

PRÉFACE

Même si l'on a observé récemment un repli, la part du travail temporaire a fortement augmenté dans notre pays lors de la dernière décennie. Les entreprises apprécient la souplesse du régime juridique de la location de services qui leur permet d'adapter facilement le nombre d'employés aux besoins. Certains travailleurs souhaitent de leur côté accéder rapidement et pour des périodes limitées au marché du travail.

Le travail temporaire s'inscrit dans un rapport triangulaire atypique qui se fonde sur deux contrats : le contrat de location de services conclu entre l'agence temporaire et l'entreprise utilisatrice, d'une part, et le contrat de travail, conclu entre l'agence temporaire et le travailleur temporaire qui est loué à l'entreprise, d'autre part. Le contrat de travail temporaire, qui est un contrat de travail au sens des articles 319ss du code des obligations, est soumis à quelques règles spécifiques prévues dans la loi fédérale sur la location de services. Les délais de résiliation sont, par exemple, beaucoup plus brefs que les délais qui s'appliquent pour les contrats de travail ordinaires.

Malgré son importance économique et sociale, le travail temporaire reste peu connu des praticiens du droit et largement ignoré de la doctrine. Il faut ainsi remonter à plus de vingt ans pour trouver en Suisse une étude d'envergure, l'excellente thèse que notre collègue Luc THÉVENOZ avait consacrée en 1987 au « travail intérimaire ».

C'est dire que le commentaire détaillé et approfondi qu'ont consacré M^{es} MATILE et ZILLA, avec l'étroite collaboration de M. STREIT, à la location de services était plus qu'attendu et nécessaire. Les auteurs traitent des aspects juridiques principaux de la location de services et notamment du contrat de travail temporaire (art. 19 LSE), de l'application des conventions collectives de travail (art. 20 LSE) et du contrat de location de services (art. 22 LSE). Ils intègrent les jurisprudences et décisions essentielles des autorités fédérales et cantonales compétentes. Ils citent également les extraits pertinents du Message du Conseil fédéral concernant la révision de la loi fédérale sur le service de l'emploi et la location de services du mois de novembre 1985, ainsi que des Directives et Commentaires du Secrétariat d'État à l'économie (SECO).

Proches des milieux des agences de travail temporaire, de par leur pratique, M^{es} MATILE et ZILLA ont cherché à élaborer un commentaire objectif des dispositions légales. Nous sommes convaincus que ce commentaire pratique contribuera à une meilleure connaissance des règles qui régissent le travail temporaire et, par voie de conséquence, également à limiter les abus qui ont parfois lieu dans ce secteur.

Neuchâtel, mai 2010.

Prof. Jean-Philippe DUNAND

Prof. Pascal MAHON

AVANT-PROPOS

Quel qu'il soit, un thème juridique est forcément vaste. Les problèmes que l'on rencontre dans la pratique sont innombrables et souvent imprévisibles, et il n'est pas possible, dans un ouvrage tel que celui-ci, d'envisager toutes les situations – souvent complexes ou insolites – susceptibles de se présenter. Ne doit pas non plus être perdu de vue le caractère extraordinairement mouvant de la législation, en constante évolution et révision. Enfin, on gardera à l'esprit l'extrême richesse de la jurisprudence publiée et non publiée, ainsi que des très nombreux avis doctrinaux.

Ainsi, le lecteur trouvera dans cet ouvrage une sélection de jurisprudence topique pour chaque article de loi traité, ainsi que des thèmes choisis qui s'efforcent d'aborder les principaux problèmes et situations qui se présentent dans la pratique. Que ce commentaire puisse donc apporter une vue synthétique et claire aux lecteurs, malgré les lacunes inévitables qu'il contient.

Cet ouvrage étant essentiellement axé sur la pratique, certains thèmes qui concernent le droit du travail en général y sont également abordés. Il s'agit en effet de questions auxquelles les entreprises de travail temporaire sont confrontées au quotidien.

Le soutien du Centre d'étude des relations de travail (CERT) a permis la publication du présent ouvrage dans sa nouvelle collection de monographies. Nos remerciements chaleureux vont à la Direction du CERT.

Nous tenons encore à remercier chaleureusement Dan STREIT, qui nous a fourni une aide précieuse tout au long de la rédaction de cet ouvrage. Il a en particulier procédé à de nombreuses recherches de jurisprudence et de doctrine, et participé à la rédaction d'une partie importante des chapitres.

Pour terminer, nos remerciements vont à la société Conseiller Juridique d'Entreprises CJE Sàrl, sans laquelle cet ouvrage n'aurait jamais vu le jour.

Neuchâtel, mai 2010.

Pierre MATILE et José ZILLA

TABLE DES MATIÈRES

CHAPITRE INTRODUCTIF	1
I. Chapitres choisis.....	2
A. Thèmes centraux de la loi sur le service de l'emploi et la location de services.....	2
B. Bases légales principales	3
C. Buts de la LSE (art. 1 LSE)	4
D. Définition de la location de services	5
En général	5
Critères permettant de distinguer l'exécution d'un mandat ou d'un contrat d'entreprise de la location de services.....	6
E. Les relations entre les parties au rapport de location de services	7
Entre le bailleur de services et le locataire de services (entreprise cliente)	8
Entre le bailleur de services et le travailleur intérimaire	8
Entre le locataire de services (entreprise cliente) et le travailleur intérimaire	9
F. Distinction entre le travail intérimaire proprement dit et improprement dit.....	10
En général	10
Le travail intérimaire proprement dit (travail temporaire)	11
Le travail intérimaire improprement dit	11
a) La mise à disposition de travailleurs à titre principal (travail en régie)	11
b) La mise à disposition occasionnelle de travailleurs	12
G. Distinction entre la location de services et d'autres modes d'organisation du travail	13
Le travail à temps partiel	13
La sous-traitance	13
Les contrats de montage.....	14
Certains groupes de travail	14
Le consortium d'entreprises	14
La location de matériel avec son personnel.....	15
H. Quelques statistiques	15
Remarque préalable.....	15
Agences de location de services agréés enregistrées au SECO, en décembre 2008.....	15
Nombre de personnes engagées, selon les chiffres annoncés au SECO, par des entreprises de travail temporaire à des fins de location de services, en décembre 2008	16
Nombre d'heures de travail, selon chiffres annoncés au SECO, accomplies dans des entreprises de travail temporaire sur la base de contrats de location de services, en décembre 2008	16
Progression en pour cent	16

Divers	16
II. Jurisprudence	17
A. Force dérogatoire du droit fédéral / Non-application de l'ancienne loi aux entreprises de travail temporaire / Compétence des cantons avant l'entrée en vigueur de la LSE ; ATF 109 Ia 61, SJ 1983 465	17
B. Compétence des cantons en matière de location de services après l'entrée en vigueur de la LSE en 1989 / Exhaustivité de la réglementation fédérale ? ; ATF 120 Ia 89	18
C. Qualification du contrat / Distinction entre le contrat de travail temporaire et le contrat de mandat ; TF, arrêt du 19.01.2004, 4C_360/2004	19
D. Qualification du contrat / Distinction entre le contrat de location de services et le contrat d'entreprise ou de montage / Responsabilité du bailleur de services ; TF, arrêt du 30.04.2007, 2A_425/2006	19
E. Qualification du contrat / Distinction entre le contrat de location de services et le contrat de mandat / Responsabilité du bailleur de services / Choix diligent du travailleur temporaire / Relations quasi contractuelles ; Cour de Justice du canton de Genève, Chambre civile, arrêt du 19.01.2007, JAR 2008 370	22
F. Distinction entre le travail temporaire, le travail en régie et la mise à disposition occasionnelle de travailleurs ; TF, arrêt du 07.12.2004, 4C_356/2004	24
CHAPITRE 1 LSE BUT	25
Article 1 LSE	25
I. Dispositions légales	25
II. Travaux législatifs	25
A. Projet du 27 novembre 1985 (FF 1985 III 618)	25
B. Message du 27 novembre 1985 (FF 1985 III 566)	25
CHAPITRE 3 LSE LOCATION DE SERVICES	27
SECTION 1 ACTIVITÉS SOUMISES À L'AUTORISATION	27
Article 12 LSE <i>Autorisation obligatoire</i>	27
I. Dispositions légales	27
A. LSE	27
B. OSE	27
II. Travaux législatifs	29
A. Projet du 27 novembre 1985 (FF 1985 III 622)	29
B. Message du 27 novembre 1985 (FF 1985 III 581)	29
III. Jurisprudence	32
A. Compétence pour accorder une autorisation de location de services ; Commission de recours du Département fédéral de l'économie, arrêt du 10.09.1996, JAAC 61.38	32
B. Soumission d'une activité de location de services à la TVA / Soumission même en l'absence de l'autorisation cantonale ; Commission fédérale de recours en matière de contributions, arrêt du 12.01.2005, JAAC 69.62	32

C. Chiffre d'affaire et soumission à la LSE ; TA VD, arrêt du 19.06.2001, GE.2000.0145	32
D. Application de la LSE / Exercice de la location de services à titre professionnel ; Tribunal de cassation du canton de Lucerne, arrêt du 17.03.1999, JAR 2000 365	33
E. Absence d'autorisation de pratiquer la location de services / Sort du contrat déclaré nul ; TC NE, arrêt du 08.06.2005, CC.2001.15	33
F. Travailleurs étrangers / Autorisations nécessaires à employer des personnes étrangères / Diligence de l'employeur de fait et de l'employeur de droit ; TF, arrêt du 16.11.2009, 2C_357/2009	33
IV. Chapitres choisis.....	33
A. L'obligation d'obtenir une autorisation.....	33
B. La location de services et l'étranger.....	35
La location de services vers l'étranger	35
La location de services de l'étranger vers la Suisse.....	35
a) Les entreprises de location de services établies à l'étranger qui veulent louer leurs services en Suisse.....	35
b) Ouverture d'une filiale en Suisse par des entreprises étrangères de location de services	36
La location de ressortissants étrangers en Suisse par des bailleurs de services suisses	36
<i>Article 13 LSE Conditions.....</i>	<i>37</i>
I. Dispositions légales	37
A. LSE	37
B. OSE	37
II. Travaux législatifs	38
A. Projet du 27 novembre 1985 (FF 1985 III 622)	38
B. Message du 27 novembre 1985 (FF 1985 III 583)	39
III. Jurisprudence : Autorisation de pratiquer la location de services / Conditions auxquelles doivent répondre les personnes responsables ; Tribunal administratif du canton de Vaud, arrêt du 30.09.2005, GE.2004.0101	41
<i>Article 14 LSE Sûretés.....</i>	<i>43</i>
I. Dispositions légales	43
A. LSE	43
B. OSE	43
C. OEmol-LSE	44
II. Travaux législatifs	44
A. Projet du 27 novembre 1985 (FF 1985 III 623)	44
B. Message du 27 novembre 1985 (FF 1985 III 583)	45
III. Chapitres choisis.....	46
A. Cautionnement des prétentions salariales.....	46
B. Forme des sûretés (art. 37 OSE).....	46
C. Étendue du cautionnement, exemple tiré de la pratique	46
<i>Article 15 LSE Durée et portée</i>	<i>49</i>
I. Dispositions légales	49
A. LSE	49
B. OSE	49

C. OEmol-LSE	49
II. Travaux législatifs	50
A. Projet du 27 novembre 1985 (FF 1985 III 623)	50
B. Message du 27 novembre 1985 (FF 1985 III 585)	50
<i>Article 16 LSE Retrait</i>	53
I. Dispositions légales	53
A. LSE	53
B. OSE	53
II. Travaux législatifs	54
A. Projet du 27 novembre 1985 (FF 1985 III 623)	54
B. Message du 27 novembre 1985 (FF 1985 III 585)	54
III. Jurisprudence	56
A. Travailleurs étrangers / Absence d'autorisation de travail / Libre circulation des personnes ; ATF 134 IV 57	56
B. Travailleurs étrangers extra européens / Demande d'autorisation de travail alors que l'activité a déjà débuté ; Tribunal d'arrondissement de Lausanne, arrêt du 25.10.2007, E07.006090-MFB	56
C. Travailleurs étrangers / Demande d'autorisation de travail alors que l'activité a déjà débuté ; Tribunal de police du district de la Chaux-de-Fonds, arrêts du 06.11.1997 et du 18.10.2005, CHX/POL/41238/1996 et POL.2005.71 / Tribunal de police du district de Neuchâtel, arrêt du 12.12.2006, POL.2006.505	57
D. Travailleur étranger européen / Annonce aux autorités / Travail anticipé du collaborateur ; Tribunal de police du district de la Chaux-de-Fonds, arrêt du 12.03.2009, POL.2008.198	57
E. Travailleurs étrangers extra européens / Absence d'autorisation de travail ; Tribunal de police du district de la Chaux-de-Fonds, arrêt du 20.11.2008, POL.2008.174	58
IV. Chapitres choisis	58
A. Le retrait de l'autorisation en général	58
B. Violation des dispositions impératives de protection des travailleurs	59
C. Respect des dispositions légales relatives à l'admission des étrangers	59
<i>Article 17 LSE Obligation de renseigner</i>	61
I. Dispositions légales	61
A. LSE	61
B. OSE	61
II. Travaux législatifs	61
A. Projet du 27 novembre 1985 (FF 1985 III 623)	61
B. Message du 27 novembre 1985 (FF 1985 III 585)	62
III. Chapitre choisi : Proportionnalité des contrôles de l'autorité administrative	62
A. Introduction	62
B. Le principe de la proportionnalité	63
Base légale	63
Principe de la proportionnalité	63
C. Exemples	64

Exemple 1 (directives à notre avis disproportionnées)	64
Exemple 2 (contrôle à notre avis disproportionné)	66
Exemple 3 (demande de documents à notre avis contraire au principe de proportionnalité)	67
SECTION 2 ACTIVITÉS DE LOCATION DE SERVICES	69
Article 18 LSE <i>Obligations propres au bailleur de services</i>	69
I. Dispositions légales	69
A. LSE	69
B. OSE	69
II. Travaux législatifs	70
A. Projet du 27 novembre 1985 (FF 1985 III 624)	70
B. Message du 27 novembre 1985 (FF 1985 III 586)	70
III. Jurisprudence : Protection des données / Devoir de renseigner spontanément l'employeur lors des pourparlers contractuels ; Tribunal des prud'hommes du canton de Genève, arrêt du 17.07.1986, JAR 1989 158	71
IV. Chapitre choisi : Le traitement des données dans la location de services	72
A. Introduction	72
B. Bases légales et principes généraux	72
C. Spécialement en matière de location de services	75
Pendant les rapports de travail	75
Après les rapports de travail temporaire ou hors du cadre de la location de services	76
D. La publication d'annonces	77
Article 19 LSE <i>Contrat de travail</i>	79
I. Dispositions légales	79
A. LSE	79
B. OSE	80
II. Travaux législatifs	82
A. Projet du 27 novembre 1985 (FF 1985 III 624)	82
B. Message du 27 novembre 1985 (FF 1985 III 586)	83
III. Jurisprudence	85
A. Contrat-cadre et contrat de mission / Portée du contrat-cadre / Liberté d'affiliation à plusieurs bailleurs de services ; Tribunal des prud'hommes du district de La Chaux-de-Fond, arrêt du 29.06.1989, JAR 1991 332	85
B. Qualification du contrat / Distinction entre le contrat de location de services et le contrat de mandat / Responsabilité du bailleur de services / Choix diligent du travailleur temporaire / Relations quasi contractuelles ; Cour de Justice du canton de Genève, Chambre civile, arrêt du 19.01.2007, JAR 2008 370	86
C. Responsabilité du travailleur temporaire / Devoir de diligence / Observation des instructions ; RSJ 91 (1995) 455 n° 43	86
D. Devoir de diligence / Prohibition de faire concurrence ; Tribunal de cassation du canton de Lucerne, arrêt du 26.06.2007, JAR 2008 435	86
E. Responsabilité du travailleur temporaire ; contractuelle ou délictuelle ? ; GVP-SG 1993 n° 34	86

F. Responsabilité du travailleur « prêté » / Application analogique de l'article 321e CO ; TF, arrêt du 23.10.2006, 4C_155/2006, JAR 2007 329	87
G. Licenciement d'une employée temporaire enceinte / Application des articles 336ss CO ; TF, arrêt du 07.12.2004, 4C_356/2004	88
H. Licenciement immédiat injustifié / Excès du pouvoir de direction délégué au locataire de services / Ratification tacite par le bailleur de services / Inobservation des exigences relatives à la forme et au contenu du contrat de travail temporaire dans un rapport de location de services ; TF, arrêt du 12.12.2006, 4C_245/2006, JAR 2007 364	90
I. Obligation de l'employeur de verser le salaire / Travail temporaire / Article 322 CO ; TF, arrêt du 25.02.1983, JAR 1984 113	92
J. Passage d'un emploi temporaire à un emploi stable / Temps d'essai / Articles 335b CO, 335c CO et 19 alinéa 4 LSE ; ATF 129 III 124	92
K. Temps d'essai et nouvelle mission / « Contrats en chaîne » (« Kettenverträge ») / Conformité du contrat-cadre au CO / Indemnités de chômage ; ATF 117 V 248	93
L. Délai de résiliation en cas de « contrats en chaîne » (« Kettenverträge ») / Contrats de durée déterminée ou indéterminée ; TF, arrêt du 13.09.2007, 4A_216/2007	96
M. Travail intérimaire proprement dit et improprement dit sous l'angle de l'assurance-chômage / Aptitude au placement / Interdiction des « contrats en chaîne » (« Kettenverträge ») / Requalification du contrat ; ATF 119 V 46	97
N. « Contrat de travail ferme » / Droit aux indemnités de chômage ; ATF 108 V 95	98
O. Travail en régie / Chômage / Perte de travail à ne pas prendre en considération ; ATF 119 V 357	99
P. Travail temporaire / Indemnité de chômage / Aptitude au placement ; TF, arrêt du 20.03.2007, C_53/06	99
Q. Travail temporaire / Indemnité de chômage / Aptitude au placement ; TA VD, arrêt du 26.11.2004, PS.2004.0110	99
R. Devoir d'entreprendre tout ce qu'il est raisonnablement possible d'exiger pour éviter le chômage ou l'abrégier / Moment et nombre de recherches d'emplois ; TA VD, arrêt du 20.12.2006, PS.2006.0156	100
S. Calcul du gain assuré / Fixation du montant de l'indemnité de chômage allouée au travailleur temporaire ; TA VD, arrêt du 19.11.2006, PS.2005.0107	101
T. Clause de prohibition de faire concurrence conclue entre le travailleur temporaire et le bailleur de services / Articles 340 CO et 19 alinéa 5 lettre b LSE ; Tribunal des prud'hommes du canton de Zurich, arrêt du 10.11.1980, JAR 1981 288	102
U. Validité d'une prohibition de faire concurrence et de débauchage / Article 19 alinéa 5 LSE ; ATF 130 III 353	102

V. Salaire afférent aux vacances en matière de travail temporaire / Article 329d alinéa 1 CO ; Tribunal arbitral commercial du canton de Bâle-Ville, arrêt du 22.07.1989, JAR 1992 342	103
W. Salaire afférent aux vacances en matière de travail temporaire / Article 329d alinéa 2 CO ; TC NE, arrêt du 08.06.2005, CC.2001.15	103
X. Salaire afférent aux vacances / Article 329d alinéa 2 CO ; TC NE, arrêt du 29.07.1999, RJN 1999 82	103
Y. Travail en régie / Heures supplémentaires qui peuvent raisonnablement être exigées / Licenciement immédiat justifié ; TF, arrêt du 13.06.2000, JAR 2001 164.....	104
Z. Absence d'autorisation de pratiquer la location de services / Sort du contrat déclaré nul ; TC NE, arrêt du 08.06.2005, CC.2001.15	104
AA. Notion de « lieu d'engagement » et notion de « lieu de travail » ; TC NE, arrêt du 30.01.2003, RJN 2003 187.....	105
BB. Conséquence de la violation de conclure le contrat de travail par écrit / Article 19 alinéas 1 et 3 LSE ; TF, arrêt du 24.09.2008, 4A_292/2008.....	105
IV. Chapitres choisis.....	106
A. La relation entre le bailleur de services et le travailleur loué	106
B. La forme du contrat de travail intérimaire.....	107
C. Le contenu du contrat de travail intérimaire	108
D. La mission de durée déterminée et la mission de durée indéterminée.....	109
La mission de durée déterminée.....	109
a) En général.....	109
b) Le temps d'essai	110
La mission de durée indéterminée.....	111
a) Le temps d'essai	111
b) Les délais de résiliation pendant le temps d'essai	111
c) Le délai de résiliation après le temps d'essai.....	112
d) La notion d'emploi ininterrompu	112
e) Recommandations de clauses contractuelles.....	113
Temps d'essai	113
Résiliation	113
Le calcul du délai de congé lorsqu'il est fixé en jours	114
E. La modification des contrats d'une entreprise de location de services.....	114
Introduction	114
La modification du contrat de travail temporaire	115
a) Introduction.....	115
b) La modification par convention écrite.....	116
c) La modification par congé-modification.....	116
Le congé-modification proprement dit (congé-modification au sens étroit).....	117
Le congé-modification improprement dit (congé-modification au sens large).....	118
d) Le congé-modification et le licenciement collectif	118

Introduction.....	118
Le licenciement collectif et l'importance de la distinction entre congé-modification proprement dit et improprement dit.....	118
e) Conseils pratiques	119
La modification du contrat de location de services et des conditions générales de location de services.....	120
a) La notion de conditions générales.....	120
b) La modification du contrat de location de services	120
c) La modification des conditions générales de location de services	121
d) Conseils pratiques	121
La modification des conditions générales de recherche, sélection et placement de personnel fixe	122
F. La prolongation des contrats de durée déterminée ou maximale	122
G. La responsabilité contractuelle et civile à l'égard des tiers	123
H. Le salaire afférent aux vacances.....	125
Introduction	125
Jurisprudence	126
a) Nécessité objectivement due à l'activité irrégulière ou aux rapports de travail de très courte durée.....	126
b) Partie du salaire représentant le salaire afférent aux vacances clairement déterminable.....	127
Calcul du salaire afférent aux vacances	128
Conclusion.....	128
I. Retenues de salaire au sens de l'article 19 alinéa 5 lettre a LSE	129
Introduction	129
Selon le Message du Conseil fédéral.....	129
Selon les BO	130
Conclusion.....	130
Le cas de l'article 323a alinéa 1 CO	131
J. Affiliation à la LPP des travailleurs temporaires.....	131
K. Allocations familiales.....	134
L. Allocation fédérale de maternité	134
M. Le travail temporaire et les conflits collectifs de travail (grèves).....	135
L'engagement de travailleurs temporaires pour combler le déficit de forces de travail en temps de grève	135
Le paiement des travailleurs temporaires lors d'une grève dans l'entreprise locataire de services.....	136
a) Le risque d'entreprise.....	136
b) Le risque d'entreprise pour une autre entreprise ou un autre secteur de l'entreprise indirectement touché par la grève.....	136
c) Conclusion	137
N. L'indication de l'horaire de travail dans le contrat de mission.....	138
Selon le Tribunal fédéral	138
Les conventions collectives de travail	139
Conclusion.....	139
Conseils	139

