

TCVS C1 07 123

*ATC (Cour civile II) du 24 octobre 2008, X. SA c. Y.*

**Contrat de travail: demeure de l'employeur; abus de droit**

- Notion et effets de la demeure de l'employeur (art. 324 al. 1 et 2 CO, 362 al. 1 CO; consid. 3a, c et d, 4c).
- Le risque d'inactivité du personnel, notamment en raison de la résiliation, par l'entreprise utilisatrice, du contrat de mise à disposition, appartient à l'agence de travail intérimaire (consid. 3b).
- L'employeur peut seulement dans des circonstances particulières invoquer un abus de droit à l'encontre du travailleur qui tarde à faire valoir sa prétention; portée de l'art. 4 CC (art. 2 al. 2 CC; consid. 4a et b).

**Arbeitsvertrag: Annahmeverzug des Arbeitgebers; Rechtsmissbrauch**

- Begriff und Wirkungen des Annahmeverzuges des Arbeitgebers (Art. 324 Abs. 1 und 2 OR, 362 Abs. 1 OR; E. 3a, c und d, 4c).
- Das Risiko der Nichtbeschäftigung des Personals aus Personalvermittlungsvertrag, insbesondere infolge Auflösung des Personal beziehenden Unternehmens, trägt die temporäre Arbeitsvermittlungsagentur (E. 3b).

- Der Arbeitgeber kann nur unter besonderen Umständen einen Rechtsmissbrauch des Arbeitnehmers, der versäumt seine Forderung rechtzeitig geltend zu machen, vorbringen; Tragweite von Art. 4 ZGB (Art. 2 Abs. 2 ZGB; E. 4a und b).

### ***Faits (résumé)***

Le 14 décembre 2005, Y. a conclu un contrat de travail avec l'entreprise de location de services X. SA, en vertu duquel il devait se rendre, le 30 janvier 2006, sur le chantier Cleuson-Dixence, auprès de B. SA, pour une mission de trois mois. B. SA n'a pas pu entreprendre les travaux à la date prévue. Le 24 janvier 2006, X. SA a informé Y. que la prise d'emploi était reportée d'environ trois semaines, soit à fin février 2006; elle a spécifié qu'elle entendait le tenir informé de l'évolution du chantier. Au mois de mai 2006, B. SA a aménagé une séance, à laquelle Y. a participé, destinée à orienter les intérimaires sur l'activité sollicitée. X. SA a alors confirmé à Y. qu'il était engagé dès le 12 juin 2006. Elle l'a invité à signer un nouveau contrat. Par la suite, la SUVA a exigé que les manœuvres soient titulaires d'un permis de machiniste. Y. n'étant pas au bénéfice de cette formation, X. SA a renoncé à l'occuper.

Le 21 juin 2006, Y. a introduit action contre X. SA tendant au paiement de 17'676 fr. 80. X. SA a conclu au rejet de la demande. Le Tribunal du travail a admis la demande. X. SA a interjeté appel contre ce prononcé.

### ***Considérants (extraits)***

(...)

3. Le Tribunal du travail a considéré - implicitement - que la défenderesse était en demeure du 20 février au 12 juin 2006. A défaut de résiliation du contrat, elle devait, partant, payer au demandeur le salaire convenu, dont le montant brut s'élevait à 17'676 fr. 80. La recourante conteste le droit au salaire durant cette période.

a) S'il empêche par sa faute l'exécution du travail ou se trouve en demeure de l'accepter pour d'autres motifs, l'employeur doit payer le salaire sans que le travailleur doive encore fournir sa prestation (art. 324 al. 1 CO). La demeure suppose, en principe, que le travailleur ait clairement offert ses services, en vain (ATF 115 V 437 consid. 5a; arrêt 4C.383/1991 du 23 octobre 1992 consid. 3c, in SJ 1993, p. 365). Le travailleur ne peut toutefois se voir reprocher de n'avoir pas offert ses services lorsque l'employeur n'aurait de toute manière pas accepté la prestation de travail (arrêt 4C.155/2006 du 23 octobre 2006 consid. 5; Staehelin, Commentaire zurichois, 5e éd., n. 8 ad art. 324 CO).

