



Chapitre de livre

1989

Open Access

This version of the publication is provided by the author(s) and made available in accordance with the copyright holder(s).

Le travail à temps partiel irrégulier

Aubert, Gabriel

How to cite

AUBERT, Gabriel. Le travail à temps partiel irrégulier. In: Mélanges Alexandre Berenstein : le droit social à l'aube du XXI^e siècle. Lausanne : Payot, 1989. p. 215–234. (Collection juridique romande)

This publication URL: <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:12294>

Chapitre deux : Aspects internes

Le travail à temps partiel irrégulier

par Gabriel Aubert
professeur à l'Université de Genève

I. Flexibilité et précarité

La flexibilité du temps de travail est un concept à la mode. Alors que, pendant de longues années, les salariés travaillaient typiquement à temps plein, selon un horaire fixe, on constate que se répandent de nouvelles formes d'emploi plus souples¹.

Ainsi, soucieux de réduire leurs coûts, certains employeurs s'efforcent d'équilibrer le plus parfaitement possible la disponibilité des salariés et la quantité de travail à effectuer. Pour éviter des temps morts, pendant lesquels des travailleurs restent inoccupés tandis que subsistent les charges salariales, ils souhaitent adapter la durée du travail à leurs seuls besoins, en la fixant unilatéralement et en la modifiant dès que cela se révèle utile².

¹ Cf. BUREAU INTERNATIONAL DU TRAVAIL, *Bibliographie annotée sur le temps de travail*, Genève 1985 ; E. CORDOVA, De l'emploi total au travail atypique, *RIT* 1986, p. 715 ; K. LEY, Après 50 années stables, les 50 années flexibles ?, in : *La vie au travail et son avenir*, Lausanne 1988, p. 105.

² En République fédérale d'Allemagne, cette figure est connue sous l'abréviation de « Kapovaz » (kapazitätsorientierte variable Arbeitszeit) ; cf. W. DAEUBLER, Rapport allemand, in : *Crise, maintien de l'emploi et partage du travail*, Etudes suisses de droit européen, Genève 1984, p. 24-25 ; M. REHBINDER, *Rechtsfragen der Teilzeitarbeit*, *ArbR* 1986, p. 81 = M. REHBINDER (éd.), *Flexibilisierung der Arbeitszeit*, Berne 1987, p. 31 et 37.

Une telle adaptation de la durée du travail aux besoins de l'employeur n'est pas une nouveauté. On connaît les mécanismes classiques à cette fin, soit le recours aux heures supplémentaires, expressément prévu par le code des obligations et la loi fédérale sur le travail³⁾ ou la réduction temporaire de l'horaire de travail, compensée par des prestations de l'assurance-chômage⁴⁾. De tels mécanismes ont toutefois ceci de commun qu'ils ne compromettent pas le principe même de la durée du travail et de la rémunération stables : l'horaire de base demeure comme plancher dans le cas des heures supplémentaires, qui sont en principe rétribuées avec une majoration; de son côté, la réduction de l'horaire de travail, au sens de la loi sur l'assurance-chômage, ne peut jamais être que passagère et s'accompagne d'une indemnisation des salariés touchés.

On doit évidemment distinguer de ces phénomènes l'horaire variable. Selon ce dernier, les travailleurs peuvent, à l'intérieur de limites permanentes, choisir leurs heures d'entrée et de sortie. Cependant, ils effectuent une quantité de travail hebdomadaire ou mensuelle normale (c'est-à-dire non réduite) et stable (c'est-à-dire non fluctuante)⁵⁾.

La détermination unilatérale, par l'employeur, de la durée du travail (et du salaire y relatif) en fonction de ses besoins bénéficie à l'entreprise. Même si elle correspond, parfois, aux vœux d'une partie de la main d'oeuvre, elle rend néanmoins fort précaire la situation du salarié, qui ne sait s'il recevra, à la fin du mois, une rétribution suffisante pour son entretien et celui de sa famille. Il paraît donc opportun d'examiner comment le droit encadre cette forme de flexibilité.

Les présentes observations s'inscrivent naturellement dans un volume publié en hommage au professeur Alexandre Berenstein, qui, comme enseignant et comme juge, a su mettre en lumière avec coeur la fonction protectrice de l'ordre juridique.

³⁾ Art. 321c CO et 12 LTr.

⁴⁾ Art. 31 ss LACI.

⁵⁾ Cf. R. WYLER, *Die gleitende Arbeitszeit nach schweizerischem Recht*, Zurich 1976, p. 1.

II. La notion de contrat de travail à temps partiel irrégulier

A. Base légale

Le salarié dont la durée du travail varie selon les besoins de l'employeur fournit ses prestations soit de manière continue ou à intervalles réguliers, mais en quantité variable; soit à intervalles irréguliers, en quantité fixe ou variable. Il ne se trouve donc pas occupé à temps plein, mais à *temps partiel*; son horaire de travail est, de plus, *irrégulier*. Quelle place la loi réserve-t-elle à un tel contrat ?

L'article 319 alinéa 1 du code des obligations définit le contrat individuel de travail. L'alinéa 2 précise que cette figure recouvre aussi le contrat par lequel un travailleur s'engage à travailler *régulièrement* au service de l'employeur par heures, demi-journées ou journées (travail à temps partiel).

Le législateur a voulu ainsi préciser que même des prestations de travail espacées peuvent faire l'objet d'un seul contrat. Il a songé certainement aux auxiliaires ménagères ou aux secrétaires qui se rendent chez l'employeur quelques journées ou demi-journées par semaine ou par mois. La régularité des prestations de travail montre qu'elles ne reposent pas sur des contrats successifs, mais sur un contrat continu⁶.

Le libellé de l'article 319 alinéa 2 du code des obligations pourrait donner à penser, a contrario, que le contrat par lequel le travailleur s'engage à travailler *irrégulièrement* au service de l'employeur, par heures, demi-journées ou journées, ne constituerait pas une forme de contrat de travail à temps partiel et, par conséquent, ne se trouverait pas régi par l'article 319 du code des obligations⁷.

Il n'en est rien. A la demande de certaines associations, le Conseil fédéral a expressément mentionné, dans son projet, le travail à

⁶ Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale concernant la révision des titres dixième et dixième bis du code des obligations, *FF* 1967 II 303; M. REHBINDER, *Der Arbeitsvertrag* (art. 319-330a CO), in: *Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht*, Berne 1985, n. 25 ad art. 319; A. STAEHELIN, *Der Einzelarbeitsvertrag* (art. 319-330a CO), in: *Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch*, Zurich 1984, n. 69 ad art. 319. Avant la révision du titre X du code des obligations, la jurisprudence avait peine à mettre au bénéfice d'un contrat de travail (continu) à temps partiel les salariés effectuant régulièrement leurs prestations, mais de manière intermittente: cf. *ATF* 43 I 297; *RSJ* 1941/42, p. 183; *RSJ* 1927/28, p. 153; voir cependant *ZR* 1950, n° 190 et, depuis la révision de 1971, *BJM* 1974, p. 247 = *DTAC* 1975, p. 98.