O. Recommandations relatives à l'obligation de renseigner dans le domaine de l'assurance-chômage.....	140
<i>Article 20 LSE Conventions collectives de travail avec déclaration d'extension</i>	<i>143</i>
I. Dispositions légales	143
A. LSE	143
B. OSE	144
II. Travaux législatifs	146
A. Projet du 27 novembre 1985 (FF 1985 III 625).....	146
B. Message du 27 novembre 1985 (FF 1985 III 589)	146
III. Jurisprudence	147
A. Compétence des cantons en matière de location de services après l'entrée en vigueur de la LSE en 1989 / Exhaustivité de la réglementation fédérale ? ; ATF 120 Ia 89	147
B. Qualification du contrat / Contrat de mandat ou contrat de location de services / Application de l'article 20 LSE ; Tribunal des prud'hommes du canton de Zurich, arrêt du 03.05.2005, JAR 2006 566	147
C. Définition de l'extension d'une CCT ; ATF 128 II 13.....	148
D. Dispositions qui concernent le salaire / Assurance perte de gain / Devoir d'assurer le travailleur / Perte d'effets d'une CCT pendant une courte période ; ATF 124 III 126, JdT 1998 I 614.....	149
E. Étendue du terme « salaire » / Libre passage de l'assurance collective à l'assurance individuelle de perte de gain ; ATF 135 III 640	150
F. Équivalence des diplômes / Qualifications comparables / Classes de salaire dans les CCT ; Cour d'appel du canton de Bâle-Ville, arrêt du 01.06.2004, JAR 2005 322	152
G. Champ d'application des CCT avant l'entrée en vigueur de l'actuel article 20 LSE / Compétence des commissions paritaires ; TF, arrêt du 28.06.2007, 4C_60/2007	152
H. Étendue des termes « salaire » et « durée du travail » / Dispositions d'une CCT étendue relatives au remboursement des frais de déplacements et de repas / Notion de « lieu d'engagement » et notion de « lieu de travail » ; TC NE, arrêt du 30.01.2003, RJN 2003 187.....	154
I. Amende conventionnelle / Mainlevée d'opposition / Exécutabilité d'une décision d'une commission paritaire professionnelle / Jugement arbitral ; TC NE, arrêt du 7.02.1989, RJN 1989 334.....	156
J. Poursuite / Décisions d'une commission paritaire / Mainlevée d'opposition ; TC VD, arrêt du 03.11.1967, RVJ 1968 22.....	157
K. Poursuite / Décisions d'une commission paritaire / Mainlevée d'opposition / Jugement arbitral ; Autorité de recours en matière de faillite, arrêt du 26.04.1983, RVJ 1983 191.....	158
L. Conflit de CCT / CCT sectorielles et CCT professionnelles / Règles applicables en cas de conflit ; TA VD, arrêt du 19.10.2001, JdT 2003 III 3.....	159

M. Renvoi aux dispositions d'une CCT / Effet après l'expiration de la durée de validité de la CCT ; ATF 130 III 19	161
N. Conflit entre les dispositions d'une CCT et le contrat individuel de travail ; arrêt du 16.11.2001, 4C_269/2001	161
IV. Chapitres choisis.....	162
A. Primauté des conditions les plus favorables	162
B. La notion de CCT étendue	162
C. Champ d'application d'une CCT et lieu du travail	163
Introduction	163
Selon la doctrine	163
Selon la directive du SECO 2009/1 du 6 juillet 2009	164
Selon le Message du Conseil fédéral.....	165
Selon la loi fédérale sur le marché intérieur (LMI).....	165
Selon les travaux parlementaires.....	166
Selon la Commission de la concurrence (COMCO).....	166
Conclusion.....	167
D. Dispositions des CCT étendues à respecter par les bailleurs de services.....	167
Introduction	167
Obligation de renseigner dans les domaines régis par une CCT étendue (art. 17 al. 3 LSE)	168
Les dispositions conventionnelles étendues qui concernent le salaire (art. 20 al. 1 et art. 48a al. 1 OSE)	169
a) Introduction.....	169
b) Salaire minimum (art. 48a al. 1 let. a OSE)	170
La non-incorporation d'éventuels frais dans le salaire minimum	170
Les frais en général.....	170
La non-incorporation de frais dans le salaire minimum	171
Le paiement du salaire moyen dans l'entreprise en l'absence d'un salaire conventionnel minimum	171
Les catégories professionnelles	172
L'entreprise dans laquelle le travailleur temporaire est placé.....	172
L'augmentation conventionnelle	173
c) Suppléments salariaux (art. 48a al. 1 let. b OSE)	174
Heures supplémentaires.....	174
Notion d'heures supplémentaires	174
Admissibilité des heures supplémentaires par le travailleur	174
Compensation des heures supplémentaires par un congé.....	175
Compensation des heures supplémentaires par une rétribution	176
Travail supplémentaire	176
Notion de travail supplémentaire.....	176
Distinction entre les heures supplémentaires et le travail supplémentaire	177

Compensation du travail supplémentaire par une rétribution	177
Compensation du travail supplémentaire par un congé	178
Travail posté	179
Travail à la tâche	179
Travail du soir	180
Travail de nuit	180
En général	180
Le travail de nuit régulier ou périodique	181
Le travail de nuit temporaire	181
Majoration de salaire	182
Travail dominical	183
En général	183
Le travail dominical régulier ou périodique	183
Le travail dominical temporaire	184
Majoration du salaire	184
Jours fériés	184
En général	184
Rémunération des jours fériés	185
Jours fériés dans les cantons romands et dans le canton de Berne	186
Service de piquet	188
d) Vacances (art. 48a al. 1 let. c OSE)	189
Durée des vacances	189
Salaire afférent aux vacances	189
Paiement du salaire vacances	190
e) Jours fériés et jours de repos payés	190
f) Les congés usuels (art. 329 al. 3 CO)	190
En général	190
Rémunération	191
g) Salaire en cas d'empêchement de travailler sans faute de la part du travailleur temporaire (art. 324a CO)	192
Maladie	192
Régime général	192
Régime spécial propre au travail temporaire	193
Accident	194
Maternité	194
Service militaire, service de protection civile	194
Prime à l'assurance maladie perte de gain	194
Les dispositions conventionnelles étendues qui concernent la durée du travail (art. 20 al. 1 et art. 48a al. 2 OSE)	195
a) Introduction	195
b) Temps de travail normal	195
Horaire hebdomadaire fixe	195
Horaire hebdomadaire annuel moyen	195
Horaire hebdomadaire de l'entreprise cliente en cas d'annualisation du temps de travail	196

	Pouvoir de représentation de l'entreprise cliente.....	197
c)	Semaine de 5 jours	197
	En général.....	197
	Semaine de 4 jours selon la LTr et l'OLT 1	198
d)	Heures supplémentaires et travail supplémentaire	198
e)	Travail posté	198
f)	Travail à la tâche.....	199
g)	Travail du soir	199
h)	Travail de nuit	199
i)	Travail dominical.....	200
	Dimanche libre	200
	Droit au repos compensatoire	200
	Travail pendant le repos compensatoire	201
j)	Vacances.....	201
k)	Congés usuels (mariage, décès, déménagement, soin à un membre de la famille)	201
l)	Jours fériés.....	201
	Le jour de la fête nationale.....	201
	Jours fériés cantonaux assimilés au dimanche	202
	Jours fériés résultant de la législation cantonale sur le repos dominical	203
m)	Temps de repos et pauses	204
	Temps de repos	204
	Pauses.....	204
n)	Temps de déplacement et d'attente	205
	Temps de déplacement	205
	Temps d'attente	205
	Les dispositions conventionnelles étendues qui concernent les frais de formation continue et les frais d'exécution (art. 20 al. 1 et art. 48b OSE).....	206
	Les dispositions conventionnelles étendues qui concernent les frais de contrôle et les peines conventionnelles (art. 20 al. 2 LSE ainsi que art. 48d et e OSE)	206
a)	En général.....	206
b)	Le cas particulier du contrôle indépendant ; cas tiré de la pratique	207
	Les dispositions conventionnelles étendues qui concernent la retraite anticipée (art. 20 al. 2 LSE et art. 48d et e OSE)	208
	Conclusion.....	208
E.	Une CCT indépendante pour le travail temporaire	209
	Introduction	209
	Résumé de la problématique	209
	La CCT de la branche du travail temporaire.....	210
a)	Introduction.....	210
b)	Le contenu de la nouvelle CCT.....	211
<i>Article 21 LSE</i>	<i>Travailleurs étrangers en Suisse</i>	213
I.	Dispositions légales	213
II.	Travaux législatifs	213
A.	Projet du 27 novembre 1985 (FF 1985 III 625).....	213

B. Message du 27 novembre 1985 (FF 1985 III 590)	213
C. Message du 8 mars 2002 (FF 2002 3594).....	214
III. Jurisprudence	214
A. Travailleurs étrangers / Autorisations nécessaires à employer des personnes étrangères / Diligence de l'employeur de fait et de l'employeur de droit ; TF, arrêt du 16.11.2009, 2C_357/2009	214
B. Permis de frontalier / Travailleurs étrangers ; Service juridique de la police des étrangers du canton d'Argovie, arrêt du 24.11.2000, AGVE 2000 545	215
C. Autorisations nécessaires à employer des personnes étrangères / Sanction de l'Office cantonal ; TA VD, arrêt du 09.01.2007, PE.2006.0493	216
IV. Informations supplémentaires	217
<i>Article 22 LSE Contrat de location de services</i>	<i>219</i>
I. Dispositions légales	219
A. LSE	219
B. OSE	220
II. Travaux législatifs	220
A. Projet du 27 novembre 1985 (FF 1985 III 625).....	220
B. Message du 27 novembre 1985 (FF 1985 III 591)	221
III. Jurisprudence	222
A. Privilège de responsabilité de l'employeur / Application par analogie à l'entreprise locataire de services ? ; ATF 123 III 280	222
B. Privilège de responsabilité de l'employeur / Application par analogie à l'entreprise locataire de services ? ; TF, arrêt du 09.05.2008, 4A_187/2007, JAR 2009 250	225
C. Transformation d'un contrat de travail ordinaire en contrat de location de services / Transformation effectuée à l'occasion d'un transfert d'entreprise ; ATF 132 III 32	225
D. Étendue de la responsabilité du bailleur de services ; TF, arrêt du 30.04.2007, 2A_425/2006.....	226
E. Qualification du contrat / Distinction entre le contrat de location de services et le contrat de mandat / Responsabilité du bailleur de services / Choix diligent du travailleur temporaire / Relations quasi contractuelles ; Cour de Justice du canton de Genève, Chambre civile, arrêt du 19.01.2007, JAR 2008 370	227
IV. Chapitres choisis.....	227
A. La forme du contrat de location de services	227
B. Le contenu du contrat de location de services.....	228
C. La qualification du contrat de location de services	229
D. Les obligations réciproques des parties au contrat de location de services.....	229
E. La durée du contrat de location de services	230
F. La cession à l'entreprise locataire de services du droit de résilier le rapport de travail.....	230
G. Disposition contractuelle excluant la responsabilité du bailleur de services ; clause insolite ?	231
Introduction	231
Bases légales	231

Selon la doctrine	231
Selon la jurisprudence.....	234
a) ATF 119 II 443	234
b) ATF 109 II 452, JdT 1984 I 470	234
c) ATF 122 III 373	234
Conclusion.....	234
SECTION 3 PROCÉDURE.....	237
Article 23 LSE	237
I. Dispositions légales	237
II. Travaux législatifs	237
A. Projet du 27 novembre 1985 (FF 1985 III 626).....	237
B. Message du 27 novembre 1985 (FF 1985 III 593)	238
C. Message du 9 janvier 2002 (FF 2002 1191)	239
CHAPITRE 4 LSE SERVICE PUBLIC DE L'EMPLOI.....	241
Art. 29 LSE <i>Obligation des employeurs de déclarer les</i> <i>licenciements et fermetures d'entreprise</i>	241
I. Dispositions légales	241
A. LSE	241
B. OSE	241
II. Travaux législatifs	242
A. Projet du 27 novembre 1985 (FF 1985 III 628).....	242
B. Message du 27 novembre 1985 (FF 1985 III 598)	242
III. Jurisprudence : Licenciement collectif / Omission de notification à l'office cantonal du travail / Conséquences juridiques ; ATF 132 III 406, SJ 2007 I 129	244
IV. Chapitre choisi : Le licenciement collectif	245
A. Introduction	245
B. Détail des conditions prévues par le CO.....	245
Condition 1 : Délai de 30 jours	245
Condition 2 : Motif non inhérent à la personne du travailleur	246
Condition 3 : Emplois habituels.....	246
Condition 4 : Au moins 10 licenciements si l'établissement emploie habituellement entre 21 et 99 collaborateurs / Licenciement d'au moins 10 % du nombre des travailleurs dans les établissements employant habituellement au moins 100 et moins de 300 travailleurs / 30 licenciements ou plus dans les établissements employant habituellement au moins 300 travailleurs	247
C. L'annonce des licenciements selon la LSE	248
D. Les trois catégories de licenciements, respectivement fermetures d'entreprises	249
E. Conséquences de la violation de la procédure pour licenciement collectif	250
Selon le CO	250
Selon la LSE	250
CHAPITRE 6 LSE AUTORITÉS.....	251

<i>Article 31 LSE</i>	<i>Autorité fédérale dont relève le marché du travail</i>	251
I.	Dispositions légales	251
A.	LSE	251
B.	OSE	251
II.	Travaux législatifs	251
A.	Projet du 27 novembre 1985 (FF 1985 III 628)	251
B.	Message du 27 novembre 1985 (FF 1985 III 601)	252
III.	Jurisprudence : Compétence pour accorder une autorisation de location de services ; Commission de recours du Département fédéral de l'économie, arrêt du 10.09.1996, JAAC 61.38	252
<i>Article 32 LSE</i>	<i>Cantons</i>	253
I.	Dispositions légales	253
II.	Travaux législatifs	253
A.	Projet du 27 novembre 1985 (FF 1985 III 628)	253
B.	Message du 27 novembre 1985 (FF 1985 III 601)	253
CHAPITRE 7 LSE VOIES DE RECOURS		255
<i>Article 38 LSE</i>		255
I.	Dispositions légales	255
II.	Travaux législatifs	255
A.	Projet du 27 novembre 1985 (FF 1985 III 630)	255
B.	Message du 27 novembre 1985 (FF 1985 III 606)	256
CHAPITRE 8 LSE DISPOSITIONS PÉNALES		257
<i>Article 39 LSE</i>		257
I.	Dispositions légales	257
II.	Travaux législatifs	258
A.	Projet du 27 novembre 1985 (FF 1985 III 631)	258
B.	Message du 27 novembre 1985 (FF 1985 III 606)	259
III.	Jurisprudence	259
A.	Licenciement collectif / Omission de notification à l'office cantonal du travail / Conséquences juridiques ; ATF 132 III 406, SJ 2007 I 129	259
B.	Autorisations nécessaires à employer des personnes étrangères / Sanction de l'Office cantonal ; TA VD, arrêt du 09.01.2007, PE.2006.0493	259
IV.	Chapitre choisi : Sanctions civiles	259

TABLE DES ABRÉVIATIONS

ac.	accord
AELE	Association européenne de libre-échange
AF	arrêté fédéral
AGVE	Aargauische Gerichts- und Verwaltungsentscheide
AJP	Aktuelle juristische Praxis (= PJA)
al.	alinéa
APG	assurance perte de gain
art.	article
ARV	Droit du travail : Revue de droit du travail et d'assurance-chômage (= DTA, RDTAC)
ATF	arrêt du Tribunal fédéral
AVS	assurance-vieillesse et survivants
BaKomm.	Basler Kommentar (commentaire bâlois)
BeKomm.	Berner Kommentar (commentaire bernois)
BO	Bulletin officiel de l'Assemblée fédérale
BR	Baurecht (= DC)
BSt.	Bulletin sténographique officiel de l'Assemblée fédérale
CC	Code civil suisse du 10 décembre 1907 (RS 210)
CCT	Convention collective de travail
CE	Conseil des États (= E)
–	Communauté européenne
CEDIDAC	Publications CEDIDAC/Centre du droit de l'entreprise de l'Université de Lausanne
CERT	Centre d'étude des relations de travail, Université de Neuchâtel
cf.	conferre (se référer à)
ch.	chiffre
chap.	chapitre
CHF	franc suisse
CN	Conseil national
–	Convention nationale
CO	Code des obligations du 30 mars 1911 (RS 220)
consid.	considérant

Table des abréviations

CoRo	Commentaire romand
Cst	Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (RS 101)
CstNE	Constitution de la République et Canton de Neuchâtel (RSN 101)
DB	Droit du bail
DC	Droit de la construction (= BR)
DTA	Droit du travail : Revue de droit du travail et d'assurance-chômage (= ARV, RDTAC)
E	Conseil des États (= CE)
éd.	édition
édit.	éditeur
et al.	et alii (et autres)
etc.	et caetera
ex.	exemple
FER	Fédération des Entreprises Romandes
FF	Feuille fédérale
FJS	Fiches juridiques suisses
GVP-SG	St. Gallische Gerichts- und Verwaltungspraxis
ibid.	ibidem (au même endroit)
in	dans
IRAL	Institut de recherche sur le droit de la responsabilité civile et des assurances
JAAC	Jurisprudence des autorités administratives de la Confédération
JAR	Jahrbuch des Schweizerischen Arbeitsrechts
JdT	Journal des tribunaux
LAA	Loi fédérale du 20 mars 1981 sur l'assurance-accidents (RS 832.20)
LACI	Loi fédérale du 25 juin 1982 sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité (RS 837.0)
LAFam	Loi fédérale du 24 mars 2006 sur les allocations familiales (RS 836.2)
LAMA	Loi fédérale du 13 juin 1911 sur l'assurance en cas de maladie et d'accidents (FF 1911 815, abrogée par la LAMal)
LAMal	Loi fédérale du 18 mars 1994 sur l'assurance-maladie (RS 832.10)
LAPG	Loi fédérale du 25 septembre 1952 sur les allocations pour perte de gain en cas de service et de maternité (RS 834.1)

LAVS	Loi fédérale du 20 décembre 1946 sur l'assurance-vieillesse et survivants (RS 831.10)
LCD	Loi fédérale du 19 décembre 1986 contre la concurrence déloyale (RS 241)
LECCT	Loi fédérale du 28 septembre 1956 permettant d'étendre le champ d'application de la convention collective de travail (RS 221.215.311)
let.	lettre(s)
LEtr	Loi fédérale du 16 décembre 2005 sur les étrangers (RS 142.20)
LF	loi fédérale
LFors	Loi fédérale du 24 mars 2000 sur les fors en matière civile (RS 272)
LMI	Loi fédérale du 6 octobre 1995 sur le marché intérieur (RS 943.02)
LP	Loi fédérale du 11 avril 1889 sur la poursuite pour dettes et la faillite (RS 281.1)
LPD	Loi fédérale du 19 juin 1992 sur la protection des données (RS 235.1)
LPGA	Loi fédérale du 6 octobre 2000 sur la partie générale du droit des assurances sociales (RS 830.1)
LPP	Loi fédérale du 25 juin 1982 sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (RS 831.40)
–	prévoyance professionnelle (2 ^e pilier)
LSE	Loi fédérale du 6 octobre 1989 sur le service de l'emploi et la location de services (RS 823.11)
LSEE	Loi fédérale du 26 mars 1931 sur le séjour et l'établissement des étrangers (abrogée par la LEtr)
LSELS	Loi genevoise sur le service de l'emploi et la location de services (J 2 05)
LTr	Loi fédérale du 13 mars 1964 sur le travail dans l'industrie, l'artisanat et le commerce (RS 822.11)
NZZ	Neue Zürcher Zeitung
O	ordonnance
OACI	Ordonnance du 31 août 1983 sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité (RS 837.02)
OASA	Ordonnance du 24 octobre 2007 relative à l'admission, au séjour et à l'exercice d'une activité lucrative (RS 142.201)
OCMP	Office cantonal de la main-d'œuvre et du placement

OEmol-LSE	Ordonnance du 16 janvier 1991 sur les émoluments, commissions et sûretés prévus par la loi sur le service de l'emploi (RS 823.113)
OFCL	Office fédéral des constructions et de la logistique
OFIAMT	Office fédéral de l'industrie, des arts et métiers et du travail
OFPr	Ordonnance du 19 novembre 2003 sur la formation professionnelle (RS 412.101)
OIT	Organisation internationale du travail
OLAA	Ordonnance du 20 décembre 1982 sur l'assurance-accidents (RS 832.202)
OLCP	Ordonnance du 22 mai 2002 sur l'introduction de la libre circulation des personnes (RS 142.203)
OLT 1	Ordonnance 1 du 10 mai 2000 relative à la loi sur le travail (RS 822.111)
OLT 2	Ordonnance 2 du 10 mai 2000 relative à la loi sur le travail (RS 822.112)
OLT 5	Ordonnance 5 du 28 septembre 2007 relative à la loi sur le travail (RS 822.115)
OPP 2	Ordonnance du 18 avril 1984 sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (RS 831.441.1)
OR	Obligationenrecht (= CO)
OSE	Ordonnance du 16 janvier 1992 sur le service de l'emploi et la location de services (RS 823.111)
p.	page
PC	procédure civile
PJA	Pratique juridique actuelle (= AJP)
pp.	pages
RDTAC	Droit du travail : Revue de droit du travail et d'assurance-chômage (= ARV, DTA)
RJN	Recueil de jurisprudence neuchâteloise
RO	Recueil officiel des lois fédérales
RS	Recueil systématique du droit fédéral
RSJ	Revue suisse de jurisprudence (= SJZ)
RSJU	Recueil systématique du droit jurassien
RSN	Recueil systématique de la législation neuchâteloise
RVJ	Revue valaisanne de jurisprudence
s.	et suivant
SA	société anonyme

SAJEC	Service d'assistance juridique et conseils
SECO	Secrétariat d'État à l'économie
SJ	Semaine judiciaire
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung (= RSJ)
ss	et suivants
SUVA	Schweizerische Unfallversicherungsanstalt
TAF	Tribunal administratif fédéral suisse
TA VD	Tribunal administratif du canton de Vaud
TC NE	Tribunal cantonal du canton de Neuchâtel
TC VD	Tribunal cantonal du canton de Vaud
TE-LSE	= OEmol-LSE
TF	Tribunal fédéral suisse
trad.	traduction
TSR	Télévision suisse romande
TVA	taxe sur la valeur ajoutée
UE	Union européenne
ZKomm.	Zürcher Kommentar (commentaire zurichois)

BIBLIOGRAPHIE

- AUBERT GABRIEL, CoRo, Code des obligations I, Code des obligations art. 1-529, Loi sur le crédit à la consommation, Loi sur les voyages à forfait, Genève/Bâle/Munich 2003 (cité : CoRo)
- AUBERT GABRIEL, L'usage en droit du travail, Droit du travail, Revue de droit du travail et d'assurance-chômage (ARV/DTA), 2001 (cité : L'usage en droit du travail)
- AUBERT GABRIEL, La nouvelle réglementation des licenciements collectifs et des transferts d'entreprises, in : Journée 1994 de droit du travail et de la sécurité sociale, Le droit du travail en pratique, Volume 9, Zurich 1995 (cité : La nouvelle réglementation)
- AUBERT GABRIEL, Le droit des vacances : quelques problèmes pratiques, in : Journée 1990 de droit du travail et de la sécurité sociale, Le droit du travail en pratique, Volume 1, Zurich 1990 (cité : Le droit des vacances)
- AUBERT GABRIEL, Le travail à temps partiel irrégulier, in : Mélanges Alexandre Berenstein, Le droit social à l'aube du XXI^e siècle, Genève 1989 (cité : Le travail à temps partiel irrégulier)
- AUBERT GABRIEL, Quatre cents arrêts sur le contrat de travail, Études et pratique, Genève 1984 (cité : Quatre cents arrêts)
- BESSE JULIEN (directeur de publication), WEKA compétent, Guide pratique du droit du travail pour les entreprises, Zurich dès 1993 (cité : WEKA [date])
- BIANCHI DELLA PORTA MANUEL, CoRo, Droit de la concurrence, Lois sur les cartels, Loi sur la surveillance des prix, Loi sur le marché intérieur, Loi sur les entraves techniques au commerce, Genève/Bâle/Munich 2002
- BÖHRINGER PETER, Arbeitsrecht, Ein Lehrgang für die Praxis, 2^e édition révisée, Zurich 2001
- BREHM ROLAND, BeKomm., Band VI Obligationenrecht, 1. Abteilung, 3. Teilband, 1. Unterteilband, Bâle 1990
- BRÜHWILER JÜRG, Auswirkungen des Bundesgesetzes über die Arbeitsvermittlung und den Personalverleih vom 6. Oktober 1989 (AVG) auf den temporären Arbeitsvertrag, SJZ 1991 (87^e année), cahier n° 13, 1991 (cité : Auswirkungen des Bundesgesetzes)
- BRÜHWILER JÜRG, Kommentar zum Einzelarbeitsvertrag, 2^e édition entièrement révisée, Granges 1995 (cité : Kommentar zum Einzelarbeitsvertrag)
- BRUNNER CHRISTIANE et al., Commentaire du contrat de travail, 3^e édition mise à jour et complétée, Lausanne 2004
- CANTON DE NEUCHÂTEL, Département de l'économie, Service de l'emploi, Office de surveillance, Autorité de surveillance LSE, Informations/Recommandations LSE, consultable à l'adresse Internet suivante : [\[www.ne.ch/neat/site/jsp/rubrique/rubrique.jsp?StyleType=bleu&DocId=11457\]](http://www.ne.ch/neat/site/jsp/rubrique/rubrique.jsp?StyleType=bleu&DocId=11457),

dernière vérification de l'adresse fin janvier 2010 (cité : [date], [n° de feuille ou de directive])

