

RÉPONSE DU CONSEIL D'ETAT

à l'interpellation Amélie Cherbuin - Travail sur appel : et si le téléphone ne sonne pas ?

Rappel de l'interpellation

"Le travail sur appel est la forme la plus extrême de la flexibilité du marché de l'emploi ce qui provoque une précarisation du travailleur et plus particulièrement sur le dos des femmes.

Présent dans la vente, la restauration, la production alimentaire, la santé et tous les secteurs d'activité où les besoins en personnel varient en fonction de la demande, le travail sur appel est un phénomène en constante progression.

Cette forme de travail est réglementée uniquement par les dispositions réglant le contrat individuel de travail (art. 319 ss CO) ainsi que par la jurisprudence.

Le Tribunal fédéral a confirmé dans un arrêté fédéral (ATF 125 III 65 ss) que la loi n'interdit pas le travail sur appel, mais ajoute que cette forme de travail doit respecter les dispositions légales impératives. Cela vaut notamment pour l'article 324, alinéa 1, CO, en vertu duquel le risque de l'entreprise incombe non pas au travailleur mais à l'employeur. Dans le cadre de cette disposition, il n'est pas permis à l'employeur de déterminer unilatéralement, en fonction de ses propres besoins, la durée du travail et la rétribution du travailleur.

Or, il n'est pas rare de voir des contrats sur appel sans précision concernant un nombre d'heure minimum garanti.

Le 15 septembre 2009, le SECO a envoyé une directive aux cantons précisant les directives de la loi fédérale du 6 octobre 1989 sur le service de l'emploi et la location de service (LSE RS 823.111).

Cette directive rappelle de quelle manière le travail sur appel doit être appliqué, et que notamment il doit figurer l'horaire de travail par écrit dans le contrat de travail conclu avec le travailleur et dans les cas où il y a nécessité pour l'entreprise de prévoir un temps de travail modulable, un nombre d'heures minimale doit être convenu.

Cette directive demande au canton de s'assurer de l'application de ce règlement lors de vérification de modèles de contrat dans le cadre de la demande d'autorisation.

Aussi, j'ai l'honneur de poser les questions suivantes au Conseil d'état:

- 1) Les statistiques concernant le travail sur appel confirment-elles une augmentation de la flexibilisation du travail dans le canton, notamment pour les femmes ?*
- 2) Depuis 2009, à quels types de contrôles de validité sont astreints les entreprises de vente sur notre territoire et quel est le nombre d'infractions qui ont été détectées,*
- 3) Quelles actions ont été entreprises par la commission cantonale tripartite pour l'emploi dans ce domaine*

4) Est-ce que le Conseil d'Etat envisage à l'avenir d'autres mesures afin de protéger les travailleurs au bénéfice d'un contrat sur appel et pour en limiter l'application.

5) Quel suivi est proposé par les conseillers en emploi lorsque les chômeurs touchent des indemnités en complément salaire sur appel, sachant que les personnes qui obtiennent ce type de contrat et qui sont indemnisées en complément chômage (dit "gains intermédiaires") ne peuvent ouvrir un droit à des indemnisations si le contrat est durable.

6) Quelle priorité est mise en terme d'insertion professionnelle en cas de travail sur appel d'un bénéficiaire du RI pour lequel un complément d'aide financière est octroyé. Pourra-t-il bénéficier des mesures d'insertion professionnelle malgré son manque de disponibilité ?

7) Le personnel des ORP et du RI ont-ils la possibilité de dénoncer des cas d'abus auprès d'une instance, lorsqu'ils ont entre leurs mains des contrats qui ne respectent pas les dispositions légales ?

Je remercie d'avance le Conseil d'état pour ses réponses".

Amélie Cherbuin

Réponse du Conseil d'Etat

Le travail sur appel est usuellement défini comme une forme d'activité irrégulière, très souvent de durée indéterminée, selon laquelle le travailleur prend l'engagement d'exercer une activité à chaque fois que l'employeur fait appel à lui. Ainsi que le rappelle Mme la Députée Cherbuin, il n'a pas en soi un caractère illicite, mais ne peut se réaliser que dans un cadre précis obligeant l'employeur à observer des contraintes légales impératives. Ce dernier doit notamment respecter son obligation d'informer l'employé après un mois d'activité en précisant par écrit la durée hebdomadaire du travail ainsi que le salaire (art. 330b CO) et en donnant suite, cas échéant, à une mise en demeure d'occupation du travailleur dans la même mesure que précédemment (art. 324 CO). A défaut, le juge civil n'aurait d'autre choix que de constater le caractère illicite de la relation contractuelle, qui ferait en réalité endosser le risque d'entreprise par le travailleur.