⁷ Dans ce sens R. von BUEREN, *Teilzeitarbeit und temporäre Arbeit als neue Formen von Dienstleistung im schweizerischen Recht*, Berne 1971, p. 6, 9 et 16.

temps partiel régulier, qui prenait une importance croissante dans la pratique; il a souligné que le travail à temps partiel était de toute façon inclus dans la définition du contrat de travail donnée à l'article 319 *alinéa 1*, de sorte que cette dernière englobe également le contrat de travail à temps partiel irrégulier⁸.

Pour désigner le travail à temps partiel irrégulier, la doctrine et la jurisprudence utilisent parfois l'expression de « travail à temps partiel improprement dit » (*uneigentliche Teilzeitarbeit*)⁹. Une telle terminologie n'est pas satisfaisante. En effet, malgré son irrégularité, ce type de travail représente sans aucun doute une forme de travail à temps partiel. On ne voit pas en quoi il serait « *uneigentlich* »¹⁰. Et s'il pose parfois des problèmes plus délicats, il se trouve soumis aux mêmes règles de fond¹¹.

B. Distinction d'avec les contrats de travail successifs

Il faut distinguer le contrat de travail à temps partiel irrégulier d'avec les contrats de travail successifs. Dans le langage courant, le premier est souvent qualifié de « travail sur appel », les seconds de « travaux occasionnels »¹². Cette distinction joue un rôle important, car, comme on le verra, l'étendue des droits et obligations des parties en dépend¹³.

Le salarié lié par un contrat de travail à temps partiel irrégulier effectue ses prestations dans le cadre d'un seul rapport, qui perdure. En revanche, le salarié lié par des contrats de travail successifs effec-

⁸ Message précité, *FF* 1967 II 303 ; K. HUG, *Rechtliche Probleme der Teilzeitarbeit : Ferienregelung und Lohnzahlung bei Krankheit*, *RSJ* 1974, p. 188 ; STAEHELIN, n. 71 ad art. 319. Deux auteurs paraissent considérer que l'article 319 *al. 2* CO englobe aussi le travail à temps partiel irrégulier : W. BONER, *Teilzeitarbeit*, Berne 1985, p. 28-30 ; REHBINDER, n. 27 ad art. 319 ; comparer REHBINDER, *Rechtsfragen...*, p. 31 et 32 ; cf. aussi *Arbeitsgericht Brugg*, 21.10.1987, *Journal des associations patronales*, ci-après *JAP* 1988, p. 365. Cette interprétation n'est pas conciliable avec le texte légal, qui vise l'obligation de « travailler régulièrement » ou l'engagement « zur regelmässigen Leistung » ; ne se prononce pas sur ce point, J. BRUEHWILER, *Handkommentar zum Einzelarbeitsvertrag*, Berne 1978, p. 17.

⁹ HUG, *op. cit.*, p. 186 ; STAEHELIN, n. 71 ad art. 319.

¹⁰ BONER, p. 29 ; REHBINDER, n. 27 ad art. 319.

¹¹ Les auteurs qui utilisent cette terminologie ne soumettent pas le travail à temps partiel « proprement dit » et le travail à temps partiel « improprement dit » à des régimes différents : HUG, p. 186 ss. ; STAEHELIN n. 66-72 ad art. 319.

¹² Cf. par exemple STAEHELIN, n. 71 et 73 ad art. 319.

¹³ Cf. note 33 *infra*.

tue ses prestations dans le cadre de rapports distincts les uns des autres et conclus pour chaque occasion. Le critère de distinction entre le contrat de travail à temps partiel irrégulier et les contrats successifs réside donc dans la continuité (ou la non-continuité) des rapports de travail («Arbeitsverhältnis»)¹⁴.

a) *L'approche subjective*

Pour déterminer si les rapports de travail sont continus, on peut tout d'abord sonder la volonté des parties. Ainsi, selon un arrêt ancien du Tribunal fédéral, il faut se demander comment ces dernières envisagent les conséquences de l'interruption entre les prestations du salarié : on examinera si, pour l'employeur, cette interruption entraîne réellement la fin du rapport de travail (ce qui aurait comme effet que l'accomplissement de prestations ultérieures par le salarié nécessiterait la création d'un nouveau rapport de travail, indépendant du précédent) et si c'est également la volonté du salarié de renoncer complètement au rapport existant et de chercher ailleurs un nouvel emploi¹⁵.

Aujourd'hui, dans cette même perspective, mais à la lumière de la théorie de la confiance, on prendra en considération non pas simplement la volonté, mais la volonté *reconnaisable* de chaque contractant, en recherchant comment l'autre pouvait de bonne foi interpréter ses actes et ses déclarations¹⁶.

Il arrive relativement souvent que les intéressés, après être convenus que l'occupation du salarié se ferait sur la base de contrats successifs chaque fois que ce dernier serait appelé, modifient par la suite leur accord et se lient par un contrat de travail à temps partiel. Cette modification intervient habituellement de manière tacite, par exemple lorsque les appels deviennent fréquents et réguliers, de

¹⁴ REHBINDER, n. 27 ad art. 319 ; STAEHELIN, n. 72 ad art. 319 ; voir aussi la jurisprudence citée ci-dessous. Les art. 353b et 353c CO, relatifs au travail à domicile, utilisent la notion d'occupation ininterrompue, qui doit s'interpréter largement : cf. les arrêts cités à la note 37 infra et publiés dans *Ju-trav*, qui concernent précisément le travail à domicile.

¹⁵ ATF 101 Ia 465 = JT 1977 I 556 ; ATF 47 II 299 = JT 1921 I 560 ; voir aussi *Arbeitsgericht Brugg*, 21.10.1987, *JAP* 1988, p. 365 ; REHBINDER, n. 28 ad art. 319 ; STAEHELIN, n. 73 ad art. 319.

