fédéral s'est également fondé sur l'art. 324 CO. Selon l'art. 324, al. 1, CO, si l'employeur empêche par sa faute l'exécution du travail ou se trouve en demeure de l'accepter pour d'autres motifs, il reste tenu de payer le salaire sans que le travailleur doive encore fournir son travail. Le Tribunal fédéral a jugé en lien avec le travail sur appel qu' « il résulte de l'art. 324 al. 1, CO que le risque de l'entreprise incombe non pas au travailleur, mais à l'employeur. En conséquence, lorsque, pour des motifs économiques, il refuse la prestation de travail dûment offerte, l'employeur tombe en demeure et reste devoir le salaire (ATF 124 III 346 consid. 2a p. 349 et les références). Cette règle est impérative, de sorte que le travailleur ne peut pas valablement renoncer à son bénéfice pendant la durée du contrat et durant le mois qui suit la fin de celui-ci (art. 362 et 341, al. 1, CO). »<sup>23</sup> Rappelant ensuite que les règles de l'art. 326 CO sur le travail à la pièce ou à la tâche sont

<sup>18</sup> ATF 125 III 65 c, 4b, aa ; 124 III 346, c. 2b

<sup>19</sup> ATF 125 III 65 c, 4b, aa

<sup>20</sup> ATF 125 III 65, c. 5

<sup>21</sup> STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, art. 321 CO N 18 et décisions cantonales citées.

<sup>22</sup> Le travailleur requérait le paiement de 7'631.70 devant le Tribunal fédéral, qui correspondent à la somme allouée en première instance pour les mois de janvier à avril 1997 et qui ont été calculés sur la moyenne des rémunérations en 1995 et 1996 (voir ATF 125 III 65, Faits, let. B).

<sup>23</sup> ATF 126 III 65, c. 5



un cas d'application de la demeure de l'employeur, il conclut que l'art. 326 CO «...confirme que, dans le cadre de l'art. 324, al. 1, CO, le législateur n'a pas voulu permettre à l'employeur de déterminer unilatéralement, en fonction de ses propres besoins, la durée du travail et la rétribution du travailleur. » et que « La loi ne réserve aucune exception à l'application de l'art. 324, al. 1, CO en faveur du travail sur appel. ... Force est ainsi d'admettre que l'autorité intimée a clairement violé cette disposition en jugeant que le travailleur pouvait valablement accepter de prendre à sa charge les risques qui, de par la loi, incombaient à l'employeur. »<sup>24</sup>.

L'interprétation du Tribunal fédéral telle qu'elle ressort de ce passage semble indiquer que le travail sur appel est en soi contraire à l'interdiction de reporter le risque de l'entreprise sur le travailleur. Cela répondrait également à une certaine logique, car le travail sur appel permet à l'employeur d'adapter la durée du travail selon ses besoins et que ses besoins sont fonction de facteurs économiques, dont il doit, en tant que libre entrepreneur, assumer le risque. Toutefois le Tribunal fédéral admet expressément que le travail sur appel est licite, mais donne au travailleur, comme indiqué plus haut, le droit à un salaire moyen calculé sur une période à déterminer équitablement.

Dans le cas traité par le Tribunal fédéral, le litige portait sur le versement du salaire pendant le délai de congé. La problématique du travail sur appel pendant le délai de congé peut être résolue sur la base des art. 335a ss CO. L'intérêt pratique de la règle de l'art. 324 CO est de poser une limite lorsque le contrat n'est pas résilié. Le travail sur appel reste ainsi possible et l'employeur peut définir unilatéralement le volume de travail selon ses besoins. Il doit toutefois fournir du travail en quantité suffisante sans quoi il est en demeure et doit le salaire.

Ce principe a été confirmé par la jurisprudence, notamment dans une décision récente du Tribunal fédéral concernant un peintre en bâtiment qui, sur une période d'une année environ, a été appelé à travailler jusqu'à 80 heures certains mois et pas du tout à d'autres périodes, à teneur du moins de ce qui a pu être établi par les tribunaux qui ont jugé cette affaire<sup>25</sup>. Le Tribunal fédéral réaffirme que « même si, par définition, le volume du travail sur appel varie selon les circonstances, l'employeur - qui supporte le risque d'entreprise selon la règle impérative de l'art. 324, al. 1, CO - ne peut pas refuser d'un jour à l'autre les services du travailleur et le priver subitement de toute rémunération (cf. art. 326 CO); jusqu'à l'échéance du délai de congé, le travailleur a donc droit à son salaire, calculé sur la base de la moyenne des rémunérations perçues pendant une période déterminée équitablement... »<sup>26</sup>. Le travailleur sur appel doit ainsi « ...pouvoir compter sur un certain taux d'activité pendant toute la durée des rapports de travail, sans être soumis au bon vouloir de l'employeur s'agissant de sa rémunération moyenne... »<sup>27</sup>. Cette décision a été critiquée car elle reviendrait de facto à interdire le travail sur appel<sup>28</sup>. Elle peut toutefois être comprise comme permettant cette forme de travail tout en y posant des limites : une diminution abrupte du volume de travail n'est pas possible et entraîne le versement du salaire afférent à l'activité moyenne accomplie par le travailleur. La doctrine très largement majoritaire admet la licéité du travail sur appel avec une limite à poser aux fluctuations possibles, en s'appuyant sur l'art. 324 CO, mais aussi sur l'art. 326, al. 1 et 4, CO appliqué par analogie, ou sur l'art. 349a, 2, CO, qui assure une « rémunération convenable » au voyageur de commerce payé exclusivement ou

<sup>24</sup> *Ibid.*

<sup>25</sup> TF, 4A\_534/2017, 27.8.2018, voir lit. A.

<sup>26</sup> *Ibid.*, c. 4.1

<sup>27</sup> *Ibid.*, c. 4.3

<sup>28</sup> VON KAENEL (2019), 232 (N. 1 et 3)



principalement à la provision<sup>29</sup>. Une autre approche doctrinale consiste à se fonder sur le principe de la confiance et à garantir au travailleur sur appel que le travail effectué avec une certaine régularité pendant une certaine période soit offert par la suite<sup>30</sup>, car il peut s'attendre de bonne foi à être sollicité dans la même mesure à l'avenir.

Certes, cette approche qui admet des fluctuations du volume de travail dans une certaine mesure laisse plusieurs questions ouvertes<sup>31</sup> et tout particulièrement : quelle période de référence considérer pour juger d'une diminution abrupte ou de la régularité des volumes de travail ? Quelle variation est à considérer comme abrupte et donc comme un transfert illicite du risque de l'entreprise ? Il n'en reste pas moins établi que le travailleur sur appel dispose d'une durée minimale de travail garantie ou au moins du salaire correspondant, sur la base des règles générales impératives du droit du contrat de travail.

L'autre question à examiner est celle de la qualification du temps d'attente de temps de travail à rémunérer ou de temps libre qui ne doit pas être rémunéré.

## 3.4 Qualification du temps d'attente

### 3.4.1 Qualification de temps de travail

Dans l'ATF 124 III 249, le Tribunal fédéral, qui avait à juger d'un cas de travail sur appel, a défini le « travail » ainsi : une personne « travaille » dans la mesure où elle est disposée à répondre aux besoins de l'employeur, étant précisé qu'elle ne doit pas nécessairement être active, le simple fait d'être disposé à travailler répondant déjà aux besoins de l'employeur<sup>32</sup>. Le Tribunal fédéral conclut ainsi que le temps d'attente passé dans les locaux de l'employeur est à qualifier de temps de travail normal, équivalent au temps passé à accomplir l'activité convenue<sup>33</sup>. Quant au temps passé sur appel en dehors des locaux de l'employeur, il s'agit aussi de temps affecté aux besoins de l'employeur si bien qu'il s'agit également de temps de travail<sup>34</sup>. Cette jurisprudence est bien établie et reste incontestée aujourd'hui.

Si les deux formes de temps d'attente, dans les locaux ou hors des locaux de l'employeur, sont toutes deux indistinctement qualifiées de temps de travail, elles sont traitées différemment au niveau de leur rémunération.

### 3.4.2 Rémunération

Le Tribunal fédéral a ainsi estimé que le travailleur qui attend d'être affecté à une activité dans l'entreprise ne peut aucunement disposer de ce temps pour ses besoins propres si bien qu'il s'agit pleinement de temps de travail à rémunérer au taux plein<sup>35</sup>. Par contre, le temps d'attente passé hors de l'entreprise ne sert pas pleinement les besoins de l'employeur et peut être affecté aux besoins

<sup>29</sup> Notamment, BRUCHEZ/MANGOLD/SCHWAAB, art. 319 N 16; AUBERT, 226; SENTI (1998), 1243; HENNEBERGER/RIEDER, 1065-1067; CS-DUNAND, art. 319 N 57, STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, art. 319 N 18; WYLER/HEINZNER, 267 et 271; plus strict, RONCORONI, 1418. Pour un aperçu complet, voir ZEIN, 536-537.

<sup>30</sup> BK-REHBINDER/STÖCKLI, art. 319 N 30; BRÜHWILER, art. 319 CO N 11 s.

<sup>31</sup> Voir VON KAENEL, 232-233

<sup>32</sup> C. 3b.

<sup>33</sup> C. 3a.

<sup>34</sup> C. 3b.

<sup>35</sup> ATF 124 III 249, c. 3a



propres du travailleur, tant que cela reste compatible avec l'obligation d'être disponible en cas de demandes de l'employeur<sup>36</sup>. Ce temps d'attente ne doit donc pas, poursuit le Tribunal fédéral, être rémunéré au taux plein. Conformément à l'art. 322, al. 1, CO, si le taux n'est pas fixé par contrat individuel de travail ou convention collective, il sera déterminé selon l'usage. A défaut, il sera fixé en équité.