La Directive 2009/2 du SECO du 15 septembre 2009, intitulée "Règlement de l'horaire de travail dans le contrat de travail et obligation du bailleur de services de payer le salaire qui lui est lié" - directive à laquelle il est fait référence dans le texte de l'interpellation - ne concerne pas toutes les entreprises privées, mais uniquement les entreprises soumises à la loi sur le service de l'emploi et la location de services (LSE), soit les entreprises de travail temporaire. Son but est de préciser l'obligation du bailleur de services - l'employeur de droit - de régler par écrit et dans un contrat de mission l'horaire de travail ainsi que le salaire qui doit être versé au travailleur ayant accepté une mission auprès du locataire de services - l'employeur de fait – quel que soit le nombre d'heures effectivement réalisé auprès de ce dernier.

Il convient donc de clairement distinguer les mécanismes qui régissent le travail temporaire, sous régime de la location de services, du travail sur appel. Le travail sur appel résulte d'un engagement contractuel direct entre le travailleur et l'employeur, alors que le travail temporaire implique une forme de relation tripartite entre le bailleur de services, le travailleur et le locataire de services. La directive du 15 septembre n'est en réalité pas applicable dans une relation de travail sur appel et les autorités du marché du travail ne sont donc aucunement en mesure d'utiliser le pouvoir d'investigation qui découle de la LSE dans ce contexte.

Ceci étant précisé, le Conseil d'Etat a l'honneur de répondre ci-dessous aux questions posées dans l'interpellation de Mme la Députée Cherbuin :

Question 1 : *Les statistiques concernant le travail sur appel confirment-elles une augmentation de la flexibilisation du travail dans le canton, notamment pour les femmes ?*

Réponse:

Le Conseil d'Etat ne dispose pas d'étude spécifique récente sur le travail sur appel ou du moins sur les différentes formes d'emplois atypiques dans la population vaudoise. Il peut néanmoins s'appuyer sur une étude publiée en octobre 2011 par le SCRIS, aujourd'hui Statistique Vaud, à laquelle il se permet de renvoyer Mme la Députée Cherbuin pour un plus long développement (http://www.scris.vd.ch/data_dir/elementsdir/7194/2/F/Numerus-HS_Emplois%20atypiques.PDF).

Brièvement, cette étude rappelle que si elles étaient encore marginales au début des années 90, les formes non traditionnelles ou atypiques de travail comme le travail temporaire, le travail sur appel ou encore les contrats de durée déterminée font aujourd'hui partie intégrante du marché suisse de l'emploi. Si d'un côté, ces nouvelles formes de travail permettent aux entreprises de réagir plus rapidement aux mutations de l'économie, de l'autre, elles peuvent aussi répondre aux désirs d'une partie des salariés qui souhaitent disposer de davantage de liberté et de diversité professionnelle.

Grosso modo, l'étude publiée à l'époque par le SCRIS montre qu'environ un salarié sur trois occupe un emploi atypique dans le canton de Vaud parce qu'il ou elle travaille le soir ou la nuit (17% des salariés), qu'il ou elle est au bénéfice d'un contrat de durée déterminée (8%), ou qu'il ou elle exerce une activité dans un cadre temporaire (7%). Globalement, le travail sur appel concerne environ 4% des travailleurs, soit en 2009 environ 11'000 personnes et touche de manière inégale les hommes (3% des travailleurs) et les femmes (5%), mais de manière identique les Suisses et les étrangers avec respectivement 4% des travailleurs et des travailleuses. Selon cette étude, l'importance quantitative du travail sur appel parmi les salariés est demeurée constante entre 2002 et 2009 autant sur le plan cantonal que national. Le SCRIS relève toutefois que selon une étude menée en 2008 par l'OFS sur la base de l'enquête suisse sur la population active (ESPA), les emplois atypiques-précaires dans le cadre du travail sur appel ont progressé de 15% en Suisse entre 2004 et 2008. Il s'agit là des emplois qui présentent soit une forme d'insécurité (durée de l'engagement ou volume d'emploi) tout en fournissant un revenu inférieur à 60% d'un salaire médian, soit plusieurs formes d'insécurité pour un revenu inférieur au salaire médian.