¹⁶ Cf. au lieu de plusieurs, P. ENGEL, *Traité des obligations en droit suisse*, Neuchâtel 1973, p. 154 ; pour un exemple : *Arbeitsgericht Brugg*, 21.10.1987, *JAP* 1988, p. 365.

telle sorte que le salarié peut comprendre de bonne foi qu'il travaille désormais dans le cadre d'un seul contrat de durée indéterminée (voire déterminée)¹⁷.

b) *L'approche objective*

Dans de nombreux cas, l'intention des intéressés relative à la poursuite des rapports de travail après chaque prestation du salarié sera difficile à établir, soit que les preuves manquent, soit même que les parties aient omis de s'interroger sur leurs relations futures.

Aussi la pratique tranche-t-elle sur la base des faits plutôt que de l'intention des parties. Se fondant sur la réalité des rapports de travail, elle apprécie en général leur continuité à la lumière de critères objectifs, en particulier la *fréquence* et la *durée* des prestations du salarié, de même que, parfois, les *motifs des interruptions* entre les prestations. Cette approche repose sur la constatation que la loi prend en considération les rapports effectifs entre les parties («*Arbeitsverhältnis*»), plutôt que le contrat lui-même («*Arbeitsvertrag*»); ce dernier peut d'ailleurs découler d'une simple situation de fait, indépendamment de la volonté de l'employeur et du travailleur¹⁸.

Lorsque le salarié à temps partiel travaille chaque jour ouvrable pour l'employeur, ses prestations, même si elles varient en quantité, seront considérées comme s'accomplissant dans le cadre d'un seul contrat de travail. Il en ira de même lorsque les prestations sont effectuées à intervalles relativement courts ou réguliers. Dans l'une et l'autre hypothèses, malgré, le cas échéant, les changements dans la durée quotidienne du travail ou les interruptions entre les

¹⁷ Dans ce sens, *Entscheidungen des Arbeitsgerichtes Zürich* 1985-1986, p. 9; *BJM* 1979, p. 296 = *JAR* 1980, p. 258; plus restrictif vu les circonstances du cas particulier, mais probablement à tort, *ZR* 1963, n° 84 = *DTAC* 1963, p. 94; dans le sens également d'une modification du contrat, bien que le tribunal ne le dise pas clairement, *Arbeitsgericht Brugg*, 21.10.1987, *JAP* 1988, p. 365.

¹⁸ Sur l'importance de la notion d'«*Arbeitsverhältnis*», cf. *ATF* 47 II 299-300 = *JT* 1921 I 560; *ZR* 1980, n° 51; *BJM* 1979, p. 295 = *JAR* 1980, p. 258; *RJN* 1973-1977, I, p. 308; *AGVE* 1969, p. 47; *BJM* 1960, p. 179; *ZR* 1937, n° 39h; *RSJ* 1934/1935, p. 120; ne distingue pas clairement entre «*Arbeitsvertrag*» et «*Arbeitsverhältnis*» et recourt à l'interdiction de la fraude à la loi, *RJB* 1935, p. 195; voir aussi H. BECKER, *Obligationenrecht*, Berne 1934, n. 2 ad art. 348 aCO; H. OSER/W. SCHOENENBERGER, *Das Obligationenrecht*, Zurich 1936, n. 2 et 3 ad art. 348 aCO; STAHELIN, n. 74 ad art. 319; U. STREIFF, *Leitfaden zum Arbeitsvertragsrecht*, Zurich 1986, n. 10 ad art. 336a-d. Sur le contrat de fait, cf. l'art. 320 al. 2 CO.

prestations du salarié, les rapports entre les parties conservent en effet leur caractère continu¹⁹.

En revanche, le salarié travaille-t-il à intervalles relativement longs ou irréguliers, il devient malaisé de savoir si les prestations sont fournies dans le cadre d'un seul ou de plusieurs contrats (successifs). Lorsque les rapports de travail, malgré leur caractère intermittent, s'étendent sur une longue période, on tendra à les regarder comme se déroulant dans le cadre d'un seul contrat. Lorsqu'ils s'étendent sur une période moindre, on prêtera davantage d'attention à la durée de chaque prestation et à celle des intervalles : plus ces derniers seront irréguliers ou longs, plus cette discontinuité fera apparaître les rapports de travail comme inscrits dans des contrats successifs; la régularité des intervalles atténuera les effets de leur longueur, leur brièveté ceux de leur irrégularité. En outre, lorsqu'elles résultent de causes passagères, les interruptions, en dépit le cas échéant de leur longueur, peuvent ne pas être considérées comme rompant la continuité des rapports de travail, surtout si le salarié n'a pas occupé un emploi chez un tiers.

La jurisprudence se montre libérale. Elle considère que des prestations de travail saisonnières, interrompues en raison des prescriptions légales sur le séjour des étrangers, peuvent être regardées comme formant l'objet d'un seul rapport continu : malgré leur espacement dans le temps, leur retour régulier autorise une telle conclusion²⁰.

Comme exemples de rapports embrassant des prestations moins régulières, mais continues, signalons l'occupation : d'un ouvrier du bâtiment, malgré des interruptions sporadiques provoquées

¹⁹⁾ *JAR* 1980, p. 258 ; *Arbeitsgericht Brugg*, 21.10.1987, *JAP* 1988, p. 365 ; Tribunal des prud'hommes, Genève, 8.4.1988, non publié ; *RSJ* 1974, p. 349. Pour le cas d'une interruption unique, en dehors du travail à temps partiel : *ATF* 112 II 54-55 (le Tribunal fédéral a admis que des parties, reprenant des rapports de travail après une longue interruption, pouvaient décider de continuer les rapports précédents plutôt que d'en créer de nouveaux ; au cas particulier, cependant, il apparaît que vu la cause de l'interruption, soit la volonté de la salariée de se consacrer à l'éducation de ses enfants, la continuité des rapports de travail résulte des circonstances objectives, ce d'autant que la salariée n'a pas été occupée entre-temps chez un tiers ; cf. L. THEVENOZ, *Le travail intérimaire*, Lausanne 1987, p. 240) ; cf. également *DTAC* 1961, p. 2 ; *ZR* 1937, n° 39 h ; *RSJ* 1934/35, p. 120 ; *RSJ* 1924/25, p. 63 ; *RSJ* 1918/19, p. 87.

²⁰⁾ *ATF* 101 Ia 465 = *JT* 1977 I 556 ; *BJM* 1979, p. 293 = *JAR* 1980, p. 208 ; *RSJ* 1980, p. 265 = *ZR* 1980, n° 51 ; *RJN* 1973-1977, I, p. 307.

par le manque de travail²¹; d'un comptable pendant quatre ans, en fonction des besoins mais en moyenne deux soirées et une matinée par semaine²²; d'une hôtesse dans une agence de location de voitures, employée quatre ou cinq jours par mois, tantôt répartis un jour par semaine, tantôt groupés à la fin du mois, pendant plus d'une année²³; d'un acteur devant se tenir à disposition six mois par an, à des périodes non fixées²⁴; d'un couvreur accomplissant son travail irrégulièrement, voire occasionnellement pendant plus de cinq ans, les interruptions les plus longues étant causées par le service militaire²⁵.

