

## **BGE 125 III 65**

Bundesgericht (BGE), 1998-12-14, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bge\\_125 III 65](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bge_125_III_65)

FR: ATF 125 III 65

IT: DTF 125 III 65

### **Regeste**

Regeste Arbeitsvertrag; Arbeit auf Abruf. Erlaubt der Arbeitsvertrag auf Abruf eine plötzliche und bedeutende Verminderung des monatlichen Arbeitspensums, liegt darin eine Umgehung des Schutzes, der mit den zwingenden Kündigungsfristen von Art. 335c OR gewährleistet werden soll (E. 4). Es ist willkürlich anzunehmen, dass sich der Arbeitnehmer beim Arbeitsvertrag auf Abruf gültig zur Übernahme des Betriebsrisikos verpflichten kann, das nach Art. 324 Abs. 1 OR vom Arbeitgeber getragen werden muss (E. 5).

### **Erwägungen**

#### **E. 3**

a) D'après la cour cantonale, le recourant était conscient du caractère précaire de son horaire de travail, qui était fixé à la fin de chaque mois pour le mois suivant en fonction des besoins de l'employeur, ainsi que de la disponibilité du travailleur. Comme l'employeur ne garantissait aucun nombre minimal d'heures de travail au recourant, il ne s'est pas trouvé en demeure lorsqu'il n'a plus occupé celui-ci que pour un petit nombre d'heures durant les quatre premiers mois de 1997. Le recourant fait grief à l'autorité intimée d'avoir appliqué de manière insoutenable les art. 324 et 335c CO et d'avoir ainsi rendu une décision arbitraire.

b) Comme le Tribunal fédéral l'a jugé récemment, la loi n'interdit pas le travail sur appel ( ATF 124 III 249 consid. 2a). Toutefois, régie par le Titre dixième du Code des obligations, relatif au contrat de travail, cette forme de travail doit respecter les dispositions légales impératives ( art. 361 et 362 CO ). Saisi d'un recours de droit public, BGE 125 III 65 S. 68 le Tribunal fédéral n'a pas à examiner comment le travail sur appel peut être aménagé dans le cadre de ces dispositions. Il doit seulement dire, dans les limites des griefs articulés valablement par le recourant, si l'une ou l'autre d'entre elles a été appliquée de façon arbitraire dans le cas particulier.

#### **E. 4**

a) Selon l' art. 335c CO , le contrat de travail peut être résilié pour la fin d'un mois moyennant un délai de congé d'un mois pendant la première année de service, de deux mois de la deuxième à la neuvième année de service, de trois mois ultérieurement (al. 1). Ces délais peuvent être modifiés par accord écrit, contrat-type de travail ou convention collective; des délais inférieurs à un mois ne peuvent toutefois être fixés que par convention collective et pour la première année de service (al. 2). En l'occurrence, les parties étaient liées par un contrat oral. Comme les rapports de travail avaient commencé en septembre 1994, la résiliation du contrat est intervenue dans la troisième année de service. Faute d'accord écrit contraire, le délai de congé était donc de deux mois pour la fin d'un mois. b)

aa) Le délai de congé a notamment pour but de protéger le travailleur après la résiliation, de telle sorte qu'il puisse chercher une nouvelle place de travail tout en conservant l'essentiel de ses ressources ( ATF 124 III 346 consid. 2b p. 349 en bas; STAEHELIN, Commentaire