CARRUZZO PHILIPPE, La rémunération du travailleur et le remboursement des frais, Études et Documents, Genève 2007

CARRUZZO PHILIPPE et al., Le contrat de travail ; Des pourparlers aux conséquences de la résiliation, Genève 2003

CEROTTINI ERIC, Le droit aux vacances, Étude des articles 329a à d CO, thèse Lausanne 2001

DESSEMONTET FRANÇOIS, Le contrôle judiciaire des conditions générales, in : La nouvelle loi fédérale contre la concurrence déloyale, Travaux de la journée d'étude organisée par le Centre du droit de l'entreprise le 10 mars 1988 à l'Université de Lausanne, Lausanne 1988

FAVRE CHRISTIAN/MUNOZ CHARLES/TOBLER ROLF A., Le contrat de travail : Code des obligations (art. 319-362 CO), loi fédérale sur l'égalité, loi fédérale sur le travail dans l'industrie, l'artisanat et le commerce, Code annoté de la jurisprudence fédérale & cantonale, Lausanne 2001

FAVRE MOREILLON MARIANNE, Droit du travail, Aspects juridiques et pratiques, 2^e édition entièrement remaniée et augmentée, Bâle 2006

FLÜTSCH JÜRG, Personalverleih und Datenschutz, Droit du travail, Revue de droit du travail et d'assurance-chômage (ARV/DTA), 2002

GAUCH PETER, Der Werkvertrag, 3^e édition entièrement révisée et complétée, Zurich 1985

GEISER THOMAS, Gesamtarbeitsvertrag im Bereich des Arbeitsverleihs – Möglichkeiten und Grenzen, Droit du travail, Revue de droit du travail et d'assurance-chômage (ARV/DTA), 4/2007 (cité : Gesamtarbeitsvertrag)

GEISER THOMAS, Haftung bei neuen Arbeitsformen (Job Sharing, Computer-Arbeitsplätze, Personalverleih), Pratique juridique actuelle (AJP/PJA), 7/97 (cité : Haftung bei neuen Arbeitsformen)

GRISEL ANDRÉ, Traité de droit administratif, Volume 1, Neuchâtel 1984

HEIZ ROMAN, Das Arbeitsverhältnis im Konzern, Ausgewählte individualarbeitsrechtliche Aspekte, thèse St. Gall 2004

KNAPP BLAISE, Précis de droit administratif, 3^e édition entièrement remaniée, Bâle/Francfort-sur-le-Main 1988

MATHIS-ZWYGART ESTELLE, Application des conventions collectives de travail aux entreprises de travail temporaire, in : Jusletter du 19 mai 2008, Weblaw (cité : Application des conventions collectives de travail)

MATHIS-ZWYGART ESTELLE, Le travail temporaire : entre liberté contractuelle et ordre public, in : « Le droit décloisonné », interférences et interdépendances entre droit privé et droit public, Genève 2009 (cité : Le travail temporaire)

- MULLER PIERRE, Le principe de la proportionnalité, Société suisse des juristes, Rapports et communications, Fascicule 3, Bâle 1978
- MÜLLER ROLAND A. (GUEX DOMINIQUE), Commentaire de la loi sur le travail, Berne 2005
- NEF URS CH., Temporäre Arbeit, thèse Zurich, Berne 1971
- PANCHAUD ANDRÉ/CAPREZ MARCEL, La mainlevée d'opposition : la jurisprudence en matière de mainlevée d'opposition dès 1940, complément bilingue de l'édition de 1940 de Marcel Caprez, Zurich 1980
- PORTMANN WOLFGANG, BaKomm., Obligationenrecht I, 4^e édition, Bâle/Berne/Zurich 2007
- PORTMANN WOLFGANG/PETROVIC CHRISTINE, Commentaire de la loi sur le travail, Berne 2005
- PORTMANN WOLFGANG/STÖCKLI JEAN-FRITZ, Leitfaden des Eidgenössischen Datenschutzbeauftragten für die Bearbeitung von Personendaten im Arbeitsbereich, in : JAR 2002 101 (cité : Leitfaden des Eidgenössischen Datenschutzbeauftragten)
- PORTMANN WOLFGANG/STÖCKLI JEAN-FRITZ, Schweizerisches Arbeitsrecht, 2^e édition entièrement révisée, Zurich 2007 (cité : Schweizerisches Arbeitsrecht)
- REHBINDER MANFRED, Arbeitsvermittlungsgesetz (AVG), in : JAR 1991 60 (cité : Arbeitsvermittlungsgesetz)
- REHBINDER MANFRED, BeKomm., Band VI Obligationenrecht, 2. Abteilung, 2. Teilband, 1. Abschnitt, Berne 1985 (cité : BeKomm., 1. Abschnitt)
- REHBINDER MANFRED, BeKomm., Band VI/2 Obligationenrecht, 2. Abteilung, 2. Teilband, 2. Abschnitt, Berne 1992 (cité : BeKomm., 2. Abschnitt)
- REHBINDER MANFRED, Schweizerisches Arbeitsrecht, 10^e édition remaniée, Berne 1991 (cité : Schweizerisches Arbeitsrecht 1991)
- REHBINDER MANFRED, Teilzeit- und Temporärarbeit, in : JAR 1982 35 (cité : Teilzeit- und Temporärarbeit)
- REHBINDER MANFRED/PORTMANN WOLFGANG, BaKomm., Obligationenrecht I, 3^e édition, Bâle/Berne/Zurich 2003
- RUBIN BORIS, Assurance-chômage, Droit fédéral, Survol des mesures cantonales, Procédure, 2^e édition mise à jour et complétée, Zurich/Bâle/Genève 2006
- SCHWEINGRUBER EDWIN/BIGLER F.-WALTER, Commentaire de la convention collective de travail ainsi que de l'extension de son champ d'application, traduit de l'allemand par Albert Laissue, 2^e édition mise à jour, Berne 1973
- SECO, Direction du travail, Commentaire de la loi et des ordonnances 1 et 2, Loi sur le travail, 6^e mise à jour, Berne 2009 (cité : Commentaire de la LTr et des ordonnances)
- SECO, Direction du travail, Directives et commentaires relatifs à la Loi fédérale du 6 octobre 1989 sur le service de l'emploi et la location de services (LSE), à l'Ordonnance du 16 janvier 1991 sur le service de l'emploi et la location de services (OSE) et à l'Ordonnance du 16 janvier 1991 sur les émoluments, commissions et sûretés en

- vertu de la loi sur le service de l'emploi (TE-LSE), Direction du travail (DA), Berne 2003 (cité : Directives et commentaires relatifs à la LSE et aux ordonnances)
- STAEHELIN ADRIAN, ZKomm., Das Obligationenrecht, Teilband V 2c, 2. Lieferung (Art. 331-335 und Art. 361-362 OR), Bâle 1996
- STÖCKLI JEAN-FRITZ, BeKomm., Band VI Obligationenrecht, 2. Abteilung, 2. Teilband, 3. Abschnitt, Berne 1999
- STÖCKLI JEAN-FRITZ/SOLTERMANN DANIEL, Commentaire de la loi sur le travail, Berne 2005
- STREIFF ULLIN/VON KAENEL ADRIAN, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319-362 OR, 6^e édition entièrement remaniée et complétée, Zurich/Bâle/Genève 2006
- TERCIER PIERRE, Le droit des obligations, 4^e édition revue et corrigée, Fribourg 2009
- TERCIER PIERRE/FAVRE PASCAL G., Les contrats spéciaux, 4^e édition, Genève/Zurich/Bâle 2009
- THÉVENOZ LUC, La location de services dans le bâtiment, Droit de la Construction (BR/DC), Séminaire pour le droit de la construction, Université de Fribourg, 1994 n° 3 (cité : La location de services dans le bâtiment)
- THÉVENOZ LUC, La nouvelle réglementation du travail intérimaire, in : Journée 1992 de droit du travail et de la sécurité sociale, Le droit du travail en pratique, Volume 7, Zurich 1994 (cité : La nouvelle réglementation)
- THÉVENOZ LUC, Le travail intérimaire, thèse Genève 1987 (cité : Le travail intérimaire)
- THÉVENOZ LUC, Travail intérimaire et location de services, FJS n° 772, Genève 1991 (cité : Travail intérimaire et location de services)
- VISCHER FRANK, Der Arbeitsvertrag, 3^e édition complétée, Bâle/Genève 2005 (cité : Der Arbeitsvertrag)
- VISCHER FRANK, ZKomm., Das Obligationenrecht, Teilband V 2c, 5. Lieferung (Art. 356-360), Zurich 1983 (cité : ZKomm.)
- WYLER RÉMY, Droit du travail, 2^e édition revue et complétée, Berne 2008

CHAPITRE INTRODUCTIF

Afin de faciliter la consultation du présent ouvrage, il convient de préciser les points suivants :

Cet ouvrage passe en revue les dispositions légales sur la location de services. Il aborde les dispositions topiques de la loi fédérale du 6 octobre 1989 sur le service de l'emploi et la location de services (ci-après : LSE)¹ ainsi que les ordonnances y relatives, à savoir l'ordonnance du 16 janvier 1992 sur le service de l'emploi et la location de services (ci-après : OSE)² et l'ordonnance du 16 janvier 1991 sur les émoluments, commissions et sûretés prévus par la loi sur le service de l'emploi (ci-après : OEEmol-LSE)³. L'ordonnance PLASTA du 1^{er} novembre 2006⁴, qui règle l'exploitation et l'utilisation du système d'information en matière de placement et de statistique du marché du travail et de ses sous-systèmes, n'est pas traitée ici.

Chaque article de la LSE est développé selon une systématique constante, à savoir :

- la reproduction de la **norme de la LSE**, en relevant les différences entre la disposition du projet de loi et la disposition adoptée ;
- s'il y a lieu, la reproduction de la ou des **dispositions respectives de l'OSE** ;
- s'il y a lieu, la reproduction de la ou des **dispositions respectives de l'OEEmol-LSE** ;
- la reproduction de la disposition du projet de loi ainsi que de l'extrait respectif du Message du Conseil fédéral ;
- s'il y a lieu, la **jurisprudence pertinente** concernant la disposition traitée. La jurisprudence recensée comprend les décisions fédérales et cantonales publiées et non publiées **jusqu'au 31 décembre 2009** ;
- s'il y a lieu, **un ou plusieurs chapitres choisis** en relation avec la disposition de la LSE traitée.

Certains chapitres choisis et certaines décisions de jurisprudence sont d'ordre général et ne se prêtent guère à un traitement particulier dans une disposition de la LSE. Ces chapitres choisis et ces décisions font l'objet du présent chapitre introductif.

Seuls les textes du Recueil officiel des lois fédérales font foi.

¹ RS 823.11.

² RS 823.111.

³ RS 823.113.

⁴ RS 823.114.

I. Chapitres choisis

A. Thèmes centraux de la loi sur le service de l'emploi et la location de services

La location de services existait déjà avant l'entrée en vigueur de la LSE le 1^{er} juillet 1991. Voici donc les principaux thèmes de la loi sur le service de l'emploi et la location de services⁵ :

- la location de services – thème central de la nouvelle réglementation – est pour la première fois régie par des règles légales spéciales, et cela non seulement sous la forme de mise à disposition occasionnelle de travailleurs, mais également et surtout sous la forme de travail temporaire et de mise à disposition de travailleurs à titre principal (travail en régie) ;
- deux des trois formes de location de services sont soumises au régime de l'autorisation obligatoire de pratiquer la location de services ;
- le bailleur de services est tenu de fournir des sûretés ;
- afin de rendre les rapports triangulaires entre les personnes concernées le plus transparents possible, le contenu du contrat de travail et du contrat de location de services est régi par la loi de manière détaillée ;
- deux nouvelles règles spéciales par rapport au Code des obligations du 30 mars 1911 (ci-après : CO)⁶ sont introduites⁷ :
 - pendant les six premiers mois de service et lorsque l'engagement est d'une durée indéterminée, le délai de résiliation du contrat de travail par les deux parties est de deux jours au moins durant les trois premiers mois d'un emploi ininterrompu, et de sept jours au moins entre le quatrième et le sixième mois d'un emploi ininterrompu. On ne peut déroger à ces délais, contrairement à celui de l'art. 335b CO (sauf dérogation, sept jours pendant le premier mois de travail) ;
 - lorsqu'une entreprise est soumise à une convention collective de travail (ci-après : CCT) avec déclaration d'extension, le bailleur de services doit appliquer au travailleur les dispositions de la CCT concernant le salaire et la durée du travail, ainsi que, depuis le 1^{er} avril 2006, les dispositions concernant les frais de formation continue, les frais d'exécution, les frais de contrôle, les peines conventionnelles et la retraite anticipée.
- certaines règles protectrices de la nouvelle loi sont indépendantes du nouveau régime d'autorisation obligatoire. Ainsi, chaque bailleur et locataire de services est soumis à l'obligation de renseigner, l'obligation de tenir une comptabilité, au principe de la forme écrite des contrats ainsi qu'à la protection des données. En

⁵ REHBINDER, Arbeitsvermittlungsgesetz.

⁶ RS 220.

⁷ REHBINDER, Arbeitsvermittlungsgesetz.

principe, les données ne peuvent ainsi être traitées qu'avec l'accord écrit de la personne concernée ;

- les succursales des bailleurs de services sont soumises à un régime simplifié en ce qui concerne l'autorisation de pratiquer ;
- la location de services, en Suisse, par un bailleur de services domicilié à l'étranger est interdite. Pour le bailleur de services suisse qui souhaite louer les services de travailleurs étrangers venant en Suisse pour la première fois ou ne disposant en Suisse que d'une autorisation de séjour de courte durée, une autorisation fédérale délivrée par le Secrétariat d'État à l'économie (ci-après : SECO) est nécessaire en plus de l'autorisation cantonale (pour plus de détails, voir pp. 35ss) ;
- les offices du travail cantonaux enregistrent les demandeurs d'emploi qui se présentent et les places vacantes annoncées. Ils conseillent les demandeurs d'emploi et les employeurs lors du choix de l'emploi à occuper ou de la personne à engager et s'efforcent de pourvoir les places vacantes et de placer la main-d'œuvre de manière appropriée ;
- les entreprises qui louent des services sans posséder les autorisations nécessaires risquent une amende maximale de CHF 100'000.- ;
- les employeurs qui recourent aux services d'un placeur ou d'un bailleur de services qu'ils savaient ne pas posséder l'autorisation requise risquent une amende maximale de CHF 40'000.- ;
- les employeurs qui ont obtenu une autorisation en donnant des indications inexactes ou fallacieuses ou en taisant des faits importants risquent l'emprisonnement ou une amende maximale de CHF 40'000.-⁸.

B. Bases légales principales

La location de services est une forme particulière de relations de travail. Elle n'est pas spécialement régie par le CO, et contrairement au travail à temps partiel par exemple (art. 319 al. 2 CO), aucune disposition spécifique du CO n'en parle expressément.

La base légale principale régissant la location de services est la LSE. La LSE régit également le placement privé de personnel, ainsi que le service public de l'emploi (offices cantonaux du travail). À cette loi s'ajoutent deux ordonnances, à savoir l'OSE et l'OEml-LSE.

La LSE et ses ordonnances contiennent des règles supplémentaires par rapport aux dispositions du CO, et dans une moindre mesure des règles qui y dérogent. Ainsi, la LSE ne déroge au CO que pour quelques normes, à savoir principalement la forme du contrat de travail et du contrat de location de services, les points que ces contrats doivent obligatoirement contenir, ainsi qu'en matière de délais de congé. Pour le surplus, les règles s'appliquant aux contrats ordinaires de travail sont applicables. Sont ainsi

⁸ REHBINDER, Arbeitsvermittlungsgesetz.

également applicables aux parties à un rapport de location de services les dispositions de droit public de protection des employés, à l'instar de la loi fédérale du 13 mars 1964 sur le travail dans l'industrie, l'artisanat et le commerce (ci-après : LTr)⁹ et ses ordonnances (notamment OLT 1 à 5)¹⁰.

Les législations cantonales peuvent contenir des dispositions d'exécution de la législation fédérale. À titre d'exemple, le canton de Neuchâtel a adopté un Règlement d'exécution de la législation fédérale et cantonale en matière de licenciements collectifs, de placement public et privé et de location de services (RSE)¹¹. En matière de location de services, ce dernier régit principalement les compétences dévolues par la LSE à l'office cantonal du travail, l'autorisation cantonale de pratiquer la location de services, ainsi que la tenue d'un registre des sociétés autorisées. On notera toutefois que lorsque des dispositions cantonales imposent des exigences allant au-delà de celles de droit fédéral, et que celles de droit fédéral ont été déclarées comme exhaustivement réglementées par ce dernier¹², les dispositions cantonales cèdent le pas à la législation fédérale (principe de la force dérogatoire du droit fédéral, cf. jurisprudence pp. 17ss).

Concernant finalement les CCT, deux remarques sont nécessaires : premièrement, l'article 20 LSE prévoit que lorsqu'une entreprise locataire de services est soumise à une CCT étendue¹³, le bailleur de services doit notamment appliquer au travailleur loué les dispositions de cette CCT qui concernent le salaire et la durée du travail¹⁴. Deuxièmement, il faut mentionner la CCT de la branche du travail temporaire, dont les partenaires sociaux ont demandé l'extension du champ d'application en 2009 (demande d'extension publiée dans la Feuille officielle suisse du commerce le 30 juillet 2009). Cette demande d'extension a fait l'objet de nombreuses oppositions (pour plus de détails à ce sujet, cf. pp. 210ss)¹⁵.

C. Buts de la LSE (art. 1 LSE)

La LSE vise principalement à assurer une meilleure protection aux travailleurs et à clarifier les relations entre les bailleurs de services et les locataires de services (entreprises clientes). La LSE a aussi apporté d'importantes innovations dans le domaine de la location de services. Elle en distingue d'une part trois formes et, d'autre part, elle

⁹ RS 822.11.

¹⁰ RS 822.111, 822.112, 822.113, 822.114 et 822.115.

¹¹ RSN 813.110.

¹² ATF 120 Ia 89 par ex., dans lequel le Tribunal fédéral a jugé que l'art. 20 LSE, qui a un caractère exclusif, ne laisse aucune place pour une réglementation cantonale divergente ; ATF 109 Ia 61, SJ 1983 465.

¹³ Les CCT étendues sont des CCT dont les dispositions étendues – et seules celles-ci – sont obligatoires pour toute une branche économique ou toute une profession, soit dans l'ensemble de la Suisse ou dans plusieurs cantons par décision du Conseil fédéral, soit dans un canton par décision cantonale.

¹⁴ Pour plus de détails à ce sujet, cf. les commentaires consacrés à l'art. 20 LSE.

¹⁵ CCT location de services, état actuel, cf. site Internet : [www.swissstaffing.ch/standard.aspx?key=395&l=fr], dernière vérification de l'adresse fin janvier 2010.

réglemente de manière détaillée cette activité. On y trouve également des dispositions pénales destinées à punir lourdement les contrevenants¹⁶.

Le législateur a assigné un certain nombre de buts fondamentaux à la LSE :

- **combattre les abus** : certains bailleurs de services profitaient de l'absence de tout encadrement législatif de la profession pour s'adonner à des pratiques parfois douteuses, à quoi pouvait s'ajouter une solvabilité rapidement compromise¹⁷ ;
- **protéger les travailleurs** : la protection des travailleurs dont les services sont loués à des tiers doit se faire par une information écrite sur les conditions de travail, leurs droits minimaux ainsi que la garantie qu'en cas de litige, ils auront la possibilité de saisir le juge de l'établissement ou de la succursale du bailleur de services, le tribunal du lieu où ils accomplissent habituellement leur travail ou le tribunal du lieu où ils sont détachés temporairement, pour autant que l'action concerne des prétentions nées durant cette mission¹⁸ ;
- **éviter le dumping social** : le dumping social se caractérise par la sous-enchère que pourrait pratiquer une entreprise soumise à une CCT qui loue les services de personnel intérimaire, notamment dans le but d'éviter d'engager des salariés aux conditions des CCT (se référer au commentaire de l'art. 20 LSE, notamment pp. 167ss)¹⁹ ;
- inclure le placement privé de personnel et la location de services dans une **politique nationale de réglementation du marché du travail**²⁰ ;
- donner une **base légale** à la surveillance, par une police du commerce, des activités de placement privé de personnel et de location de services²¹.

D. Définition de la location de services

En général

La définition légale de la location de services ne résulte pas directement de la LSE, mais de son ordonnance. Selon l'article 26 OSE en effet, « *est réputé bailleur de services celui qui loue les services d'un travailleur à une entreprise locataire en abandonnant à celle-ci l'essentiel de ses pouvoirs de direction à l'égard du travailleur* ».

Qu'elle relève d'une activité régulière ou occasionnelle du bailleur, la location de services résulte ainsi en une intégration momentanée du travailleur dans l'organisation du locataire²².

¹⁶ FLÜTSCH, pp. 198 s. n° 2.2 ; THÉVENOZ, La nouvelle réglementation, p. 9.

¹⁷ THÉVENOZ, La nouvelle réglementation, p. 9.

¹⁸ THÉVENOZ, La nouvelle réglementation, p. 9.

¹⁹ THÉVENOZ, La nouvelle réglementation, p. 9.

²⁰ FLÜTSCH, pp. 198 s. n° 2.2.

²¹ FLÜTSCH, pp. 198 s. n° 2.2.

²² THÉVENOZ, La location de services dans le bâtiment, p. 69.

Selon une définition doctrinale, le contrat de location de services est le contrat par lequel une personne – le bailleur (ou loueur) de services – met un ou plusieurs travailleurs (avec leur consentement) à la disposition d'une autre personne – le locataire de services (ou entreprise cliente) –, moyennant une rémunération due au bailleur de services. Il s'agit d'un contrat innommé *sui generis*²³, comportant des aspects du mandat²⁴. La location de services consiste ainsi en un rapport triangulaire entre un travailleur loué, l'employeur de droit de ce travailleur (le bailleur de services) et le locataire de services (l'entreprise cliente), à qui le travailleur fournit directement sa prestation (pour un schéma, voir p. 7)²⁵.

La caractéristique principale de la location de services réside dans le fait qu'il n'y a pas de contrat individuel de travail entre le travailleur loué et le locataire de services. Ce dernier est ainsi déchargé d'un certain nombre d'obligations incombant à l'employeur dans tout contrat de travail ordinaire, comme le paiement du salaire et des cotisations sociales²⁶.

Lorsqu'elle est faite **de manière systématique** (voir notamment les art. 28 et 29 OSE), la location de services est soumise à la LSE ainsi qu'aux ordonnances d'application (principalement l'OSE). Cette loi exige notamment des bailleurs de services qu'ils obtiennent une **autorisation** de l'office cantonal du travail ou du SECO pour exercer leur activité (art. 12 LSE), sous peine de nullité des contrats de location conclus (art. 22 al. 5 LSE).

Critères permettant de distinguer l'exécution d'un mandat ou d'un contrat d'entreprise de la location de services

Les critères de distinction suivants permettent de conclure à la fourniture d'une prestation de travail sous la forme de la location de services²⁷ :

- **rapport de subordination** : le pouvoir de direction et de contrôle appartient principalement à l'entreprise de mission. Y entrent notamment la compétence de donner des instructions concernant la manière d'exécuter le travail et le choix des moyens auxiliaires ;
- **intégration du travailleur dans l'entreprise de mission** : le travailleur est intégré au niveau du personnel, de l'organisation et des horaires, et il travaille avec les outils, le matériel, les instruments de l'entreprise de mission, principalement au siège de celle-ci et selon ses horaires ;

²³ On dit d'un contrat qu'il est « innommé » (*sui generis* ou mixte) lorsqu'il ne fait l'objet d'aucune réglementation spécifique de la loi. Les contrats innommés *sui generis* se caractérisent par le fait que les parties choisissent une prestation qui n'est visée par aucune forme de contrat. Ils doivent être distingués des contrats innommés mixtes, qui se caractérisent par le fait que les parties combinent en un même accord plusieurs prestations appartenant à des contrats (nommés) différents.