On rencontre également des situations mixtes, par exemple le cas de travaux effectués d'ordinaire une demi-journée par semaine, mais à plein temps pendant les vacances et le service militaire de l'employeur : les juges y ont vu un seul contrat avec prestations régulières à temps partiel auxquelles s'ajoutaient des prestations espacées, mais relativement régulières, également à temps partiel²⁶.

c) *Primauté de l'approche objective*

Dans quelques cas, les approches subjective et objective risquent de conduire à des résultats divergents. Ainsi, lorsque les parties, bien que n'ayant pas envisagé de reprendre leurs rapports après la prestation du salarié, y donnent néanmoins une suite, ces rapports peuvent sembler discontinus du point de vue subjectif en dépit de leur continuité objective. Comme on l'a vu, ce qui compte, c'est la réalité du rapport de travail, plutôt que le contrat²⁷. La volonté des intéressés ne joue donc pas un rôle décisif; elle ne constitue qu'un indice qui le cède devant le déroulement des faits.

C. *Le caractère impératif de la qualification*

Si, expressément ou tacitement, l'employeur et le travailleur ont entendu se lier par un contrat de travail à temps partiel irrégulier, ce

²¹) ZR 1931, n° 59k.

²²) RSJ 1974, p. 349 = GVP 1972, p. 45 ; voir aussi JAR 1981, p. 219 ; JAR 1980, p. 177.

²³) JAR 1986, p. 66 et 68.

²⁴) JAR 1985, p. 96.

²⁵) SOG 1984, p. 5 ; voir aussi BJM 1981, p. 293 ; en sens contraire, continuité non admise (à tort, semble-t-il) en raison d'interruptions des prestations de travail dues à la fréquentation d'une école professionnelle, bien que l'employeur ait versé l'écolage pendant cette dernière, RSJ 1977, p. 11 ; continuité niée, les interruptions, de durée indéterminée, dépendant de la fantaisie du salarié : RSJ 1928/29, p. 360 ; RSJ 1924/25, p. 63.

²⁶) BJM 1972, p. 178.

²⁷) Cf. note 18 supra.

choix, a priori, peut être respecté, car rien ne s'oppose à ce qu'un tel contrat reçoive une acception raisonnablement large.

Autre est la question de savoir si les parties peuvent librement décider que les prestations du salarié s'effectueront dans le cadre de contrats successifs, juridiquement distincts les uns des autres, lors même que leurs rapports sont continus.

Un tel procédé serait de nature à procurer un avantage à l'employeur lorsque les obligations que lui impose la loi dépendent de la *durée du contrat*²⁸ : en se liant par de courts contrats successifs, de durée déterminée ou indéterminée, les parties maintiendraient ainsi cette durée en-dessous des seuils à partir desquels naît la protection du salarié. L'employeur peut tirer un autre avantage de la conclusion de contrats successifs lorsque ces derniers sont de *durée déterminée* : de tels contrats prenant fin à leur terme, sans qu'il soit nécessaire de les résilier, les dispositions sur le licenciement en temps inopportun ne s'y appliquent pas; l'employeur ne risque point de les voir se prolonger en cas de maladie ou d'accident du salarié²⁹.

Les auteurs se sont en conséquence demandé si la succession de courts contrats ou de contrats de durée déterminée ne devait pas s'analyser comme une fraude à la loi³⁰. Frauder la loi, c'est atteindre un résultat prohibé en recourant à un moyen apparemment légitime³¹. On devrait donc rechercher, dans chaque cas, si les parties ont

²⁸ Cf. note 32 infra.

²⁹ Nous efforçant de distinguer entre le contrat de travail à temps partiel irrégulier et les contrats successifs, nous ne traitons ici que les cas dans lesquels plusieurs prestations de travail ont été effectuées; sur le problème qui survient quand un seul contrat de durée déterminée a été conclu, alors que le travailleur pouvait légitimement s'attendre à un renouvellement, cf. THEVENOZ, p. 234.

³⁰ Message concernant l'initiative populaire « pour la protection des travailleurs contre les licenciements dans le droit du contrat de travail » et la révision des dispositions sur la résiliation du contrat de travail dans le code des obligations, du 9 mai 1984, *FF* 1984 II 616-617; pour une analyse détaillée, cf. THEVENOZ, p. 230 ss; voir aussi T. BRENDER, *Rechtsprobleme des befristeten Arbeitsverträge*, Zurich 1976, p. 100 ss; M. REHBINDER, *Sachlich rechtfertigende Gründe für die Befristung von Arbeitsverträgen*, in: M. EKONOMI et M. REHBINDER, *Rechtsprobleme befristeter Arbeitsverträge*, Berne 1978, p. 45 et 61; M. REHBINDER, *Schweizerisches Arbeitsrecht*, Berne 1988, p. 95; SCHWEINGRUBER, E. *Commentaire du contrat de travail selon le code fédéral des obligations*, Berne 1975, p. 171; cf. obiter, *Arbeitsgericht Brugg*, 21.10.1987, *JAP* 1988, p. 365; cherche un remède dans l'interdiction de l'abus de droit: BRUEHWILER, p. 179.

³¹ ENGEL, p. 195; THEVENOZ, p. 232 avec références.

recouru à un moyen apparemment légitime, soit la conclusion de plusieurs contrats successifs, pour atteindre un résultat prohibé, soit l'élimination de la protection voulue par le législateur.

Avant la révision du droit du licenciement, en 1988, la question de la fraude aux dispositions protégeant le salarié en fonction de la *durée du contrat* paraissait se poser sérieusement. Dans sa version française, la loi ne fixait-elle pas les délais de congé en fonction de ce critère³²? Désormais, cette question a perdu de son actualité. En effet, la loi ne délimite plus à aucun endroit la protection du salarié en fonction de la durée du *contrat* de travail (*Arbeitsvertrag*): seule est prise en compte, le cas échéant, la durée des *rappports* de travail (*Arbeitsverhältnis*) ou du *service*³³. Comme l'a souligné la jurisprudence, ce critère se fonde sur le *fait* des relations continues entre les parties; peu importe le nombre de contrats successifs par lesquels ces dernières ont pu se lier³⁴.

