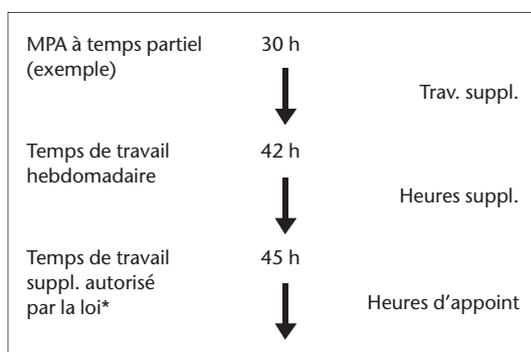


Le droit du travail dans la pratique

Patrik Dahinden

Heures supplémentaires ou heures d'appoint? Quand les vacances peuvent-elles être réduites par l'employeur? La rémunération des heures d'appoint est-elle majorée de 25%? Ces questions, entre autres, se posent souvent dans la pratique. Malheureusement, elles ne sont pas réglées clairement dans le Code des obligations et ne font pas partie du quotidien du médecin. Nous précisons donc les choses ci-après.

Temps supplémentaire, heures supplémentaires et heures d'appoint



Travail supplémentaire

Si une MPA à temps partiel travaille normalement 30 heures au cabinet, toute heure travaillée en plus est réputée travail supplémentaire jusqu'à ce que le temps de travail hebdomadaire légal de 42 heures soit atteint.

Heures supplémentaires

Si le temps de travail hebdomadaire (p.ex. 42 heures) est dépassé, il est considéré au titre d'heures supplémentaires au niveau de la rémunération horaire et mensuelle!

Si un temps de travail défini (p.ex. 50%) est accordé avec une employée rémunérée à l'heure, toute heure de travail réalisée en plus est réputée heure supplémentaire, et non pas travail supplémentaire.

Heures d'appoint

Le temps de travail hebdomadaire légal maximum est de 50 heures et ne peut être dépassé que dans des cas d'urgence. Le travail d'appoint que réalisent les MPA dans des cas exceptionnels au-delà de l'horaire hebdomadaire maximum, ne peut pas dépasser 2 heures par jour et 140 heures par an (art. 9 et 12 LTr).

Rémunération

Travail supplémentaire

Les heures réalisées au titre de travail supplémentaire sont rémunérées au taux horaire «normal».

Heures supplémentaires

En l'absence de toute convention, l'art. 321c CO prévoit les variantes suivantes:

- compensation par un congé d'une durée au moins égale;
- compensation par une rémunération majorée d'au moins 25%.

Néanmoins, par convention écrite (contrat de travail, règlement du personnel) la rémunération, voire la compensation peut être intégralement exclue ou modifiée librement!

Heures d'appoint

En vertu de l'art.13 LTr (loi sur le travail), les heures d'appoint doivent être rémunérées avec une majoration minimale de 25%. Cette disposition ne peut pas être modifiée aux dépens de l'employée. Néanmoins, les heures d'appoint peuvent être compensées par du temps libre d'une durée au moins égale dans la mesure où la MPA donne son accord.

Saisie

Compte tenu des différences – et avant tout pour prévenir tout désagrément lié à un litige portant sur la rémunération des heures travaillées au-delà de l'horaire régulier – nous recommandons de noter (séparément) les heures supplémentaires et les heures d'appoint.

D'après la jurisprudence, la partie (en temps normal l'employée) disposant d'une saisie du temps de travail documentée, même si celle-ci n'est pas visée, est protégée en conséquence.

Les heures supplémentaires réalisées doivent être signalées immédiatement à l'employeur; si elles sont tolérées (tacitement), elles sont réputées a) ordonnées et b) approuvées. Ces obligations prescrivent par 5 ans (art. 128 alinéa 3 CO).

Vacances

Droit aux vacances

Par année de service, le médecin doit accorder à la MPA (jusqu'à l'âge de 20 ans révolus) au moins quatre semaines de congés par année de service et cinq semaines de congés à compter de l'âge de 50 ans (art. 329a CO).

Possibilité d'une compensation en espèces?

Les congés ne peuvent jamais être compensés par de l'argent ou toute autre prestation (art. 329d alinéa 2 CO). Les contrats signés par la MPA et le médecin prévoyant un paiement sont nuls et non avenus. Ainsi, un médecin procédant à une telle compensation s'expose à devoir rémunérer une deuxième fois le même droit aux vacances en cas de violation de cet article.

Les exceptions suivantes sont possibles:

Correspondence:
Patrik Dahinden
Expert fiduciaire diplômé
Partner Treuhand Willisau
GmbH
FMH Treuhand Services
Bahnhofstrasse 13
CH-6130 Willisau
Tél. 041 972 80 60
Fax 041 972 80 55

patrik.dahinden@
fmhtreuhand.ch

www.fmhtreuhand.ch

- Si le contrat de travail prend fin, les congés peuvent être compensés dans la mesure où ils ne peuvent pas être pris. Aucune majoration ne doit être versée!
- Il est possible de verser en plus à la MPA rémunérée à l'heure une indemnité de vacances correspondante. Néanmoins, le médecin doit quand même accorder à son employée 4 semaines de congés (non rémunérés) → le versement n'exclut pas le droit aux vacances!
- Si l'on accorde des jours de congés supplémentaires à une MPA (plus de 4, resp. 5 semaines), ces jours supplémentaires peuvent être compensés aux choix par de l'argent ou d'autres prestations.