²⁴ TERCIER/FAVRE, n° 3272.

²⁵ THÉVENOZ, La nouvelle réglementation, p. 10 ; STREIFF/VON KAENEL, p. 96 n° 20.

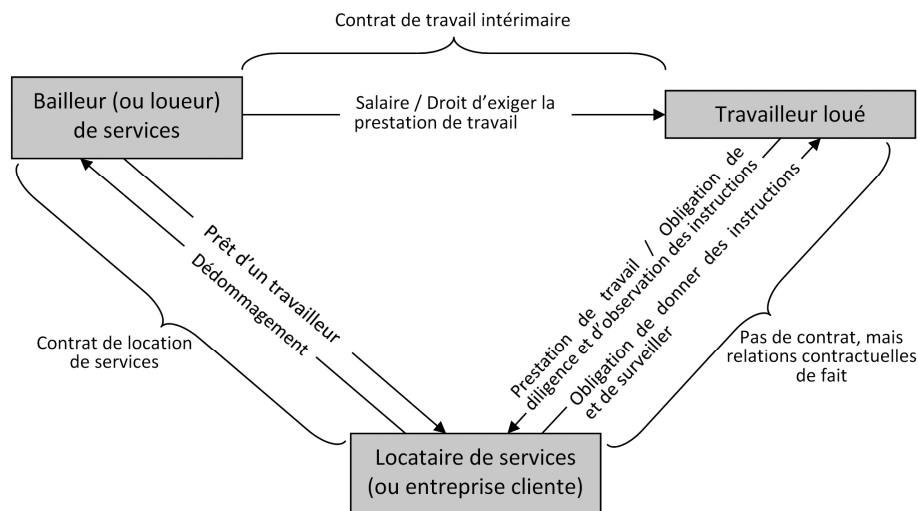
²⁶ VISCHER, Der Arbeitsvertrag, p. 51 ; THÉVENOZ, Le travail intérimaire, n° 358ss.

²⁷ SECO, Directives et commentaires relatifs à la LSE et aux ordonnances, pp. 65ss.

- **obligation d'établir en principe le décompte des heures effectuées** : le bailleur de services facture les heures, semaines ou mois de mission, et non un prix forfaitaire convenu d'avance ;
- **risque commercial de la prestation de travail (mauvaise exécution ou inexécution)** : celui-ci est supporté par l'entreprise de mission (cf. jurisprudence p. 86). La seule responsabilité qu'assume le bailleur de services vis-à-vis de l'entreprise de mission est limitée au choix diligent du personnel délégué (cf. pp. 87, 226 et 231). Le bailleur de services ne garantit aucun résultat contractuel ;
- **dommages causés** : le bailleur de services ne répond en principe pas des dommages que son travailleur est susceptible de causer par négligence ou intentionnellement à l'entreprise de mission ou à des tiers dans le cadre de son activité pour l'entreprise de mission (cf. chapitre sur l'exclusion de la responsabilité du bailleur de services pp. 231ss)²⁸.

E. Les relations entre les parties au rapport de location de services

La location de services se caractérise par des relations triangulaires complexes :



²⁸ SECO, Directives et commentaires relatifs à la LSE et aux ordonnances, pp. 65ss.

Entre le bailleur de services et le locataire de services (entreprise cliente)

Le bailleur de services est lié au locataire de services (l'entreprise cliente) par un contrat de location de services, contrat qui n'est pas régi par des dispositions spéciales du CO, mais principalement par les articles 22 LSE et 50 OSE. Par le contrat de location de services, le bailleur de services s'oblige – contre rémunération – à mettre à disposition du locataire de services un travailleur adéquat pour le travail convenu entre les parties.

L'obligation de conclure un contrat de location de services est valable pour tout bailleur de services, qu'il soit ou non assujéti à l'autorisation au sens de l'article 12 LSE. Ainsi, un contrat de location de services doit être conclu dans tous les cas, à savoir également en cas de mise à disposition occasionnelle de travailleurs²⁹.

Ce contrat **doit être conclu par écrit** (art. 22 al. 1 LSE) et **doit contenir les indications minimales prévues à l'article 22 alinéa 1 lettres a à f LSE**. Sont nulles les clauses qui empêcheraient le loueur de services de conclure un contrat de travail avec le travailleur loué une fois le contrat de location de services terminé (art. 22 al. 2 LSE).

Pour plus de détails sur le contrat de location de services, se référer aux pages 227 et suivantes.

Entre le bailleur de services et le travailleur intérimaire

Le bailleur de services est lié au travailleur loué par un contrat de travail soumis aux articles 319ss CO, ce qui n'est aujourd'hui plus contesté³⁰. Ce contrat est le seul contrat de travail de toutes les relations contractuelles entre les trois parties, et c'est pourquoi les droits et obligations caractéristiques d'un contrat de travail ne s'appliquent en règle générale qu'entre le bailleur de services et le travailleur intérimaire³¹.

La relation présente toutefois certains dangers pour le travailleur, qui fournit sa prestation à l'entreprise cliente, et non à son employeur de droit³². C'est la raison pour laquelle la LSE intervient en tant que *lex specialis* et pose des exigences minimales notamment en matière de forme, de contenu (art. 19 al. 1 à 3 LSE, qui prévoit la forme écrite pour le contrat de travail intérimaire et l'obligation d'y inclure certains points) et de résiliation du contrat (art. 19 al. 4 LSE). À noter que toute clause contractuelle qui mettrait à charge du travailleur une prestation financière préalable ou qui entraverait la liberté d'emploi du travailleur au terme du contrat serait nulle (art. 19 al. 5 LSE). Ainsi, une clause de prohibition de faire concurrence conclue entre le bailleur de services et le travailleur intérimaire n'est pas valable, premièrement en vertu de l'article 19 alinéa 5 lettre b LSE, mais aussi parce que l'entreprise locataire de services n'est pas – dans la très grande majorité des cas – dans une relation de concurrence avec le bailleur de services

²⁹ SECO, Directives et commentaires relatifs à la LSE et aux ordonnances, p. 143.

³⁰ BRÜHWILER, Auswirkungen des Bundesgesetzes, p. 221 ; FLÜTSCH, p. 199 n° 2.3 ; JAR 1984 113 ; JAR 1983 278.

³¹ BÖHRINGER, pp. 369 s.

³² TERCIER/FAVRE, n° 3278.

(art. 340ss CO ; arrêt publié dans JAR 1981 288 et traité p. 102)³³. En revanche, le bailleur de services est autorisé à imposer au travailleur dont il loue les services une clause prohibant la concurrence, dans les limites des articles 340ss CO, à l'égard d'autres clients de son entreprise et de l'entreprise de mission. Il serait donc admissible que le bailleur de services interdise au travailleur de louer ses services dans la même entreprise de mission, par l'intermédiaire d'un autre bailleur de services³⁴.

Pour plus de détails sur la relation entre le bailleur de services et le travailleur intérimaire, se référer aux pages 106 et suivantes.

Entre le locataire de services (entreprise cliente) et le travailleur intérimaire

Le travailleur loué n'est lié au locataire de services par aucun contrat, même si c'est entre eux que se noue la « véritable » relation de travail : le travailleur fournit sa prestation à l'entreprise cliente, et celle-ci assume nombre de droits et d'obligations propres à l'employeur (comme l'instruction, la surveillance ou encore la protection de la personnalité du travailleur). Bien qu'il soit l'employé « de droit » du bailleur de services, le travailleur intérimaire est ainsi subordonné à l'entreprise cliente pendant l'exécution de son travail (on parle de relation quasi contractuelle). La distinction a son importance, notamment en ce qui concerne la responsabilité de l'entreprise cliente (art. 55 et 101 CO). En effet, cette dernière encourt une responsabilité du fait du travailleur mis à sa disposition aux mêmes conditions que pour ses propres salariés, qu'elle affecte à l'exécution de ses contrats³⁵.

C'est donc à l'entreprise cliente que revient le soin de déterminer l'objet du travail, la manière de l'effectuer, le rythme de travail, les moyens à mettre à disposition, ainsi que les outils et l'équipement nécessaires à l'accomplissement du travail. Le bailleur de services n'a pas la faculté matérielle de s'en occuper. Quant au travailleur intérimaire, il n'est obligé d'effectuer que les travaux qui ont été convenus entre le bailleur de services et l'entreprise cliente, et uniquement aux conditions arrêtées par ces derniers³⁶.

L'entreprise cliente ne verse aucun salaire au travailleur intérimaire et n'est, en règle générale, pas habilitée à résilier le contrat de travail existant entre le travailleur qu'elle loue et le bailleur de services. Si l'entreprise cliente n'est pas satisfaite du travailleur loué, elle doit s'adresser au bailleur de services – son cocontractant – et lui réclamer un autre travailleur (voir arrêt 4C_245/2006 traité p. 90)³⁷.

Le bailleur de services peut cependant donner à l'entreprise cliente l'autorisation de résilier le rapport de travail en son nom. Selon le droit de la représentation en effet

³³ STREIFF/VON KAENEL, pp. 96ss n° 21.

³⁴ SECO, Directives et commentaires relatifs à la LSE et aux ordonnances, p. 110 ; pour un exemple, voir TF, arrêt du 06.07.2009, 4A_233/2009.

³⁵ Cour de Justice du canton de Genève, Chambre civile, arrêt du 19.01.2007, JAR 2008 370 ; ATF 83 II 231 (affrètement d'un ballon libre avec son pilote).

³⁶ BÖHRINGER, p. 371.

³⁷ BÖHRINGER, p. 371.

(art. 32ss CO), l'octroi d'une telle procuration est admis, étant donné qu'il ne s'agit pas d'un acte juridique strictement personnel excluant toute représentation (fiançailles, mariage ou encore dispositions pour cause de mort). Si une telle procuration est choisie, le bailleur de services établira en faveur de l'entreprise locataire une **procuration expresse** l'habilitant à résilier le rapport de travail **au nom du bailleur**. Cette procuration peut faire partie intégrante du contrat de location de services. Une telle procuration correspond à ce qui se fait en pratique, à savoir que c'est en règle générale l'entreprise cliente qui résilie le contrat de travail.

Les dispositions de protection contre les licenciements en faveur du travailleur demeurent néanmoins applicables, et le bailleur de services – employeur de droit du travailleur loué – répond des erreurs commises par l'entreprise cliente. Dans ces conditions, **le bailleur de services court un risque**. En effet, si l'entreprise cliente est titulaire d'une procuration et qu'elle licencie, par exemple, un travailleur intérimaire avec effet immédiat, mais que ce licenciement immédiat se révèle par la suite être intervenu de manière injustifiée (art. 337c CO), c'est le bailleur de services qui en supportera les conséquences³⁸.

F. Distinction entre le travail intérimaire proprement dit et improprement dit

En général

La location de services telle qu'elle vient d'être décrite ci-dessus comprend (art. 27 al. 1 OSE) :

- le travail intérimaire proprement dit (travail temporaire)
- le travail intérimaire improprement dit, à savoir
 - la mise à disposition de travailleurs à titre principal (travail en régie)
 - la mise à disposition occasionnelle de travailleurs

Les trois formes de location de services ci-dessus ne doivent pas être confondues, car elles ne sont pas soumises aux mêmes obligations légales. En particulier, le travail temporaire doit être distingué du travail intérimaire improprement dit (travail en régie et mise à disposition occasionnelle de travailleurs)³⁹. En pratique, la distinction est en effet importante. Elle permet notamment de déterminer s'il y a ou non lieu à un versement d'une indemnité de chômage en cas de perte de travail (voir ATF 119 V 46 traité p. 97) ou encore de définir si chaque mission fait partir un nouveau temps d'essai (voir ATF 117 V 248 traité p. 93)⁴⁰.

Un indice essentiel pour différencier les différentes formes de location de services est de déterminer si le contrat de travail a été conclu pour un seul engagement dans une

³⁸ SECO, Directives et commentaires relatifs à la LSE et aux ordonnances, p. 144.

³⁹ TERCIER/FAVRE, n° 3274 ; PORTMANN/STÖCKLI, Schweizerisches Arbeitsrecht, n° 938 ; TC NE, arrêt du 25.10.2007, CCC.2007.56.

⁴⁰ RUBIN, pp. 163ss et 228 s.

entreprise tierce, ou si le contrat de travail prévoit plusieurs engagements dans une ou plusieurs entreprises tierces⁴¹.

Dans la pratique, une question se pose également dans le cas où un travailleur effectue un travail temporaire régulier au point que, mois après mois et missions après missions, l'activité temporaire acquiert un caractère permanent. Il s'agira en effet de savoir s'il convient de requalifier le rapport de travail. Pour cela, il faudra prendre en compte toutes les circonstances, et en premier lieu la représentation commune que les deux parties se font de leurs relations de travail, ainsi que de la durée effective de leur rapport contractuel (voir ATF 119 V 46 traité p. 97)⁴².

Le travail intérimaire proprement dit (travail temporaire)

Selon la définition légale, « *il y a travail temporaire lorsque le but et la durée du contrat de travail conclu entre le bailleur de services et le travailleur sont limités à une seule mission dans une entreprise locataire* » (art. 27 al. 2 OSE).

Le travailleur temporaire conclut avec un bailleur de services un contrat-cadre intégrant une convention générale de services, au travers duquel le travailleur sera appelé à fournir des prestations successives pour diverses entreprises (les entreprises clientes du bailleur de services). Le travailleur est donc engagé dans l'unique but de louer ses services. Entre deux missions, le contrat de travail est rompu et le salaire n'est pas dû. Le travailleur temporaire est dans ce cas libre d'accepter toute nouvelle mission qui lui serait proposée. Le corollaire est qu'il ne peut nullement exiger que du travail lui soit proposé par le bailleur de services⁴³.

Le travail intérimaire improprement dit

Dans le cas du travail intérimaire improprement dit, le travailleur est mis à la disposition de tiers, mais reste fondamentalement lié par un contrat de travail durable à son employeur ; celui-ci est alors tenu de supporter tout risque éventuel d'inactivité (non fautive) du travailleur.

a) La mise à disposition de travailleurs à titre principal (travail en régie)

Selon la définition légale, il y a travail en régie « *lorsque le but du contrat de travail conclu entre l'employeur et le travailleur consiste principalement à louer les services du travailleur à des entreprises locataires, et que la durée du contrat de travail est en principe indépendante des missions effectuées dans les entreprises locataires* » (art. 27 al. 3 OSE).

Cette forme de travail intérimaire se caractérise par le fait que le travailleur est engagé en vue de la location de ses services à diverses entreprises clientes. Cependant et contrairement au travail temporaire, la durée du contrat de travail est en principe

⁴¹ FLÜTSCH, pp. 199 s. n° 2.4 ; GEISER, Haftung bei neuen Arbeitsformen, p. 795 n° 4.3.

⁴² THÉVENOZ, La nouvelle réglementation, p. 12.

⁴³ THÉVENOZ, La nouvelle réglementation, p. 11 ; VISCHER, Der Arbeitsvertrag, p. 52 ; TC NE, arrêt du 25.10.2007, CCC.2007.56.

indépendante des missions effectuées dans les entreprises clientes, et le travailleur dispose généralement d'un contrat de travail de durée indéterminée avec le bailleur de services, contrat qui n'est pas interrompu dans l'attente d'un nouveau contrat de mission dans une entreprise cliente. Le travailleur a ainsi droit à un travail, l'employeur assumant dès lors fondamentalement le risque de ne pas avoir de mission à lui confier. Si les missions manquent, l'employeur se trouve en demeure et reste tenu de payer le salaire (art. 324 CO). Le droit du travailleur à un travail implique pour lui, en contrepartie, le devoir d'accepter les missions qui lui sont assignées⁴⁴.

En matière de travail en régie, le Tribunal fédéral a formellement refusé d'accorder des indemnités de chômage à des travailleurs pour la période de vacances entre deux missions, considérant que dans le cas d'un contrat de travail d'une durée indéterminée et indépendante des missions ponctuelles, l'employeur est manifestement tenu de payer le salaire entre deux missions. À cet effet, voir l'ATF 119 V 46 traité dès page 97.

b) La mise à disposition occasionnelle de travailleurs

Selon la définition légale, il y a mise à disposition occasionnelle de travailleurs « *lorsque le but du contrat de travail conclu entre l'employeur et le travailleur consiste à placer le travailleur principalement sous les ordres de l'employeur, que les services du travailleur ne sont loués qu'exceptionnellement à une entreprise locataire et que la durée du contrat de travail est indépendante d'éventuelles missions effectuées dans des entreprises locataires* » (art. 27 al. 4 OSE).

Il est donc aussi possible à un employeur de louer son personnel de manière exceptionnelle. Par exemple, un entrepreneur met à la disposition d'un autre quelques ouvriers pour une certaine durée, ou « loue » un engin avec l'ouvrier chargé de l'actionner. Cette forme de travail intérimaire n'entre pas dans les prestations régulièrement offertes par l'employeur, mais sert plutôt à venir en aide à l'entreprise de mission en période de pointe, ou à occuper les propres travailleurs de l'entreprise cédante en période creuse. Le rapport de travail est ainsi fondamentalement le même que dans un engagement normal, mise à part la location ponctuelle et exceptionnelle du travailleur à une autre entreprise⁴⁵.

Au sens de l'article 333 alinéa 4 CO, l'employeur ne peut toutefois transférer les droits découlant des rapports de travail à un tiers que s'il en a été convenu ainsi avec le travailleur concerné, ou qu'une telle convention résulte des circonstances⁴⁶.

Il convient finalement d'ajouter que **la mise à disposition occasionnelle de travailleurs n'est pas soumise à autorisation** (art. 28 OSE). En effet, la location de services n'est soumise à autorisation que sous la forme du travail temporaire et de la mise à disposition de travailleurs à titre principal (travail en régie).

⁴⁴ RUBIN, pp. 163ss ; SECO, Directives et commentaires relatifs à la LSE et aux ordonnances, pp. 68 et 92 s.

⁴⁵ SECO, Directives et commentaires relatifs à la LSE et aux ordonnances, pp. 67 et 143.

⁴⁶ FLÜTSCH, pp. 199 s. n° 2.4 ; GEISER, Haftung bei neuen Arbeitsformen, p. 795 n° 4.3.

G. Distinction entre la location de services et d'autres modes d'organisation du travail

De la location de services, il convient de distinguer d'autres modes d'organisation du travail, modes auxquels la LSE n'est pas applicable. Les différentes formes ci-dessous sont par exemple fréquentes sur les chantiers de construction⁴⁷ :

Le travail à temps partiel

La location de services doit premièrement être distinguée du travail à temps partiel, même si ces deux formes d'organisation du temps de travail ont une origine commune⁴⁸. En effet, alors que la location de services est une relation de travail triangulaire (voir schéma ci-dessus) qui est principalement régie par la LSE, le travail à temps partiel est une relation ordinaire de travail, par laquelle le travailleur s'engage à travailler régulièrement au service de l'employeur par heures, demi-journées ou journées (art. 319 al. 2 CO).

La sous-traitance

Le sous-traitant n'est pas un bailleur de services⁴⁹. Premièrement en effet, le sous-traitant est la personne qui dirige le travail, qui le surveille et qui donne des instructions à ses éventuels employés, ce qui n'est pas le cas du bailleur de services⁵⁰. En second lieu et contrairement au bailleur de services, le sous-traitant ne se contente pas de mettre du personnel à la disposition de l'entrepreneur principal, mais il s'oblige à produire un ouvrage sous sa propre responsabilité en vertu d'un (sous-) contrat d'entreprise (art. 363ss CO). Il promet un résultat, l'ouvrage, et non simplement la disponibilité d'une main-d'œuvre. Pour l'exécuter, il exerce son pouvoir de direction sur ses propres salariés, qui lui restent subordonnés. L'existence éventuelle de directives générales (par ex. comportement sur le chantier) émises par l'entrepreneur principal à l'égard de tout le personnel opérant sur un chantier ne signifie pas que le sous-traitant abandonne son pouvoir de direction à l'égard de ses propres travailleurs⁵¹.

⁴⁷ THÉVENOZ, La location de services dans le bâtiment, pp. 69 s. ; SECO, Directives et commentaires relatifs à la LSE et aux ordonnances, pp. 61ss.

⁴⁸ REHBINDER, Teilzeit- und Temporärarbeit.

⁴⁹ THÉVENOZ, La location de services dans le bâtiment, pp. 69 s. et les références citées par cet auteur : sur la notion de sous-traitant, cf. GAUCH, n° 121 à 154 ; sur la distinction d'avec la location de services, cf. THÉVENOZ, Le travail intérimaire, n° 22 s.

⁵⁰ AUBERT, L'usage en droit du travail, p. 102 ; SECO, Directives et commentaires relatifs à la LSE et aux ordonnances, pp. 62ss.

⁵¹ THÉVENOZ, La location de services dans le bâtiment, pp. 69 s. et les références citées par cet auteur : cf. critère de l'art. 26 OSE, ainsi que l'ATF 114 V 336, reproduit dans JAR 1989 259.

Les contrats de montage

Le contrat de montage est celui par lequel une partie s'oblige à assurer l'assemblage, l'installation, le raccordement ou la mise en service d'un équipement particulier, par exemple d'une grue⁵². Il peut ressortir au droit du mandat (art. 394ss CO), mais doit le plus souvent être qualifié de contrat d'entreprise (art. 363ss CO), car le débiteur de l'obligation de montage s'oblige généralement à produire un résultat, quand bien même il ne fournirait pas les matériaux (cf. art. 365 al. 1 CO). Il se distingue de la location de services en ce que le monteur, qui est un salarié du débiteur de l'obligation de montage, accomplit son travail sous la responsabilité, les instructions et la surveillance de son employeur, et non sous celles de l'entrepreneur auprès duquel il exécute son travail. L'entrepreneur ne peut donner que des directives au monteur, par exemple des consignes de sécurité⁵³. Concernant la distinction entre le contrat de montage et la location de services, voir la décision 2A_425/2006 dès page 19.

Certains groupes de travail

On rencontre sur certains chantiers des groupes de travail qui travaillent à la tâche et présentent un certain caractère d'indépendance à l'égard de l'entrepreneur qui leur confie certaines tâches⁵⁴. Suivant les circonstances, il peut s'agir d'une véritable sous-traitance⁵⁵. En pratique cependant, les rapports entre l'entrepreneur et les membres du groupe consacrent souvent une subordination caractéristique du contrat de travail⁵⁶, quand bien même ces salariés ne sont pas rémunérés au temps, mais à la tâche (cf. art. 326 al. 1 CO), et sont employés pour une durée déterminée par celle-ci (art. 334 CO), et non au temps⁵⁷.

Le consortium d'entreprises

Le consortium d'entreprises entraîne souvent une collaboration des ouvriers des membres aux mêmes tâches et donc à certains transferts partiels et momentanés des rapports de subordination. La cause de ce transfert ne réside toutefois pas dans la location de son personnel par l'un à l'autre membre, mais d'un contrat de société

⁵² THÉVENOZ, La location de services dans le bâtiment, pp. 69 s. et les références citées par cet auteur : par ex. ATF 111 II 170 ; 92 II 234, JdT 1967 I 241 ; GAUCH, n° 118 ; THÉVENOZ, Le travail intérimaire, n° 295ss.

⁵³ GEISER, Haftung bei neuen Arbeitsformen, p. 795 n° 4.2.

⁵⁴ THÉVENOZ, La location de services dans le bâtiment, pp. 69 s. et la référence citée par cet auteur : THÉVENOZ, Le travail intérimaire, n° 264ss.

⁵⁵ THÉVENOZ, La location de services dans le bâtiment, pp. 69 s. et la référence citée par cet auteur : GAUCH, n° 123, relève l'ambiguïté du mot « Unterakkordant », qui peut non seulement faire allusion au sous-traitant (Subunternehmer), mais aussi au tâcheron, c'est-à-dire au travailleur à la pièce (Akkordarbeiter).