Si l'on peut résoudre les problèmes découlant de la succession de plusieurs contrats de courte durée en interprétant la notion de rapports de travail, sans recourir à la théorie de la fraude à la loi, celle-ci demeure utile, à première vue, pour traiter les situations dans lesquelles se succèdent des *contrats de durée déterminée* qui font échec à l'application des règles sur le licenciement en temps inopportun³⁵. Il surgit toutefois, à cet égard, une difficulté: la question est controversée de savoir si la fraude à la loi suppose la volonté des parties d'éluider la règle contournée. La solution de ce problème supposerait une étude approfondie de la partie générale du droit des obligations, qui dépasserait le cadre des présentes observations³⁶. On peut se dispenser de plus amples développements, car la matière doit être examinée sous un autre jour.

³² Cf. les anciens articles 336a et 336b CO; voir cependant leur teneur en allemand, qui ne visait pas la durée de l'«*Arbeitsvertrag*», mais celle de l'«*Arbeitsverhältnis*»; THEVENOZ, p. 237.

³³ Cf. dans les versions allemande et française les articles 324a al. 1, 335b, 335c et 339b al. 1 CO.

³⁴ Cf. note 18 supra.

³⁵ THEVENOZ, p. 234.

³⁶ A notre avis, peu importe cette volonté. Les dispositions impératives du titre X du code des obligations visent à interdire certaines situations, sans distinguer selon qu'elles ont été créées intentionnellement ou non; on ne voit pas que le travailleur, qui ne peut valablement renoncer à la protection légale (art. 341 al. 1 CO, en relation avec l'art. 336c CO), soit privé de cette dernière parce que l'employeur ou lui-même, faute par exemple de la connaître, n'auraient pas pu avoir l'intention de s'y soustraire; cf. THEVENOZ, p. 233.

Il existe en effet une voie plus directe pour déterminer si l'employeur et le salarié sont libres de choisir entre la figure des contrats successifs et celle du contrat de travail à temps partiel irrégulier. Le droit du travail a pour objet, en particulier, la protection du salarié. Cette protection revêt un caractère impératif; les parties ne sauraient échapper à son empire. Elle serait illusoire si ces dernières pouvaient convenir, à leur gré, que leurs rapports ne sont pas régis par un contrat de travail, mais par un contrat de mandat ou d'entreprise. La qualification du contrat de travail est donc d'ordre public. De même, vu la protection qui s'attache au contrat de travail à temps partiel, il n'est pas loisible aux parties de décider si les prestations effectuées par le salarié s'inscrivent dans un contrat de travail à temps partiel ou dans plusieurs contrats successifs. Tout comme la définition du contrat de travail, la définition du contrat de travail à temps partiel (régulier ou irrégulier) est d'ordre public. Elle s'opère à la lumière des critères exposés ci-dessus, la volonté des intéressés ne revêtant qu'une valeur d'indice.

Il arrive ainsi que les parties envisagent de poursuivre leurs rapports et les poursuivent effectivement, tout en déclarant expressément vouloir demeurer libres l'une envers l'autre. Un tel accord signifie qu'elles entendent conclure des contrats (successifs) lors de chaque prestation du salarié. Cependant, cette intention n'affecte nullement la continuité objective de leurs relations. Vu cette dernière et en l'absence de terme réel et précis, le contrat sera traité comme un contrat de travail à temps partiel irrégulier, de durée indéterminée. Dans ce sens, il a été jugé par des instances cantonales qu'un rapport de travail durable devait être considéré comme continu, selon les circonstances, même si les intéressés étaient expressément convenus que l'employeur n'était pas tenu de confier du travail et que le salarié n'était pas obligé de l'accepter : « La loi tient compte non pas de la volonté des parties - en l'espèce, couchée par écrit -, mais du rapport de travail effectif »³⁷.

III. Les variations de la durée et de l'horaire du travail

On entend par durée du travail le nombre d'heures quotidiennes, hebdomadaires, voire mensuelles que le salarié doit effectuer.

³⁷ *Recueil de jugements du droit du travail* (ci-après *Ju-trav*, édité par l'Union centrale des associations patronales suisses), 1986, p. 31 ; dans le même sens, *Ju-trav* 1986, p. 32 ; *BJM* 1979, p. 293 ; contra : HUG, p. 188.

Cette notion se distingue de l'horaire de travail, soit l'indication des jours et heures auxquelles le salarié accomplit sa prestation.

Le contrat de travail à temps partiel irrégulier se caractérise par des variations souvent importantes de la durée et de l'horaire du travail. Ces variations sont-elles licites ?

A. La durée du travail

a) La détermination de la durée contractuelle du travail

1. Le revenu du salarié résulte directement de la durée de son travail. Lorsque cette dernière demeure indéterminée, le travailleur n'est pas en mesure de prévoir, même approximativement, s'il pourra couvrir ses besoins et ceux de sa famille. Devant rester à la disposition de l'employeur, il ne peut offrir ses services ailleurs et risque à tout moment de se trouver sans occupation ni ressources.

Une pareille dépendance serait excessive. Restreignant de manière inadmissible la liberté du salarié de faire valoir sa force de travail, elle violerait les articles 27 du code civil et 328 du code des obligations, qui protègent le développement de sa personnalité économique³⁸. Elle se heurterait également à l'article 324 du code des obligations, qui veut que l'employeur en demeure, c'est-à-dire empêché d'accepter le travail, doit quand même payer le salaire : ce serait éluder cette disposition que de dispenser contractuellement l'employeur de fournir du travail³⁹. Il faut relever enfin que l'article 321c du code des obligations, qui ne permet à l'employeur d'exiger l'accomplissement d'heures supplémentaires qu'à des conditions strictes, est absolument impératif; cette protection du salarié serait également vaine s'il était possible de la contourner en s'abstenant de fixer un horaire de travail.

Il suit que, en règle générale, l'employeur est tenu de convenir avec le salarié une certaine durée du travail et ne peut exiger que ce dernier soit à sa disposition et accomplisse ses prestations en fonction des seuls besoins de l'entreprise.

2. Ce principe ne s'applique qu'aussi longtemps que les parties se trouvent liées par le contrat. Si celui-ci est résiliable sans délai, la détermination, d'avance, de la durée du travail ne saurait s'imposer.

³⁸⁾ ATF 113 II 45 = JT 1987 I 478 ; RJN 1985, p. 56-57.

³⁹⁾ THEVENOZ, p. 230-231 ; signalons au surplus, dans le même sens, que l'employeur qui occupe le salarié exclusivement aux pièces ou à la tâche doit, selon la loi, lui fournir du travail en quantité suffisante ; à défaut, il le paiera au temps, même s'il n'a pas de travail à faire exécuter (art. 326 al. 1 et 4 CO).

