

## TCVS C1 07 6

*ATC (Ile Cour civile) du 14 mai 2008, X. c. Y. SA*

**Contrat de travail : travail intérimaire; travail continu; salaire**

- Notion de salaire en travail intérimaire. Exigences légales en matière de contrat de mission (art. 322 CO; art. 19 LSE; consid. 3a).
- Applicabilité de la LTr en matière de travail intérimaire (art. 1 LTr à 4 LTr; consid. 3b).
- Règles sur la durée du travail et la majoration de salaire dans la LTr. Notion de travail continu régulier ou périodique (art. 9 à 20 LTr; 18 OLT 1 à 30 OLT 1; consid. 3b/aa).
- Notion de pause du travailleur (art. 15 LTr; consid. 3b/bb).
- En l'espèce, le travailleur connaissait et avait accepté les conditions de la mission, avec un salaire couvrant les inconvénients liés à cette activité. Il ne pouvait pas réclamer une majoration salariale pour le travail dominical et le travail de nuit, le contrat de travail intérimaire litigieux n'étant pas abusif ou illicite à défaut de convention collective étendue (art. 322 CO; art. 19 LSE, art. 48a al. 1 OSE; art. 148 al. 1 CPC; consid. 3c).

**Arbeitsvertrag: Temporärarbeit; ununterbrochener Betrieb; Lohn**

- Begriff des Lohns bei Temporärarbeit. Gesetzliche Anforderungen beim Arbeitsvermittlungsvertrag (Art. 322 OR; Art. 19 AVG; E. 3a).
- Anwendung des ArG bei Temporärarbeit (Art. 1 bis 4 ArG; E. 3b).
- Regeln über die Arbeitsdauer und den Lohnzuschlag im ArG. Begriff des dauernden oder wiederkehrenden ununterbrochenen Betriebs (Art. 9 bis 20 ArG; Art. 18 bis 30 ArGV 1; E. 3b/aa).
- Begriff der Arbeitspausen (Art. 15 ArG; E. 3b/bb).
- In casu kannte und akzeptierte der Arbeitnehmer die Bedingungen der Arbeitsvermittlung, mit einem Lohn, der die mit dieser Arbeit verbundenen Unannehmlichkeiten abdeckte. Er konnte keinen Lohnzuschlag verlangen für Sonntags- und Nacharbeit; der strittige Temporärarbeitsvertrag ist nicht missbräuchlich oder rechtswidrig mangels eines allgemein verbindlichen Gesamtarbeitsvertrages (Art. 322 OR; Art. 19 AVG, Art. 48a Abs. 1 AVV; Art. 148 Abs. 1 ZPO; E. 3c).

**Faits (résumé)**

L'agence de travail intérimaire Y. SA met à disposition de A. SA des travailleurs, dont du personnel temporaire en payrolling. X. a ainsi été engagé par Y. SA comme surveillant auprès de A. SA, pour un travail continu exercé de nuit, le samedi, le dimanche et les jours fériés, sans majoration salariale, pour une durée indéterminée dès le 7 juillet 2003. La rémunération horaire de Y. SA par A. SA s'élevait à 47 fr. 85, TVA en sus, et heures supplémentaires majorées. Selon le contrat, le salaire horaire de base de X. s'élevait à 28 fr. 15, auquel s'ajoutaient une indemnité de vacances et un treizième salaire d'un

montant horaire de 2 fr. 34 et de 2 fr. 53, en sorte que le revenu horaire global de X. était fixé à 33 fr. 02; le contrat prévoyait un horaire de travail de 40 heures par semaine.

Le 6 octobre 2003, X. a sollicité un emploi fixe. A. SA n'a pas accepté. Dès le 1<sup>er</sup> janvier 2004, X. a perçu un salaire horaire de 34 fr. 02 (salaire de base: 29 fr.; indemnité de vacances : 2 fr. 41; 13e salaire: 2 fr. 61). A. SA a dès lors rémunéré Y. SA à concurrence de 49 fr. par heure de travail effectué par X. En été/automne 2004, X. a réclamé au chef du personnel de A. SA une majoration salariale pour l'activité dominicale et le travail de nuit. A. SA a résilié le contrat de location de services qui portait sur la mise à disposition de X., avec effet au 31 décembre 2004. Y. SA a également mis fin aux rapports de travail, avec effet à la même date.