⁵⁶ THÉVENOZ, La location de services dans le bâtiment, pp. 69 s. et les références citées par cet auteur : ATF 112 IV 4 (« groupe de montage indépendant » exécutant des travaux de toiture) ; ATF 95 II 623, JdT 1971 I 433 (maçonnerie) ; RDTAC 1986 40 (montage de cuisines) ; cf. également art. 8 al. 2 let. b OACI.

⁵⁷ THÉVENOZ, La location de services dans le bâtiment, pp. 69 s.

simple⁵⁸ par lequel les entreprises mettent notamment en commun des ressources humaines⁵⁹.

La location de matériel avec son personnel

La location de matériel avec son personnel⁶⁰ combine un bail à loyer ayant pour objet une ou plusieurs choses mobilières (art. 253ss CO) avec une location de services. Il en résulte un contrat mixte⁶¹.

H. Quelques statistiques⁶²

Remarque préalable

Pour la plupart des données, les chiffres 2009 n'étaient pas encore disponibles au moment de la finalisation du présent ouvrage. Quelques indices très récents sont cependant disponibles sur Internet⁶³.

Agences de location de services agréés enregistrées au SECO, en décembre 2008

- location de services uniquement : 1'002 agences ;
- placement et location de services : 1'300 agences ;
- tous types de placements et de locations de services confondus : 4'641 agences ;
- les trois cantons comptant le plus d'agences de location de services uniquement : Zurich (313), Berne (103) et Genève (77) ;
- les trois cantons suisses romands comptant le plus d'agences de location de services uniquement : Genève (77), Vaud (57) et Valais (15) ;
- les trois cantons comptant le plus d'agences exerçant le placement et la location de services : Zurich (254), Vaud (129) et Berne (122) ;

⁵⁸ THÉVENOZ, La location de services dans le bâtiment, pp. 69 s. et les références citées par cet auteur : sur le consortium en général : GAUCH, n° 204ss ; sur une exception à la qualification du contrat de consortium comme société simple, *ibid.* : n° 214.

⁵⁹ THÉVENOZ, La location de services dans le bâtiment, pp. 69 s.

⁶⁰ THÉVENOZ, La location de services dans le bâtiment, pp. 69 s. et les références citées par cet auteur : par ex. ATF 98 II 288, JdT 1973 I 639 ; 91 II 291, JdT 1966 I 180 (location d'une pelle mécanique avec son conducteur) ; ATF 50 II 469, JdT 1925 I 53 (location d'une voiture avec chauffeur) ; ATF 41 II 494, JdT 1916 I 6 ; SJ 1955 353 (location d'un camion avec chauffeur).

⁶¹ THÉVENOZ, La location de services dans le bâtiment, pp. 69 s.

⁶² SECO, Loi sur le service de l'emploi : Répertoire des entreprises de placement et de location de services titulaires d'une autorisation, évaluations statistiques, cf. site Internet : [www.avg-seco.admin.ch], dernière vérification de l'adresse fin janvier 2010 ; Évolution du travail intérimaire en Suisse romande, version actualisée 2008, Observatoire Romand et Tessinois de l'Emploi, cf. site Internet : [www.ge.ch/oce/doc/orte_2008_interiminaire.pdf], dernière vérification de l'adresse fin janvier 2010 ; Le travail temporaire en Suisse : motifs et perspectives sur le marché de l'emploi, cf. site Internet : [www.seco.admin.ch/dokumentation/publikation/01353/02324/02398/index.html?lang=fr], dernière vérification de l'adresse fin janvier 2010.

⁶³ Cf. site Internet : [www.realisator.ch/index.php?s=5], dernière vérification de l'adresse fin janvier 2010.

- les trois cantons suisses romands comptant le plus d'agences exerçant le placement et la location de services : Vaud (129), Genève (111) et Valais (45) ;
- les trois cantons comptant le plus d'agences, tous types de placements et de locations de services confondus : Zurich (1'407), Berne (418) et Genève (347) ;
- les trois cantons suisses romands comptant le plus d'agences, tous types de placements et de locations de services confondus : Genève (418), Vaud (333) et Valais (78).

Nombre de personnes engagées, selon les chiffres annoncés au SECO, par des entreprises de travail temporaire à des fins de location de services, en décembre 2008

- 287'258 personnes engagées, dont 56.8 % d'étrangers et 26.4 % de femmes ;
- les trois cantons comptant le plus de personnes engagées : Zurich (68'150), Vaud (30'970) et Genève (27'759) ;
- les trois cantons suisses romands comptant le plus de personnes engagées : Vaud (30'970), Genève (27'759) et Valais (9'063).

Nombre d'heures de travail, selon chiffres annoncés au SECO, accomplies dans des entreprises de travail temporaire sur la base de contrats de location de services, en décembre 2008

- 149'310'935 heures ;
- les trois cantons comptant le plus d'heures de travail : Zurich (41'037'505), Genève (13'600'974) et Vaud (13'343'362) ;
- les trois cantons suisses romands comptant le plus d'heures de travail : Genève (13'600'974), Vaud (13'343'362) et Valais (5'013'638).

Progression en pour cent

- entre 2007 et 2008, le nombre d'intérimaires a augmenté de 7.7 % en Suisse ;
- entre 2007 et 2008, les heures louées ont progressé d'un peu moins de 2 % au niveau Suisse.

Divers

- en 2006 en Suisse, le travail intérimaire représentait environ 2.2 % de l'emploi total (selon une estimation de l'Observatoire Romand et Tessinois de l'Emploi, cela correspond à environ 68'000 postes de travail en équivalent plein temps). Cette proportion était de 1.6 % en 2004 et de 0.5 % en 1993 ;
- en 2007, sur 66'193 travailleurs européens ayant pris un emploi pour moins de 90 jours en Suisse, 23'107 étaient sous contrat avec une agence de location de services, soit 35 %. Cette proportion était de 34 % en 2006 ;
- un bon quart des travailleurs intérimaires sont sans formation professionnelle, deux tiers d'entre eux ont achevé leur apprentissage ou disposent d'une

formation supérieure, environ 10 % sont titulaires d'un diplôme universitaire (ou d'une haute école) ;

- la majorité des travailleurs intérimaires se trouve dans l'industrie du bâtiment ou manufacturière. Le secteur des services les emploie principalement dans les branches du commerce, de la communication, de l'informatique et du tourisme ;
- la moitié des travailleurs temporaires exercent une profession en tant que personnel qualifié. Une partie importante d'entre eux sont occupés en qualité d'auxiliaires, tandis que 2 % des travailleurs intérimaires exercent des activités dirigeantes ou d'un niveau académique ;
- 70 % des travailleurs intérimaires sont à la recherche d'un emploi régulier après leur mission intérimaire. Parmi eux, 50 % environ le trouvent dans un délai d'une année, 10 % changent d'activité professionnelle (emploi à durée déterminée ou activité en qualité d'indépendant) au bout d'un an, 15 % restent intérimaires, 20 % se retrouvent au chômage et quelque 5 % se retirent du marché du travail (en formation ou perfectionnement, homme ou femme au foyer, retraité).

II. **Jurisprudence**

A. **Force dérogatoire du droit fédéral / Non-application de l'ancienne loi aux entreprises de travail temporaire / Compétence des cantons avant l'entrée en vigueur de la LSE ; ATF 109 Ia 61, SJ 1983 465**

En 1983, le législateur fédéral n'avait pas réglementé l'activité des entreprises de travail temporaire, ni dans le sens positif, ni dans le sens négatif. En effet, il n'avait pas songé à soumettre cette activité aux dispositions de la LSE applicables aux bureaux privés de placement et il n'avait pas non plus exclu toute réglementation cantonale. L'article 34^{ter} de l'ancienne Constitution fédérale de la Confédération suisse du 29 mai 1874 ne donnait d'ailleurs pas à la Confédération une compétence exclusive, mais seulement le droit de légiférer, de sorte que les cantons ont conservé leur compétence législative au moins dans les domaines où le législateur fédéral n'est pas intervenu.

Par conséquent, une loi cantonale pouvait à l'époque restreindre la liberté du commerce et de l'industrie dont jouissaient les entreprises de travail temporaire par des mesures de police justifiées par l'intérêt public, notamment en les soumettant à la surveillance d'une autorité.

Dans le cas d'espèce, le Tribunal fédéral a jugé qu'en définissant clairement les notions d'entreprise de travail temporaire et de bureau de sélection de personnel, et en les soumettant aux dispositions applicables aux bureaux privés de placement – sans les assimiler ni les confondre avec ces bureaux –, la loi genevoise du 19 décembre 1980 n'empiétait pas sur des prérogatives réservées exclusivement à la Confédération, ou que le législateur fédéral aurait exercées de façon exhaustive.

B. Compétence des cantons en matière de location de services après l'entrée en vigueur de la LSE en 1989 / Exhaustivité de la réglementation fédérale ? ; ATF 120 Ia 89

Dans les domaines régis par le droit civil fédéral, les cantons conservent la compétence d'édicter des règles de droit public en vertu de l'article 6 du Code civil suisse du 10 décembre 1907 (ci-après : CC)⁶⁴. Cependant, selon la jurisprudence, ils ne peuvent le faire dans une matière déterminée que si les trois conditions suivantes sont remplies :

- le législateur fédéral n'a pas entendu réglementer la matière de façon exhaustive ;
- les règles cantonales sont motivées par un intérêt public pertinent ;
- lesdites règles n'éluent pas le droit civil fédéral, ni n'en contredisent le sens ou l'esprit.

Il convient donc d'examiner dans chaque cas si le législateur fédéral a voulu réglementer complètement et exclusivement la matière en cause.

La législation actuelle réglemente la location de services de manière très complète ; elle lui consacre même douze articles (art. 12 à 23 LSE), sans compter les dispositions générales relatives aux autorités, aux voies de recours et aux dispositions pénales (chap. 6 à 8 LSE). Elle impose en particulier aux bailleurs de services :

- un régime d'autorisation obligatoire (art. 12ss LSE),
- l'astreinte à fournir des sûretés (art. 14 LSE), et
- la soumission à une obligation de renseigner (art. 17 LSE).

La publication d'offres d'emploi (art. 18 LSE), la forme et le contenu du contrat de travail conclu entre le bailleur de services et le travailleur (art. 19 LSE), ainsi que ceux du contrat de location de services entre le bailleur et l'entreprise locataire (art. 22 LSE), sont réglementés strictement.

Sous l'empire de la loi fédérale du 22 juin 1951, le législateur fédéral n'avait pas usé de ses compétences dans le domaine de la location de services. Selon le Tribunal fédéral et parlant spécifiquement de l'article 20 LSE, ce n'est plus le cas avec la loi fédérale du 6 octobre 1989 : le législateur fédéral a réglementé exhaustivement la matière après de longs débats.

En l'espèce, il a ainsi été jugé que l'article 20 LSE, qui a un caractère exclusif, ne laisse aucune place pour une réglementation cantonale divergente. Il est au surplus sans importance que la législation fédérale ne contienne pas de clause abrogeant expressément des dispositions contraires de droit cantonal, ces dernières étant nulles de plein droit dans la mesure où elles dérogent au droit fédéral.

⁶⁴ RS 210.

En revanche, la Haute Cour ne s'est pas prononcée sur les autres dispositions de la LSE. Cependant, elle cite le Message du Conseil fédéral⁶⁵, qui précise que certaines prescriptions cantonales concernant le service de l'emploi restent réservées, à condition qu'elles soient conformes à l'objectif de la loi (par ex. déclaration obligatoire des places vacantes). En revanche, la réglementation de police du commerce en matière de placement privé et de location de services est définitive (dans la version allemande : « abschliessend ») ; il en va de même des dispositions sur la protection des travailleurs dans les opérations de placement et de location de services.

⇒ Voir également p. 147

C. Qualification du contrat / Distinction entre le contrat de travail temporaire et le contrat de mandat ; TF, arrêt du 19.01.2004, 4C_360/2004

Dans cette affaire, il a été jugé que dans la mesure où le « travailleur » n'a pas cherché à obtenir un emploi auprès de « l'employeur » pendant la durée des relations contractuelles – employeur qui ne lui en a d'ailleurs pas proposé, mais qui se contentait de lui donner ou de se voir proposer des mandats de transport –, on ne pouvait parler de location de services.

De plus, même si on partait du principe que les relations de travail étaient quasi contractuelles, on ne pourrait considérer cela comme de la location de services. En effet, « l'employeur » n'avait pas le pouvoir de donner des directives « au travailleur », mais ne pouvait que le mandater d'effectuer tel ou tel mandat de transport, mandat que le « travailleur » était d'ailleurs libre d'accepter ou de refuser.

Par conséquent, la LSE n'est pas applicable.

D. Qualification du contrat / Distinction entre le contrat de location de services et le contrat d'entreprise ou de montage / Responsabilité du bailleur de services ; TF, arrêt du 30.04.2007, 2A_425/2006

Une société X demande au Tribunal fédéral de constater que ses activités ne constituent pas de la location de services au sens de la LSE. Elle invoque plusieurs violations de l'article 12 alinéa 1 LSE, en relation avec les articles 26 et 29 OSE.

Dans son Message du 27 novembre 1985 concernant la révision de la LSE⁶⁶, le Conseil fédéral apportait les précisions suivantes au sujet de la notion de location de services : « La caractéristique principale de cette dernière est la cession à des fins lucratives, c'est-à-dire régulière et contre rémunération, de travailleurs à d'autres employeurs [...]. Il faut cependant distinguer le contrat de location de services du contrat d'entreprise ou de montage. La cession à l'entreprise locataire de services du droit de donner des

⁶⁵ FF 1985 III 607.

⁶⁶ FF 1985 III 581.

instructions aux travailleurs engagés est une caractéristique de la location de services. Au contraire, l'entreprise de louage d'ouvrage ou l'entreprise de montage s'engage auprès du donneur d'ouvrage à produire quelque chose. Elle équipe les travailleurs et garde le droit de donner des instructions ; le donneur d'ouvrage reste passif. Étant donné qu'il faut s'attendre à des tentatives de détourner la loi par le biais de « pseudo contrats de louage » et de « contrats de montage », la définition du 1^{er} alinéa est intentionnellement large ; elle implique que la loi est également applicable aux entreprises dont les travailleurs, sur la base de contrats d'entreprise ou de montage ou d'autres formes analogues, exécutent des travaux pour des tiers qui s'en chargent habituellement eux-mêmes, c'est-à-dire qui sont spécifiques à la branche (par ex. travaux de construction dans le cas d'une entreprise de construction) ».

Dans ses directives et commentaires relatifs à la LSE et à l'OSE, le SECO relève que la distinction entre les contrats de mise à disposition de travailleurs et ceux qui visent l'offre d'une prestation de nature différente à effectuer auprès d'un tiers n'est pas aisée et qu'à cet égard, le nom que les parties donnent au contrat n'est pas déterminant ; la distinction doit se faire dans chaque cas d'espèce, en s'appuyant sur le contenu du contrat, la description du poste et la situation du travail concrète dans l'entreprise locataire⁶⁷.

Dans le cas d'espèce, la dernière instance cantonale n'a évoqué ni la simulation, ni la fraude à la loi de la part des parties signataires des deux contrats litigieux et n'a guère développé les motifs pour lesquels ces contrats, qualifiés initialement de mandats (fourniture d'un service) ou de contrats d'entreprise (réalisation d'un ouvrage) devaient, en fin de compte, être considérés comme des contrats de location de services. Il convient donc d'analyser les relations juridiques nouées par la société X avec les deux entreprises clientes (Y et Z), tant au regard du contenu des contrats signés que des modalités d'exécution de ceux-ci, telles qu'elles peuvent ressortir des déclarations et témoignages produits.

Premièrement, il découle des éléments retenus que la société X ne s'est pas limitée à offrir à l'entreprise Y une simple location de services. Elle a au contraire mis à sa disposition des compétences particulières dont sa cliente ne disposait pas à l'interne. Elle n'a pas seulement fourni des forces de travail dont la cliente Y serait momentanément privée, mais a apporté une plus-value dans un but bien défini ; dans ce sens, elle a assumé une obligation de résultat et pas seulement de moyens. Le fait que le chef de projet était un employé de l'entreprise cliente Y, qui a pu être amené à donner des instructions et à exercer une certaine surveillance, n'est pas de nature à conférer aux prestations offertes par la société X les caractéristiques d'une location de services. En outre, les conditions générales attachées aux commandes de l'entreprise cliente Y prévoient que la société X fournit une garantie de ses prestations, en sa qualité de spécialiste. L'entreprise cliente Y a d'ailleurs relevé qu'elle exigeait une telle garantie de la part des intervenants extérieurs. Les prestations offertes par la société X à l'entreprise cliente Y ne relèvent donc pas de la location de services.

⁶⁷ SECO, Directives et commentaires relatifs à la LSE et aux ordonnances, pp. 65ss.

Secondement, la dernière instance cantonale a considéré que la société X avait également pratiqué la location de services dans ses relations contractuelles avec l'entreprise Z.

Dans un premier contrat, la société X s'est engagée à fournir des prestations de soutien et de conseil en relation avec l'adaptation d'un module de gestion des ressources humaines pour les systèmes existants au quartier général de l'entreprise Z. En sa qualité de consultant indépendant, la société X assumait seule la responsabilité de son personnel et devait remédier au plus vite à tout problème qui pourrait survenir en relation avec le travail de ce dernier ; elle s'engageait ainsi à fournir, pour une durée limitée, deux employés compétents pour les services requis par l'entreprise Z. Ces contrats obligeaient la société X à fournir, selon les spécifications fournies par l'entreprise Z, des services en matière de développement et/ou entretien des systèmes en ressources humaines SAP, de conseil et d'assistance, de développement des fonctions, de coordination et de formation. Ils contenaient une clause selon laquelle la société X s'engageait à remettre périodiquement à l'entreprise Z des rapports sur l'état d'avancement de ses travaux dans une forme agréée par celle-ci. Les quatre contrats conclus avec l'entreprise Z prévoyaient également l'obligation pour la société X d'indemniser sa cliente des dommages que ses employés pourraient occasionner dans l'exercice de leur activité professionnelle, notamment en cas de perte de données.

L'examen des contrats en cause laisse donc apparaître que la société X a offert des prestations de pointe en matière informatique, incluant non seulement du conseil et de l'assistance, mais également des activités de développement, de coordination et de formation. L'étendue et la spécificité de ces activités justifient probablement le tarif élevé qui a été convenu. Les prestations de la société X étaient par ailleurs fournies dans un but bien défini, arrêté d'entente avec l'entreprise Z, et selon un programme préétabli dont la société X devait rendre compte. Il ressort également des documents en question que l'entreprise Z s'est réservé la faculté de donner des instructions quant au déroulement des opérations et de garder la maîtrise du projet. En matière de responsabilité, la société X a pris des engagements d'indemnisation en cas de dommages causés par ses collaborateurs. L'entreprise Z gardait ainsi la haute main sur l'opérateur et sur son système SAP, tout en considérant la société X comme la prestataire de services dont elle est seule responsable.

Les déclarations de différents témoins, prises isolément, sont de nature à établir l'existence de relations juridiques relevant ou s'approchant de la location de services. En effet, la mise à disposition de personnel placé sous la seule responsabilité du locataire de services, en dehors de tout contrôle d'un bailleur tenu à une simple obligation de moyens, est caractéristique de ce type de prestations.

La situation doit cependant être appréciée au regard de l'ensemble des relations contractuelles établies. La perception que les clients de la société X peuvent avoir de la nature des prestations offertes et de leur qualification juridique peut en effet se révéler quelque peu réductrice. Quoi qu'il en soit, il est établi que la société X a été associée dès le départ à un projet pour lequel elle devait fournir des prestations prédéfinies. Il était notamment prévu que la société X rende régulièrement compte de l'état d'avancement

de sa mission. Elle a d'ailleurs organisé, à intervalles réguliers, des rencontres réunissant ses intervenants dans le projet de l'entreprise Z, dans le souci de s'assurer de la bonne exécution des services promis. Les obligations assumées par la société X dépassaient donc celles qu'instaure une simple location de services. Dans ces conditions, on ne saurait admettre que la société X n'était tenue à aucune obligation de résultat et qu'elle avait abandonné le contrôle de ses collaborateurs.

Il n'est pas contesté que les employés de la société X travaillaient sous la direction d'un chef de projet interne, qui leur donnait les instructions générales nécessaires à l'exécution de leur mission. Cette circonstance, caractéristique de l'entreprise Z de conserver la maîtrise du projet initié, ne suffit cependant pas à qualifier les prestations de la société X de location de services, pas plus que l'obligation faite aux employés de la société X de respecter les méthodes de travail et les procédures de l'entreprise. De telles modalités d'exécution ne sont pas propres à la location de services, mais se retrouvent aussi dans les contrats d'entreprise ou de mandat.

Il faut voir également dans la responsabilité encourue par la société X un indice excluant la simple location de services. La responsabilité du bailleur de services est en effet limitée au choix diligent du personnel délégué ; en s'engageant contractuellement à réparer tout dommage causé par ses employés, notamment en cas de perte de données, la société X a assumé une responsabilité plus étendue. De la même manière, les dispositions prises par la société X pour remédier à ses frais aux conséquences de l'incapacité de travail dont un de ses collaborateurs a été victime pendant sa mission ne peuvent s'expliquer que par le souci de la société X de répondre à une obligation de résultat, préoccupation généralement étrangère à la simple mise à disposition de forces de travail.

Il faut par conséquent admettre qu'au vu de l'ensemble des circonstances, les prestations offertes par la société X ont dépassé celles offertes par un bailleur de services et que les relations contractuelles établies avec l'entreprise Z ne justifient pas l'assujettissement de la société X à la LSE.

⇒ Voir également p. 231

E. **Qualification du contrat / Distinction entre le contrat de location de services et le contrat de mandat / Responsabilité du bailleur de services / Choix diligent du travailleur temporaire / Relations quasi contractuelles ; Cour de Justice du canton de Genève, Chambre civile, arrêt du 19.01.2007, JAR 2008 370**

Le contrat de location de services est un contrat *sui generis*, proche du mandat, par lequel une agence de travail intérimaire bailleuse de services s'engage, moyennant rémunération, à mettre à disposition de l'entreprise utilisatrice, locataire de services, un travailleur pendant une certaine durée ou pour une certaine mission, et à abandonner à celle-ci l'essentiel de ses pouvoirs de direction à l'égard du travailleur.

La loi ne donne pas plus de précisions quant aux droits et devoirs réciproques des parties. Elle ne définit pas, en particulier, l'étendue exacte des obligations de l'agence de travail intérimaire vis-à-vis de l'entreprise utilisatrice, ni le régime de la responsabilité pour des carences ou actes illicites du travailleur mis à disposition. À défaut de réglementation contractuelle, il y a lieu de tenir compte de la jurisprudence et de la doctrine, ainsi que des usages de la branche considérée (art. 1 CC)⁶⁸.

En résumé, l'agence de travail intérimaire assume l'obligation de choisir l'intérimaire avec diligence. Elle promet au client la prestation d'un travailleur et non pas une prestation de travail ; elle assume une obligation de moyens, non pas une obligation de résultat. Elle peut en principe se borner à vérifier les qualifications professionnelles du candidat proposé au client et n'est pas tenue de vérifications particulières sur les antécédents du salarié, sauf si celui-ci est appelé à occuper un poste de confiance. Elle doit notamment tenir compte des conditions particulières du travail à effectuer qui lui sont connues et s'assurer de la qualification générale du salarié pour le travail prévu. D'une façon générale, l'agence n'assume pas une obligation de sélection aussi poussée qu'en matière de placement privé.

Toutefois, l'obligation de diligence dans le choix de l'intérimaire est clairement violée s'il s'avère que l'agence de travail temporaire l'a proposé au client en dépit d'antécédents professionnels négatifs, voire pénaux, qui lui étaient connus, et que, du fait même de ces antécédents, les agissements de ce salarié chez le client étaient prévisibles. D'une façon générale, l'agence de travail intérimaire – à l'instar de tout mandataire – est tenue d'informer son client de toutes les circonstances propres à empêcher la réalisation du but recherché.