Un élément important de cette jurisprudence est que ces règles peuvent être écartées par voie conventionnelle. Les parties peuvent donc convenir de rémunérer le temps d'attente en entreprise à un taux réduit ou exclure toute rémunération, et peuvent inclure la rémunération du temps d'attente hors entreprise dans le salaire<sup>37</sup>. Un salaire minimum prévu par convention collective ne peut toutefois être interprété comme incluant la rémunération pour le temps d'attente<sup>38</sup>. Et l'inclusion de la rémunération du temps d'attente dans le salaire doit respecter les limites générales du droit des contrats<sup>39</sup> : le Tribunal fédéral a ainsi admis qu'un salaire de l'ordre de 4'000.- qui comprend la rémunération du temps d'attente n'est pas contraire aux bonnes mœurs (art. 20 CO), au vu du montant du salaire et du caractère peu contraignant du régime de piquet pratiqué<sup>40</sup>. L'on peut en déduire que des clauses incluant la rémunération du temps d'attente pourraient être contraires aux bonnes mœurs et donc illicites si le salaire est bas et le régime de l'attente contraignant.

Cette jurisprudence sur le taux de rémunération du temps d'attente a été confirmée et appliquée de manière constante par le Tribunal fédéral et les instances cantonales, au travail sur appel mais aussi à d'autres formes de temps d'attente comme le service de piquet<sup>41</sup>. Ses implications pour le travail sur appel sont les suivantes:

- Le temps pendant lequel le travailleur est à disposition est à considérer comme du temps de travail.
- Ce temps d'attente est à rémunérer au taux plein si l'attente a lieu dans les locaux de l'employeur ou à un taux réduit par rapport au salaire de base si le travailleur peut quitter le lieu de travail et se contenter d'être joignable.
- La rémunération du temps d'attente, sous ses deux formes, peut être librement aménagée par convention et être comprise dans le salaire.
- Si elle n'est pas fixée par accord et qu'elle ne peut être déduite de l'usage, la rémunération du temps d'attente hors des locaux de l'employeur se déterminera en équité, suivant le degré de liberté dont dispose le travailleur : la fréquence des appels et le délai à disposition pour répondre à l'appel seront à prendre en compte à cet égard<sup>42</sup>.

### 3.5 Appréciation

Des limites au travail sur appel ont donc été posées par la jurisprudence sur la base des règles générales du droit du contrat de travail.

Ainsi, le temps d'attente est qualifié de temps de travail et il doit, de ce fait, être rémunéré. Cette protection peut toutefois être écartée par contrat ou dans une convention collective. Si l'on considère de manière isolée la possibilité d'écarter conventionnellement la rémunération du temps d'attente, il

<sup>36</sup> ATF 124 III 249, c. 3b

<sup>37</sup> ATF 124 III 249, c. 3a et c

<sup>38</sup> ATF 124 III 249, c. 3c

<sup>39</sup> GEISER (1997), 1334-1336 ; CLASS, 37-38

<sup>40</sup> TF, 4A\_523/2010, 22.11.2010, c. 5.2.

<sup>41</sup> Voir les exemples cités par HENNEBERGER/RIEDER, 1059-1060 et ZEIN, 535.

<sup>42</sup> Dans ce sens, sur la base de la jurisprudence et de la doctrine, HENNEBERGER/RIEDER, 1062 ss et 1065 ss.



faudrait admettre que des contrats « zéro heure » sont possibles : le travailleur ne reçoit pas de rémunération pour son temps d'attente si bien qu'il est privé de toute rémunération si l'employeur ne fait pas appel à ses services. Mais l'on a vu que de telles clauses doivent tout d'abord respecter les limites générales du droit des contrats et peuvent être contraires aux bonnes mœurs – et donc nulles selon l'art. 20, al. 1, CO – si le niveau du salaire est bas et le régime de l'appel contraignant. Mais aussi et surtout, le fait qu'une activité en quantité suffisante doive être garantie au travailleur, sur la base des règles impératives sur les délais de congés et sur la demeure de l'employeur et le transfert du risque de l'entreprise, exclut la possibilité de tels contrats. L'interprétation souple de cette limite, qui consiste à admettre une certaine fluctuation du volume de travail, implique qu'il n'y a pas d'interdiction de facto du travail sur appel, puisque l'employeur garde la possibilité de faire varier le temps de travail suivant ses besoins. Les limites à poser à cette liberté et les critères à appliquer comportent certes des incertitudes, si bien que la limite exacte des fluctuations possibles du temps de travail n'est pas précisément définie. Il n'en reste pas moins que les tribunaux disposent des bases juridiques nécessaires de décision dans un cas concret, même si les principes jurisprudentiels actuels peuvent encore être précisés.



## 4 Examen sous l'angle de la Loi sur l'assurance-chômage (LACI)

### 4.1 Droit aux indemnités de chômage

#### 4.1.1 Introduction

L'AC a pour but d'offrir aux chômeurs un revenu compensatoire et s'efforce de réinsérer rapidement les personnes à la recherche d'un emploi dans le marché du travail (art. 1a LACI). La protection chômage telle que nous la connaissons actuellement est essentiellement prévue pour donner aux personnes qui ont perdu leur travail le temps nécessaire pour trouver l'emploi répondant au mieux à leurs qualifications.

L'une des principales prestations de l'AC est donc d'accorder aux personnes touchées par le chômage une compensation de leur perte de revenu. Ainsi, en cas de perte de travail, des indemnités adéquates sont versées à certaines conditions (ci-dessous, ch. 4.1.2).

A cet égard, l'AC n'a pas pour mission de prendre en charge, la perte de travail du travailleur qui est encore en emploi, ni le risque entrepreneurial. C'est à titre exceptionnel que l'AC indemnise le travailleur dont le rapport de travail n'est pas résilié, ce qui, par ailleurs, engendre un régime juridique relativement complexe que nous allons présenter dans les chapitres suivants.

#### 4.1.2 Conditions

Conformément à la loi, la personne assurée a droit à l'indemnité de chômage (IC) si elle remplit l'ensemble des conditions prévues à l'art. 8 LACI :

- être sans emploi ou partiellement sans emploi (art. 10 LACI) ;
- avoir subi une perte de travail à prendre en considération (art. 11 et 11a LACI) ;
- être domicilié en Suisse (art. 12 LACI) ;
- avoir achevé sa scolarité obligatoire, ne pas encore avoir atteint l'âge donnant droit à une rente AVS et ne pas toucher de rente de vieillesse de l'AVS (art. 39 et 40 LAVS) ;
- remplir les conditions relatives à la période de cotisation ou en être libéré (art. 13, 14 LACI) ;
- être apte au placement (art. 15 LACI) ;
- se soumettre aux prescriptions de contrôle (art. 17 LACI).

En particulier, quatre de ces conditions se révèlent importantes dans le cadre de cette étude.

##### 4.1.2.1 Etre sans emploi

Le droit à l'IC suppose notamment que la personne assurée soit sans emploi ou partiellement sans emploi (art. 8, al. 1, let. a, LACI).

La personne assurée qui n'est pas partie à un rapport de travail et qui cherche à exercer une activité à plein temps est considérée comme étant au chômage complet alors qu'est réputée partiellement au chômage celle qui n'est pas partie à un contrat de travail et cherche à n'exercer qu'une activité à temps



partiel. Est également réputée partiellement au chômage la personne assurée qui occupe un emploi à temps partiel et cherche à le remplacer par une activité à plein temps ou à le compléter par une autre activité à temps partiel (art. 10, al. 1 et 2 LACI). Le fait d'être partiellement au chômage suppose de la part de la personne assurée la volonté de quitter son emploi à temps partiel si elle trouve un emploi à plein temps durable.

La personne assurée, qui a droit au versement de son salaire ou d'une indemnité par son ancien employeur, mais dont les rapports de travail ont définitivement cessé, est également considérée au chômage (chômage de fait). En effet, selon la pratique et la jurisprudence, le chômage commence, non pas à la cessation juridique, mais à la fin définitive effective du rapport de travail. L'élément déterminant consistant à savoir si les parties au contrat continuent ou non à fournir les prestations caractéristiques du rapport de travail (travail et salaire). Ainsi, par exemple, la personne salariée, partie à un contrat-cadre de travail, en vertu duquel l'entreprise de travail temporaire n'est tenue de payer le salaire que pendant la durée effective de la mission, est en principe également réputée au chômage pendant la période qui s'écoule entre deux missions.<sup>43</sup>

Par contre, n'est pas réputée au chômage la personne assurée qui est partie à un contrat de travail mais dont l'horaire de travail normal est temporairement réduit pour des motifs économiques ou pour cause de mauvais temps.<sup>44</sup>

#### **4.1.2.2 Subir une perte de travail**

La personne assurée a droit à l'IC si, entre autres conditions, elle subit une perte de travail à prendre en considération (art. 8, al. 1, let. b, LACI). Selon cette disposition, la perte de travail est prise en considération lorsqu'elle se traduit par un manque à gagner et dure au moins deux journées de travail consécutives (art. 11, al. 1, LACI). Autrement dit, la perte de travail ouvre droit à l'IC lorsqu'elle atteint une durée minimale entraînant une perte de gain minimale.

S'agissant des personnes partiellement sans emploi, la perte de travail est prise en considération si elle représente au moins deux journées de travail en l'espace de deux semaines (art. 5 OACI)<sup>45</sup>. Il y a perte de gain lorsque la perte de revenu atteint plus de 20 % ou 30 % du gain assuré.

#### **4.1.2.3 Remplir les conditions relatives à la période de cotisation**

L'art. 13, al. 1, LACI dispose que la personne assurée qui, dans les limites du délai-cadre prévu à cet effet (art. 9 LACI), a exercé durant douze mois au moins une activité soumise à cotisation remplit les conditions relatives à la période de cotisation.

L'ordonnance sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité du 31 août 1983 (OACI)<sup>46</sup> précise que compte comme mois de cotisation, chaque mois civil, entier, durant lequel la personne assurée est tenue de cotiser (art. 11, al. 1). Les périodes de cotisation qui n'atteignent pas un mois civil entier sont additionnées, 30 jours sont réputés constituer un mois de cotisation (al. 2).

<sup>43</sup> ATF 119 V 156; SECO, Bulletin LACI IC, B82

<sup>44</sup> Ces éventualités sont couvertes par l'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail (RHT) et par l'indemnité en cas d'intempéries (INTEMP).

<sup>45</sup> TF, 8C 455/2008

<sup>46</sup> RS 837.02



La période de cotisation des personnes occupées à temps partiel est calculée d'après les règles applicables aux travailleurs occupés à plein temps. Lorsque la personne assurée exerce simultanément plusieurs activités à temps partiel, la période de cotisation ne compte qu'une seule fois (al. 4).