Le 31 janvier 2005, A. SA a indiqué à Y. SA que X., durant son activité, avait effectué 128 périodes de travail de nuit, ce qui représentait un supplément de temps de 10 jours et demi. Le 31 janvier 2005, Y. SA a versé à X., à ce titre, le montant brut de 2858 fr. 70

### ***Considérants (extraits)***

(...)

3. Le demandeur prétend à une majoration salariale de 25% pour le travail de nuit et de 50% pour le travail dominical. Il réclame, en outre, la conversion en argent du temps des pauses dont il n'a pu disposer librement. La défenderesse objecte qu'il savait, tout au long des rapports de travail, que ces prestations étaient comprises dans la rémunération convenue.

a) Le salaire est la contre-prestation de l'employeur à l'obligation principale du travailleur d'effectuer sa prestation de services (ATF 131 III 615 consid. 5.1). En règle générale, le salaire est fixé librement entre les parties (RVJ 2006 p. 179 consid. 3). La liberté contractuelle est cependant restreinte par les conventions collectives, les contrats-types et les dispositions de droit public (art. 322 al. 1 CO; Rehbinder, Commentaire bernois, n. 3 ss ad art. 322 CO; Thévenoz, Le travail intérimaire, thèse Genève 1987, n° 735; Wyler, Droit du travail, 2002, p. 125). Le salaire au temps est la forme la plus courante. Il ne dépend ni de la quantité ni de la qualité du travail fourni. Les parties sont libres de le fixer en fonction d'une base horaire, journalière, hebdomadaire, mensuelle ou annuelle (Rehbinder, n. 30 ad art. 322 CO; Wyler, op. cit., p. 113).

Le contrat de mission doit être conclu par écrit et contenir certaines indications relatives à la nature, au lieu et à la durée de la mission, ainsi que la rémunération et les frais convenus (art. 19 al. 1 et 2 LSE). Si les exigences relatives à la forme ou au contenu ne sont pas remplies, les conditions de travail selon les usages locaux et professionnels ou les dispositions légales en la matière sont applicables, à moins que des conditions plus favorables aient été conclues verbalement (art. 19 al. 3 LSE). Les dispositions concernant le salaire sont celles qui régissent, en particulier, le salaire minimum, dans lequel ne doivent pas être incorporés d'éventuels frais, les suppléments pour heures supplémentaires, travail posté, travail à la tâche, travail de nuit, le dimanche et les jours fériés, la compensation des vacances pro rata temporis et le 13e salaire pro rata temporis (art. 48a al. 1 let. a à d OSE).

b) La loi fédérale sur le travail dans l'industrie, l'artisanat et le commerce (ci-après : LTr) s'applique à toutes les entreprises publiques ou privées (art. 1 al. 1 LTr) qui ne sont pas expressément exclues de son champ d'application (art. 2 et 4 LTr). En général, les intérimaires n'entrent pas dans ces exceptions. Le caractère temporaire de leur occupation est, en effet, sans pertinence (Thévenoz, op. cit., n° 582).

aa) La loi sur le travail instaure des règles précises et contraignantes s'agissant de la durée du travail (art. 9 à 13 LTr, 22 à 26 OLT 1) et des périodes de repos (art. 15 et 15a LTr, 18 à 21 OLT 1). Elle définit les plages horaires du travail de jour, du travail du soir et du travail de nuit (art. 10 LTr), en posant le principe de l'interdiction de travailler la nuit (art. 16 LTr) et le dimanche, soit du samedi à 23 h au dimanche à 23 h (art. 18 LTr), ainsi que les dérogations à cette interdiction (art. 17 à 17e, 19 et 20 LTr, 27 à 30 OLT 1). L'employeur doit accorder une majoration de salaire de 25 % au moins au travailleur qui effectue un travail de nuit à titre temporaire (art. 17b al. 1 LTr). Le législateur a prévu, en ce qui concerne le travail dominical temporaire, des suppléments de salaire plus importants qu'en cas de travail nocturne. Dans cette hypothèse, l'employeur accorde, en effet, une majoration de salaire de 50 % au travailleur.