zurichois, n. 22 ad art. 335 CO ; VISCHER, Der Arbeitsvertrag, 2e éd., in Schweizerisches Privatrecht VII/1, III, p. 166). Le travailleur ne peut pas renoncer valablement à cet avantage, les délais minimaux de congé prévus par la loi étant impératifs (REHBINDER, Commentaire bernois, n. 4 ad art. 335c CO ; STAEHELIN, op.cit., n. 9 ad art. 335c CO ; BRÜHWILER, Kommentar zum Einzelarbeitsvertrag, 2e éd., n. 4 ad art. 335c CO ). D'ailleurs, en cas de licenciement immédiat injustifié, le travailleur ne peut pas non plus renoncer valablement au salaire afférent au délai de congé ( art. 337c al. 1 et 362 CO ). 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 (RONCORONI, Lavoro su chiamata e lavoro occasionale, in Il Ticino e il diritto, Lugano 1997, p. 591 ss, 601/602; AUBERT, Le travail à temps partiel irrégulier, in Etudes de droit du travail, Zurich 1995, p. 175 ss, 189/190; BRUNNER/WAEBER/BÜHLER, Commentaire du contrat de travail, 2e éd., n. 4 et 5 ad '«Travail à temps partiel'», p. 338/339). Pour BRÜHWILER également, le travailleur est protégé par le délai de congé si les parties BGE 125 III 65 S. 69 n'ont pas prévu que le contrat prendra fin en même temps que la mission du travailleur (op.cit., n. 12b ad art. 319 CO , p. 33 en haut). bb) En l'occurrence, le recourant est entré en septembre 1994 au service de l'intimé, pour lequel il a travaillé sans interruption notable jusqu'à la fin du mois de décembre 1996, d'abord à temps partiel, puis, pendant plusieurs mois, presque à plein temps. En décembre 1996, il a reçu le programme du mois de janvier 1997, qui comportait une forte réduction de son horaire. L'annonce d'une diminution abrupte de son occupation avait manifestement pour effet de le priver de la protection résultant du délai de congé, puisqu'il s'est trouvé, d'une semaine à l'autre, démuné de l'essentiel de ses ressources, alors que les rapports de travail avaient duré plus de deux ans. S'il estimait n'avoir plus de travail à confier au recourant, l'intimé devait résilier le contrat en décembre 1996 pour la fin du mois de février 1997. D'ailleurs, les parties eussent pu convenir, par écrit, d'un délai de congé d'un mois. Comme il a attendu le 26 février 1997 pour notifier une résiliation au recourant, l'intimé était tenu jusqu'à la fin du contrat.

## **E. 5**

Selon la cour cantonale, dès lors qu'il a accepté de travailler sur appel, en fonction des besoins de l'employeur, le recourant ne saurait réclamer un salaire pour les mois de janvier à avril 1997. Comme le Tribunal fédéral l'a rappelé récemment, 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 ). D'ailleurs, selon l' art. 326 CO , lorsqu'en vertu du contrat le travailleur travaille exclusivement aux pièces ou à la tâche pour un seul employeur, celui-ci doit lui fournir du travail en quantité suffisante (al. 1). Si le salaire payé au temps n'est pas fixé dans un accord, un contrat-type de travail ou une convention collective, l'employeur doit verser au travailleur l'équivalent du salaire moyen aux pièces ou à la tâche qu'il gagnait jusqu'alors (al. 3). L'employeur qui ne peut pas fournir suffisamment de travail aux pièces ou à la tâche ni de travail payé au temps, n'en reste pas moins tenu, conformément aux dispositions sur la demeure, de payer le salaire qu'il devrait verser pour du travail payé au temps (al. 4). Ces dispositions revêtent BGE 125 III 65 S. 70 un caractère impératif ( art. 362 CO ). Comme l'admet la doctrine unanime, l' art. 326 CO ,

qui concerne le travail aux pièces ou à la tâche, n'est qu'un cas d'application de la règle générale sur la demeure (STAEHELIN, op.cit., n. 10 ad. art. 326 CO ; REHBINDER, op.cit., n. 13 ad art. 326 CO ; BRÜHWILER, op.cit., n. 9 ad art. 326 CO ; STREIFF/VON KAENEL, Leitfaden zum Arbeitsvertragsrecht, 5e éd., n. 6 ad art. 326 CO ; VISCHER, op.cit., p. 108). Il 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. La loi ne réserve aucune exception à l'application de l' art. 324 al. 1 CO en faveur du travail sur appel. La cour cantonale n'expose d'ailleurs pas quelle raison justifierait une telle exception. 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. Partant, le recourant a droit à son salaire jusqu'à l'échéance du délai de congé. Ce salaire sera calculé sur la base de la moyenne des rémunérations perçues pendant une période déterminée équitablement (sur le calcul de la moyenne, cf., par analogie, l'art. 37 al. 1 à 3 OACI; RS 837.02).

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.