En moyenne annuelle pour 2012, et sur la base de l'ESPA, le travail sur appel concerne 5% de la population résidente permanente active, soit 190'000 personnes sur un nombre total de 3'320'000 travailleurs et travailleuses. Le Conseil d'Etat ne dispose pas de chiffres spécifiques pour le canton de Vaud, mais il n'a pas de raison de croire que l'évolution sur le marché du travail cantonal soit différente de la situation nationale et que l'augmentation constatée en Suisse ne concerne pas le canton de Vaud.

Toutes les formes de travail flexible comme le travail à temps partiel, les contrats de travail à durée déterminée, le travail sur appel ou le travail temporaire ne sont pas nécessairement problématiques et peuvent même offrir une liberté supplémentaire aux employeurs comme aux travailleurs. En revanche, les contrats de travail qui exposent le personnel à une grande insécurité sans l'indemniser correctement doivent évidemment être qualifiés de précaires et, il paraît très probable que les travailleurs acceptent ce genre d'emploi lorsqu'ils n'ont aucune autre option, en dehors du recours au chômage ou aux dispositifs d'aide sociale. En effet, bien que le Conseil d'Etat ne dispose pas de données statistiques sur le lien entre travail sur appel et besoins du RI, il ne peut exclure qu'une partie des bénéficiaires du RI, qui connaît de grandes fluctuations de revenu, est concernée par le travail sur appel. Par ailleurs, les personnes qui travaillent sur appel sont souvent exclues de mesures de formation interne et occupent donc de manière générale des positions plus fragiles sur le marché de l'emploi. Le Conseil d'Etat va demander au Service de prévoyance et d'aides sociales d'étudier cette problématique de manière approfondie pour mieux l'appréhender. Dans un marché du travail qui demeure particulièrement perméable et dynamique, les personnes concernées ont toutefois de réelles possibilités de ne pas demeurer longtemps dans cette situation, ce que rappelle une étude mandatée en 2010 par la Commission de surveillance de l'assurance-chômage et publiée par le SECO en octobre 2010 dans **La**

Vie économique Revue de politique économique.

Question 2 : *Depuis 2009, à quels types de contrôles de validité sont astreints les entreprises de vente sur notre territoire et quel est le nombre d'infractions qui ont été détectées ?*

Réponse:

Dans le cadre de l'application de l'Accord sur la libre circulation des personnes et de la lutte contre le travail au noir, environ 300 contrôles des conditions de travail sont effectués annuellement dans le secteur du commerce de détail par les inspecteurs du marché du travail rattachés au Service de l'emploi. Menés régulièrement depuis 2007, ces contrôles n'ont pas fait ressortir de problèmes spécifiques liés à une éventuelle augmentation du travail sur appel dans le domaine de la vente.

Dans les Villes de Lausanne et de Nyon, ce secteur d'activité a été ou est toujours couvert par une Convention collective du commerce de détail, étendue du 1^{er} juillet 2006 au 30 juin 2012, en ce qui concerne Lausanne et depuis le 1^{er} juin 2012 pour Nyon. Le pouvoir de contrôle du respect de dispositions conventionnelles est intégralement entre les mains des partenaires sociaux par le biais de la commission paritaire et, à la connaissance du Conseil d'Etat, cette dernière n'a pas constaté de dégradation des conditions de travail.

Par ailleurs et en application de la LSE, le Service de l'emploi procède chaque année à une quinzaine d'audits de bureaux de placement privés et d'entreprises de travail temporaire. Ces audits portent de manière générale sur le respect des conditions qui permettent la délivrance de l'autorisation cantonale et fédérale de pratiquer le placement privé et la location de services et singulièrement sur l'application de la directive du 15 septembre 2009. L'examen annuel de près de 500 contrats de mission fait parfois apparaître des irrégularités à la fois sur l'indication des horaires de travail ainsi que sur le montant total de la rémunération. Le Service de l'emploi en exige évidemment la correction rétroactive.

Question 3 : *Quelles actions ont été entreprises par la commission cantonale tripartite pour l'emploi dans ce domaine ?*

Réponse:

La Commission cantonale tripartite pour l'emploi n'ayant jamais été nantie de plainte relative à l'extension du travail sur appel dans quelque secteur d'activité que ce soit, elle n'a pas entrepris d'action spécifique dans ce domaine. (Commission tripartite pour l'emploi : 3 représentants patronaux, resp. FPV, CVCi et FVE ; 3 représentants syndicaux, resp. UNIA et SEV ; 3 représentants de l'Etat, le Chef du DECS président, le Chef du SDE et Stat-Vaud). Toutefois, le Conseil d'Etat va suggérer à cette Commission de mieux intégrer la problématique du travail sur appel dans ses réflexions.

