2. Perte d'emploi et licenciement
2.14 Le travail sur appel et l'assurance chômage

Définition

On parle de " travail sur appel " lorsque :

- la part de flexibilité devient prépondérante par rapport à l'horaire normal et qu'elle dépend exclusivement de l'employeur ;
- le travailleur doit se tenir à disposition de l'employeur ; il n'est pas libre de refuser le travail qui lui est confié lorsqu'il est appelé ou, s'il est juridiquement libre de le refuser, il s'expose à une résiliation de son contrat.

Le travail sur appel doit être considéré comme étant **un seul contrat** et non comme autant de contrats que d'appels. Il est de durée indéterminée. La période d'essai et le délai de résiliation doivent donc être respectés.

Devoirs de l'employeur

- **En cas de maladie :**

Le travailleur a droit au paiement du salaire moyen réalisé précédemment. On se référera aux 12 derniers mois de travail. Les jours de maladie payés varient en fonction de la durée du rapport de travail et non des périodes de travail effectives.

- **Les vacances :**

Le travailleur sur appel a droit à **quatre semaines de vacances au minimum par an**. Il peut prendre au moins deux semaines de vacances consécutives et peut demander de les coordonner avec les besoins de sa famille.

💡 On ne peut pas considérer comme vacances une semaine de travail au cours de laquelle le travailleur n'a pas été appelé pour travailler, s'il n'avait pas été averti qu'il s'agissait d'une semaine de vacances.

L'employeur a le devoir d'ajouter une **indemnité pour vacances** au salaire horaire. La mention « indemnité pour vacances » doit figurer sur la fiche de salaire.

C'est à l'employeur de veiller à ce que le travailleur prenne bien ses vacances chaque année. S'il ne le fait pas, il est tenu pour responsable et pourrait être condamné à payer les vacances à la fin des rapports de travail, même s'il a versé l'indemnité pour vacances.

- **Le délai de congé :**

Si les appels cessent définitivement et que l'employeur veut mettre un terme aux rapports de travail, il doit **respecter le délai de congé** dont la durée se calcule en fonction de la longueur du rapport de travail et non pas en additionnant les périodes de travail effectives.

Ne pas payer un travailleur pendant le délai de congé, sous prétexte qu'il n'a pas été appelé et qu'il n'a donc pas travaillé revient à vider de sa substance la protection liée au délai de congé (art. 335c CO) et à transférer le risque de l'entreprise sur le travailleur, ce qui est contraire au Code des Obligations (art. 324 al.1 CO).

Si les appels sont irréguliers, le travailleur ne reste pas lié à l'employeur. Il peut, après avoir en vain mis son

employeur en demeure de l'occuper régulièrement, engager un nouveau rapport de travail.

Un contrat stipulant que le travailleur demeure à l'entière disposition de l'employeur pour d'éventuels appels intervenant de manière irrégulière est contraire à l'art. 34 CO. Une clause telle « le travailleur n'a aucun droit à une occupation régulière » est entachée de nullité.

Le travail sur appel et l'assurance-chômage

Définition du travail normal

Conditions pour que le travail sur appel soit considéré comme un travail normal

En principe, si le salarié ne travaille que sur appel de l'employeur mais n'a pas l'obligation d'accepter le travail, le temps de travail qui résulte de cet accord spécial doit être considéré comme normal et **le travailleur n'a pas le droit au chômage pour le temps où il n'est pas appelé à travailler.**

La jurisprudence admet cependant une **dérogation à ce principe** :

Si le temps de travail fourni sur appel **avant l'interruption des appels** présente un **caractère régulier**, sans fluctuations marquantes, sur une période assez longue, la perte de travail sera indemnisée par l'assurance-chômage.

Pour que le temps de travail puisse être considéré comme normal, **il faut que ses fluctuations mensuelles ne dépassent pas 20%**, en plus ou en moins, du nombre moyen des heures de travail fournies mensuellement pendant 12 mois ou 10% si cette période est de 6 mois seulement. Le plafond des fluctuations admises est proportionnellement ajusté si la période d'observation est inférieure à 12 mois mais supérieure à 6 mois. ***Par ex***. : pour une période d'observation de 8 mois, ce plafond est de 13% (20% : 12 x 8).

💡 **Contrats sur appel de longue durée** : Pour établir le temps de travail normal dans le cadre de contrats de longue durée (au moins 2 ans), il y a lieu de se fonder sur le **nombre d'heures de travail accomplies par année sur une période assez longue** (au maximum 5 ans) et d'examiner dans quelle mesure celui-ci s'écarte du nombre moyen des heures accomplies annuellement. Une période d'observation s'étendant sur les douze derniers mois est inapplicable.

Exemple : Si l'emploi a duré plus de 10 ans, plutôt que de se fonder sur une période d'observation de douze mois, la caisse doit se fonder sur le nombre d'heures de travail accomplies par année pendant les cinq années précédant la baisse de travail.