Lorsque les contractants restent libres de se dégager avec effet immédiat, l'employeur occupe le salarié en fonction de ses besoins; le salarié garde la liberté de refuser cette occupation de cas en cas. Les intéressés peuvent donc s'abstenir valablement de fixer à l'avance la durée du travail. Il importe ainsi de rechercher dans quelle mesure ils sont autorisés à supprimer contractuellement le préavis de résiliation.

A cet égard, la récente réforme du droit du licenciement déploie des conséquences d'envergure.

Selon l'ancien droit, pendant la *première année de service*, le délai de congé était en principe d'un mois pour la fin d'un mois. Par simple accord, les parties pouvaient le supprimer complètement. Dès la *deuxième année de service*, le délai de congé minimum était d'un mois, sans réduction possible⁴⁰. Ainsi, pendant la première année de service, les parties pouvaient librement renoncer à fixer la durée du travail.

Selon le nouveau droit, il faut distinguer le temps d'essai; la période qui suit le temps d'essai pendant la première année de service; enfin, la deuxième année de service et les années suivantes.

Le premier mois de service est considéré comme *temps d'essai*; par accord écrit, contrat-type ou convention collective, ce temps d'essai peut être porté à trois mois. Pendant le temps d'essai, chaque partie peut résilier le contrat de travail à tout moment en respectant un délai de congé de sept jours; par accord écrit, contrat-type ou convention collective, le délai de congé peut être réduit à néant. *Après le temps d'essai*, pendant la première année de service, le contrat peut être résilié un mois d'avance pour la fin d'un mois; ce délai ne peut être supprimé que par convention collective. Le délai de congé, *dès la deuxième année de service*, n'a pas subi de modification; il peut être réduit à un mois au minimum par accord écrit, par contrat-type ou par convention collective, mais ne peut être supprimé⁴¹.

Ainsi, désormais, les parties, pourvu qu'elles respectent la forme écrite, conservent la faculté de renoncer à prévoir une certaine durée du travail pendant les trois premiers mois; durant le reste de la première année de service, elles doivent s'y trouver autorisées par une convention collective. Et dès la deuxième année de service, cette faculté disparaît.

⁴⁰ Cf. les art. 336a et 336b CO dans leur version de 1971. Durant le temps d'essai, le délai de congé pouvait aussi être réduit à néant (art. 334 al. 3 CO).

⁴¹ Cf. les art. 335b et 335c CO dans leur version de 1988.

3. Quid si le travailleur promet de rester à la disposition de l'employeur sans que soit fixée la durée du travail, alors même que, selon les règles dégagées ci-dessus, la fixation de cette durée est obligatoire? Un tel engagement, contraire aux droit impératif, ne serait pas valable. Doit-on considérer que, faute d'accord entre les parties sur cet élément essentiel, le contrat n'est pas venu à chef? Cette conséquence serait choquante. En effet, autoriser l'employeur à se dégager en constatant l'absence de contrat reviendrait à lui rendre sa liberté là où, précisément, la loi entend protéger le travailleur : la sanction produirait le résultat prohibé. Il sied donc de rechercher une autre solution.

On sait que si le salaire ne se trouve pas prévu au contrat, ce dernier est quand même valablement passé : la rémunération due sera celle découlant de l'usage, d'un contrat-type ou d'une convention collective⁴². Le législateur n'a pas voulu que l'absence de cet élément a priori essentiel empêchât la conclusion d'un contrat valable⁴³. S'agissant de cet autre élément essentiel qu'est la durée du travail, il faut s'inspirer de la solution retenue au sujet du salaire et admettre que l'absence d'indication dans le contrat n'entrave pas la conclusion de ce dernier. Cette solution analogique s'impose d'autant plus qu'il existe une interdépendance étroite entre la durée du travail et le salaire que le travailleur touche à chaque échéance⁴⁴.

Un autre chemin conduit au même résultat. La non-détermination de la durée du travail permet à l'employeur d'occuper (et de cesser d'occuper) à son gré le travailleur, mais oblige ce dernier à rester disponible. Le travailleur est ainsi lié et ne peut se dégager qu'en résiliant le contrat, mais l'employeur, quant à lui, garde sa liberté. Or, la loi veut que le délai de congé soit le même pour les deux parties; lorsqu'un accord prévoit des délais différents, le délai le plus long s'applique à l'une et à l'autre⁴⁵. Dans notre hypothèse, on considérera donc que l'employeur est lié au même titre que le travailleur, le premier devant au second un préavis identique en cas de résiliation.

⁴² Art. 322 CO.

⁴³ Cf. aussi l'art. 320 al. 2 CO ; A. BERENSTEIN, Switzerland, in : *International Encyclopaedia for Labour Law and Industrial Relations*, Deventer 1984, p. 71 ; REHBINDER, n. 2 ad art. 322 ; erroné, STREIFF, p. 72 (voir toutefois p. 73).

⁴⁴ Sur l'interdépendance entre la durée du travail et le salaire, cf. TF 2.3.1977, *RJN* 1973-1977, I, p. 485.

⁴⁵ Art. 335a al. 1 CO.

4. Comment déterminer la durée du travail en l'absence d'accord des parties? Cette durée étant, dans de tels cas, atypique, la référence à l'usage, comme en matière de fixation du salaire, serait insatisfaisante. Il paraît donc préférable de tenir pour durée contractuelle du travail la durée moyenne effectuée par le travailleur. Appliquant par analogie les dispositions concernant l'assurance-chômage, on prendra en considération la durée moyenne pendant les trois derniers mois ou, lorsque l'équité l'exige, une période plus longue⁴⁶.

Si, dans les cas où elle en a pourtant l'obligation, l'une des parties refuse de respecter la durée du travail calculée de la sorte (ou si elle refuse d'en fixer une après la conclusion du contrat, mais avant le commencement des rapports de travail), l'autre partie pourra résilier le contrat avec effet immédiat et réclamer une indemnité⁴⁷.

Il résulte de ce qui précède que, sauf dérogation formelle pendant la première année de service, les parties doivent prévoir une durée quotidienne, hebdomadaire ou mensuelle du travail. Il leur est loisible de la déterminer en tenant compte des besoins approximatifs de l'employeur, le salarié ayant l'obligation d'effectuer des heures supplémentaires lorsque les conditions légales sont réalisées (les parties peuvent convenir par écrit que les heures supplémentaires sont payées sans supplément⁴⁸).

b) *La modification de la durée contractuelle du travail*

D'une manière générale, une fois fixée, la durée contractuelle du travail lie l'employeur et le salarié. S'il entend diminuer la durée du travail normale alors que le travailleur s'y oppose, l'employeur doit résilier le contrat en respectant le délai de congé et proposer au salarié la conclusion d'un nouveau contrat⁴⁹.