Le travailleur mis à disposition n'étant pas un auxiliaire de l'agence de travail intérimaire (art. 101 CO), ni son subordonné, mais celui du client, dans l'exécution des tâches assignées (art. 321d CO), l'agence de travail intérimaire ne répond pas, vis-à-vis du client (ni vis-à-vis des clients du client) de la mauvaise exécution du travail ou encore d'éventuels actes illicites de ce dernier. Cependant, entre l'entreprise utilisatrice et le travailleur intérimaire se crée une relation quasi contractuelle qui comporte, du fait de la subordination de l'intérimaire aux directives de l'entreprise, des éléments analogues à des rapports de travail. Ceci concerne en particulier sa responsabilité. Si l'entreprise utilisatrice a été lésée du fait d'une mauvaise exécution, d'un délit ou de tout autre fait de l'intérimaire, elle doit s'en prendre à ce dernier, et elle peut se prévaloir de l'art. 321e CO, applicable par analogie.

⇒ Voir également p. 231

⁶⁸ En lieu et place de nombreuses citations, cf. JAR 2008 370 ainsi que la doctrine et la jurisprudence citées à cet endroit.

F. Distinction entre le travail temporaire, le travail en régie et la mise à disposition occasionnelle de travailleurs ; TF, arrêt du 07.12.2004, 4C_356/2004

L'article 27 OSE distingue trois formes de location de services : le travail temporaire, le travail en régie et la mise à disposition occasionnelle de travailleurs. En cas de travail temporaire, le bailleur de services ne conclut pas, dans un premier temps, de véritable contrat de travail avec son employé, mais un contrat-cadre, soit une convention générale de services permettant d'obtenir l'adhésion du travailleur à ses conditions de travail. Il lui propose ensuite un contrat pour accomplir une mission dans une entreprise tierce. Si le travailleur accepte la mission offerte, alors il conclut un contrat de travail effectif avec l'agence de placement⁶⁹.

⁶⁹ REHBINDER/PORTMANN, p. 1671 n° 25 ; THÉVENOZ, Le travail intérimaire, n° 643 ; FAVRE/MUNOZ/TOBLER, p. 12 n° 2.6.

CHAPITRE 1 LSE

BUT

Article 1 LSE

I. Dispositions légales

Art. 1 LSE

La présente loi vise à :

- a. régir le placement privé de personnel et la location de services ;
- b. assurer un service public de l'emploi qui contribue à créer et à maintenir un marché du travail équilibré ;
- c. protéger les travailleurs qui recourent au placement privé, au service public de l'emploi ou à la location de services.

⇒ *Pas de modifications de fond par rapport au projet de loi.*

II. Travaux législatifs

A. Projet du 27 novembre 1985 (FF 1985 III 618)

Art. 1 LSE

La présente loi a pour but :

- a. De régir le placement privé de personnel et la location de services ;
- b. D'assurer un service public de l'emploi efficace qui contribue à créer et à maintenir un marché du travail équilibré ;
- c. De protéger les travailleurs qui recourent au placement public ou privé ou à la location de services.

B. Message du 27 novembre 1985 (FF 1985 III 566)

« Le but du projet est de réglementer le placement dans le domaine public et dans le domaine privé. La réglementation embrasse toutes les institutions et personnes qui s'occupent de placement dans le sens le plus large du terme. Il s'agit :

- *du placement privé (art. 2 à 11) ;*
- *de la location de services (art. 12 à 23) ;*
- *du service public de placement (art. 24 à 29).*

Le placement privé et la location de services doivent être intégrés dans le cadre de la politique suisse de l'emploi ; les abus existants doivent être éliminés (let. a).

La deuxième disposition (let. b) détermine l'organisation et les tâches prescrites par la Convention de l'OIT n° 88 sur l'organisation du marché de l'emploi⁷⁰. Conformément à la terminologie usuelle, cette organisation du marché de l'emploi est désignée par « service

⁷⁰ RS 0.823.111.

public de l'emploi ». Nous avons intentionnellement défini de manière générale le champ d'activité de ce service. Les tâches ne doivent pas se limiter au service de placement au sens étroit du terme qui est d'indiquer les places vacantes et de procurer des emplois, mais doivent aussi comprendre notamment l'application de mesures assurant la reconversion et le perfectionnement professionnel ainsi que l'observation du marché du travail. Il s'agit donc là d'importantes contributions à la création et au maintien d'un marché de l'emploi sain et équilibré.

La troisième disposition (let. c) vise en premier lieu à assurer la protection des travailleurs. La loi crée dans ce domaine les bases pour la surveillance du placement privé et de la location de services au titre de mesures de police du commerce ».

CHAPITRE 3 LSE

LOCATION DE SERVICES

Section 1

Activités soumises à l'autorisation

Article 12 LSE

Autorisation obligatoire

I. Dispositions légales

A. LSE

Art. 12 LSE **Autorisation obligatoire**

¹Les employeurs (bailleurs de services) qui font commerce de céder à des tiers (entreprises locataires de services) les services de travailleurs doivent avoir obtenu une autorisation de l'office cantonal du travail.

²Outre l'autorisation cantonale, une autorisation du SECO est nécessaire pour louer les services de travailleurs vers l'étranger. La location en Suisse de services de personnel recruté à l'étranger n'est pas autorisée.

³Si une succursale n'a pas son siège dans le même canton que la maison mère, elle doit avoir obtenu une autorisation ; si elle est établie dans le même canton que la maison mère, elle doit être déclarée à l'office cantonal du travail.

⇒ Par rapport au projet de loi, « l'OFIAMT » (ci-après : Office fédéral de l'industrie, des arts et métiers et du travail) est devenu « le SECO ».

B. OSE

Art. 26 OSE **Activité de location de services**

Est réputé bailleur de services celui qui loue les services d'un travailleur à une entreprise locataire en abandonnant à celle-ci l'essentiel de ses pouvoirs de direction à l'égard du travailleur.

Art. 27 OSE **Formes de la location de services**

¹La location de services comprend le travail temporaire, la mise à disposition de travailleurs à titre principal (travail en régie) et la mise à disposition occasionnelle de travailleurs.

²Il y a travail temporaire lorsque le but et la durée du contrat de travail conclu entre le bailleur de services et le travailleur sont limités à une seule mission dans une entreprise locataire.

³Il y a mise à disposition de travailleurs à titre principal (travail en régie) :

a. lorsque le but du contrat de travail conclu entre l'employeur et le travailleur consiste principalement à louer les services du travailleur à des entreprises locataires et que

b. la durée du contrat de travail est en principe indépendante des missions effectuées dans les entreprises locataires.

⁴Il y a mise à disposition occasionnelle de travailleurs :

a. lorsque le but du contrat de travail conclu entre l'employeur et le travailleur consiste à placer le travailleur principalement sous les ordres de l'employeur ;

b. que les services du travailleur ne sont loués qu'exceptionnellement à une entreprise locataire et

c. que la durée du contrat de travail est indépendante d'éventuelles missions effectuées dans des entreprises locataires.

Art. 28 OSE Formes de location de services soumises à autorisation

La location de services n'est soumise à autorisation que sous la forme du travail temporaire et de la mise à disposition de travailleurs à titre principal (travail en régie).

Art. 29 OSE Définitions

¹Fait commerce de location de services celui qui loue les services de travailleurs à des entreprises locataires de manière régulière et dans l'intention de réaliser un profit ou qui réalise par son activité de location de services un chiffre d'affaires annuel de 100 000 francs au moins⁷¹.

²Exerce régulièrement celui qui conclut avec les entreprises locataires, en l'espace de douze mois, plus de dix contrats de locations de services portant sur l'engagement ininterrompu d'un travailleur individuel ou d'un groupe de travailleurs.

Art. 30 OSE⁷²

Art. 31 OSE Succursales

Une succursale sise dans le même canton que la maison mère est autorisée à pratiquer la location de services dès que :

a. la maison mère a déclaré l'ouverture de la succursale à l'autorité compétente et que

b. la caution requise pour la succursale a été déposée auprès de l'organe compétent désigné par le canton.

Art. 41 OSE Obligation de déclarer les succursales

¹La maison mère déclare l'ouverture de toute succursale sise dans le canton où elle a elle-même son siège.

²La maison mère ne fournit que les données et documents qui ne figuraient pas dans le dossier de sa propre demande d'autorisation.

³L'art. 40 est applicable par analogie.

⁷¹ Nouvelle teneur selon le ch. I de l'O du 20 oct. 1999, en vigueur depuis le 1^{er} déc. 1999 (RO 1999 2711).

⁷² Abrogé par le ch. I de l'O du 16 juin 2006 (RO 2006 2487).

II. Travaux législatifs

A. Projet du 27 novembre 1985 (FF 1985 III 622)

Art. 12 LSE Autorisation obligatoire

¹Les employeurs (bailleurs de services) qui font commerce de céder à des tiers (entreprises locataires de services) les services de travailleurs ont besoin d'une autorisation de l'office cantonal du travail.

²Outre l'autorisation cantonale, une autorisation de l'OFIAMT⁷³ est nécessaire pour louer les services de travailleurs vers l'étranger. La location en Suisse de services de personnel recruté à l'étranger n'est pas autorisée.

³Il est nécessaire de demander une autorisation pour ouvrir une succursale, lorsque celle-ci ne se trouve pas dans le même canton que le siège principal de l'entreprise ; les succursales établies dans le même canton doivent être annoncées à l'office cantonal du travail.

B. Message du 27 novembre 1985 (FF 1985 III 581)

« Outre le principe de l'autorisation obligatoire, le 1^{er} alinéa comprend une définition de la location de services. La caractéristique principale de cette dernière est la cession à des fins lucratives, c'est-à-dire régulière et contre rémunération, de travailleurs à d'autres employeurs. Le terme générique de « bailleur de services » s'applique aux entreprises de travail temporaire et aux entreprises en régie ainsi qu'aux employeurs qui ne mettent pas uniquement leur personnel à la disposition de tiers à titre exceptionnel. Les différentes formes de location de services seront ainsi toutes régies par les mêmes prescriptions. Les raisons en sont d'une part le fait que toutes les formes de mise à disposition de travailleurs impliquent une division des fonctions d'employeur, ce qui entraîne pour les travailleurs dont les services sont loués des inconvénients caractéristiques (cf. ch. 122.3, Message p. 536). D'autre part, il existe dans le domaine de la location de services des problèmes de distinction pratique insolubles du point de vue juridique.

Les parties présentes aux discussions relatives au projet de loi se sont exprimées en faveur d'un traitement différencié, sur le plan juridique, des différentes formes de location de services. Les différences n'ont cependant qu'une importance secondaire en regard des caractéristiques communes. Un caractère distinctif souvent mentionné est la différence dans la durée ou la continuité des emplois. La durée du travail en régie est généralement plus longue ; il concerne des emplois sur une longue période. Le véritable travail « prêté » est plutôt exceptionnel et de courte durée, mais il est généralement « noyé » dans un contrat de travail ordinaire de durée illimitée. Dans le cas du travail temporaire, les engagements sont généralement de courte durée mais peuvent aussi s'étendre sur plusieurs mois. La durée de l'emploi peut donc servir d'indice mais pas de critère distinctif. Une autre différence entre les différentes formes de location de services réside dans le fait que l'employeur temporaire reporte sur le travailleur les risques inhérents au manque de travail, tandis que l'employeur d'une entreprise qui travaille en régie ou de la

⁷³ Remarque des auteurs : aujourd'hui le SECO.

véritable entreprise de travail « prêté » porte l'entière responsabilité qui lui incombe en tant que tel. Mais le droit suisse en matière de résiliation rend pratiquement impossible l'application de ce critère. Une entreprise en régie qui stipule un délai de résiliation d'un jour n'assume en aucun cas le risque habituellement encouru par l'employeur. Les limites entre les différentes formes sont donc assez floues et ne peuvent être déterminées avec précision. Le projet vise en premier lieu la protection des travailleurs dans le système de la location de services, qu'il s'agisse de travail en régie ou de travail temporaire fourni sous les ordres d'un tiers. Une subdivision de la location de services sur la base de critères distinctifs secondaires ne s'avère donc pas judicieuse.

Il faut cependant distinguer le contrat de location de services du contrat d'entreprise ou de montage. La cession à l'entreprise locataire de services du droit de donner des instructions aux travailleurs engagés est une caractéristique de la location de services. Au contraire, l'entreprise de louage d'ouvrage ou l'entreprise de montage s'engage auprès du donneur d'ouvrage à produire quelque chose. Elle équipe les travailleurs et garde le droit de donner des instructions ; le donneur d'ouvrage reste passif. Étant donné qu'il faut s'attendre à des tentatives de détourner la loi par le biais de « pseudo contrats de louage » et de « contrats de montage »⁷⁴, la définition du 1^{er} alinéa est intentionnellement large ; elle implique que la loi est également applicable aux entreprises dont les travailleurs, sur la base de contrats d'entreprise ou de montage ou d'autres formes analogues, exécutent des travaux pour des tiers qui s'en chargent habituellement eux-mêmes, c'est-à-dire qui sont spécifiques à la branche (p. ex. travaux de construction dans le cas d'une entreprise de construction).

Pour la location de services à l'étranger, le 2^e alinéa exige, en plus de l'autorisation cantonale, une autorisation de la Confédération. Les raisons de cette réglementation sont les mêmes que celles qui ont été mentionnées pour le placement privé à l'étranger (cf. commentaire relatif à l'art. 2, 3^e al.). La location de services de Suisse vers l'étranger n'est pas toujours possible car divers États ne la tolèrent pas ou ne l'acceptent que sous une autre forme. Selon le projet, la location de services de l'étranger vers la Suisse n'est pas autorisée (art. 12, 2^e al., 2^e phrase, cf. aussi art. 13, 1^{er} al.), car les autorités suisses ne pourraient pas contrôler les entreprises de location de services à l'étranger. La location de services de travailleurs frontaliers est en revanche admise dans la mesure où le canton frontière autorise les frontaliers à changer d'emploi et de profession (cf. art. 21).

Le 3^e alinéa règle l'autorisation obligatoire pour les succursales. Comme pour le placement privé, il s'agit de garantir aux autorités cantonales une prise directe sur les bailleurs de services faillibles (cf. explications relatives à l'art. 2, 5^e al.). La location de services vers l'étranger est également régie par cette prescription ».

⁷⁴ En République fédérale d'Allemagne où la location de personnel est soumise à autorisation, des tentatives de tourner la loi occupent souvent les tribunaux et la littérature ; voir G. SCHAUB, Arbeitsrechts-Handbuch, 4^e éd., p. 628 s. ; Cour fédérale du travail du 8 novembre 1978, in DB 1979, p. 851 ; Spiegel, n° 39/1982, pp. 72 à 79. ATF 103 IV 208 ; voir l'appréciation critique dans la NZZ du 19 août 1977 : « Ein Fall nichtbewilligungspflichtiger Arbeitsvermittlung ».

Commentaire relatif à l'article 2 alinéa 3 (FF 1985 III 569)⁷⁵ :

« Les 3^e et 4^e alinéas règlent les opérations de placement intéressant l'étranger. Sont considérées comme telles toutes les formes de placement visées par les 1^{er} et 2^e alinéas lorsque l'activité s'exerce par dessus, les frontières ou touche des étrangers entrés en Suisse qui – à la différence des personnes au bénéfice d'un permis de séjour ou d'établissement – n'ont pas encore le droit d'exercer une activité lucrative. Une entreprise qui s'occupe d'opérations de placement intéressant l'étranger peut donc préparer le placement d'étrangers qui ne sont pas encore en possession d'une autorisation de travail. La condition dont dépend la délivrance de l'autorisation de travail est précisément l'existence d'un contrat de travail. En revanche le placement d'étrangers contrevenant aux prescriptions relatives à la limitation de l'effectif des étrangers, c'est-à-dire le placement par négligence ou intentionnel de travailleurs étrangers « au noir » peut conduire au retrait de l'autorisation et être réprimé de l'amende. Pour s'occuper d'opérations de placement intéressant l'étranger, il est nécessaire de disposer de connaissances spéciales (cf. les remarques relatives à l'art. 3). C'est la raison pour laquelle la Confédération doit comme jusqu'ici (art. 10 LSE) délivrer l'autorisation requise. Cette réglementation a donné de bons résultats dans la pratique. Ainsi la possibilité existe également de traiter directement sur le plan fédéral les interventions d'autres États sans passer par les cantons. Les cantons intéressés doivent être entendus avant que l'autorisation soit délivrée. Il leur incombe aussi de se renseigner sur l'activité qu'exerçait le plus souvent déjà auparavant le requérant dans le domaine du placement en Suisse. Lorsqu'il s'agit de bureaux de placement qui ne s'occupent que d'opérations de placement intéressant l'étranger, l'autorisation cantonale d'exercer la profession constitue une condition dont dépend la délivrance de l'autorisation par l'OFIAMT⁷⁶.

L'autorisation doit être délivrée pour l'entreprise (société simple, société en nom collectif, société en commandite, personne morale) et être notamment établie au nom de la personne responsable de la gestion. Le terme d'entreprise de placement désigne toute organisation qui procure du travail.

Un examen n'est pas prévu pour déterminer l'aptitude de personnes qui vont s'occuper d'opérations de placement intéressant l'étranger. L'ordonnance réglera les détails (cf. art. 3, 2^e al., let. b et les remarques y relatives) ».

Explications relatives à l'article 2 alinéa 5 (FF 1985 III 570)⁷⁷ :

« En vertu du 5^e alinéa, les succursales (filiales, bureaux secondaires, agences, etc.) ne sont soumises à l'obligation de requérir une autorisation que si elles n'ont pas leur siège dans le même canton que la maison-mère. Lorsqu'il existe plusieurs succursales dans le même canton, seule une autorisation est prévue. Ainsi chaque canton se réserve la possibilité de protéger, de rappeler à l'ordre ou de contraindre à suspendre leur activité

⁷⁵ Remarque des auteurs : le Message du Conseil fédéral renvoie expressément aux explications relatives à cette disposition. Ces dernières doivent ainsi être considérées par analogie.

⁷⁶ Remarque des auteurs : aujourd'hui le SECO.

⁷⁷ Remarque des auteurs : le Message du Conseil fédéral renvoie expressément aux explications relatives à cette disposition. Ces dernières doivent ainsi être considérées par analogie.

les entreprises ayant leur siège sur leur territoire, compte tenu de leur gestion des affaires ».

III. Jurisprudence

- A. Compétence pour accorder une autorisation de location de services ; Commission de recours du Département fédéral de l'économie, arrêt du 10.09.1996, JAAC 61.38

L'Office fédéral de l'industrie, des arts et métiers et du travail (OFIAMT, aujourd'hui le SECO) n'est pas compétent pour décider si un requérant a besoin d'une autorisation cantonale pour la location de services.

- B. Soumission d'une activité de location de services à la TVA / Soumission même en l'absence de l'autorisation cantonale ; Commission fédérale de recours en matière de contributions, arrêt du 12.01.2005, JAAC 69.62

Doit être considérée comme prestation de services au sens des articles 5 et 7 de la loi fédérale du 2 septembre 1999 régissant la taxe sur la valeur ajoutée (LTVA)⁷⁸ toute prestation qui ne constitue pas la livraison d'un bien. La location de personnel doit ainsi également être considérée comme une prestation de services, qui est soumise à l'impôt si l'employeur met temporairement à disposition d'une entreprise ses employés à titre onéreux (consid. 3a).

Même si l'autorisation cantonale indispensable à une entreprise de location de personnel n'a pas été demandée, il existe néanmoins – du point de vue de la TVA et indépendamment du droit civil des contrats – un échange de prestations soumis à l'impôt lorsqu'une association met sa force de travail au service d'une autre entreprise contre rémunération (consid. 4a).

- C. Chiffre d'affaire et soumission à la LSE ; TA VD, arrêt du 19.06.2001, GE.2000.0145

Les entreprises de location de services sont soumises à la LSE dès le moment où elles réalisent un chiffre d'affaires de CHF 100'000.-. Peu importe à cet égard que leur activité ne vise pas la réalisation d'un profit.

⁷⁸ RS 641.20.

D. Application de la LSE / Exercice de la location de services à titre professionnel ; Tribunal de cassation du canton de Lucerne, arrêt du 17.03.1999, JAR 2000 365

En matière de travail temporaire et de travail en régie (mise à disposition de travailleurs à titre principal), la LSE n'est applicable que si le bailleur de services loue des travailleurs à titre professionnel, c'est-à-dire qu'il fait métier de la location de services (art. 12 LSE).

E. Absence d'autorisation de pratiquer la location de services / Sort du contrat déclaré nul ; TC NE, arrêt du 08.06.2005, CC.2001.15

L'absence d'autorisation de location de services entraîne, selon l'article 19 alinéa 6 LSE, la nullité – à observer d'office – du contrat passé entre le bailleur de services et le travailleur, avec références à l'article 320 alinéa 3 CO quant aux suites du contrat déclaré nul. L'application de cette dernière disposition – plutôt que des règles sur l'enrichissement illégitime – suppose que le travailleur ait « fourni de bonne foi un travail pour l'employeur », ce qui n'est toutefois exclu que si ce dernier apporte la preuve que le travailleur avait connaissance de l'invalidité du contrat⁷⁹.

En l'espèce, il n'est pas établi que les travailleurs aient eu connaissance de l'absence d'autorisation au sens de l'article 19 alinéa 6 LSE.

F. Travailleurs étrangers / Autorisations nécessaires à employer des personnes étrangères / Diligence de l'employeur de fait et de l'employeur de droit ; TF, arrêt du 16.11.2009, 2C_357/2009

⇒ Voir p. 214

IV. Chapitres choisis

A. L'obligation d'obtenir une autorisation

La LSE s'applique dans une mesure variable aux diverses formes de location de services. En particulier, elle soumet l'activité de ceux qui « *font commerce de céder à des tiers les services de travailleurs* » à l'obtention préalable d'une autorisation de l'office cantonal du travail (art. 12 al. 1 LSE), à laquelle doit s'ajouter une autorisation délivrée par le SECO pour louer les services de travailleurs vers l'étranger (art. 12 al. 2 LSE). Sont ici visés tant le travail temporaire (travail intérimaire proprement dit) que la mise à disposition de travailleurs à titre principal (travail en régie) (pour des détails sur ces notions, voir dès p. 10). Le nom que les parties donnent au contrat n'est pas déterminant⁸⁰.

⁷⁹ REHBINDER/PORTMANN, p. 1680 n° 18.

⁸⁰ SECO, Directives et commentaires relatifs à la LSE et aux ordonnances, p. 70.

Au sens de l'article 29 OSE, l'entreprise fait commerce de location de services lorsqu'elle cède les services de travailleurs à des entreprises de mission de manière régulière (plus de dix contrats de locations de services portant sur l'engagement ininterrompu d'un travailleur individuel ou d'un groupe de travailleurs en l'espace de douze mois) et, cumulativement, dans l'intention de réaliser un profit, ou, alternativement, qui réalise par son activité de location de services un chiffre d'affaires annuel de CHF 100'000.- au moins. Il y a lieu de présumer la volonté de réaliser un profit lorsque le prix facturé pour la mise à disposition des travailleurs dépasse le coût effectif de cette prestation (salaires + frais auxiliaires de salaire [= 100 %] + quote-part des frais d'administration d'environ 5 %)⁸¹.

Le bailleur de services doit obtenir une autorisation du canton dans lequel il veut exercer une activité dans son établissement principal, mais également pour toutes ses agences. Chaque agence est ensuite assujettie au dépôt de sûretés (entre CHF 50'000.- et CHF 100'000.-, art. 6 OEmol-LSE), et ne peut débiter son activité avant d'avoir obtenu l'autorisation y relative, sous réserve d'un montant maximal de sûretés déposées par une maison-mère pour elle-même et ses agences de CHF 1'000'000.- (art. 6 al. 4 OEmol-LSE)⁸².

La justification de soumettre le travail temporaire et le travail en régie à autorisation réside dans le fait que ces entreprises peuvent, moyennant un investissement minime, gérer un grand nombre de travailleurs, soit une masse salariale importante. Il en résulte un risque accru d'insolvabilité, que le législateur a tenté de prévenir en exigeant la fourniture de sûretés proportionnelles à l'ampleur de l'activité commerciale⁸³.