Le travail continu régulier ou périodique est autorisé lorsque des raisons techniques ou économiques le rendent indispensable (art. 24 al. 2 LTr). Il s'agit d'un système d'organisation du temps de travail qui repose 24 heures sur 24 et sept jours sur sept sur le travail en équipes et qui fait intervenir plusieurs équipes, à la totalité desquelles, en principe, chaque travailleur participe successivement (art. 36 OLT 1). Ce

système du temps de travail couvre ainsi toute la journée, toute la nuit, de même que le dimanche [Stöckli/Soltermann/(Guex), Commentaire LTr (Geiser/von Kaenel/Wyler), 2005, n. 1 ad art. 24 LTr]. La réglementation sur la majoration salariale ne vaut pas pour le travail nocturne et dominical durable (ATF 116 Ib 284 consid. 4d; JAR 2000 p. 350 consid. 1b; AGVE 1979 p. 31 consid. 1; Soltermann, *Die Nacht aus arbeitsrechtlicher Sicht*, thèse Berne 2004, p. 199). Le salaire prévu en cas de travail continu tient, en effet, compte des inconvénients qui en résultent, en sorte que la réglementation n'impose pas le paiement d'un supplément de salaire (JAR 2000 p. 350 consid. 1b; Hug, Commentaire de la loi fédérale sur le travail, n. 13 ad art. 17 LTr; cf. Soltermann, loc. cit.). Le travailleur qui effectue un travail de nuit régulièrement a, en revanche, droit, depuis le 1<sup>er</sup> août 2003, à une compensation en temps qui équivaut à 10 % de la durée de ce travail (art. 17b LTr; DTA 2003 p. 180). Ce supplément en temps doit être accordé sous forme de temps libre supplémentaire dans un délai d'une année (art. 17b al. 2 LTr). Il peut, à titre exceptionnel, être converti en argent, en particulier parce que les rapports de travail sont achevés (DTA 2003 p. 180).

bb) En vertu de l'art. 15 al. 1 let. b et c LTr, le travail sera interrompu par des pauses d'au moins une demi-heure, si la journée de travail dure plus de sept heures mais moins de neuf heures. Sont à considérer comme pauses, les interruptions de travail nécessaires pour des raisons physiologiques, qui servent à l'alimentation, à la détente, et permettent de rassembler de nouvelles forces [Müller/(Guex), Commentaire LTr (Geiser/von Kaenel/Wyler), 2005, n. 7 ad art. 15 LTr]. L'art. 15 al. 1 LTr règle la durée minimale des pauses en fonction de la longueur du temps de travail. Il ne s'agit pas du temps de travail journalier, mais de chaque période de travail. Si le temps de travail journalier est interrompu, par exemple par la pause de midi, et qu'une partie du temps ainsi divisé dépasse cinq heures et demie, de nouvelles pauses doivent être aménagées en vertu de l'art. 15 al. 1 LTr [Hug, n. 3 ad art. 15 LTr; Müller/(Guex), n. 9 ad art. 15 LTr].

Dans la plupart des cas, le travailleur peut décider librement de ce qu'il veut faire de son temps de pause, c'est-à-dire que la place de travail peut être quittée. Les pauses que le travailleur doit passer à son poste (par exemple pour remplir des tâches de contrôle, en raison de la nécessité de pouvoir intervenir immédiatement dans le processus de production ou dans un service téléphonique) sont des périodes durant lesquelles il est prêt à travailler [art. 15 al. 2 LTr; Hug, n. 8 ad art. 5 LTr; Müller/(Guex), n. 21 ss ad art. 15 LTr]. Certes, elles servent à

l'alimentation et au repos du travail effectué, mais elles n'offrent pas la détente habituelle qu'une pause apporte lorsque le travailleur peut quitter sa place de travail (pas nécessairement le bâtiment de l'entreprise), qu'il veuille faire usage ou non de cette possibilité. Pour autant que les travailleurs puissent se reposer et s'alimenter dans des conditions d'hygiène acceptables, la pause est considérée dans ces cas comme accordée; elle doit toutefois compter comme temps de travail [art. 15 al. 2 LTr; Müller/(Guex), n. 22 ad art. 15 LTr]. Cette réglementation vise la protection de la santé et donc l'aspect de la surcharge physique [Müller/(Guex), n. 27 s. ad art. 15 LTr].