Les contractants sont-ils autorisés à modifier le contrat d'un commun accord avec effet immédiat? Une telle modification s'analyse comme une résiliation partielle du contrat en cours, accom-

⁴⁶ Art. 37 OACI ; voir aussi G. AUBERT, La jurisprudence sur le contrat de travail à Genève en 1985, *SJ* 1986, p. 289.

⁴⁷ Art. 337b CO.

⁴⁸ Art. 321c ; la question de savoir si les parties peuvent prévoir que les heures supplémentaires seront accomplies gratuitement par le travailleur est controversée ; très intéressant à cet égard : M. MUELLER, *Die rechtliche Behandlung der Ueberstundenarbeit*, Zurich 1986, p. 122 ss.

⁴⁹ *SJ* 1983, p. 96 ; *ZR* 1983 n° 111 = *JAR* 1983, p. 165 ; *BJM* 1981, p. 304 ; *Extraits* 1980, p. 15 = *RSJ* 1982, p. 96 ; STREIFF, p. 234.

pagnée de la conclusion d'un nouvel accord, sur un ou plusieurs points. Elle est donc soumise aux règles applicables à la résiliation du contrat par consentement mutuel.

A cet égard, rappelons qu'en principe l'employeur ne saurait résilier le contrat sans observer le délai de congé (sous réserve évidemment du licenciement avec effet immédiat justifié) : selon l'article 337c alinéa 1^{er} du code des obligations, qui ne supporte pas de dérogation au détriment du salarié, ce dernier ne peut renoncer valablement au respect dudit délai⁵⁰. La jurisprudence admet cependant que les parties procèdent à une résiliation avec effet immédiat par consentement mutuel si la renonciation du salarié au préavis est libre. Comme nous croyons l'avoir montré ailleurs, tel ne sera le cas que si cette renonciation intervient au moins autant dans son intérêt que dans celui de l'employeur. On devra donc peser ces intérêts de cas en cas⁵¹.

Dans cette perspective, il faut considérer que le salarié qui peut exiger le respect intégral du contrat jusqu'à son terme n'a pas d'intérêt à ce que ce dernier soit modifié en sa défaveur avant l'expiration du délai contractuel ou légal de résiliation. L'acceptation d'une telle modification sera donc en règle générale dépourvue de valeur. L'employeur restera tenu selon les termes de l'ancien contrat jusqu'au moment où celui-ci aurait pu normalement prendre fin.

La réduction de la durée du travail constitue en règle générale une modification du contrat défavorable au salarié, puisqu'elle entraîne une baisse de sa rémunération. L'employeur et le travailleur ne peuvent donc la décider, même d'un commun accord, qu'en respectant le délai de congé.

Une telle contrainte ne disparaît que lorsque les parties peuvent valablement convenir, à l'avance, de supprimer ce délai. Ici encore, la récente réforme du droit du licenciement joue un rôle important.

Le régime ancien n'empêchait guère les parties de prévoir que la durée du travail pourrait être réduite pendant la première année de service. Certes, en principe, durant cette première année, toute modification défavorable au travailleur requerrait le respect d'un préavis d'un mois (de sept jours pour la fin d'une semaine pendant le temps d'essai); toutefois, les contractants étaient autorisés à suppri-

⁵⁰ Art. 341 et 362 al. 1 CO.

⁵¹ Cf. G. AUBERT, La jurisprudence sur le contrat de travail à Genève en 1986, *SJ* 1987, p. 553, avec réf. à *ATF* 102 Ia 417 = *JT* 1977 I 276; voir cependant *SJ* 1983, p. 95.

mer, par simple accord informel, le délai de congé. Ils pouvaient ainsi décider, également par simple accord informel, que l'employeur serait libre, à tout moment, de proposer une réduction de la durée du travail et, en cas de refus, de résilier le contrat sans délai; le travailleur, pour sa part, pouvait accepter valablement cette modification immédiate du contrat⁵²⁾. Ce n'était qu'à partir de la deuxième année de service qu'une pareille modification nécessitait impérativement un préavis d'un mois.

Le nouveau régime, plus complexe, se révèle moins flexible pendant la première année de service. Certes, en principe, durant cette première année, toute modification défavorable au travailleur exige, comme avant, le respect d'un préavis d'un mois (de sept jours pendant le temps d'essai). Cependant, les parties ne sont désormais à même de prévoir la possibilité de réduire la durée du travail avec effet immédiat, pendant les trois premiers mois, qu'au moyen d'une clause écrite; dès le quatrième mois, elles doivent s'y trouver autorisées par une convention collective; à défaut, l'employeur est tenu d'observer le délai d'un mois (de sept jours pendant le temps d'essai), auquel le travailleur ne peut pas valablement renoncer⁵³⁾. Et dès la deuxième année de service, comme auparavant, ce préavis d'un mois ne peut pas être évité.

Ce qui précède s'applique à la réduction de la durée du travail. Inversement, l'employeur peut-il exiger que le salarié s'engage à augmenter la durée du travail avec effet immédiat, en fonction de ses besoins ?

On l'a vu, le travailleur ne peut pas accepter valablement de rester purement et simplement à la disposition de l'employeur pour le cas où celui-ci entendra lui confier du travail⁵⁴⁾; par identité de motifs, il ne peut pas non plus s'engager valablement à augmenter, sur demande, la durée contractuelle du travail (sous réserve des dispositions sur les heures supplémentaires⁵⁵⁾). Devant conserver la faculté de prendre un second emploi, pour compléter ses revenus, ou exercer ses responsabilités familiales, il ne saurait aliéner d'avance sa liberté à cet égard.

⁵²⁾ Cf. par exemple, sous l'ancien droit, *RJN* 1985, p. 56.

⁵³⁾ En échange de son consentement, le syndicat partie à la convention pourra exiger des compensations, par exemple une meilleure couverture du salarié en cas de maladie ou une indemnité de travail précaire; cf. *THEVENOZ*, p. 277.

⁵⁴⁾ Cf. note 38 et 39 supra.

⁵⁵⁾ Art. 321c CO; *MUELLER*, p. 62 ss.

Toutefois, en règle générale, le travailleur peut accepter avec effet immédiat une modification du contrat portant augmentation de la durée du travail : si son acceptation est libre (ce qu'il est permis de présumer, dès lors qu'elle n'entraîne pas une diminution de ses revenus), la renonciation au délai de préavis sera tenue pour valable⁵⁶. Il faut néanmoins réserver l'hypothèse où le salarié, de peur de perdre son emploi, accepterait une augmentation immédiate de la durée du travail qui ne serait pas compatible, par exemple, avec ses obligations familiales; une pareille acceptation ne le lierait pas durant le délai de préavis.