A cet égard, peu importe que la personne assurée ait été occupée de façon régulière ou irrégulièrement, à l'heure ou à la journée, à temps partiel ou à plein temps pendant un rapport de travail (comme en cas de contrat de travail sur appel). Si la personne assurée a travaillé chez le même employeur et tous les mois, toute la durée du rapport de travail peut être prise en compte.

Ainsi, lorsque des missions sont effectuées de manière irrégulière dans le cadre d'un seul et même contrat de travail (un contrat de travail sur appel), tous les mois comportant une période de travail sont considérés comme un mois entier de cotisation. Ceci vaut également pour les mois durant lesquels la personne assurée n'a travaillé que quelques jours, voire seulement un jour. Les mois durant lesquels elle n'a pas du tout travaillé ne sont pas considérés comme période de cotisation.<sup>47</sup>

#### 4.1.2.4 Etre apte au placement

Est réputée apte à être placée la personne au chômage qui est disposée à accepter un travail convenable et à participer à des mesures d'intégration et qui est en mesure et en droit de le faire (art. 15, al. 1, LACI). L'aptitude au placement comprend ainsi deux éléments: la capacité de travail d'une part, c'est-à-dire la faculté de fournir un travail - plus précisément d'exercer une activité lucrative salariée - sans que la personne assurée en soit empêchée pour des causes inhérentes à sa personne, et d'autre part la disposition à accepter un travail convenable au sens de l'art. 16 LACI, ce qui implique non seulement la volonté de prendre un tel travail s'il se présente, mais aussi une disponibilité suffisante quant au temps que la personne assurée peut consacrer à un emploi et quant au nombre des employeurs potentiels<sup>48</sup>.

Ainsi, lorsqu'une personne assurée est disposée à travailler, en mesure et en droit de le faire et qu'elle cherche du travail, elle est en principe considérée comme apte à être placée, indépendamment de ses chances sur le marché du travail. Par contre, si, en raison de sa situation personnelle et familiale ou pour des raisons d'horaire, elle ne peut ou ne veut pas se mettre à disposition comme on pourrait l'exiger normalement d'un travailleur, elle doit être considérée comme inapte au placement<sup>49</sup>.

Les personnes assurées partiellement au chômage sont donc réputées aptes à être placées si elles sont disposées et en mesure d'accepter un emploi convenable d'au moins 20 % d'un emploi à plein temps<sup>50</sup>. Dès lors, un travail qui exige de la personne employée une constante disponibilité sur appel sans garantie d'un certain volume de travail hypothèque son aptitude au placement et n'est pas considéré comme convenable<sup>51</sup>.

<sup>47</sup> TF, 8C\_20/2008 et 8C\_836/2008; SECO, Bulletin LACI IC, B150a

<sup>48</sup> TF, 125 V 51 c. 6a; TF, 123 V 214 c. 3; TF, 8C\_435/2019 c. 3.1

<sup>49</sup> SECO, Bulletin LACI IC, B247

<sup>50</sup> TF, 120 V 385

<sup>51</sup> SECO, Bulletin LACI IC, B296





## 4.2 En cas de contrat de travail sur appel

### 4.2.1 Le rapport de travail a pris fin

Lorsque le contrat de travail sur appel est résilié dans le respect du délai de congé légal ou contractuel, le travailleur a droit aux prestations de chômage aux mêmes modalités que tout autre personne assurée. En effet, si le rapport de travail a pris fin et que toutes les conditions du droit sont remplies, la personne a droit à l'IC. Le fait qu'il s'agisse d'un contrat de travail sur appel n'est, dans cette situation, pas déterminant.

### 4.2.2 Le rapport de travail se poursuit

Lorsque le contrat de travail sur appel n'est pas résilié, mais que le nombre d'appels vient à se réduire ou à cesser, le travailleur se trouve dans une situation particulière, dans laquelle le droit aux prestations de chômage ne lui est ouvert qu'à titre exceptionnel.

#### 4.2.2.1 Principe

Dans ces circonstances, la condition du droit à l'indemnité prévue par l'art. 8, al. 1, let. b, LACI (subir une perte de travail à prendre en considération) n'est pas remplie. L'absence momentanée de travail étant contractuellement convenue, la personne employée sur appel ne subit aucune perte de travail et de revenu au sens de l'article 11, al. 1, LACI pendant la période où elle n'est pas appelée.

En effet, selon une jurisprudence constante, la perte de travail est calculée en règle générale en fonction de l'horaire de travail habituel dans la profession ou le domaine d'activité concernés ou, le cas échéant, en fonction de l'horaire de travail prévu par une convention particulière (par exemple une CCT). En cas de travail sur appel, la personne employée ne subit, en principe, pas de perte de travail, respectivement pas de perte de gain à prendre en considération lorsqu'elle n'est pas appelée<sup>52</sup>. En conséquence, elle n'a pas droit aux prestations de chômage.

#### 4.2.2.2 Exception

Une dérogation à ce principe général est admise par la jurisprudence et la pratique. Lorsqu'une personne s'engage à fournir un travail sur appel pour une durée indéterminée et que les appels cessent ou diminuent momentanément, alors que la personne assurée a été appelée de manière plus ou moins constante pendant une période prolongée (période de référence), la perte de travail et de gain peut, exceptionnellement, être prise en considération. Plus les appels ont été réguliers, plus la période de référence sera courte<sup>53</sup>.

A cet égard, afin de pouvoir déterminer si l'activité exercée est suffisamment régulière, l'organe de compensation de l'AC<sup>54</sup> a établi des critères précis<sup>55</sup>.

---

<sup>52</sup> TF, 8C 532/2017, c. 2.2

<sup>53</sup> TF, 8C 812/2017 et la jurisprudence citée

<sup>54</sup> L'organe de compensation de l'AC est administré par le Secrétariat d'Etat à l'économie (SECO) conformément à l'art. 83 LACI.

<sup>55</sup> SECO, Bulletin LACI IC, B95 ss.



### **Lorsque le rapport de travail sur appel a duré moins de deux ans**

Les douze derniers mois ou toute la durée du rapport de travail s'il a duré entre six et douze mois sont pris en considération comme période de référence. En dessous de six mois d'activité, l'organe de compensation de l'AC estime qu'il est impossible de déterminer un temps de travail normal.

De plus, pour qu'un temps de travail puisse être présumé normal, il faut que les fluctuations mensuelles ne dépassent pas 20 %, en plus ou en moins, du nombre moyen des heures de travail fournies mensuellement pendant la période d'observation de douze mois ou 10 % si cette période est de six mois seulement. Si la période d'observation est inférieure à douze mois mais supérieure à six, le taux plafond des fluctuations admises sera proportionnellement ajusté ; pour une période d'observation de huit mois par exemple, ce plafond est de 13 % (20 % : 12 x 8). Si les fluctuations dépassent ne serait-ce qu'un seul mois le plafond admis, il ne peut plus être question d'un temps de travail normal et, en conséquence, la perte de travail et la perte de gain ne peuvent pas être prises en considération et le droit à l'IC ne peut pas être reconnu. Le Tribunal fédéral a estimé que cette méthode d'évaluation est appropriée en ce qui concerne les contrats de travail sur appel d'une durée relativement courte <sup>56</sup>.

Par exemple, si sur une période de douze mois avant la perte de travail de la personne assurée, il y a deux mois où celle-ci n'a pas travaillé et deux autres mois où elle n'a travaillé que deux et six jours. Dans de telles conditions, il est d'emblée évident que les fluctuations du temps de travail sont trop importantes pour admettre que l'activité exercée est suffisamment régulière pour tenir compte d'une perte de travail à prendre en considération et ouvrir un droit à l'IC<sup>57</sup>.

### **Lorsque le rapport de travail sur appel a duré deux ans ou plus**

Il est alors justifié, conformément à la jurisprudence du Tribunal fédéral<sup>58</sup>, de prolonger la période de référence au-delà de douze mois. Dans ce cas, il convient de prendre en compte le nombre d'heures de travail annuel et les fluctuations par rapport à la moyenne annuelle<sup>59</sup>. Il faut donc se fonder sur le nombre d'heures de travail accomplies par année (rétroactivement à partir de la date d'inscription au chômage) et examiner dans quelle mesure celui-ci s'écarte de la moyenne annuelle, soit du nombre moyen des heures accomplies annuellement. L'AC se fonde, au maximum, sur les cinq années précédant la baisse de travail. Par contre, s'il est possible de déterminer un temps de travail normal à partir de l'examen des comparaisons mensuelles des heures de travail, une vérification supplémentaire, au moyen de la comparaison annuelle, n'est pas nécessaire en cas de rapport de travail ayant duré plusieurs années<sup>60</sup>.

Si cette manière de mettre en œuvre l'exception admise par la jurisprudence est, en général, bien acceptée par les organes d'exécution de l'AC, l'expérience de ces derniers a toutefois révélé certains obstacles lors de son application (ci-dessous, ch. 5.2.2.3).

Enfin, il convient de relever que cette façon de calculer peut conduire à des résultats parfois dérangeants. Tel s'avère être le fait que plus la personne assurée a une durée de travail longue à faire valoir, plus elle est avantagée. En effet, sur une courte durée, la personne assurée se voit souvent

<sup>56</sup> TF, 8C 417/2013, c. 5.2.2

<sup>57</sup> TF, 8C 812 2017, c. 5.4.

<sup>58</sup> TFA, C 9/06; TF 8C\_625/2013, publié dans DTA 1/2014 p. 62

<sup>59</sup> TF, 8C 379/2010

<sup>60</sup> Pour un exemple chiffré voir SECO, Bulletin LACI IC, B97 et ci-dessus ch. 3.3.



refuser le droit aux IC, car elle obtient une fluctuation de 20% au moins une fois, durant la période concernée.