Question 4 : *Est-ce que le Conseil d'Etat envisage à l'avenir d'autres mesures afin de protéger les travailleurs au bénéfice d'un contrat sur appel et pour en limiter l'application ?*

Réponse:

Le travail sur appel est exclusivement régi par le droit fédéral. Il bénéficie de plus de la liberté contractuelle. Pour en limiter l'application, seule une révision du droit fédéral est envisageable.

Pour ce qui concerne le contrôle des dispositions légales applicables au travail sur appel, le Département entend poursuivre l'important travail qu'il a effectué jusqu'à ce jour.

Question 5 : *Quel suivi est proposé par les conseillers en emploi lorsque les chômeurs touchent des indemnités en complément salaire sur appel, sachant que les personnes qui obtiennent ce type de contrat et qui sont indemnisées en complément chômage (dit "gains intermédiaires") ne peuvent ouvrir un droit à des indemnités si le contrat est durable ?*

Réponse:

La mission principale des conseillers en personnel consiste à placer les chômeurs et les demandeurs

d'emploi dans une perspective de réinsertion professionnelle durable et ils ne leur proposent donc pas d'emplois sur appel. Pour autant, l'activité sur appel n'est pas incompatible avec une indemnisation par l'assurance-chômage sous forme de gain intermédiaire, aussi longtemps que le demandeur d'emploi qui se trouve dans cette situation demeure apte au placement et continue à effectuer des recherches d'emploi dans le but de trouver un emploi durable.

Pour que l'activité sur appel soit considérée comme licite par la LACI et puisse donner lieu au versement d'indemnités compensatoires, la disponibilité requise par l'employeur ne doit pas dépasser celle correspondant au salaire versé. Dans le cas contraire, la caisse de chômage devrait constater une inaptitude au travail en relation avec l'indisponibilité du demandeur d'emploi. Il n'est cependant pas exact d'affirmer, comme le fait Mme la députée Cherbuin, que les gains intermédiaires ne peuvent permettre de recréer un droit à des indemnités. Si l'assuré parvient par ce moyen à capitaliser une période de cotisation de douze mois durant le délai-cadre de référence, il s'ouvrira alors en principe un nouveau droit à des indemnités de chômage, lequel sera calculé sur la base du salaire touché par l'intéressé.

Question 6 : *Quelle priorité est mise en terme d'insertion professionnelle en cas de travail sur appel d'un bénéficiaire RI pour lequel un complément d'aide financière est octroyé ? Pourra-t-il bénéficier des mesures d'insertion professionnelle malgré son manque de disponibilité ?*

Réponse:

Les conseillers ORP ne traitent pas différemment les assurés LACI des allocataires du Revenu d'insertion. De façon générale, ils examinent avec les demandeurs d'emploi de cas en cas l'opportunité du choix des mesures de réinsertion professionnelle et privilégient celles qui sont les plus susceptibles de favoriser la réinsertion professionnelle durable des bénéficiaires du RI. Pour ce faire, ils tiennent compte de la disponibilité du bénéficiaire, de ses compétences et qualifications et de son projet professionnel.

Question 7 : *Le personnel des ORP et du RI ont-ils la possibilité de dénoncer des cas d'abus auprès d'une instance, lorsqu'ils ont entre leurs mains des contrats qui ne respectent pas les dispositions légales ?*

Réponse:

En cas de doute ou d'abus, les conseillers ORP ou les assistants sociaux informent le travailleur que ses droits sont potentiellement violés et qu'il doit ouvrir une action auprès du Tribunal de prud'hommes s'il entend obtenir réparation. Les travailleurs concernés peuvent également s'adresser aux collaborateurs du Service de l'emploi chargés du contrôle du marché du travail et de la protection des travailleurs qui sont susceptibles d'offrir une analyse ou des conseils en matière de droit du travail ou d'engager une procédure de contrôle auprès de l'entreprise.

Conscient de la situation précaire et des difficultés liées à l'imprévisibilité de leur activité que connaissent les personnes qui travaillent sur appel, le Conseil d'Etat entend demeurer attentif à cette problématique.

Ainsi adopté, en séance du Conseil d'Etat, à Lausanne, le 25 septembre 2013.

Le président :

P.-Y. Maillard

Le chancelier :

V. Grandjean