Le travail sur appel que vous acceptez pour retarder le chômage (avant votre inscription) ou le diminuer (gain intermédiaire)

Dès que le rapport de travail sur appel s'inscrit **dans la durée** (par exemple plus d'un an), on admet qu'il revêt un caractère normal pour l'assuré. Dès lors, les périodes durant lesquelles l'assuré n'est pas appelé ne peuvent être couvertes par l'assurance-chômage.

Exemple :

- **Premier délai-cadre** : Vous perdez un emploi à 100 % et travaillez sur appel sans vous inscrire au chômage. Après 7 mois, vous vous annoncez au chômage tout en gardant votre travail sur appel. La caisse estimera que vous avez accepté ce travail sur appel pour diminuer le dommage et complètera dès lors votre salaire (gain intermédiaire). Si vous ne vous inscrivez au chômage qu'après une période de 20 mois, la caisse estimera que votre activité sur appel, du fait de sa durée, revêt un caractère normal. Elle refusera votre demande.

- **Délai-cadre consécutif** : Vous acceptez une activité sur appel à titre de gain intermédiaire durant votre délai-cadre d'indemnisation afin de diminuer le dommage. La caisse compense ce gain intermédiaire. Si à l'ouverture d'un nouveau délai-cadre, vous ne justifiez que de périodes de cotisation composées d'activités sur appel que vous poursuivez, la caisse estimera que votre activité sur appel revêt un caractère normal. Elle refusera l'ouverture d'un nouveau délai-cadre.

Procédure à suivre pour obtenir des indemnités de chômage et une éventuelle subrogation de la caisse de chômage ***(voir article 2.2)*****:**

Si l'employeur réduit ses appels de plus de 20% :

- Mettez le en demeure de vous fournir du travail comme par le passé et exigez le salaire correspondant à la moyenne des salaires précédemment touchés.
- En cas de non réponse, inscrivez vous au chômage, saisissez le Tribunal des Prud'hommes et remettez une copie de votre demande à la caisse de chômage.

💡 **La caisse se subrogera à vos droits**, c.à.d. qu'elle vous versera des indemnités dès le début du délai de congé et fera valoir vos droits vis à vis de l'employeur.

- Résiliez votre contrat en respectant le délai de congé

Si l'employeur cesse de vous appeler :

💡 Un travail qui « exige du travailleur une disponibilité sur appel constante dépassant le cadre de l'occupation garantie » n'est pas convenable au sens de la loi. **Vous pouvez donc quitter un tel emploi et vous inscrire au chômage sans être pénalisé.**

- Mettez l'employeur en demeure de vous fournir du travail comme par le passé et exigez le salaire correspondant à la moyenne des salaires précédemment touchés.
- Avertissez votre employeur que, sans nouvelles de sa part dan un bref délai (5 jours), vous résilierez votre contrat.
- En cas de non réponse, inscrivez vous au chômage, saisissez le Tribunal des Prud'hommes et remettez une copie de votre demande à la caisse de chômage.

S 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 à vous comme par le pass, cette situation doit être assimilée à un congé sans respect du délai de congé. La caisse de chômage se subrogera à vos droits vis-à-vis de l'employeur et vous indemnisera déjà pendant le délai de congé.

- Recherchez activement un nouvel emploi et acceptez de retourner travailler si l'employeur vous appelle pour quelques heures.

A quel moment résilier son contrat de travail " sur appel " ?

💡 **Si votre rémunération diminue régulièrement du fait que les appels se raréfient**, vous ne devriez pas trop attendre avant de résilier votre contrat car le calcul du gain assuré s'opère sur les 12 derniers mois de travail.

Contrat de travail sur appel et gain intermédiaire

💡 **Le contrat de travail sur appel**, bien qu'il ne réponde pas aux critères du travail convenable, **est reconnu comme gain intermédiaire.**

Recommandation

Votre employeur espace ses appels ! Nous vous conseillons de vous rendre rapidement dans une permanence juridique qui examinera votre dossier et vous aidera dans vos démarches.

Travail auxiliaire ou occasionnel

Le travail auxiliaire ou occasionnel est soumis aux mêmes règles que celles qui sont applicables au travail sur appel car, bien que le travailleur ne soit pas obligé d'accepter les missions proposées, le nombre d'heures rémunérées peut aussi varier selon les missions.

Sources :

- "Disponible en tout temps ? Faites appel à vos droits" - UNIA
- Auxiliaire " sur appel " - Vos droits – UNIA – Fédération InterProfessionnelle des Salariés (FIPS)
- GASTROSUISSE – séminaire de l'OCIRT - octobre 1999 – partie 4 : " Le contrat de travail sur appel ", Stephan Barbey.
- Cahiers genevois et romands de sécurité sociale N^{o} 24 – 2000 - page 61 : Lucia Germani, " travail flexible et protection du travailleur "
- Bulletin LACI / IC 2016

Dernière modification: 07.07.2021