### 4.2.3 Subrogation

S'il existe de sérieux doutes que la personne assurée ait droit, pour la durée de la perte de travail, au versement par son ancien employeur d'un salaire ou d'une indemnité au sens de l'art. 11, al. 3, LACI (doutes quant à l'existence de droits) ou que ses prétentions soient satisfaites (doutes quant à l'obtention des droits existants), l'AC verse l'IC. En opérant le versement, elle se subroge (cession légale) à la personne assurée dans tous ses droits, y compris le privilège légal, jusqu'à concurrence de l'IC versée (art. 29 LACI).

En vertu de cette disposition, le droit au versement de l'IC ne présuppose pas que la personne assurée ait déjà fait valoir ses prétentions par voie judiciaire au moment où elle s'inscrit au chômage et la caisse de chômage est tenue de faire valoir la créance à laquelle elle s'est subrogée.

Des prétentions de salaire peuvent résulter du non-respect des délais de congé selon l'art. 335c CO ou d'une résiliation en temps inopportun selon l'art. 336c CO. A cet égard, en droit du travail, il n'est pas nécessaire, pour donner naissance au droit au salaire, que l'employeur bénéficie des services du travailleur, même si celui-ci doit les offrir. Si l'employeur empêche par sa faute l'exécution du travail ou se trouve en demeure de l'accepter pour d'autres motifs, il reste tenu de payer le salaire sans que le travailleur doive encore fournir le travail (art. 324, al. 1, CO)<sup>61</sup>.

#### Pendant le délai de congé

Lorsque l'employeur confirme que la cessation ou la diminution des appels n'est pas momentanée et qu'il n'a plus l'intention de faire appel au travailleur comme par le passé, cette situation est assimilée dans la pratique de l'AC à une résiliation sans respect du délai de congé. Cette pratique se fonde sur la jurisprudence du Tribunal fédéral exposée ci-dessus (ch. 3.3.1), selon laquelle l'employeur ne peut vider de sa substance la protection impérative liée au délai de congé en décidant abruptement de ne plus faire appel au travailleur plutôt que de mettre un terme aux rapports de travail moyennant respect du délai de congé<sup>62</sup>.

Dans la mise en œuvre, les organes d'exécution de l'AC sont confrontés à la difficulté de déterminer si l'employeur s'abstient seulement temporairement de faire appel au travailleur ou s'il existe une absence de respect du délai de congé. En effet, l'employeur ne se montre pas toujours très coopératif et le travailleur est parfois mal informé.

Dans une telle situation, la caisse de chômage verse les IC dès le début du délai de congé (chômage) et elle se subroge aux droits de la personne assurée vis-à-vis de l'employeur conformément à l'art. 29 LACI. A cet égard, comme exposé ci-dessus, le travailleur a droit, pendant le délai de congé, au versement du salaire pour un montant correspondant à la moyenne des rémunérations perçues avant la résiliation<sup>63</sup>.

<sup>61</sup> SECO, Bulletin LACI IC, B98 et C198 ss

<sup>62</sup> ATF 125 III 65, c. 4b

<sup>63</sup> Voir supra point 3.3.1 et les références citées



#### **En cas de chute momentanée des appels (ci-dessus, ch. 4.2.2.2)**

Le Tribunal Fédéral a établi que le risque économique de l'entreprise doit être exclusivement supporté par l'employeur selon la règle impérative de l'art. 324, al. 1, CO (ci-dessus, ch. 3.3.2). Et, qu'en conséquence, le travailleur sur appel doit pouvoir compter sur un certain taux d'activité pendant toute la durée des rapports de travail sans être soumis au bon vouloir de l'employeur s'agissant de sa rémunération moyenne.

Dès lors, lorsque que les appels cessent ou diminuent momentanément et que la perte de travail et de gain peut être prise en considération par l'AC, l'art. 29 LACI s'applique également dans ce cas. Les prétentions que la caisse de chômage subrogée aux droits du travailleur fait valoir ne concernent donc pas que la seule période du délai de congé.

A cet égard, au moment où les parties se retrouvent dans une procédure de conciliation, il est alors parfois difficile pour l'AC, qui a pris les prétentions du travailleur à son compte, de trouver un accord avec l'employeur qui respecte le cadre légal du CO, compte tenu, notamment, de l'effort que ce dernier doit fournir afin d'établir le salaire moyen dû.

### **4.2.4 Constante disponibilité sur appel**

Le travail sur appel n'est pas considéré comme convenable, au sens de l'article 16 LACI, lorsqu'il exige du travailleur une disponibilité sur appel constante, dépassant le cadre de l'occupation garantie. L'acceptation d'un travail de ce genre n'est pas dans l'intérêt de l'AC car la constante disponibilité sur appel, exigée de l'assuré sans garantie d'un certain volume de travail, hypothèque son aptitude au placement et peut empêcher son assignation à un emploi convenable<sup>64</sup>.

En conséquence, lorsque la personne assurée résilie un contrat de travail sur appel en raison du caractère trop extrême et imprévisible des fluctuations, elle n'est pas sanctionnée (par analogie à l'art. 16, al. 2, let. g, LACI). Dans ce cas, il n'y a pas de motif justifiant une suspension de son droit à l'IC pour chômage fautif selon l'art. 30, al. 1, let. a, LACI<sup>65</sup>.

### **4.2.5 Contrat de travail sur appel conclu en vue de diminuer le dommage**

#### **4.2.5.1 Droit aux indemnités**

Chaque personne assurée est tenue d'entreprendre tout ce qu'on peut raisonnablement exiger d'elle pour éviter le chômage ou l'abréger (art. 17 LACI).

Ainsi, une personne qui perd son emploi et accepte par la suite un rapport de travail sur appel pour diminuer le dommage à l'AC, ne se verra pas forcément refuser le droit aux indemnités à l'ouverture d'un délai-cadre d'indemnisation. Selon une jurisprudence constante du Tribunal fédéral, un rapport de

<sup>64</sup> SECO, Bulletin LACI IC, B296; Message du Conseil fédéral à l'appui de la deuxième révision partielle de la loi sur l'assurance-chômage, FF 1994 I 357.

<sup>65</sup> SECO, Bulletin LACI IC, B99



travail sur appel qui n'a pas été conclu volontairement après la perte d'un emploi, mais pour faire face à la nécessité et pour éviter le chômage, constitue une solution provisoire d'urgence. En s'engageant dans une relation sur appel, la personne assurée ne fait que ce qu'elle est tenue de faire en vertu de son obligation de diminuer le dommage à l'AC (art. 17 LACI)<sup>66</sup>.

Cependant, lorsque le rapport de travail sur appel s'inscrit dans la durée, il acquiert un caractère de normalité et le principe de diminution du dommage perd de sa pertinence. Ainsi, une activité sur appel qui dure depuis plus d'un an constitue un indice permettant de la qualifier de normale<sup>67</sup>.

A titre d'exemple, une personne assurée perd son emploi à 100 % et accepte dans la foulée un travail sur appel sans s'inscrire immédiatement au chômage. Si, après 7 mois, cette personne s'annonce auprès de l'AC sans pour autant abandonner cette activité sur appel, il convient alors de lui octroyer le droit aux indemnités car le travail sur appel a été accepté en vue de diminuer le dommage. Si cette même personne s'inscrit auprès de l'AC, après une période de 13 mois sans abandonner son activité sur appel, les autorités d'exécution de l'AC examinent alors son droit selon les règles énumérées au chapitre 4.2.2.<sup>68</sup>

#### 4.2.5.2 Gain intermédiaire

Lorsqu'une personne au chômage accepte, au nom de son devoir de diminuer le dommage à l'assurance, un travail sur appel, ce travail peut être considéré comme un gain intermédiaire (GI) au sens de l'art. 24 LACI<sup>69</sup>. Le GI (revenu provenant d'une activité salariée ou indépendante que la personne assurée perçoit pendant une période de contrôle et qui est inférieur à ses indemnités de chômage)<sup>70</sup>, donne droit à la compensation de la perte de gain, soit la différence entre le gain assuré et le GI, ce dernier devant être conforme, pour le travail effectué, aux usages professionnels et locaux.

Toutefois, en cas de contrat de travail sur appel conclu au cours d'un délai-cadre d'indemnisation et pris en considération à titre de GI pour le droit aux prestations, on ne peut plus parler, dans le cadre d'un nouvel examen des conditions du droit aux prestations pour l'ouverture éventuelle d'un délai-cadre supplémentaire, d'une activité exercée en vue de diminuer le dommage, compte tenu de la longue durée du rapport de travail<sup>71</sup>. Le Tribunal fédéral a nouvellement confirmé, qu'en ce qui concerne le travail sur appel, seule une protection sociale temporaire doit être accordée par l'AC. Permettre à cette couverture d'assurance de se poursuivre au-delà d'un délai-cadre d'indemnisation initial est non seulement étranger au système, mais entraîne aussi une inégalité de traitement inacceptable vis-à-vis des personnes assurées (au chômage complet) qui ont pris un revenu intermédiaire à temps partiel pendant un délai-cadre d'indemnisation en cours pour atténuer le dommage<sup>72</sup>.

Du point de vue de l'application de l'AC, une fois que la caisse de chômage a examiné et approuvé la demande d'IC, les personnes employées sur appel en GI n'occasionnent pas de problème spécifique. En particulier, cette situation n'affecte pas de manière déterminante la capacité de la personne à être placée, même si elle peut néanmoins engendrer certaines difficultés pour l'Office régional de placement

<sup>66</sup> TF, C 266/06 du 26 juillet 2007, c. 3.2 (SVR 2008 AIV n° 3 p. 6)

<sup>67</sup> SECO, Bulletin LACI IC, B100

<sup>68</sup> SECO, Bulletin LACI IC, B101-B101a

<sup>69</sup> DTA, 1996/97 p. 209

<sup>70</sup> SECO, Bulletin LACI IC, C123

<sup>71</sup> TF, 8C 46/2014

<sup>72</sup> TF, 8C 778/2019



(ORP) quant au conseil et à la participation aux mesures de marché du travail de la personne assurée. Cependant, comme nous l'avons déjà vu, un travail sur appel trop irrégulier peut être refusé à tout moment sans sanction au motif qu'il n'est pas convenable.