La demeure de l'employeur peut découler de la survenance d'événements ou de circonstances totalement indépendantes de sa volonté, dont il doit cependant répondre en vertu de la loi ou du contrat, même si lesdits événements ne le frappent pas directement. Cela résulte du fait que le travailleur n'a, en particulier, pas à supporter le risque inhérent à l'activité économique, qui incombe uniquement à l'employeur (ATF 125 III 65 consid. 5; 124 III 346 consid. 2a; Carruzzo, La rémunération du travailleur et le remboursement des frais, 2007, n° 230; Staehelin, n. 12 ss ad art. 324 CO). L'art. 324 al. 1 CO est relativement impératif, en sorte que, en principe, il n'est pas possible d'y déroger en défaveur du travailleur et donc, par voie de conséquence, de faire peser sur celui-ci tout ou partie du risque d'entreprise (art. 362 al. 1 CO; ATF 125 III 65 consid. 5; Staehelin, n. 35 ad art. 324 CO).

b) Les parties se sont liées par un contrat de travail intérimaire proprement dit (art. 27 al. 2 OSE), soumis aux dispositions particulières de la loi fédérale sur le service de l'emploi et la location de services (LSE). En cette matière, il n'est pas rare que, après être convenue avec l'intérimaire d'une mission, l'agence se ravise - en général parce que sa cliente elle-même a résilié le contrat de mise à disposition - et signifie au travailleur, avant (BJM 1973 p. 277) ou pendant la mission (JAR 1983 p. 111), que celle-ci prend fin immédiatement. Le risque d'inactivité ou de sous-occupation du personnel, notamment en raison du retrait d'un mandat, appartient typiquement à l'employeur (Streff/von Kaenel, *Arbeitsvertrag*, 6e éd., 2006, n. 5 ad art. 324 CO; Thévenoz, *Le travail intérimaire*, thèse Genève 1987, n° 780). Sa survenance n'est donc pas un motif légitime de refuser la prestation du travailleur, et l'employeur se trouve en demeure d'acceptation (ATF 119 V 46 consid. 1b; Thévenoz, loc. cit.). L'agence de travail intérimaire ne saurait faire valoir que l'entreprise utilisatrice a résilié la mise à disposition après la conclusion du contrat de travail mais avant le début de la mission (BJM 1973 p. 277; Thévenoz, op. cit., n° 640). L'entreprise utilisatrice n'est pas partie au contrat de travail; elle ne saurait dès lors avoir de pouvoir direct sur son existence (ATF 129 III 124 consid. 3.3; Thévenoz, op. cit., nos 716 et 785).

L'inoccupation de l'intérimaire ressortit ainsi au risque de l'employeur, que l'agence ne peut reporter sur l'intéressé en résiliant le contrat de travail avec effet immédiat, même si cela avait été expressément prévu par une clause du contrat de travail. Si l'empêchement non fautif du travailleur ne peut justifier un licenciement immédiat (art. 337 al. 3 CO in fine), alors et, a fortiori, l'incapacité de l'employeur de four-

nir du travail ne l'autorise pas à mettre abruptement un terme au contrat (Thévenoz, op. cit., n° 781 s.; cf. ATF 124 III 346; 116 II 142 consid. 5c; Staehelin, n. 28 ad art. 324 CO). L'employeur doit, en pareille hypothèse, le salaire pour le reste de la durée du contrat sans que le travailleur doive encore fournir sa prestation (art. 324 al. 1 CO). Le fait que l'employeur renonce à occuper le travailleur rend l'interpellation - en l'occurrence, l'offre de travailler - de celui-ci inutile (Thévenoz, op. cit., n° 783).