La question de la rémunération des pauses relève du droit privé [Müller/(Guex), n. 28 ad art. 15 LTr]. La disponibilité du travailleur durant les pauses profite à la satisfaction des besoins de l'employeur. Elle doit, partant, être considérée comme du travail rémunéré (cf. ATF 124 III 249 consid. 3a). Cette rémunération peut être englobée dans le salaire versé pour l'activité principale (cf. ATF 124 III 249 consid. 3c).

c) En l'espèce, les parties ont conclu un contrat limité à une mission dans l'entreprise exploitée par A. SA. Le demandeur, après s'être entretenu avec B., connaissait les conditions de la mission, qu'il a acceptées. Il savait, en particulier, que le poste assigné par l'entreprise utilisatrice impliquait, par sa nature, de travailler en équipes, la nuit et en fin de semaine, ainsi que de ne pas quitter sa place de travail.

Les parties sont convenues d'un salaire qui couvrait les inconvénients liés à cette activité. Elles n'ont pas prévu, en sus, de suppléments pour le travail par équipes, le travail nocturne et dominical, et/ou la disponibilité durant les pauses, inconvénients inhérents à la nature de la mission, soit un travail continu régulier comme surveillant. Dans ces conditions, le demandeur se prévaut, à tort, d'une violation de l'art. 48a al. 1 OSE. Au demeurant, l'inobservation des exigences relatives au contenu du contrat de travail dans un rapport de location de services, exigences énoncées à l'art. 19 al. 2 LSE, n'a que les effets prévus à l'art. 19 al. 3 LSE. Ce sont, le cas échéant, les usages locaux et professionnels, ainsi que le droit dispositif qui s'appliquent. L'usage local ne relève pas du droit; il s'agit d'un fait qui doit être allégué et, s'il n'est pas notoire comme en l'espèce, prouvé (art. 148 al. 1 CPC; ATF 113 II 25 consid. 1a; Hohl, op. cit., nos 872 et 934). Le demandeur n'a pas articulé de faits à cet égard, en sorte que, même si le contrat de mission n'était pas conforme à l'art. 19 al. 2 LSE, il conviendrait de retenir que le salaire, fixé librement par les parties selon l'art. 322 al. 1 CO, constituait la contre-prestation à l'obligation de X. d'effectuer un travail continu régulier.

Le demandeur ne peut pas réclamer une majoration salariale pour le travail dominical et le travail de nuit. La compensation, dont il se prévaut - 50 %, respectivement 25 % -, n'est, en effet, pas applicable au travail continu. Ses prétentions en paiement de 4986 fr. 95 - travail dominical -, de 6349 fr. 45 - travail de nuit - et de 986 fr. 30 - travail nocturne durant les jours fériés - doivent dès lors être rejetées.

Le demandeur a accepté les conditions salariales indiquées dans le contrat de mission, complété par le contrat-cadre de travail intérimaire. Il savait que son statut impliquait, selon ses propres termes, qu'il ne «bénéficia(i)t d'aucune pause dans (s)on travail, d'aucun avantage tant sur le plan social que celui d'indemnités salariales dues au travail de nuit, samedis, dimanches et jours fériés». Il ne saurait, par conséquent, réclamer le paiement de 10'532 fr. 20 à titre de rémunération des pauses, dont il n'a pu disposer librement.