## 5 Perspectives

### 5.1 Sous l'angle du Code des obligations

#### 5.1.1 Code des obligations: tentatives passées

##### 5.1.1.1 Iv.pa. 02.417 Dormann

L'iv.pa. 02.417 Dormann « Réglementer le travail sur appel » a été déposée le 22 mars 2002. Elle demandait de régler le travail sur appel, dans le code des obligations ou dans une loi spéciale, sur les trois points suivants : régler la part de rémunération du temps d'attente, prévoir un délai de notification minimal pour les travaux à effectuer et prévoir une durée minimale de travail.

La Commission de l'économie et des redevances du Conseil national (CER-N) a donné suite à l'initiative le 18 novembre 2002. Le Conseil national en a fait de même le 23 septembre 2003. La CER-N a mis en place une sous-commission. Celle-ci a procédé à des auditions et a mandaté l'Office fédéral de la justice de lui soumettre des options pour mettre en œuvre les modifications demandées. Suite à l'examen de ces propositions, une majorité de la commission a décidé de ne pas entrer en matière sur les propositions de sa sous-commission et de classer l'initiative<sup>73</sup>. Le Conseil national a suivi la majorité de sa commission par 101 voix contre 79<sup>74</sup>.

D'un côté, la majorité de la CER-N et du Conseil a considéré que, malgré le risque d'abus bien réel, la jurisprudence du Tribunal fédéral offrait une protection suffisante et que la flexibilité du droit suisse du travail devait être préservée. Le travail sur appel répond en effet à un besoin pour les entreprises et présente un certain intérêt pour les travailleurs et une législation risquerait d'entraver le recours à cette forme de travail ou de le rendre clandestin<sup>75</sup>. De l'autre côté, le caractère précaire de cette forme d'occupation, caractérisé par un transfert du risque de l'entreprise sur le travailleur et lié à niveau de salaire souvent bas et à l'incertitude d'être occupé, est relevé par la minorité ; la jurisprudence du Tribunal fédéral est jugée insuffisante, car elle permet d'écarter la rémunération du temps d'attente et le travailleur qui veut invoquer ses droits devant les tribunaux risque le licenciement<sup>76</sup>.

<sup>73</sup> Rapport de la Commission de l'économie et des redevances du 13 septembre 2004, ch. 3.1

<sup>74</sup> BO 2005 N 448

<sup>75</sup> Rapport de la Commission, ch. 3.3 ; BO 2005 N 446 s.

<sup>76</sup> Rapport de la Commission, ch. 3.3 ; BO 2005 N 445, notamment.



### 5.1.1.2 Iv.pa. 14.411 Carobbio<sup>77</sup>

Une nouvelle demande de régler le travail sur appel a été déposée au Parlement le 20 mars 2014 avec l'iv.pa. 14.411 Carobbio « Réglementer le travail sur appel ». L'initiative relève le caractère atypique et économiquement précaire de cette forme de travail qui ne laisse aucune liberté d'organisation au travailleur et ne lui assure pas les revenus nécessaires à sa subsistance. Constatant que la législation en vigueur n'offre pas de protection adéquate et qu'un grand nombre de personnes travaillant sur appel ne sont pas couvertes par une CCT, l'initiative propose une réglementation qui comporte plusieurs niveaux. L'art. 354a CO proposé consacre l'existence d'un contrat de travail spécial pour le travail sur appel. Cette approche signifie que cette forme de travail est en soi admise. Des cauteles sont toutefois mises en place : une convention écrite doit fixer une indemnité raisonnable du temps de disponibilité et une durée de travail garantie (al. 1) ; les clauses de non-concurrence sont interdites (al. 2) et le Conseil fédéral fixe la part minimale de l'indemnité de disponibilité par rapport au salaire, en fonction du temps de notification (al. 3).

La CAJ-N a traité de l'initiative le 29 mai 2015 et une majorité a proposé de ne pas lui donner suite. La majorité a estimé<sup>78</sup> que la flexibilité inhérente au travail sur appel est un avantage pour les entreprises et reflète le caractère flexible du marché du travail suisse, pilier essentiel de la prospérité du pays. Le travail sur appel présente aussi des avantages pour les travailleurs, qui ont accès à des travaux qui n'existeraient sinon pas et dont les conditions de travail ne doivent pas nécessairement être mauvaises. Une réglementation est enfin du ressort des partenaires sociaux. Une minorité de la commission a proposé de donner suite à l'initiative, relevant les conditions de travail précaires, le transfert du risque entrepreneurial sur le travailleur et les effets négatifs sur les assurances sociales, notamment l'aide sociale qui doit compléter des revenus très bas. Le Conseil national a, le 23 septembre 2015, suivi la majorité de sa commission et a refusé de donner suite à l'initiative par 106 voix contre 54 et 1 abstention<sup>79</sup>.

### 5.1.1.3 Appréciation

Deux constatations peuvent être faites sur la base des deux tentatives passées. Tout d'abord, la problématique est reconnue et elle a fait l'objet de discussions politiques longues et approfondies, pour l'iv.pa. 02.417 Dormann en particulier. Ainsi, pour cette dernière initiative, le Parlement a tenté de réglementer le travail sur appel et a discuté de propositions concrètes de réglementation. La seconde constatation toutefois est que ces tentatives n'ont abouti à aucun résultat. Par deux fois, le Parlement a renoncé à réglementer le travail sur appel, il l'a même refusé d'emblée dans le cas de l'iv.pa. 14.411 Carobbio à une large majorité. Il s'agit donc de voir si une nouvelle tentative doit être lancée tout en ayant à l'esprit la difficulté politique d'aboutir à un résultat concret.

## 5.1.2 Code des obligations : Po. 19.3748 Cramer

Le postulat propose la réglementation suivante à l'art. 319 CO : « Le contrat de travail mentionne nécessairement au minimum la durée moyenne du temps de travail ».

<sup>77</sup> Voir également iv.pa. 14.410 Carobbio « Adjudication des marchés publics. Favoriser les entreprises qui ne pratiquent pas le travail sur appel »

<sup>78</sup> Rapport de la commission des affaires juridiques du 29 mai 2015, ch. 3, pour les avis de la majorité et de la minorité.

<sup>79</sup> BO 2015 N 1790



Le travailleur dispose avec cette solution d'une durée de travail qui est fixée dans le contrat. Il s'agit d'une durée moyenne. La durée moyenne peut être comprise comme une durée qui doit être tenue sur une période de référence, l'année par exemple. Cela signifie qu'à l'intérieur de cette période de référence, les fluctuations sont possibles. Le travail sur appel pourrait donc être organisé sur cette base, car l'employeur pourrait appeler le travailleur selon ses besoins. Il devra toutefois payer le salaire correspondant à la durée fixée. Par exemple, avec une durée moyenne de 20 heures par semaine, le travailleur pourrait être appelé 1 ou 2 heures certaines semaines, et 30 ou 40 heures d'autres semaines. Mais au final, l'employeur devra payer le salaire correspondant à 20 heures hebdomadaires. La notion de durée moyenne est distincte de la durée minimale, demandée par exemple par l'iv.pa. 02.417 Dormann. La garantie d'une durée de travail minimale constitue toutefois un effet commun à ces deux formes de durée de travail. Qu'une durée minimale ou moyenne de travail de 20 heures soit prévue dans le contrat, le salaire correspondant à ces 20 heures devra être payé. Les implications d'une telle réglementation sont examinées ci-après au ch. 5.1.3.2.

## **5.1.3 Code des obligations: nécessité d'agir**

### **5.1.3.1 Problème à résoudre et solutions possibles**

Une réglementation du travail sur appel viserait à garantir une durée minimale de travail, un revenu minimal étant de ce fait également assuré. Cette garantie ne doit toutefois pas exclure la possibilité de recourir au travail sur appel, car les entreprises et le marché du travail suisse ne doivent pas être privés de cette forme flexible de travail. Nous nous concentrons ici sur la problématique de la garantie minimale de travail respectivement de revenu, qui nous paraît centrale s'agissant du travail sur appel et qui est également celle que le postulat 19.3748 Cramer aborde. Nous n'abordons notamment pas la question d'une éventuelle règle sur le délai minimal pour répondre à l'appel, qui est par exemple soulevée par l'iv.pa. 02.417 Dormann. Rien n'empêche en effet d'accomplir des missions dans des délais courts dès le moment où le temps d'attente est considéré comme du temps de travail et qu'il est adéquatement rémunéré. Des délais courts sont également inhérents à un temps d'attente qui doit être accompli sur le lieu de travail. Un délai minimal pour répondre à l'appel ne serait pas adapté à toutes les formes de travail sur appel et pourrait faire obstacle à la flexibilité voulue, cette flexibilité étant par ailleurs admissible du point de la protection des travailleurs concernés, si ceux-ci sont adéquatement protégés du point de vue du temps minimal de travail garanti. Le délai pour répondre à l'appel peut toutefois être envisagé comme critère d'appréciation du taux de rémunération du temps d'attente comme cela est exposé ci-après.

Sur la base des règles actuelles sur la durée de travail et de la jurisprudence, plusieurs approches peuvent être identifiées.

Tout d'abord, prévoir comme déjà jugé par la jurisprudence que le temps d'attente est rémunéré à un certain taux. Mais contrairement à la jurisprudence, un taux minimal serait à fixer dans la loi et les parties ne pourraient s'accorder sur un taux inférieur. De cette manière, le travailleur qui est par exemple à disposition pendant 40 heures par semaine et qui ne reçoit aucun appel pendant une semaine, est rémunéré pour ce temps d'attente. Si le taux de rémunération est fixé à 25%, il recevra le quart du salaire qu'il aurait perçu s'il avait fourni un travail effectif pendant 40 heures. Dans cette approche, le compromis politique est à trouver au niveau du taux de rémunération qui serait à fixer dans la loi. Il est





aussi possible de prévoir un taux qui pourrait varier en fonction du délai d'appel et des contraintes de l'appel (voir par exemple, la proposition d'art. 354a, al. 3, P-CO de l'iv.pa 14.411 Carobbio et le ch. 3.4.2). La réglementation peut également renoncer à fixer un taux plancher et se limiter à indiquer que le temps d'attente doit être impérativement rémunéré. Le texte légal pourrait préciser les critères de fixation du taux, le contrôle des taux fixés par les parties étant laissé à la jurisprudence. La pratique actuelle des tribunaux, lorsqu'ils fixent eux-mêmes un taux de rémunération quand ce point n'est pas réglé par convention, pourrait être maintenue pour apprécier le taux de rémunération.