c) En vertu de l'art. 324 al. 2 CO, le travailleur impute sur son salaire ce qu'il a épargné du fait de l'empêchement de travailler ou ce qu'il a gagné en exécutant un autre travail, ou le gain auquel il a intentionnellement renoncé. Il ne doit, en effet, pas s'enrichir en raison de la demeure de l'employeur. Le travailleur reste lié par son obligation de fidélité. Il incombe dès lors à l'employeur de lui indiquer quel type d'activité il peut exercer et pour quelle durée (Carruzzo, op. cit., n° 243). Il lui appartient également d'établir la réalisation des conditions qui justifient une réduction de salaire (art. 8 CC; ATF 96 II 57; 78 II 444; Staehelin, n. 31 ad art. 324 CO; Streiff/von Kaenel, n. 12 ad art. 324 CO).

La demeure de l'employeur prend fin notamment à l'expiration de la période convenue - contrat de durée déterminée - ou à l'échéance du délai de résiliation ordinaire - contrat de durée indéterminée - (Rehbinder, Commentaire bernois, n. 23 ad art. 324 CO; Staehelin, n. 27 ad art. 324 CO; Streiff/von Kaenel, n. 11 ad art. 324 CO).

d) En l'espèce, selon le courrier du 24 janvier 2006, Y. devait entreprendre son activité au plus tard à la fin du mois de février 2006. La recourante n'a pas établi avoir résilié le contrat à cette époque. Le seul fait de ne pas avoir sollicité Y. jusqu'au mois de mai suivant ne suffisait pas pour que celui-ci puisse, sans doute raisonnable, considérer que les rapports de travail avaient pris fin, ce d'autant que la défenderesse s'était engagée à l'informer du suivi du chantier. A compter de la fin février 2006, Y. est demeuré inoccupé durant plus de trois mois. Son conseiller en orientation professionnelle, A., a interpellé X. SA, pour le moins, à une reprise. Au demeurant, la recourante avait fait savoir à l'appelé qu'elle l'informerait de l'évolution du chantier. Dans ces conditions, l'interpellation de l'employeur était inutile.

Le fait pour B. SA de reporter la location de services ressortissait au risque de X. SA, qui ne pouvait le faire supporter à Y. Il appartenait à la défenderesse soit de différer la conclusion du contrat de mission jusqu'à la confirmation, par l'entreprise utilisatrice, de l'exécution

des travaux, soit de résilier le contrat. Cela n'a pas échappé à C.; le responsable régional de la recourante a, en effet, déclaré, mais sans le prouver, que, selon D., les rapports de travail avaient cessé à la fin février 2006.

Y. n'a certes pas suivi la formation de magasinier auprès de la Maison E. Cette activité n'était cependant pas rémunérée. La défenderesse n'a, par ailleurs, ni allégué ni, a fortiori, établi le montant - épargné, obtenu ou potentiel - que le demandeur devrait imputer sur le salaire dû. Au demeurant, Y. s'est tenu à disposition de X. S.A., en sorte qu'il s'est trouvé pratiquement privé de la possibilité de travailler pour un tiers. Il attendait des instructions de l'entreprise de travail intérimaire sur l'évolution du chantier Cleuson-Dixence. Dans ces circonstances, la défenderesse reste, en principe, tenue de payer le salaire du demandeur pour la durée du contrat de mission conclu, soit trois mois. A l'expiration de cette période, les rapports de travail et, partant, la demeure de l'employeur, ont, en effet, pris fin. En raison de son inoccupation, Y. ne saurait prétendre que la mission s'est, par la suite, poursuivie.

4. La recourante soutient que la prétention du demandeur est contraire à la bonne foi et constitue un abus de droit. De la fin février à la fin mai 2006, Y. n'a jamais réclamé de salaire; dans ces circonstances, il savait, selon elle, que les parties n'étaient pas liées par un contrat de travail. La défenderesse se plaint, pour les mêmes motifs, d'une violation de l'art. 4 CC. Elle estime que la décision est inique.

a) A teneur de l'art. 2 al. 2 CC, l'abus manifeste d'un droit n'est pas protégé par la loi.