Réduction des vacances

L'art. 329b CO prévoit une réduction des vacances d'un douzième par mois complet d'empêchement de travailler dans les cas suivants:

- absences par sa propre faute: à compter du premier mois complet d'empêchement (pas de délai de grâce);
- absence sans faute: à compter du troisième mois complet d'empêchement de travailler (délai de grâce d'1 mois);
- absence pour grossesse: à compter du troisième mois complet d'empêchement de travailler (délai de grâce de 2 mois).

Les vacances ne peuvent pas être diminuées pendant la période où la MPA touche une allocation de maternité!

Il faut noter que toutes les absences peuvent être cumulées.

Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, le délai de grâce doit être reconsidéré pour chaque année de service; ainsi, un employé malade a droit à $\frac{1}{12}$ de ses congés par année de service même s'il est empêché de travailler pendant toute l'année.

Mise en disponibilité

Si une employée est mise en disponibilité immédiatement après la résiliation de son contrat, il convient de savoir dans quelle mesure son avoir de vacances et d'heures supplémentaires doit être compensé.

D'après l'expert en droit du travail iur. Hans Ueli Schürer [1], 5 à 7 jours de vacances sont compensés par mois de préavis. Les heures supplémentaires devant être compensées avec une majoration de 25 % (cf. art. 321c alinéa 2 CO) et ne pouvant être compensées par du temps libre que d'un commun accord, il est recommandé d'y faire référence déjà dans le contrat de travail ou dans le règlement du personnel.

Pour prévenir tout désagrément lié à un litige (même si cela est inévitable parfois), il est recommandé – en plus de la référence faite dans le contrat

de travail/règlement évoqué ci-dessus – de dresser une convention de mise en disponibilité. Ce document doit spécifier impérativement les points suivants:

- préavis de résiliation
- mise en disponibilité à compter du (date), sous réserve par ex. de la joignabilité par téléphone pendant les heures de bureau pour les renseignements etc.
- les avoirs d'heures supplémentaires et de vacances sont compensés
- obligation d'information du nouveau poste, compensation du nouveau revenu^a;
- clause de solde de tout compte^b.

En outre, ce document peut régir des points tels que le certificat de travail, l'obligation de confidentialité, la fourniture de références etc.

Contrats à durée déterminée

Un contrat à durée déterminée se termine sans résiliation (art. 334 § 1 CO).

Néanmoins, les contrats à durée déterminée peuvent être assortis d'une clause permettant de les résilier à une autre date:

Exemple

Le contrat de travail se termine le 30 septembre 2009. Le contrat de travail peut néanmoins être résilié par l'une ou l'autre des parties avec un préavis d'1 mois.

Le principal problème dans ces contrats est lié à la question de savoir si le rapport de travail est soumis à une durée maximale ou à une durée minimale. Une formulation claire exclut tout malentendu à ce sujet.

Résiliation / Préavis / Maladie

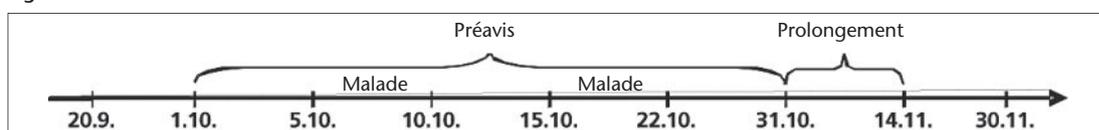
Que se passe-t-il si une employée tombe malade pendant le préavis?

L'exemple ci-après permet d'y voir plus clair: La résiliation a été notifiée le 20.9. au 31.10. La MPA est en maladie les jours suivants: du 25.09. au 28.09., du 05.10. au 10.10. et du 15.10. au 22.10. ainsi que du 25.11. au 10.12.

Le préavis commence à courir le 1^{er} octobre^c. Les 6, respectivement 8 jours de maladie du mois d'octobre retardent le préavis de 14 jours, soit au 14 novembre. Les jours de maladie du 25 novembre au 10 décembre ne comptent donc pas dans le préavis et ne prolongent pas le rapport de travail, qui prend fin au 30 novembre (fig. 2).

Selon Hans Ueli Schürer, une maladie d'un à trois jours ne prolonge pas le préavis. Cependant, si la maladie dure plus de trois jours le préavis se prolonge. En outre, il faut savoir que le prolongement du préavis est un droit du travailleur, mais ne constitue pas une obligation!

Figure 2



1 Schürer HU. Arbeit und Recht. 10. Auflage. Zürich: SKV; 2009.

a La jurisprudence du TF prévoit une compensation en l'absence d'une convention, à la différence des tribunaux cantonaux (comme par ex. à Zurich).

b La clause de solde de tout compte pourrait permettre de lever une éventuelle interdiction de concurrence. Il est donc recommandé d'ajouter la mention «sous réserve de l'interdiction de concurrence contractuelle» à cette clause.

c La toute dernière jurisprudence du TF définit le préavis différemment! Toutefois, on peut considérer que cet arrêt n'est pas confirmé. En plus, cette pratique n'est pas soutenue par la plupart des tribunaux cantonaux (par ex. Zurich).