Une autre approche serait de garantir une activité effective minimale au travailleur comme le fait déjà la jurisprudence sur la base des règles impératives sur les délais de congé et sur l'interdiction de transférer le risque de l'entreprise au travailleur. Elle permettrait, particulièrement par rapport à l'application de la règle sur le risque de l'entreprise au contrat non résilié, de fixer clairement les limites admissibles. Le travailleur se verrait ainsi assuré de recevoir le salaire correspondant à cette durée minimale d'activité effective. Comme il s'agit d'une période d'activité, c'est le plein salaire qui serait dû. Au-delà de ce minimum, l'employeur reste libre de moduler le temps d'activité effective selon ses besoins. Le compromis politique est à trouver au niveau de la durée à fixer dans la loi. Ainsi, si cette durée minimale est fixée à 10 heures hebdomadaires, le travailleur qui est à disposition 40 heures par semaine est assuré de toucher le quart de son salaire même s'il n'est pas du tout sollicité. Il faut tenir compte dans cette approche de la rémunération du temps d'attente conformément à la jurisprudence actuelle. Cette rémunération viendrait s'ajouter à celle qui serait prévue dans la loi, avec toutefois la possibilité pour les parties de ne prévoir aucune rémunération.

Cette seconde approche consiste en d'autres termes à définir une durée de travail légale minimale. La solution proposée dans le postulat Cramer relève de cette catégorie de solutions (voir ch. 5.1.3). Elle se distingue sur deux points : tout d'abord, la règle légale ne fixerait pas une durée déterminée mais exigerait que ce point soit réglé par convention ; ensuite, comme déjà évoqué, le postulat demande de fixer la durée « moyenne » de travail.

Les approches consistant à prescrire que le temps d'attente est rémunéré et à fixer une durée minimale (ou moyenne) de travail effectif sont équivalentes, car chacune garantit une protection suffisante. Il est donc possible de se limiter à une seule de ces deux mesures. Mais ces deux règles peuvent bien sûr être cumulées : une personne qui bénéficie de 10 heures minimales de travail par semaine et d'un taux de rémunération minimal de 25% pour le temps d'attente fixé à 40 heures sera rémunéré pour l'équivalent de 17,5 heures de travail effectif sur 40 ( $10 + (0.25 \times 30)$ ) si, pendant une semaine, elle n'est pas du tout sollicitée<sup>80</sup>. Comme évoqué ci-dessus, la rémunération du temps d'attente est déjà reconnue actuellement. Elle s'ajouterait à une éventuelle durée légale minimale mais pourrait, si l'on s'en tient à la jurisprudence actuelle, être écartée par les parties.

### 5.1.3.2 Avantages et inconvénients d'une réglementation

#### **Le droit en vigueur offre déjà des bases pour protéger le travailleur**

Comme exposé au ch. 3, le droit en vigueur offre déjà une protection en cas de travail sur appel. Les règles générales du code des obligations offrent des bases juridiques suffisantes permettant de poser

<sup>80</sup> Dans notre exemple, les 10 heures de travail minimal sont déduites des 40 heures d'attente.



des limites au travail sur appel. Ce dispositif de protection peut être considéré comme suffisant malgré les incertitudes et imperfections qui subsistent. La liberté laissée aux parties en lien avec la rémunération du temps d'attente n'est pas problématique dans la mesure où la garantie d'une durée minimale de travail est reconnue par la jurisprudence. Les incertitudes relatives aux constellations déclenchant l'application de cette garantie ainsi qu'à l'étendue de cette garantie ne sont certes pas satisfaisantes, mais le cadre légal actuel offre de bonnes bases pour soulever des prétentions devant les tribunaux et faire appliquer la protection existante, ce qui permet de développer et préciser la pratique par la voie jurisprudentielle. Ce cadre offre aussi la flexibilité nécessaire, en termes d'application des règles légales aux situations diverses qui se présentent et en termes de liberté de réglementation laissée aux parties et aux partenaires sociaux. Ce cadre légal se caractérise toutefois par la grande place laissée à la jurisprudence. Cela implique que le travailleur, pour connaître l'étendue de ses droits, agisse devant les tribunaux. Les obstacles psychologiques et pratiques liés à l'introduction d'une action en justice, comme la peur d'agir contre l'employeur, la méconnaissance des droits ou les risques financiers liés au procès, ne doivent pas être ignorés, d'autant plus s'il s'agit de travailleurs qui ont une situation précaire.

A cela s'ajoute la protection offerte par l'AC dans les cas précis définis par la jurisprudence. Cette protection vient compléter les garanties offertes par le droit du travail sur plusieurs points : tout d'abord, dans les cas où l'activité passée répond au critère de régularité fixé par l'AC, celle-ci couvrira une éventuelle chute de l'activité en cours de contrat ; ensuite, l'AC intervient avant la fin du contrat lorsque le contrat est résilié, ce qui enlève au travailleur la charge de mener une procédure contre son employeur (du fait de la subrogation) ; enfin, l'AC offre un soutien au travailleur qui se départit d'un contrat de travail sur appel considéré comme trop précaire, en n'appliquant pas de suspension, et elle offre une protection dans les cas spécifiques où l'activité sur appel est considérée comme un cas de diminution du dommage ou un gain intermédiaire. Il ne faut toutefois pas perdre de vue que l'analyse de la situation concrète présente des difficultés pour les caisses de chômage, notamment en termes de preuve et pour établir si une interruption de la relation de travail sur appel est provisoire ou si elle marque la fin effective de la relation de travail.

### **Avantages d'une réglementation légale**

L'avantage d'une réglementation légale dans le CO serait de fixer des limites claires par rapport à la jurisprudence actuelle. De même, avec une réglementation légale, la situation juridique est connue dès le départ, au moment de la conclusion du contrat. Avec la jurisprudence, une solution précise nécessite d'entamer une procédure judiciaire, avec toutes les difficultés que cela implique pour un travailleur, et d'attendre la fin de la procédure.

### **Inconvénients d'une réglementation légale**

Une solution légale, si elle contribue dans tous les cas à la clarification de la situation juridique, ne sera pas nécessairement synonyme de meilleure protection pour les travailleurs. Cela dépendra en effet du taux minimal de rémunération du temps d'attente ou de la durée minimale de travail garantie qui seraient fixés dans la loi. Or ce point crucial doit faire l'objet d'un compromis politique qui sera difficile à trouver au vu des tentatives passées de régler le travail sur appel, qui ont toutes échoué. Alternativement, si le taux minimal de rémunération du temps d'attente, ou la durée minimale garantie, ne sont pas fixés dans la loi, l'équilibre entre les intérêts des deux parties serait fixé par la jurisprudence. Cette option maintiendrait une incertitude juridique. Elle aurait par contre l'avantage de la flexibilité et permettrait de tenir compte des diverses constellations d'appel.



La solution choisie doit également trouver le bon équilibre entre liberté des parties et protection du travailleur. A cet égard, les propositions soumises à la discussion sont trop rigides. La solution que le postulat 19.3748 Cramer soumet à l'examen consiste ainsi à exiger la fixation d'une durée moyenne de travail. Cette mesure permet certes de répondre au problème du travail sur appel. Mais elle s'avère trop restrictive et ne tient pas compte des spécificités de cette forme de travail. Supposons par exemple qu'un contrat prévoit une durée moyenne hebdomadaire de 20 heures. Supposons qu'un travailleur, dans une période plutôt creuse, est employé pendant quatre semaines de la manière suivante: 5 heures, 0 heure, 20 heures et 10 heures. La règle proposée impliquera le versement du salaire pour 80 heures alors que le travail effectivement accompli s'élève à 35 heures. La règle implique également un solde négatif de 45 heures qui devra être compensé par la suite par le travailleur. Inversement, si la durée de travail dépasse la moyenne de 20 heures pendant une certaine période, l'employeur devra compenser le surplus. L'on constate ainsi que la charge pour l'employeur est bien trop grande, sans être justifiée par une protection minimale raisonnable pour le travailleur. Il est aussi clair qu'une durée moyenne, impliquant par exemple, l'accumulation d'un solde négatif ou positif à compenser obligatoirement, n'est pas compatible avec la nature du travail sur appel, qui est de pouvoir adapter le temps de travail aux besoins effectifs de l'employeur. Enfin, la solution proposée n'exclut pas de prévoir des durées « symboliques » dans le contrat (p.ex., 1 ou 2 heures), qui n'apportent pas de protection suffisante. Une décision politique sur une durée minimale semble ainsi préférable en termes d'équilibre entre protection et flexibilité: le salaire est dû si la durée effective travaillée est inférieure et l'employeur peut employer librement le travailleur au-delà de cette limite.

Pour ce qui est de l'iv.pa. 14.411 Carobbio, l'art. 354a, al. 1 P-CO proposé prévoit comme conditions de licéité du travail sur appel, le cumul d'« une indemnité raisonnable compensant la disponibilité exigée » avec « une durée d'engagement garantie ». Il semble possible d'interpréter la durée d'engagement garantie comme une durée minimale garantie et non comme une durée fixe de travail. Mais même dans ce cas, la protection proposée va au-delà de ce qui est nécessaire. Nous avons vu en effet que l'une de ces deux conditions peut suffire à offrir une protection adéquate au travailleur (voir ch. 5.1.3.1).

Une éventuelle réglementation devra enfin tenir compte d'éléments supplémentaires qui caractérisent le dispositif légal actuel. Nous pensons tout d'abord au fait que le caractère rémunéré du temps d'attente, règle posée dans l'ATF 124 III 249 en lien avec le travail sur appel, vaut également pour d'autres formes d'attente, comme le service de piquet. Il faudra déterminer dans quelle mesure une éventuelle réglementation qui vise le travail sur appel va également toucher ces autres formes de travail comprenant un temps d'attente<sup>81</sup>. Il y a ensuite la marge de manœuvre dont disposent actuellement les tribunaux pour déterminer la rémunération du temps d'attente lorsque les parties ne l'ont pas fixée contractuellement et qu'elle ne découle pas de l'usage. Dans ces cas, le juge détermine le taux de rémunération en équité. La fréquence des appels et le délai dans lequel une personne doit être disponible sont ainsi deux critères qui sont appliqués pour juger du caractère plus ou moins contraignant du régime du temps d'attente et déterminer ainsi le taux de rémunération.