Il sied de souligner enfin que, à défaut de convention collective étendue (cf. art. 20 LSE), le contrat de travail intérimaire litigieux n'était pas abusif ou illicite (sur ces notions, cf. Thévenoz, op. cit., n<sup>os</sup> 1105 ss). D'abord, la mission de X. n'excédait pas ce que l'on peut raisonnablement comprendre sous le terme d'emploi temporaire. Elle ne s'est, en effet, pas prolongée sur une durée excessive. Ensuite, A. S.A. n'a pas recouru, de manière systématique et à une large échelle, à du personnel loué par l'agence de travail intérimaire. En 2003, l'entreprise utilisatrice occupait 176 salariés; elle a fait appel à des intérimaires à l'occasion des travaux de rénovation de la raffinerie et du perfectionnement entrepris par deux salariés. Dans ce contexte particulier, elle s'est déchargée des soucis de l'employeur et elle a payé le supplément usuel au salaire horaire de la main-d'œuvre pour que l'entreprise de travail intérimaire en assume la responsabilité (sur la rémunération du bailleur de services, cf. Thévenoz, op. cit., n<sup>o</sup> 358). La volonté commune de A. S.A. et de Y. S.A. portait sur une interposition efficace, et non simulée, d'un intermédiaire dans les rapports de travail. L'entreprise utilisatrice n'entendait pas assumer les tâches de l'employeur, ce que l'agence intérimaire a accepté d'être. Pareillement, dans l'esprit des parties au contrat de travail, c'est l'agence que l'intérimaire a acceptée comme employeur, qualité que celle-ci a d'ailleurs revendiquée. Enfin, A. S.A. n'a pas constitué sa propre agence de travail intérimaire pour créer un paravent entre elle et une main-d'œuvre bon marché et peu protégée. X. n'a d'ailleurs pas perçu un salaire minimal. Il a, en effet, obtenu, initialement, un montant horaire brut de 33 fr. 02 et, à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2004, de 34 fr. 02. Il devait accomplir 40 heures de travail par semaine. Son revenu hebdomadaire était ainsi, lors de

l'engagement, de 1320 fr. 80 (33 fr. 02 x 40 heures), puis, à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2004, de 1360 fr. 80 (34 fr. 02 x 40 heures). A la même époque, le personnel stable de Z. SA, qui effectuait une activité analogue, obtenait, prime de mérite non comprise, un revenu hebdomadaire de 1347 fr. 10 [(4306 fr. + 938 fr. + 140 fr. 25 + 448 fr. 70) : 4.33 semaines par mois] à l'engagement, et de 1374 fr. 05 [(4389 fr. + 938 fr. + 140 fr. 95 + 23 fr. 95 + 457 fr. 65) : 4.33 semaines par mois] un an après celui-ci. Ces montants, 13<sup>e</sup> salaire compris, intégraient les suppléments liés au travail par équipes, à l'âge et à l'ancienneté. Le demandeur n'a, partant, pas été lésé bien qu'il travaillât comme intérimaire. L'expérience enseigne pourtant que le niveau des salaires des intérimaires occupés dans l'exploitation est inférieur de quelque 15% à celui du personnel stable, notamment parce que seul celui-ci bénéficie de primes et allocations (cf. Thévenoz, op. cit., nos 729 ss). C., qui accomplissait des tâches semblables à celles de X., n'a d'ailleurs perçu qu'un revenu horaire de 27 fr. 08. Au demeurant, en se prévalant des «privilèges» du personnel fixe de A. S.A., le demandeur méconnaît que, même s'il a tissé des liens avec l'entreprise utilisatrice et qu'il a dû notamment suivre les instructions données par celle-ci, ses obligations et ses droits découlaient de son contrat avec l'agence de placement (ATF 129 III 124 consid. 3.3).

Les prétentions de X. tendant à une majoration salariale pour le travail dominical et nocturne, ainsi qu'à la conversion en argent du temps des pauses dont il n'a pu disposer librement, doivent, dans ces circonstances, être rejetées.

Le 24 septembre 2008, le Tribunal fédéral a rejeté, dans la mesure de sa recevabilité, le recours en matière civile interjeté par X. contre ce jugement (arrêt 4A\_292/2008).