N'est en revanche pas assujettie à autorisation – indépendamment du chiffre d'affaire – la mise à disposition occasionnelle de travailleurs (art. 28 OSE), que l'article 27 alinéa 4 OSE caractérise par trois conditions cumulatives :

- le contrat de travail a été conclu principalement en vue de l'accomplissement du travail sous les ordres de l'employeur, et non d'un tiers ;
- les services du travailleur ne sont loués qu'exceptionnellement à des tiers ;
- la durée du contrat de travail est indépendante de celle des missions que le travailleur est éventuellement amené à effectuer.

L'entrepreneur qui – pour remédier à un carnet de commandes rétréci et à la sous-occupation de ses travailleurs – loue occasionnellement les services de ceux-ci à d'autres entrepreneurs n'est donc pas astreint à l'obligation d'obtenir une autorisation, même s'il réalise un profit sur cette opération. Il le devient en revanche s'il maintient un sureffectif durable afin de réaliser un bénéfice par la location des services de son personnel

⁸¹ SECO, Directives et commentaires relatifs à la LSE et aux ordonnances, p. 70.

⁸² THÉVENOZ, Travail intérimaire et location de services, pp. 3 s. ; STREIFF/VON KAENEL, pp. 96ss n° 21.

⁸³ THÉVENOZ, Travail intérimaire et location de services, pp. 3 s. ; STREIFF/VON KAENEL, pp. 96ss n° 21.

surnuméraire, dès lors qu'il conclut au moins dix contrats de location de services sur une période de douze mois⁸⁴.

La liste des entreprises de location de services autorisées est consultable sur Internet⁸⁵.

B. La location de services et l'étranger⁸⁶

La location de services vers l'étranger

Selon l'article 12 alinéa 2 LSE, les entreprises de location de services domiciliées en Suisse qui louent les services de travailleurs vers l'étranger doivent avoir, en plus de l'autorisation cantonale (qui les habilite à exercer dans toute la Suisse), une autorisation spéciale d'exercer la location de services vers l'étranger, quelque soit le pays vers lequel elles louent des services. Cette autorisation est délivrée par le SECO.

La location de services de l'étranger vers la Suisse

- a) Les entreprises de location de services établies à l'étranger qui veulent louer leurs services en Suisse

Les entreprises de location de services établies dans l'UE/AELE qui veulent louer leurs services en Suisse n'ont pas le droit d'opérer librement sur le territoire de notre pays. **La location de services à partir de l'étranger demeure par conséquent exclue, y compris dans le cadre d'une procédure d'annonce** (art. 12 al. 2 LSE). Cela n'interdit cependant nullement aux ressortissants UE/AELE l'accès au marché du travail suisse, même s'ils y entrent pour la première fois. Ils peuvent par conséquent être engagés par un bailleur de services établi en Suisse.

L'entreprise suisse qui, en sa qualité d'employeur, recourt aux services d'un bailleur de services étranger qu'elle savait ne pas posséder l'autorisation requise encourt, en vertu de l'article 39 alinéa 2 lettre a LSE, une amende pouvant aller jusqu'à CHF 40'000.-. Quant aux bailleurs de services étrangers, ils encourrent une amende pouvant aller jusqu'à CHF 100'000.- (art. 39 al. 1 LSE).

L'article 30 OSE, qui stipulait que « *la location en Suisse de services par un bailleur de services sis à l'étranger n'est licite que si la location de services n'est pas soumise à autorisation* », a été abrogé le 1^{er} juillet 2006⁸⁷.

⁸⁴ THÉVENOZ, La location de services dans le bâtiment, pp. 68 s.

⁸⁵ SECO, Loi sur le service de l'emploi : Répertoire des entreprises de placement et de location de services titulaires d'une autorisation, cf. site Internet : [www.avg-seco.admin.ch], dernière vérification de l'adresse fin janvier 2010.

⁸⁶ Office fédéral des migrations (ODM), Placement et location de services, cf. site Internet : [www.bfm.admin.ch/etc/medialib/data/migration/schweiz_-_eu/personenfreizuegigkeit/factsheets.Par.0038.File.tmp/Arbeitsvermittlung_Personalverleih-f.pdf], dernière vérification de l'adresse fin janvier 2010.

⁸⁷ RO 2006 2487.

b) Ouverture d'une filiale en Suisse par des entreprises étrangères de location de services

Les entreprises étrangères de location de services peuvent ouvrir en Suisse une filiale leur permettant d'exercer une telle activité. De même, les ressortissants UE/AELE peuvent créer en Suisse une entreprise de location de services. Il leur suffit de présenter à cet effet la preuve qu'ils sont établis dans notre pays ou veulent le faire à titre d'indépendants, ce qui leur permet d'obtenir une autorisation de séjour valable cinq ans (livret B CE/AELE).

Il est nécessaire toutefois d'obtenir des services compétents une autorisation de location de services, en prouvant notamment les compétences professionnelles nécessaires. Le bailleur de services ne peut en particulier louer ses propres services que s'il crée une société ayant la personnalité juridique et conclut un contrat de travail avec elle. L'autorisation est accordée aux conditions de l'article 13 LSE, notamment que la filiale soit inscrite au registre suisse du commerce (art. 13 al. 1 let. a LSE et art. 934 CO).

Le responsable de la gestion d'une entreprise de location de services doit disposer en Suisse d'une autorisation frontalière (livret G CE/AELE dont la durée de validité est supérieure à 1 an) ou de séjour de longue durée (valable cinq ans ou plus).

La location de ressortissants étrangers en Suisse par des bailleurs de services suisses

Pour le bailleur suisse qui souhaite louer les services de travailleurs étrangers venant en Suisse pour la première fois ou ne disposant en Suisse que d'une autorisation de séjour de courte durée (livret L CE/AELE), une autorisation fédérale délivrée par le SECO est nécessaire en plus de l'autorisation cantonale. Lorsque l'étranger est déjà titulaire d'une autorisation de séjour durable, une autorisation fédérale n'est pas nécessaire. La même règle s'applique aux frontaliers. La filiale suisse d'un bailleur étranger peut exercer une telle activité pour le compte de l'agence principale étrangère aux mêmes conditions que celles présentées ci-dessus.

Article 13 LSE**Conditions****I. Dispositions légales****A. LSE****Art. 13 LSE Conditions**

¹L'autorisation est accordée lorsque l'entreprise :

- a. est inscrite au registre suisse du commerce ;
- b. dispose d'un local commercial approprié ;
- c. n'exerce pas d'autre activité professionnelle pouvant nuire aux intérêts des travailleurs ou des entreprises locataires de services.

²Les personnes responsables de la gestion doivent :

- a. être de nationalité suisse ou posséder un permis d'établissement ;
- b. assurer une location de services satisfaisant aux règles de la profession ;
- c. jouir d'une bonne réputation.

³En outre, l'autorisation de louer les services de travailleurs vers l'étranger n'est délivrée que si les responsables de la gestion donnent l'assurance que l'entreprise dispose de personnel connaissant suffisamment les conditions régnant dans les pays concernés.

⁴Le Conseil fédéral règle les détails.

⇒ *Par rapport au projet de loi, la version adoptée prévoit que les responsables de la gestion doivent disposer de personnel connaissant suffisamment les conditions régnant dans les pays concernés, mais pas forcément de disposer eux-mêmes de ces connaissances. De plus, la version adoptée ne prévoit pas directement de liste des connaissances suffisantes, mais délègue cette tâche au Conseil fédéral (OSE).*

B. OSE**Art. 32 OSE Conditions auxquelles doit répondre l'entreprise**

Une autorisation ne sera pas accordée lorsque l'activité de location de services est susceptible d'être liée à d'autres affaires :

- a. qui entravent la liberté de décision des demandeurs d'emploi ou des employeurs ou
- b. qui accroissent, en leur imposant des obligations supplémentaires, leur dépendance à l'égard du bailleur de services.

Art. 33 OSE⁸⁸ Conditions auxquelles doivent répondre les personnes responsables

Les personnes titulaires d'un certificat de fin d'apprentissage ou d'une formation équivalente et pouvant se prévaloir d'une expérience professionnelle de plusieurs

⁸⁸ Nouvelle teneur selon le ch. I de l'O du 20 oct. 1999, en vigueur depuis le 1^{er} déc. 1999 (RO 1999 2711).

années sont considérées comme possédant les compétences professionnelles nécessaires pour diriger une entreprise de location de services si elles possèdent notamment :

- a. une formation reconnue de placeur ou de bailleur de services ; ou
- b. une expérience professionnelle de plusieurs années dans les domaines du placement, de la location de services, du conseil en personnel, en organisation ou en entreprise ou de la gestion du personnel.

Art. 34 OSE Conditions pour l'octroi d'une autorisation de pratiquer la location de services vers l'étranger

Les entreprises qui louent les services de travailleurs vers l'étranger doivent disposer de personnel connaissant notamment :

- a. les dispositions régissant l'immigration et la prise d'emploi dans les pays concernés ;
- b. la législation en matière de location de services en vigueur dans les pays concernés.

Art. 40 OSE Demande d'autorisation

¹La demande d'autorisation doit être déposée par écrit auprès de l'autorité désignée par le canton.

²Le SECO met des formulaires de demandes d'autorisation à la disposition des cantons.

³L'autorité cantonale compétente transmet au SECO, avec son préavis, les demandes d'autorisation d'exercer une activité de location de services vers l'étranger.

II. Travaux législatifs

A. Projet du 27 novembre 1985 (FF 1985 III 622)

Art. 13 LSE Conditions

¹L'autorisation est accordée lorsque l'entreprise :

- a. Est inscrite au registre suisse du commerce ;
- b. Dispose d'un local commercial approprié ;
- c. N'exerce pas d'autre activité professionnelle pouvant nuire aux intérêts des demandeurs d'emploi ou des entreprises locataires de services.

²Les personnes responsables de la gestion doivent :

- a. Être de nationalité suisse ou posséder un permis d'établissement ;
- b. Offrir toute garantie quant à une location de services dans les règles de la profession ;
- c. Jouir d'une bonne réputation.

³L'autorisation de louer les services de travailleurs vers l'étranger est délivrée lorsque les conditions mentionnées aux 1^{er} et 2^e alinéas sont remplies et que les personnes responsables de la gestion apportent la preuve qu'elles ont des connaissances suffisantes sur :

- a. Les conditions de travail et de vie dans les États où elles désirent offrir les services de travailleurs ;
- b. Les prescriptions sur l'immigration et l'exercice d'une activité lucrative dans les États où elles désirent offrir les services de travailleurs ;
- c. La législation concernant la location de services dans les États où elles désirent offrir les services de travailleurs.

B. Message du 27 novembre 1985 (FF 1985 III 583)

« Les conditions à remplir pour obtenir une autorisation correspondent à celles qui sont posées dans le cas du placement privé (cf. explications relatives à l'art. 3). Il s'agit dans les deux cas d'assurer une activité sérieuse et spécialisée par des prescriptions de la police du commerce ».

Explications relatives à l'article 3 (FF 1985 III 570)⁸⁹ :

« Le projet prévoit des conditions uniformes, simples et faciles à déterminer pour la délivrance de l'autorisation d'exploiter une entreprise. Étant donné que la notion de placement privé a été étendue par le projet (cf. les remarques touchant l'art. 2), il faut compter avec une augmentation du nombre des demandes d'autorisation. Pour éviter de ralentir inutilement chaque fois le cours de la procédure en élucidant des questions secondaires de détermination précise du genre d'activité, toutes les formes d'entreprises de placement sont assujetties aux mêmes conditions fondamentales.

L'autorisation est délivrée à l'entreprise. Celle-ci n'a pas besoin d'être une personne morale. Il a paru inopportun d'exiger l'établissement d'une autorisation supplémentaire, personnelle, aux collaborateurs parce qu'en cas d'activité non conforme aux règles de la profession, la responsabilité en serait régulièrement rejetée sur les subalternes bien qu'ils aient même, selon les circonstances, agit selon les instructions de la direction responsable. La menace d'un retrait de l'autorisation délivrée à l'entreprise permet mieux d'atteindre le but visé par la loi. Pour le reste, chaque changement de personnel dans les entreprises de placement déclencherait une procédure d'autorisation qui serait fort peu judicieuse. Enfin, il est parfois difficile de distinguer une activité de caractère purement accessoire de l'activité de placement proprement dite, raison pour laquelle il ne serait pas toujours facile de déterminer quelles personnes devraient avoir un certificat de capacité. Pour qu'il soit possible d'assurer une marche des affaires régulière, les personnes responsables de la direction doivent remplir certaines conditions d'ordre personnel.

Le 1^{er} alinéa, lettre a, prescrit qu'une entreprise qui veut s'occuper de placement doit être inscrite au registre suisse du commerce. Cette exigence s'applique également aux bureaux de placement des organisations professionnelles et d'utilité publique. Ainsi, on a la garantie que chaque entreprise de placement a un siège en Suisse et peut par conséquent être poursuivie en justice en ce lieu. Dans certains cas cette exigence peut paraître exagérée. Toutefois, elle s'impose si l'on considère qu'il est nécessaire de prévoir une

⁸⁹ Remarque des auteurs : le Message du Conseil fédéral renvoie expressément aux explications relatives à cette disposition. Ces dernières doivent ainsi être considérées par analogie.

réglementation uniforme, en égard surtout à l'objectif visé par la loi (protection du travailleur qui recourt à un service privé de placement).

Il arrive malheureusement aussi que des organisations d'utilité publique opèrent des placements non conformes à la loi (p. ex. le placement de stagiaires à l'étranger sans connaître les lois et la situation du marché du travail dans le pays d'accueil). On ne voit donc pas pourquoi le siège et les responsables d'une organisation d'utilité publique ne devraient pas être connus aux fins d'assurer la protection des personnes en quête d'emploi. L'inscription au registre du commerce est une condition dont dépend la délivrance de l'autorisation, condition qui peut être remplie sans grandes complications et sans frais importants. Elle donne de très utiles indications sur l'activité de la requérante – responsabilité, but et siège de l'entreprise – créant ainsi un climat de confiance et de sécurité.

La lettre b exige que l'entreprise dispose d'un local commercial approprié, donc d'un bureau. Cela doit permettre d'éviter que des entretiens de caractère confidentiel aient lieu dans des pièces d'habitation, des auberges, des locaux de vente. En effet, cela rendrait difficile l'exercice d'une activité de placement conforme aux règles de la profession et nuirait à la considération dont jouit le placement privé.

Enfin, il faut, selon la lettre c, exclure la délivrance de l'autorisation lorsque la personne responsable de la gestion exerce une autre activité professionnelle inconciliable avec le placement (p. ex. en raison des risques que courraient les clients sur le plan de la santé, de la morale ou sur le plan financier).

Selon le 2^e alinéa, lettre a, seuls entrent en considération comme personnes responsables de la gestion, des Suisses ou des étrangers au bénéfice du permis d'établissement. Cette restriction est motivée par la volonté d'assurer la continuité dans l'exploitation de l'entreprise de placement.

La lettre b joue un grand rôle sur le plan de la délivrance de l'autorisation. Seul celui qui peut exercer une activité de placement satisfaisant aux règles de la profession doit recevoir l'autorisation. Cette prescription procure à l'autorité chargée de délivrer l'autorisation une marge d'appréciation suffisante lors de l'examen des demandes. Un régime d'autorisation obéissant à des règles sévères de délivrance ne pourrait entrer en ligne de compte que si l'autorité chargée d'accorder l'autorisation avait la possibilité de se fonder sur un certificat fédéral de capacité. Le placeur privé devrait toutefois au moins avoir terminé un apprentissage ou disposer d'une formation équivalente et jouir de plusieurs années de pratique dans la profession.

Étant donné que l'examen portant sur l'aptitude à exercer le métier de placeur a toujours causé des difficultés, la notion d'activité donnant toute garantie quant à un placement selon les règles de la « profession » doit encore être précisée dans l'ordonnance. Pour les opérations de placement intéressant l'étranger, l'aptitude à exercer une activité donnant toute garantie quant à un placement selon les règles de la profession est déjà définie de façon plus précise au niveau de la loi (3^e al.). L'aptitude du placeur n'est établie que lorsque la personne responsable de la gestion peut apporter la preuve qu'elle a des connaissances suffisantes sur les conditions de travail et d'existence dans les pays

étrangers où elle désire placer des demandeurs d'emploi. Elle doit en outre être au courant des dispositions sur l'entrée et l'exercice d'une activité lucrative dans le pays où les demandeurs d'emploi désirent être placés ainsi que sur la législation concernant le placement dans les pays étrangers d'accueil. Enfin, il est nécessaire de connaître le droit suisse concernant les étrangers.

Pour toutes les formes de placement, on exige la présentation d'un certificat de bonne vie et mœurs ainsi qu'un extrait du casier judiciaire ».

III. Jurisprudence : Autorisation de pratiquer la location de services / Conditions auxquelles doivent répondre les personnes responsables ; Tribunal administratif du canton de Vaud, arrêt du 30.09.2005, GE.2004.0101

Dans cette affaire, une entreprise de travail temporaire dépose, pour le compte d'un conseiller en personnel, une demande afin d'obtenir une autorisation de pratiquer au sens de l'article 12 LSE.

Le service de l'emploi refuse d'accorder cette autorisation au motif que ce conseiller en personnel avait auparavant travaillé dans une société dans laquelle de graves violations de la LSE avaient été constatées, violations qu'il avait par la suite dénoncées. Dans la mesure où le conseiller en personnel avait pris part à ces irrégularités, le service de l'emploi l'a jugé inapte à obtenir l'autorisation de pratiquer le placement fixe et la location de services (art. 13 al. 2 LSE).

L'entreprise de travail temporaire requérante dépose un recours contre la décision du service de l'emploi. Elle avance que le conseiller en personnel correspondait aux critères fixés par la loi, en particulier le critère de bonne réputation. En effet selon les directives du SECO, une bonne réputation implique en particulier l'absence de condamnations pénales et de poursuites⁹⁰, ce qui était le cas en l'espèce.

La recourante a également soulevé le motif que l'on ne pouvait pas reprocher au conseiller en personnel d'avoir été complice des irrégularités constatées puisque, en tant qu'employé, il était contraint – au risque de se faire licencier – de suivre les directives de son employeur.

Enfin, la recourante a invoqué une violation du principe de l'égalité de traitement, car d'autres conseillers en personnel ayant participé à ces irrégularités avaient obtenu malgré tout l'autorisation de pratiquer la location de services.

Au final, le Tribunal administratif vaudois a jugé que la décision du service de l'emploi était excessivement sévère et qu'elle violait le principe de la proportionnalité, le conseiller en question n'étant pas responsable des malversations constatées auprès de son ancien employeur. En effet selon lui, une autorisation provisoire de deux ans aurait permis à l'autorité de s'assurer, après l'échéance de l'exercice, d'une activité conforme

⁹⁰ SECO, Directives et commentaires relatifs à la LSE et aux ordonnances, p. 28.

aux exigences requises en faisant procéder à un examen du travail effectué pendant cette période.

La décision du service de l'emploi a ainsi été annulée, et le dossier retourné pour une nouvelle décision.

Article 14 LSE**Sûretés****I. Dispositions légales****A. LSE****Art. 14 LSE Sûretés**

¹Le bailleur de services est tenu de fournir des sûretés en garantie des prétentions de salaire découlant de son activité de location de services.

²Le montant des sûretés est proportionnel à l'étendue de l'activité commerciale. Le Conseil fédéral fixe les montants minimum et maximum et règle les détails.

⇒ *Par rapport au projet de loi, la version adoptée ne prévoit plus que le montant des sûretés sera réexaminé lors de chaque renouvellement de l'autorisation (cf. néanmoins l'art. 43 OSE).*

B. OSE**Art. 35 OSE Sûretés à fournir**

¹Le bailleur de services doit fournir des sûretés dans la mesure où son activité est soumise à autorisation.

²L'autorisation de se livrer à la location de services n'est accordée qu'après dépôt des sûretés requises.

Art. 36 OSE Lieu où doivent être déposées les sûretés

¹L'autorité cantonale désigne l'organe auprès duquel les sûretés doivent être déposées.

²Le bailleur de services dépose la sûreté dans le canton où il a son siège commercial.

³La maison mère peut, en déposant les sûretés maximales, libérer ses succursales de l'obligation de déposer des sûretés dans le canton où elles ont leur siège.

⁴Les sûretés pour la location de services vers l'étranger sont déposées auprès du même organe que celles pour la location de services à l'intérieur du pays.

Art. 37 OSE Forme des sûretés

Les sûretés peuvent être versées sous forme :

- a. de cautionnement ou de déclaration de garantie d'une banque ou d'un établissement d'assurance ;
- b. d'assurance de garantie, pour autant que la fourniture des prestations d'assurance ne dépende pas du versement des primes ;
- c. d'obligations de caisse, dont les revenus reviennent au dépositaire ;
- d. de dépôt en espèces.

Art. 38 OSE Libération des sûretés

Les sûretés sont libérées au plus tôt un an après le retrait ou la suppression de l'autorisation. Si, à cette échéance, des travailleurs dont les services ont été loués ont encore des créances de salaire à faire valoir contre le bailleur de services, une

part équivalente des sûretés sera bloquée jusqu'à ce que ces créances aient été honorées ou éteintes.

Art. 39 OSE Emploi des sûretés

¹En cas de faillite du bailleur de services, les sûretés sont réservées au remboursement des créances de salaire des travailleurs dont les services ont été loués.

²L'assurance-chômage ne peut faire valoir ses droits de recours sur les sûretés qu'une fois remboursées toutes les créances de salaire des travailleurs dont les services ont été loués, non couvertes par l'indemnité en cas d'insolvabilité de l'assurance-chômage.

³L'office des faillites est compétent pour l'utilisation des sûretés selon l'art. 37, let. b à d, fournies par le bailleur de services lui-même⁹¹.

⁴L'office cantonal est compétent pour l'utilisation des sûretés selon l'art. 37, let. a, de même que pour les sûretés selon l'art. 37, let. b à d, fournies par des tiers pour le bailleur de services⁹².

Art. 43 OSE Changements dans l'entreprise

Le bailleur de services est tenu de communiquer sans délai à l'autorité cantonale compétente tout changement des données qui figurent dans sa demande d'autorisation ou dans la déclaration de sa succursale.

C. OE-mol-LSE

Art. 6 OE-mol-LSE Sûretés requises des entreprises de location de services

¹Le montant des sûretés est de 50 000 francs par agence de location de services.

²Le montant des sûretés est de 100 000 francs si l'agence de location de services a mis à disposition d'entreprises locataires plus de 60 000 heures de travail durant l'année civile écoulée.

³Pour les agences qui pratiquent en sus la location de services vers l'étranger, la caution est augmentée de 50 000 francs.

⁴Le montant maximal des sûretés (art. 36, al. 3, OSE) déposées par une maison mère pour elle-même et ses succursales est de 1 000 000 de francs.

II. Travaux législatifs

A. Projet du 27 novembre 1985 (FF 1985 III 623)

Art. 14 LSE Sûretés

¹Le bailleur de services est tenu de fournir des sûretés en garantie des prétentions de salaire découlant de son activité de location de services. Le montant de ces sûretés proportionnel à l'étendue de l'activité commerciale sera réexaminé lors de chaque renouvellement de l'autorisation.

²Le Conseil fédéral fixe les montants minimum et maximum des sûretés et règle les détails.

⁹¹ Introduit par le ch. I de l'O du 20 oct. 1999, en vigueur depuis le 1^{er} déc. 1999 (RO 1999 2711).

⁹² Introduit par le ch. I de l'O du 20 oct. 1999, en vigueur depuis le 1^{er} déc. 1999 (RO 1999 2711).