---

<sup>81</sup> Sur cette problématique en lien avec le service de piquet, voir SENTI, 2020, 4-7



## 5.2 Sous l'angle de l'assurance-chômage

### 5.2.1 Examen de la proposition du postulat

Le postulat propose que l'accès aux prestations de l'AC soit ouvert, aux personnes assurées parties à un contrat de travail sur appel, en se fondant sur le seul critère d'avoir cotisé sur un salaire brut mensuel minimum de 500 CHF. Autrement dit, que toute personne employée sur appel ayant gagné un salaire brut mensuel d'au moins 500 CHF pendant 12 mois au cours des deux dernières années aurait droit aux IC de l'AC.

En ne proposant, comme seule condition d'indemnisation, la limite de 500 CHF du salaire soumis à cotisation, le postulat ne respecte pas la systématique de la LACI et ne tient pas compte des conditions, fixées par le législateur à l'art. 8 LACI, qui, appliquées à l'ensemble des personnes assurées, permettent de garantir l'égalité de traitement. En effet, le postulat oublie, en particulier, de prendre en considération la condition de la perte de travail et de gain minimal, tout comme celle de l'aptitude au placement. A cet égard, il faut rappeler, qu'une personne assurée partie à un contrat de travail sur appel doit être disposée à le quitter pour prendre un emploi plus stable et en mesure de le faire<sup>82</sup>. Dès lors, déjà pour ces raisons la solution proposée par le postulat ne saurait être retenue.

De plus, le postulat ne prend pas en considération le fait que les travailleurs sur appel, ne sont pas dépourvus de protection lorsque l'employeur ne respecte pas ses obligations contractuelles. En effet, l'AC, par le biais du mécanisme de la subrogation (ci-dessus, ch. 4.2.3), leur garantit de percevoir des IC et les libère dans le même temps du fardeau de mener une procédure contre leur employeur.

Enfin, il faut également garder à l'esprit que toute extension de la protection par le biais de l'AC signifierait également que les employeurs pourraient transférer une part plus importante encore du risque économique d'entreprise sur l'AC.

### 5.2.2 Intervenir sur le régime juridique actuel

Compte tenu des expériences faites par les organes d'exécution de l'AC ainsi que de celles qui résultent de la situation liée à la Covid-19, une piste permettant d'intervenir sur la protection de l'AC des personnes parties à un rapport de travail sur appel (non résilié) consisterait à adapter la pratique actuelle. Dans les chapitres suivants, nous allons examiner plusieurs possibilités.

#### 5.2.2.1 Améliorer le système des fluctuations

Comme exposé supra (ch. 4.2.2.2.), lorsque le rapport de travail sur appel n'est pas résilié, le droit aux prestations de chômage repose sur la mise en œuvre de l'exception admise par la jurisprudence et précisée par les directives de l'organe de compensation de l'AC qui consiste à établir un temps de travail normal sur la base de fluctuations mensuelles voire annuelles.

Si, pour les personnes qui se trouvent dans une relation de travail sur appel depuis plus de deux ans (et depuis l'introduction de la comparaison annuelle jusqu'à 5 ans en plus de la comparaison mensuelle),

---

<sup>82</sup> TFA, C 135/98



la pratique actuelle offre une protection suffisante, par contre pour les personnes ayant une relation de travail de moins de deux ans, la qualité de la couverture chômage est moins évidente. En effet, lorsque l'examen des fluctuations porte sur une courte durée, la personne assurée se voit plus souvent refuser le droit aux IC, car elle obtient une fluctuation de 20% au moins une fois, durant la période concernée.

Cependant, la protection en faveur des personnes qui sont dans une relation de travail sur appel depuis moins de deux ans ne peut pas être améliorée par le biais d'une extension de la limite de tolérance pour les fluctuations. En effet, une telle option n'est pas appropriée et compatible avec la condition de la perte de travail à prendre en considération. Les fluctuations sont admises par le Tribunal fédéral dans une certaine mesure, dès lors l'ampleur que doit prendre l'intervention de l'AC pour amortir les effets de ces fluctuations ne saurait s'éloigner de ce cadre admis par la Haute cour.

Il apparaît donc que cette première proposition ne résiste pas à l'examen dans la mesure où elle ne permet pas de garantir que les conditions fixées par la loi et la jurisprudence soient remplies.

### **5.2.2.2 Supprimer le système des fluctuations**

Suivant l'opinion de l'auteur du postulat qui estime que le droit à l'AC pour les personnes employées sur appel est, de manière générale, trop difficile à acquérir. Le régime actuel devrait être modifié plus profondément en supprimant la condition qui exige des appels constants durant une période prolongée avant la chute des appels (système des fluctuations).

Ainsi, lorsqu'une personne employée sur appel revendiquerait des prestations de l'AC suite à une baisse des appels en cours de contrat, on renoncerait à contrôler les fluctuations. Le droit aux prestations serait examiné, par exemple, uniquement sous l'angle de la perte de travail normale des 6 ou 12 derniers mois. Autrement dit, la condition de la perte de travail serait remplie lorsque les appels diminueraient de 20% par rapport à la moyenne des 6 ou 12 derniers mois précédant le début de la perte de travail à prendre en considération, sans exiger en plus la condition des appels constants durant une période prolongée avant la baisse des appels.

A cet égard, il faut relever qu'une tentative a déjà été menée dans ce sens. En raison des circonstances extraordinaires liées à la pandémie de Covid-19, des dispositions spéciales en matière d'AC ont été en vigueur<sup>83</sup> et notamment concernant le droit aux IC des personnes employées sur appel. Dans le cadre de ces mesures exceptionnelles, il a été possible de renoncer au système des fluctuations pour les personnes assurées, au bénéfice d'un contrat de travail sur appel qui n'avait pas été résilié, et auxquelles l'employeur n'avait plus du tout fait appel en raison de la pandémie. Ces personnes ont été considérées comme des chômeuses dont la perte de gain pouvait être prise en compte. L'employeur était, cependant, tenu d'établir une attestation indiquant qu'il n'avait plus fait appel à la personne en raison de la pandémie et qu'il n'avait pas demandé parallèlement d'indemnité en cas de RHT pour cette personne. De plus, pendant cette période, l'AC a renoncé à l'application de l'art. 29 LACI (subrogation) pour les travailleurs sur appel.

De cette expérience, il ressort que le recours au travail sur appel touche principalement certains secteurs spécifiques où les salaires sont bas et où il existe certaines difficultés à respecter les normes

<sup>83</sup> Ordonnance COVID-19 assurance-chômage, RS 837.033; Loi COVID-19, RS 818.102.



du CO. A cet égard, l'AC n'intervient qu'en aval et n'a pas pour vocation de prendre à sa charge toutes les conséquences résultant du non-respect des dispositions légales et conventionnelles (délais de congé, offre de travail, etc.).

Ainsi considérée, toute extension supplémentaire de la protection des personnes employées sur appel aux dépens de l'AC comprend également le risque de créer une incitation à choisir plus souvent cette forme de travail.

### **5.2.2.3 Supprimer le régime d'exception**

A ce stade, la question de la réelle pertinence de la prise en charge par l'AC de ces personnes alors que leur rapport de travail sur appel n'est pas résilié doit également être posée.

En effet, d'une part, l'application de ce régime n'est pas toujours aisée pour les organes d'exécution de l'AC. L'une des principales difficultés consiste à obtenir les moyens de preuve permettant de vérifier si des heures de travail normales peuvent être déterminées (nécessité de pouvoir comparer et remonter le temps jusqu'aux cinq dernières années). Or, souvent, les documents nécessaires (rapports horaires, enregistrement du temps de travail, cartes de pointage, etc.) ne sont plus disponibles ou les employeurs ne peuvent ou ne veulent plus se procurer les documents ou n'ont pas enregistré le temps de travail avec le sérieux nécessaire. Ainsi, il n'est pas rare, dans certaines branches telles que l'hôtellerie, la restauration ou la construction, de ne pas tenir de registre des heures travaillées ou du moins pas complètement.

Le calcul des fluctuations est parfois perçu comme compliqué et générant un effort important de la part des organes d'exécution de l'AC. La difficulté est encore accrue lorsqu'il s'agit de calculer la fluctuation pour une personne assurée qui travaille auprès de plusieurs employeurs. Pour les caisses de chômage, le traitement de ces cas (clarifications et calculs des heures normales de travail) peut donc s'avérer long et source d'erreurs. A cela s'ajoute, qu'en raison de sa complexité, l'ensemble du processus comporte le risque de ne pas toujours être bien compris par les personnes assurées et d'avoir pour conséquence que celles-ci ne s'inscrivent pas au chômage en cas de diminution des appels et perdent ainsi un éventuel droit aux prestations.

D'autre part, considérant que la dérogation prévue par la jurisprudence et l'organe de compensation de l'AC au principe général établi par la loi (la personne employée sur appel ne subit aucune perte de travail et de revenu au sens de l'article 11, al. 1 LACI pendant la période où elle n'est pas appelée) est un report du risque économique d'entreprise sur l'AC, il faut se demander si elle ne doit pas être abandonnée. Toutefois, il est utile de préciser que le report du risque de l'entreprise sur l'AC n'intervient que dans la mesure où l'AC ne peut pas réclamer les salaires, dus par l'employeur, sur la base de la subrogation aux droits du travailleur.



## 5.3 Conclusions

Ce rapport permet de constater que le droit en vigueur, tant pour ce qui est du CO que de la LACI, autorise le travail sur appel et garantit son indemnisation mais pose des limites à cette forme de travail. Ces limites vont s'additionner et se compléter si bien que la protection globale peut être considérée actuellement comme satisfaisante, car elle n'interdit pas de facto cette forme de travail flexible tout en corrigeant le déséquilibre en défaveur du travailleur.