Le fait d'attendre pour faire valoir sa prétention, sans pour autant laisser s'écouler le délai de prescription, ne constitue pas un abus de droit (ATF 131 III 439 consid. 5.1; 116 II 428 consid. 2; cf. ég. ATF 129 III 171 consid. 2.4; 127 III 506 consid. 4a). Encore faut-il que d'autres circonstances se réalisent qui feront apparaître l'exercice du droit en contradiction avec l'inaction de l'ayant droit. De telles circonstances peuvent consister dans le fait que le débiteur de la prestation subit un dommage reconnaissable du fait de l'action tardive alors que l'on aurait pu attendre de l'ayant droit qu'il fasse valoir sa prétention, ou dans le fait que celui-ci a attendu pour faire valoir sa prétention dans le but de se procurer un avantage de manière indue; constitue un dommage reconnaissable pour le débiteur de la prestation le fait que la prétention ne puisse plus être vérifiée (ATF 131 III 439 consid. 5.1 et réf. cit.).

En l'espèce, le seul fait que Y. n'a réclamé son salaire qu'à la fin des rapports de travail ne suffit pas en soi à fonder l'abus de droit. La défenderesse n'a ni allégué ni, a fortiori, établi d'autres circonstances particulières sur la base desquelles, à la lumière de la jurisprudence, il faudrait admettre le caractère abusif des prétentions émises. Certes, le demandeur n'a pas travaillé, mais, conformément à la teneur et à la portée de l'art. 324 al. 1 CO, la conséquence de la demeure de l'employeur réside dans le fait que le travailleur est dispensé d'effectuer sa prestation alors que l'employeur a l'obligation de verser le salaire. Autrement dit, le travailleur a droit à sa rémunération comme s'il avait fourni sa propre prestation (Stahelin, n. 27 ad art. 324 CO).

b) A teneur de l'art. 4 CC, le juge applique les règles du droit et de l'équité lorsque la loi réserve son pouvoir d'appréciation ou qu'elle le charge de prononcer en tenant compte soit des circonstances, soit de justes motifs.

L'art. 324 CO règle les conséquences de la demeure : obligation de l'employeur de payer le salaire, imputation des montants épargnés, des gains réalisés et potentiels du travailleur, dispense de celui-ci de son obligation de fournir sa propre prestation. Cette disposition est claire dans son esprit comme dans sa lettre. Sa formulation ne permet pas au juge de statuer selon les règles du droit et de l'équité (cf. Hausheer/Jaun, Die Einleitungsartikel des ZGB, 2003, n. 18 ad art. 4 CC). Le grief du recourant est, partant, vain.

c) L'appel n'est, dans ces circonstances, admis qu'en ce qui concerne l'ampleur de la créance de salaire, réduite à trois mois. Les parties sont convenues d'un montant horaire de 27 fr. 62 et d'une durée quotidienne de huit heures. Le salaire mensuel du demandeur doit être arrêté à 4783 fr. 78 [(27 fr. 62 x 8 heures/jour x 5 jours/semaine) x 4.33 semaines/mois] et la créance du demandeur à un montant brut de 14'351 fr. 35 (4783 fr. 78 x 3 mois); après déduction des charges sociales à hauteur de 6.35%, X. SA paiera à Y. 13'440 francs. Ce montant porte intérêt à 5% l'an, à compter du 21 juin 2006, bien que le salaire était exigible à la fin du mois, au plus tard le cinquième jour ouvrable suivant (consid. 1b; sur le dies a quo de l'intérêt cf. Stahelin, n. 15 ad art. 323 CO; Streiff/von Kaenel, n. 3 ad art. 323 CO); le jugement de première instance n'a, en effet, pas été entrepris, à cet égard, par l'intimé. X. SA versera aux organes concernés les charges sociales calculées sur le montant brut de 14'351 fr. 35.