B. La modification de l'horaire de travail

Il n'a été question, ci-dessus, que de la durée du travail, et non pas de l'horaire même du salarié.

Lorsque la durée du travail est déterminée à la lumière des principes dégagés ci-dessus, le travailleur bénéficie d'une certaine protection quant au montant de ses revenus. On ne saurait aller plus loin et requérir de l'employeur l'application d'un horaire rigide : une certaine souplesse, utile à l'entreprise, peut parfaitement s'accorder avec les intérêts légitimes du salarié. Il faudra donc examiner dans chaque cas si les variations de l'horaire sont admissibles en regard du contrat et des circonstances, soit, en particulier, du pouvoir de l'employeur de donner des instructions.

Lorsque le contrat prévoit précisément l'horaire de travail ou que le travailleur peut s'attendre à l'application d'un horaire stable, une modification de ce dernier suppose son accord⁵⁷. A défaut d'accord, l'employeur peut évidemment résilier le contrat et proposer la reprise des rapports de travail, à l'échéance du délai légal ou contractuel, selon un horaire nouveau.

Au contraire, lorsqu'il résulte du contrat que l'horaire est fixé en fonction des besoins de l'entreprise (ou lorsque le travailleur doit s'y attendre), l'employeur pourra le modifier, en vertu de son droit de donner des instructions. Les auteurs sont quasiment muets sur les

⁵⁶⁾ Cf. note 51 supra.

⁵⁷⁾ C'est sous réserve de situations particulières, où, même dans cette hypothèse, la modification de l'horaire par l'employeur découlerait de son droit de donner des instructions, selon l'art. 321d CO. Cf. T. GEISER, *Die Treuepflicht des Arbeitnehmers und ihre Schranken*, Berne 1983, p. 272-273 ; REHBINDER, n. 17 ad art. 321d CO ; STAEHELIN, n. 9 ad art. 321d CO ; M.-L. STAMM, *Das Weisungsrecht des Arbeitgebers und seine Schranken*, Bâle 1977, p. 32.

bornes de ce droit en matière de fixation de l'horaire. Tous affirment que le pouvoir de donner des instructions touche, en particulier, le moment où le travail doit être effectué ; tous indiquent, également, que ce pouvoir n'est pas absolu, l'employeur devant respecter les droits du salarié ; mais les limites sur ce point ne sont pas précisément tracées⁵⁸.

A notre avis, l'employeur doit respecter les responsabilités familiales du travailleur ou de la travailleuse ; il aura égard, le cas échéant, aux obligations du salarié à raison d'une autre activité à temps partiel. Des modifications d'horaire pourront donc se révéler incompatibles avec la garde et l'éducation des enfants ou avec un second emploi⁵⁹.

Même dans ce cadre, le travailleur ne saurait se trouver contraint de répondre dans l'heure à tout appel de l'employeur. Il a le droit d'organiser son emploi du temps sans dépendre à chaque instant d'instructions qui risquent de survenir. Aussi incombe-t-il à l'employeur d'annoncer l'horaire suffisamment tôt. En règle générale, un préavis d'une dizaine de jours paraît raisonnable, mais il y a lieu de prendre en compte toutes les circonstances de chaque cas particulier.

A moins que l'horaire n'ait été indiqué à temps, le salarié indisponible sur-le-champ ne saurait se voir reprocher d'avoir abandonné son emploi. De plus, si l'employeur pratique un horaire excessivement changeant ou donne des préavis trop courts, le travailleur disposera d'un juste motif de résiliation du contrat avec effet immédiat⁶⁰.

IV. Conclusion

Même si la doctrine en a peu traité, le contrat de travail à temps partiel irrégulier ne constitue pas une rareté dans la pratique. Les instances cantonales ont eu plusieurs fois l'occasion d'en délimiter les contours.

Les parties liées par des rapports de travail à temps partiel irréguliers ne sont pas libres de conclure des contrats successifs qui leur permettraient de se soustraire à l'empire des dispositions impérati-

⁵⁸ Cf. note 57 supra ; GEISER, p. 272-273 ; REHBINDER, n. 32 ss ad art. 321d CO ; STAEHELIN, n. 14 ss ad art. 321d CO ; STAMM, p. 51 ss.

⁵⁹ MUELLER, p. 69 ss.

⁶⁰ Art. 337 et 337d CO.

ves de la loi : en effet, c'est en fonction des circonstances objectives (fréquence et durée des prestations du salarié, motif des interruptions) que se qualifient les relations contractuelles ; la volonté des intéressés ne revêt pas un caractère décisif.

Pendant la première année, à condition que les exigences de forme soient remplies (accord écrit durant le temps d'essai, convention collective ultérieurement), les parties peuvent s'abstenir de fixer contractuellement la durée du travail. Dès la deuxième année, elles doivent fixer une durée journalière, hebdomadaire ou mensuelle du travail. En l'absence d'accord à cet égard, c'est la durée moyenne qui fait règle. La solution la plus claire est de déterminer une durée correspondant approximativement aux besoins de l'employeur, sous réserve des heures supplémentaires que le salarié est tenu d'effectuer à teneur de la loi.

La réduction de la durée de base ne saurait intervenir que moyennant respect du délai de congé. D'après le nouveau droit, ce délai ne peut être supprimé, pendant la première année, que sous les formes imposées par la loi (accord écrit pendant les trois premiers mois, convention collective ultérieurement). Dès la deuxième année, il est d'un mois au minimum.

Le travailleur ne saurait s'engager valablement à demeurer disponible pour le cas où l'employeur viendrait à vouloir l'occuper. Il ne peut pas non plus s'engager à augmenter en tout temps la durée du travail selon les demandes de l'employeur. En principe, il peut cependant accepter un accroissement immédiat de la durée du travail.

Dans le cadre de la durée du travail prévue au contrat, l'employeur doit annoncer l'horaire au salarié suffisamment tôt pour que ce dernier puisse organiser utilement l'emploi de son temps, compte tenu de ses autres obligations (familiales ou professionnelles).

Le régime du contrat de travail à temps partiel irrégulier, tel que décrit ci-dessus, limite dans une certaine mesure l'adaptation de la durée et de l'horaire du travail aux besoins de l'employeur. Cette protection du salarié, nouvelle à bien des égards, se trouve liée à la récente révision du droit du licenciement.