Pour ce qui est du CO, la jurisprudence a dégagé des protections pour le travailleur sur appel sur la base des règles générales régissant le contrat de travail. Le premier volet de la protection consiste à qualifier le temps d'attente de temps de travail qui doit être rémunéré, le cas échéant à un taux réduit. Cette règle peut certes être écartée par un accord entre les parties, mais elle est complétée par le second volet consistant à assurer une durée de travail minimale au travailleur sur appel. Cette règle se fonde sur l'interdiction de transférer le risque de l'entreprise au travailleur, à laquelle s'ajoutent les règles impératives sur les délais de congé pour les contrats qui ont été résiliés. Les questions encore ouvertes et discutées font certes que ce régime comprend une certaine incertitude juridique, mais il n'en demeure pas moins praticable et appliqué par la jurisprudence. Une réglementation légale est assurément possible mais elle n'apparaît pas nécessaire au vu de la situation actuelle et serait empreinte de plusieurs difficultés. Les tentatives passées ont montré une forte opposition politique contre une réglementation. Or, une solution légale satisfaisante, qui assure un juste équilibre entre les bénéfices de cette forme de travail flexible et les limites nécessaires, sera difficile à trouver. Il s'agit d'une part de ne pas choisir des règles ou des seuils qui interdiraient de facto cette forme de travail. Tant la proposition soumise dans le postulat 19.3748 Cramer que celle de l'iv.pa. 14.411 Carobbio semblent comporter ce risque et ne sont de ce fait pas adéquates. Mais le risque existe d'autre part que les seuils fixés, pour un taux minimal de rémunération du temps d'attente par exemple, soient si bas que la protection soit de fait inexistante. Il faut enfin intégrer dans la réflexion d'autres formes de travail qui comportent un temps d'attente. Au vu de la situation actuelle globalement satisfaisante et des difficultés d'un processus législatif, il est préférable de s'en tenir au dispositif légal actuel et de ne pas se lancer dans un processus législatif dont l'issue est très incertaine.

Quant à l'AC, elle offre une protection suffisante aux personnes employées sur appel :

- lorsque la relation de travail sur appel a pris fin, les travailleurs ont droit aux prestations comme toutes les autres personnes assurées;
- lorsque les personnes employées résilient un contrat de travail sur appel en raison du caractère trop extrême et imprévisible des fluctuations, leur droit aux prestations n'en n'est pas affecté et elles ne sont pas sanctionnées;
- des gains intermédiaires sous forme de travail sur appel sont possibles;
- les personnes assurées ont droit à l'IC, grâce à la subrogation, déjà pendant le délai de congé, lorsque l'employeur n'entend plus faire appel à elles, et en cas de chute momentanée des appels, lorsque la perte de travail peut être prise en considération.

Lorsque le contrat de travail se poursuit mais que le nombre d'appels vient à se réduire ou à cesser, une protection plus généreuse des personnes assurées en adaptant le régime juridique actuel a été examinée. En particulier, une modification des directives administratives dans le sens d'une renonciation au système des fluctuations et d'un examen du droit aux prestations de l'AC uniquement sous l'angle de la perte de travail normale des 6 ou 12 derniers mois ( la condition de la perte de travail



à prendre en considération serait remplie lorsque les appels diminueraient de 20% par rapport à la moyenne des 6 ou 12 derniers mois précédant le début de la perte de travail à prendre en considération, sans poser en plus la condition des appels constants durant une période prolongée avant la baisse des appels) n'est pas souhaitable car elle comprend le risque de créer une incitation à choisir plus souvent la forme du travail sur appel. De plus, la protection renforcée de ces personnes dans ces situations ne devrait pas relever de l'AC. En effet, une amélioration de la couverture par le biais de l'AC signifierait également un report du risque économique de l'employeur sur l'AC, c'est pourquoi elle ne devrait pas être envisagée. Cet inconvénient n'existe toutefois pas dans la mesure où l'AC, subrogée aux droits du travailleur, peut réclamer les salaires dus par l'employeur sur la base de l'art. 324 CO.

Le présent rapport montre que le régime juridique qui assure la protection des personnes employées sur appel est certes relativement complexe et que sa mise en œuvre est exigeante pour l'ensemble des acteurs. Ce régime résulte tant des règles applicables en droit du travail que de celles de l'AC. Mais le régime juridique actuel montre également que ce système fonctionne dans l'ensemble de manière satisfaisante et qu'il n'existe pour l'heure aucune nécessité impérieuse de modifier le CO ou la LACI en ce qui concerne le seul travail sur appel.

En effet, si de manière générale, les formes de travail atypique précaire restent une thématique actuelle, ne vouloir régler que le travail sur appel ne paraît plus correspondre à la réalité d'aujourd'hui, vu l'apparition d'autres formes atypiques d'emploi. De nouvelles formes de travail liées à la numérisation questionnent la qualification du rapport de travail salarié, condition nécessaire à l'application des protections du droit du travail et de l'AC. Il est donc important de suivre l'évolution des formes de travail atypiques dans ce contexte. Le Conseil fédéral s'est déjà penché de manière approfondie sur ces thèmes et a élaboré un rapport sur l'impact de la numérisation sur le marché du travail en 2017. Dans le domaine du droit du travail et de l'AC, il n'a pas identifié de besoin d'action. Un mandat spécifique au domaine des assurances sociales est en cours et devrait aboutir à un rapport détaillé sur les réformes souhaitables dans ce domaine en lien avec la digitalisation. Ces sujets font également l'objet d'un rapport de suivi prévu pour 2022.





## 6 Bibliographie

- AUBERT, Gabriel, Le travail à temps partiel irrégulier, in: *Mélanges Alexandre Berenstein*, Lausanne 1989, 215 ss.
- BRUCHEZ, Christian/MANGOLD, Patrick/SCHWAAB, Jean-Christophe, *Commentaire du contrat de travail*, Lausanne 2019
- BRÜHWILER, Jürg *Einzelarbeitsvertrag – Kommentar zu den Art. 319-343 OR*, 3<sup>ème</sup> éd., Bâle 2014
- BYRNE-SUTTON, Pascale, *Le contrat de travail à temps partiel*, Zurich 2001
- CLASS, Edi, *Rechtsansprüche bei Abruf*, plädoyer 5/98, 36 ss
- CONSEIL FEDERAL, *Rapport du Conseil fédéral du 1<sup>er</sup> novembre 2006 élaboré en réponse au postulat 97.3070 Rennwald du 6 mars 1997 (Formes de travail atypiques)*
- DUNAND, Jean-Philippe, Art. 319, in: DUNAND, Jean-Philippe/MAHON, Pascal (éds.), *Commentaire du contrat de travail*, Berne 2013 (cité CS-DUNAND)
- GEISER, Thomas, *Grundlagen und Schranken flexibler Arbeitszeiten im Einzelarbeitsvertragsrecht*, PJA 1997, 1327 ss
- GEISER, Thomas, *Flexibilisierung der Arbeitszeiten – Möglichkeit und Schranken*, in: BÄNI, Eva-Maria/OBRIST, Angela (éds.), *Festschrift zur Emeritierung von Jean-Fritz Stöckli*, Zurich 2014, 233 ss.
- HENNERBERGER, Fred/RIEDER, Stefan, *Bemessung der Entschädigung der Wartezeiten bei echter Arbeit auf Abruf*, PJA 2011, 1057 ss
- KIESER Ueli, *COVID-19-Erlasse und das Sozialversicherungsrecht*, PJA 2020
- KUPFER BUCHER Barbara, *Rechtsprechung des Bundesgerichts zum AVIG*, 2019
- LEU Agnes, *Die Zumutbarkeit in der Rechtsprechung des Bundesgerichts mit Blick auf die Arbeitslosenversicherung*, 2008
- MONNARD SÉCHAUD Corinne, *La coordination des assurances sociales avec le droit du travail*, 2004
- MURER, Erwin, *Soll die Arbeit auf Abruf geregelt werden?*, in: *Mélanges en l'honneur de Pierre Tercier*, Genève 2008, 355 ss
- NUSSBAUMER Thomas, *Arbeitslosenversicherung, Soziale Sicherheit*, SBVR vol. XIV, 3e éd. 2016
- RIEMER-KAFKA Gabriela, *Schweizerisches Sozialversicherungsrecht*, Stämpfli, 2019
- PIETRUSZAK, Thomas, *Die Informationspflichten des Arbeitgebers gemäss Art. 330b OR – zu Hintergrund, Inhalt und Rechtsfolgen der neuen Regelung*, Jusletter 29 mai 2006, N 30.
- REHBINDER, Manfred / STÖCKLI, Jean-Fritz, *Einleitung und Kommentar zu den Art. 319-330b OR*, *Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht*, Band VI, 2. Abteilung, 2. Teilband, 1. Abschnitt, Berne 2010
- RONCORONI, Giacomo, *Arbeit auf Abruf und Gelegenheitsarbeit*, PJA 1998, 1410 ss
- RUBIN Boris, *Commentaire de la loi sur l'assurance-chômage*, 2014
- RUBIN Boris, *Assurance-chômage et service public de l'emploi*, Genève - Zurich - Bâle 2019
- SENTI, Christoph, *Bemerkungen*, Bundesgericht, 4. Zivilabteilung, 6.5.1998, i.S. X. c. Y. GmbH, Berufung: BGE 124 III 249 ff., PJA 1998, 1241 ss. (cité: SENTI, 1998)
- SENTI, Christoph, *Pikettdienst: Neure Entwicklungen und aktuelle Probleme*, DTA 2020, 1 ss (cité: SENTI, 2020)
- STAEHELIN, Adrian, *Die Flexibilisierung des Arbeitsverhältnisses*, in: GAUCH, Peter/SCHMID, Jörg (éds.), *Rechtsentwicklung an der Schwelle zum 21. Jahrhundert*, Zurich 2001, 383 ss; et plus récemment
- STREIFF, Ullin/VON KAENEL, Adrian/RUDOLPH, Roger, *Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu den Art. 319-362 OR*, 7e éd., Zurich/Bâle/Genève 2012



VON KAENEL, Adrian, Arbeit auf Abruf: Keine abrupte Reduktion der Arbeitsabrufe, DTA 2019, 230 ss  
(cité: von Kaenel, 2019)  
ZEIN, Bassem, Aménager la durée de travail – Horaires de travail, service de piquet et travail sur appel,  
PJA 2017, 524 ss