B. Message du 27 novembre 1985 (FF 1985 III 583)

« Pour pouvoir réaliser un bénéfice, une entreprise de location de services doit engager dès le début un nombre relativement élevé de travailleurs. Étant donné que ceux-ci changent continuellement, l'entreprise de location de services se trouve souvent dans une situation financière critique : si elle ne dispose pas d'un capital important, elle devra sans cesse payer les salaires des travailleurs avec l'argent provenant d'engagements antérieurs. En cas de retard en un endroit quelconque de la chaîne, le droit du travailleur à percevoir son salaire peut se trouver considérablement compromis. Les différences par rapport à une entreprise artisanale, par exemple, sont évidentes : alors que celle-ci dispose dès le début de certains moyens financiers où se développe relativement lentement en augmentant progressivement l'effectif de son personnel, le bailleur de services emploie dès le début un personnel appréciable. Toutefois, on ne lui demande actuellement pas de posséder le capital qui lui permettrait de répondre aux prétentions de salaire des travailleurs. D'autre part, l'obligation de fournir une caution peut également empêcher certaines personnes de se lancer inconsidérément dans une activité de location de services. On a fait valoir à l'encontre des sûretés que les sommes dues aux travailleurs en cas de faillite du bailleur de services étaient déjà couvertes par l'indemnité en cas d'insolvabilité prévue dans la nouvelle loi sur l'assurance-chômage. Il semble toutefois choquant de couvrir uniquement par une assurance sociale supportée par les partenaires sociaux le risque accru d'insolvabilité qui est typique pour ce domaine d'activité.

Le montant de la caution est calculé en fonction de l'étendue de l'activité commerciale et réexaminé lors de chaque renouvellement de l'autorisation. En règle générale, la caution doit couvrir au moins un salaire mensuel de l'effectif moyen des travailleurs employés.

La caution sera fournie là où l'autorisation est demandée, donc à plusieurs reprises si l'entreprise a diverses filiales dans différents cantons. Le bailleur de services peut fournir la caution en espèces ou sous la forme d'une garantie bancaire.

Afin que les grandes entreprises de location de services ayant plusieurs filiales n'aient pas à fournir des cautions exagérément élevées, une limite supérieure pour la somme de toutes les cautions d'une entreprise sera fixée par voie d'ordonnance. Cette dernière réglera également l'échelonnement et le montant minimum de la caution ».

III. Chapitres choisis

A. Cautionnement des prétentions salariales

Le législateur a constaté des faillites répétées de petites entreprises de travail intérimaires. Par conséquent, il astreint désormais les bailleurs de services au dépôt de sûretés garantissant une partie des salaires en cas d'insolvabilité⁹³. Le soin de fixer les montants a été laissé au Conseil fédéral, qui l'a fait par le biais de l'OEml-LSE. Cette obligation ne représente toutefois pas une prohibition radicale, puisque les entreprises peuvent, afin d'éviter de consigner une somme importante, recourir à une société d'assurance⁹⁴.

Aucune autorisation ne sera délivrée à une entreprise qui ne veut pas verser de sûretés ou qui n'en verse pas suffisamment (art. 35 al. 2 OSE). Dans un tel cas, l'autorité qui délivre l'autorisation prononce une décision de refus. De même, des contrats de licence ou de franchise entre des entreprises juridiquement indépendantes n'autorisent pas le donneur de licence ou le franchiseur à fournir les sûretés pour ses partenaires contractuels⁹⁵.

B. Forme des sûretés (art. 37 OSE)

Seules les banques et les assurances peuvent agir comme cautions ou garants. Il est recommandé de n'accepter que des sûretés de durée indéterminée, sauf pour les obligations de caisses dont la durée est limitée⁹⁶.

Lorsque le bailleur de services change de siège, sa raison commerciale ou sa forme juridique, ce qui appelle une modification de son autorisation (art. 43 OSE), le SECO recommande de procéder aux mêmes changements pour l'acte de cautionnement, cela afin de prévenir tout contentieux. Il faudra en outre s'assurer que les créances établies sous l'ancien siège, l'ancienne raison sociale ou l'ancienne forme juridique restent couvertes⁹⁷.

C. Étendue du cautionnement, exemple tiré de la pratique

Dans un cas concret datant de février 2008, le Service de l'emploi du canton de Vaud a exigé d'une entreprise de travail temporaire qu'elle corrige un acte de cautionnement émis en février 2008 (en exécution des art. 14 et 15 LSE) et dont la portée était datée de mars 1998. La correction exigée était la modification de la date de mars 1998 rétroactivement à décembre 1997, date à laquelle l'entreprise de travail temporaire (agence unique à l'époque) a reçu sa première autorisation de pratiquer la location de services (art. 12 LSE).

⁹³ STREIFF/VON KAENEL, pp. 96ss n° 21 ; THÉVENOZ, La nouvelle réglementation, pp. 13ss.

⁹⁴ THÉVENOZ, La nouvelle réglementation, pp. 13ss.

⁹⁵ SECO, Directives et commentaires relatifs à la LSE et aux ordonnances, p. 77.

⁹⁶ SECO, Directives et commentaires relatifs à la LSE et aux ordonnances, pp. 78 et 86.

⁹⁷ SECO, Directives et commentaires relatifs à la LSE et aux ordonnances, p. 78.

Contre cette exigence, l'entreprise de travail temporaire a émis les arguments suivants :

Premièrement, en ce qui concerne l'étendue du cautionnement, l'article 14 alinéa 2 LSE mentionne que le montant des sûretés doit être proportionnel à l'étendue de l'activité commerciale. Selon l'article 6 OEmol-LSE, le montant des sûretés est de CHF 50'000.- par agence de location de services, respectivement de CHF 1'000'000.- de montant maximal déposé par une maison mère pour elle-même et pour toutes ses succursales.

Le Service de l'emploi a exigé décembre 1997 comme devant être la date de validité du cautionnement. Néanmoins, à cette époque-là, l'entreprise de travail temporaire n'avait qu'une seule agence. Le cautionnement devait donc à cette période se monter à CHF 50'000.-, et ensuite à un multiple de cette somme selon l'augmentation du nombre d'agences et l'évolution du chiffre d'affaires. Partant, le Service de l'emploi n'est pas fondé à exiger que le cautionnement actuel soit adapté rétroactivement à hauteur de CHF 1'000'000.- à décembre 1997. Étant déjà trop élevé en mars 1998, il le serait également s'il devait être rétroactif à décembre 1997. Si le Service de l'emploi avait voulu être rigoureux en exigeant que la caution ait un effet rétroactif à décembre 1997, il aurait dû demander à l'entreprise de travail temporaire de lui fournir une caution qui indique une valeur de CHF 50'000.- (somme qui correspond au début de son activité de location de services), dont le montant aurait ensuite été adapté proportionnellement à l'étendue de l'activité commerciale.

Deuxièmement, l'article 14 alinéa 1 LSE indique que le bailleur de services est tenu de fournir des sûretés en garantie des prétentions de salaire découlant de son activité de location de services. Le cautionnement commandé par la LSE n'a ainsi qu'un seul et unique but, qui est de garantir les prétentions salariales découlant de l'activité de location de services du bailleur de services, c'est-à-dire le paiement du salaire. Cela résulte d'ailleurs expressément du Message du Conseil fédéral⁹⁸, qui indique que « *[le bailleur de services doit] posséder le capital qui lui permettrait de répondre aux prétentions de salaire des travailleurs* ». Le SECO précise également quelles sont les créances de salaire couvertes par les sûretés. Il confirme en effet que « *seuls le salaire net et les éventuels droits au remboursement des frais, à des gratifications, etc., sont à couvrir par les sûretés, mais non les éventuels droits des institutions d'assurances sociales* »⁹⁹. L'utilisation des sûretés est donc définie de manière claire, sans contestation.

De plus, selon l'article 341 alinéa 2 CO, les dispositions générales en matière de prescription sont applicables aux créances découlant du contrat de travail. Ainsi, les créances des travailleurs qui ont un caractère salarial se prescrivent par 5 ans au sens de l'article 128 chiffre 3 CO. Tous les délais de prescription commencent à courir dès que la créance est exigible, ce qui signifie que ces créances peuvent se prescrire pendant la durée des rapports de travail¹⁰⁰.

⁹⁸ FF 1985 III 583 s.

⁹⁹ SECO, Directives et commentaires relatifs à la LSE et aux ordonnances, p. 84.

¹⁰⁰ WYLER, p. 592 ; BRUNNER et al., pp. 321 s.

Ceci vaut non seulement pour le salaire fixe ou le paiement d'un différentiel de salaire fondé sur la loi fédérale du 24 mars 1995 sur l'égalité entre femmes et hommes (LEg)¹⁰¹, mais également pour la participation aux résultats de l'exploitation, les provisions, le 13^e salaire, les gratifications et indemnités de départ, les heures supplémentaires, le travail supplémentaire, les suppléments de salaire, les frais professionnels, le salaire afférent aux vacances, la rémunération pour les inventions et designs réservée ou la contrepartie financière d'un salaire en nature. Les parties ont même la possibilité de fixer librement dans quel délai les heures supplémentaires et le travail supplémentaire devront être payés. Elles peuvent ainsi prévoir une échéance de paiement trimestrielle, semestrielle ou annuelle par exemple. Dans ce cas, le délai de prescription de 5 ans court dès l'échéance convenue. Si rien n'est prévu, elles doivent être payées en même temps que le salaire du mois au cours duquel elles ont été effectuées (art. 323 al. 1 CO). Le délai de prescription de 5 ans court alors dès ce moment¹⁰².

Il n'y a ainsi aucune raison pour que le cautionnement des prétentions salariales porte sur une période plus ancienne que 5 ans. En effet, les travailleurs temporaires étant déjà soumis à l'avantage du cautionnement de leurs salaires, il serait arbitraire et contraire à l'égalité de traitement de leur faire en plus bénéficier d'une protection plus longue que celle dont bénéficient les travailleurs ordinaires.

Troisièmement, l'entreprise de travail temporaire pouvait attester qu'elle n'avait aucune procédure en cours concernant des créances salariales de travailleurs temporaires avant février 2003, date pour laquelle il y a déjà prescription. D'ailleurs, si une procédure avait été en cours, c'est la caution en vigueur au moment des faits qui devait entrer en considération.

En conclusion, l'acte de cautionnement établi donnait objectivement toutes les garanties nécessaires pour les créances salariales des travailleurs temporaires. L'exigence que l'effet rétroactif soit fixé à décembre 1997 au lieu de mars 1998 est par conséquent, selon ce qui précède, formellement excessive et disproportionnée.

Suite à cette prise de position de l'entreprise de travail temporaire, le Service de l'emploi est revenu sur son exigence et l'a annulé.

¹⁰¹ RS 151.1.

¹⁰² CARRUZZO, n° 565ss.

Article 15 LSE**Durée et portée****I. Dispositions légales****A. LSE****Art. 15 LSE Durée et portée**

¹L'autorisation est délivrée pour une durée illimitée et donne droit d'exercer la location de services dans l'ensemble de la Suisse.

²L'autorisation de louer les services vers l'étranger est limitée à des pays déterminés.

³Les personnes responsables de la gestion sont nommément indiquées dans l'autorisation.

⁴Le Conseil fédéral fixe les émoluments d'octroi de l'autorisation.

⇒ *Le projet de loi prévoyait que l'autorisation devait initialement être délivrée pour une année, puis qu'elle était ensuite renouvelable pour une durée de cinq à dix ans. La version adoptée n'a pas repris cette proposition et a institué une autorisation de durée illimitée (cf. néanmoins l'art. 16 al. 1 LSE).*

B. OSE**Art. 42 OSE Autorisation**

¹L'autorisation est établie au nom de l'entreprise.

²Sont consignés dans l'autorisation :

- a. le nom et l'adresse de l'entreprise ;
- b. les noms des responsables de la location de services ;
- c. l'adresse des locaux commerciaux qui ne sont pas situés au siège de l'entreprise ;
- d. le champ d'application géographique et matériel de l'autorisation.

Art. 43 OSE Changements dans l'entreprise

Le bailleur de services est tenu de communiquer sans délai à l'autorité cantonale compétente tout changement des données qui figurent dans sa demande d'autorisation ou dans la déclaration de sa succursale.

C. OEmol-LSE**Art. 7 OEmol-LSE¹⁰³ Émoluments perçus pour l'octroi d'autorisations aux entreprises de location de services**

¹L'émolument perçu pour l'octroi de l'autorisation est compris entre 700 et 1500 francs, en fonction du travail occasionné aux autorités.

¹⁰³ Nouvelle teneur selon le ch. I de l'O du 20 oct. 1999, en vigueur depuis le 1^{er} déc. 1999 (RO 1999 2716).

²L'émolument perçu pour la modification de l'autorisation est compris entre 200 et 800 francs, en fonction du travail occasionné aux autorités.

Art. 7a OE-mol-LSE¹⁰⁴ Applicabilité de l'ordonnance générale sur les émoluments

Sauf disposition particulière de la présente ordonnance, l'ordonnance générale du 8 septembre 2004 sur les émoluments¹⁰⁵ s'applique aux émoluments perçus pour l'octroi d'autorisations au sens des art. 1 et 7 par le Secrétariat d'Etat à l'économie (SECO).

II. Travaux législatifs

A. Projet du 27 novembre 1985 (FF 1985 III 623)

Art. 15 LSE Étendue et durée de l'autorisation

¹L'autorisation est initialement délivrée pour une année. Elle est ensuite renouvelable pour une durée de cinq à dix ans.

²L'autorisation habilite son détenteur à pratiquer la location de services dans l'ensemble de la Suisse.

³L'autorisation de louer les services vers l'étranger est limitée à certains pays.

⁴Les personnes responsables de la gestion sont nommément indiquées dans l'autorisation.

⁵Le Conseil fédéral fixe les émoluments d'octroi de l'autorisation.

B. Message du 27 novembre 1985 (FF 1985 III 585)

« Par sa structure et son contenu, l'article 15 correspond à l'article 4. Nous renvoyons par conséquent au commentaire donné pour cet article ».

Commentaire relatif à l'article 4 (FF 1985 III 573)¹⁰⁶ :

« L'article 4 oblige les autorités à préciser chaque fois le champ de validité de l'autorisation à raison de la matière, du temps et de l'aire géographique. En ce qui concerne la matière, l'autorisation peut être valable pour l'ensemble des professions ou uniquement pour le placement de musiciens, de personnel de maison, etc. La détermination de l'aire géographique dans laquelle le placeur est autorisé à exercer son activité se réfère aux locaux commerciaux situés dans un canton, qui doivent tous être mentionnés dans l'autorisation, ainsi qu'au champ d'activité autorisé.

Le 1^{er} alinéa, qui est nouveau, a, à la différence du droit actuel, un caractère contraignant. Il prescrit que l'autorisation est, la première fois, délivrée pour un an seulement. Une entreprise de placement doit tout d'abord subir une période de mise à

¹⁰⁴ Introduit par le ch. I de l'O du 16 juin 2006, en vigueur depuis le 1^{er} août 2006 (RO 2006 2685).

¹⁰⁵ RS 172.041.1.

¹⁰⁶ Remarque des auteurs : le Message du Conseil fédéral renvoie expressément aux explications relatives à cette disposition. Ces dernières doivent ainsi être considérées par analogie.

l'épreuve avant d'obtenir une autorisation livrée pour une période plus longue (dix ans au maximum).

En règle générale, l'autorisation renouvelable est délivrée pour une durée de cinq à dix ans. Cette réglementation procède surtout de la considération qu'un placeur qui travaille correctement doit pouvoir planifier à long terme l'exploitation de son entreprise. En outre, une fois la phase de mise à l'épreuve écoulée, le surplus de travail administratif causé par des renouvellements fréquents de l'autorisation ne se justifierait pas. De toute manière, il est possible de retirer en tout temps l'autorisation lorsque les conditions exigées ne sont plus remplies (art. 5).

Les 2^e et 3^e alinéas précisent que l'autorisation cantonale donne le droit d'exercer l'activité de placement dans toute la Suisse (mais ne permet pas, toutefois, d'ouvrir de nouveaux bureaux de placement (cf. art. 2, 5^e al.), alors que l'autorisation fédérale mentionne chaque fois les États dans lesquels il est possible de placer des demandeurs d'emploi ou de recruter du personnel pour le placer en Suisse.

Le 5^e alinéa autorise le Conseil fédéral à établir des tarifs fixant les émoluments à percevoir pour l'octroi d'autorisations cantonales et fixe les émoluments à percevoir pour la délivrance de l'autorisation fédérale ».

Article 16 LSE**Retrait****I. Dispositions légales****A. LSE****Art. 16 LSE Retrait**

¹L'autorisation est retirée lorsque le bailleur de services :

a. l'a obtenue en donnant des indications inexactes ou fallacieuses ou en taisant des éléments essentiels ;

b. enfreint de manière répétée ou grave des dispositions impératives ressortissant à la protection des travailleurs, la présente loi ou des dispositions d'exécution, en particulier les dispositions fédérales ou cantonal les relatives à l'admission des étrangers ;

c. ne remplit plus les conditions requises pour l'octroi de l'autorisation.

²Si le bailleur de services ne remplit plus certaines des conditions requises pour l'octroi de l'autorisation, l'autorité qui l'a délivrée doit, avant d'en décider le retrait, impartir au bailleur de services un délai pour régulariser sa situation.

⇒ *Pas de modifications de fond par rapport au projet de loi.*

B. OSE**Art. 44 OSE Retrait de l'autorisation**

¹Si le bailleur de services se trouve dans l'une des situations d'infraction prévues à l'art. 16, al. 1, let. a ou b, LSE, l'autorité compétente peut :

a. lui retirer l'autorisation sans lui impartir de délai pour régulariser sa situation ;

b. arrêter, dans la décision de retrait, que l'entreprise n'aura le droit de déposer une nouvelle demande d'autorisation qu'après échéance d'un délai d'attente de deux ans au plus.

²L'autorité cantonale compétente annonce au SECO toutes les sanctions prises en application de l'art. 16, LSE. Elle lui communique en particulier les noms des personnes dont il s'est avéré qu'elles n'étaient pas en mesure d'exercer correctement la location de services.

Art. 45 OSE Suppression de l'autorisation

¹L'autorité compétente supprime l'autorisation lorsque l'entreprise :

a. en fait la demande ;

b. a cessé toute activité de placement.

²Il y a présomption de cessation d'activité lorsque l'entreprise n'a plus loué les services de travailleurs durant toute une année civile.

II. Travaux législatifs

A. Projet du 27 novembre 1985 (FF 1985 III 623)

Art. 16 LSE Retrait

L'autorisation est retirée lorsque le bailleur de services :

- a. A obtenu l'autorisation en donnant des indications inexactes ou fallacieuses ou en taisant des éléments essentiels ;
- b. Enfreint de manière répétée ou grave des prescriptions impératives de protection des travailleurs, la présente loi ou des dispositions d'exécution, en particulier les prescriptions fédérales ou cantonales relatives à l'admission des étrangers ;
- c. Ne satisfait pas, nonobstant avertissement, aux conditions posées par l'autorité compétente pour délivrer l'autorisation ;
- d. Ne remplit plus les conditions requises pour la délivrance de l'autorisation.

B. Message du 27 novembre 1985 (FF 1985 III 585)

« Exception faite de la lettre b, l'article 16 correspond à la disposition relative au retrait de l'autorisation dans le cas du placement privé (cf. explications relatives à l'art. 5). Le terme de « bailleur de services » est un terme générique pour toutes les personnes exerçant une activité de location de services. Étant donné que le bailleur de services engage des travailleurs, l'autorité compétente en matière d'autorisation doit, conformément au but visé par la loi, prévenir les infractions aux prescriptions du droit du travail. C'est pourquoi la lettre b prescrit le retrait (temporaire ou durable) de l'autorisation lorsque le bailleur de services enfreint de manière grave et répétée les prescriptions impératives en matière de protection des travailleurs (p. ex. condamnation pour non-respect des prescriptions sur le temps de travail et de repos, ou pour imputation injustifiée des créances de salaire). Font notamment partie des prescriptions impératives en matière de protection des travailleurs les prescriptions du droit du travail¹⁰⁷, celles du droit en matière de contrat de travail¹⁰⁸ ainsi que, nouvellement, celles de la loi sur l'assurance contre les accidents¹⁰⁹ (cf. surtout art. 66, 1^{er} al., let. o, et 82ss LAA) ».

Explications relatives à l'article 5 (FF 1985 III 574)¹¹⁰ :

« L'article 5 énumère les raisons justifiant un retrait de l'autorisation. Selon la gravité des infractions commises, l'autorisation peut être retirée momentanément ou de manière durable. Les lettres a, c et d correspondent aux motifs énumérés à l'article 11 de la loi actuelle sur le service de l'emploi. Il a fallu prévoir d'autres motifs du retrait aux lettres b et c parce que le placement illicite de travailleurs étrangers exige de manière urgente une norme interdisant de manière expresse ces agissements et, en outre, parce que l'autorité

¹⁰⁷ RS 822.11.

¹⁰⁸ RS 220 ; Mention des dispositions impératives dans le CO art. 361 et 362.

¹⁰⁹ RS 832.20.

¹¹⁰ Remarque des auteurs : le Message du Conseil fédéral renvoie expressément aux explications relatives à cette disposition. Ces dernières doivent ainsi être considérées par analogie.

chargée de délivrer l'autorisation manquait jusqu'ici de bases légales lui permettant d'imposer les charges voulues. La notion de placeur figurant dans l'article est une notion générique comprenant toutes les catégories de personnes chargées du placement. Elle embrasse donc non seulement les personnes responsables de la gestion, mais aussi leur personnel auxiliaire. Ainsi est fixée clairement la responsabilité du propriétaire de l'entreprise quant à l'activité de ses auxiliaires. Les personnes assumant la gestion ne doivent pas pouvoir invoquer le fait qu'elles n'étaient pas au courant du comportement illicite d'un collaborateur.

Le retrait d'une autorisation ne doit pas entraîner le retrait des autres autorisations dont bénéficie une entreprise. Seule est retirée l'autorisation touchée par la commission d'actes illicites ou pour laquelle les conditions dont dépend l'octroi de l'autorisation ne sont plus remplies.

La lettre a règle le retrait d'une autorisation que le placeur a obtenue en donnant des indications inexactes ou fallacieuses. Les données inexactes fournies par négligence (p. ex. sur les aptitudes du personnel de placement) ne causent en revanche pas directement le retrait de l'autorisation, le retrait n'intervenant qu'après une mise en garde répétée au sens de la lettre b. L'autorisation ne doit être retirée qu'à la suite de fausses indications qui jouent un rôle important pour sa délivrance (cf. art. 3), par exemple lorsqu'on donne des indications fallacieuses sur la réputation du candidat et sur ses antécédents judiciaires, sur l'état du local commercial ou sur aptitude à exercer le placement.

La lettre b donne aux autorités la possibilité de retirer l'autorisation à une entreprise de placement lorsqu'en dépit d'un avertissement, le placeur continue à gérer son entreprise de manière non conforme aux exigences. Cette disposition doit en particulier permettre d'obtenir que la personne assumant la gestion veille à choisir de manière adéquate le personnel exécutant des opérations de placement, à bien les instruire et à exercer la surveillance voulue. La lettre b s'applique également aux entreprises qui exécutent des opérations intéressant l'étranger mais sont uniquement au bénéfice d'une autorisation cantonale. Celui qui place du personnel sans être au bénéfice d'une autorisation est puni en vertu de l'article 39, 1^{er} alinéa. L'infraction peut être commise intentionnellement ou par négligence. Pour éviter des rigueurs disproportionnées, il y a lieu d'adresser un avertissement à la personne fautive lors de la première infraction.

La lettre c établit comme motif de retrait le placement répété de travailleurs étrangers au noir. À vrai dire, il ne serait formellement pas nécessaire de mentionner expressément ce motif parce que le placement de travailleurs n'ayant pas d'autorisation de travail constitue déjà une infraction au sens de la lettre b (cf. art. 39, 1^{er} al.). Toutefois, il importe de mentionner expressément ce motif par souci de précision et à des fins de prévention d'abus.

Les « clandestins » ne tombent pas sous le coup de cette disposition parce qu'ils opèrent chaque fois sans être au bénéfice d'une autorisation ; toutefois, il est possible de les poursuivre en vertu de l'article 39 du projet.

La lettre d se réfère à l'article 3 et n'a par conséquent pas besoin d'être commentée ».

III. Jurisprudence

A. Travailleurs étrangers / Absence d'autorisation de travail / Libre circulation des personnes ; ATF 134 IV 57

Dans cette affaire, deux peintres en bâtiment allemands sont engagés pour travailler en Suisse entre 2005 et 2006, sans que leur employeur ne requière les autorisations de travail nécessaires. L'employeur est dénoncé et condamné pour violation de la loi fédérale du 26 mars 1931 sur le séjour et l'établissement des étrangers (ci-après : LSEE)¹¹¹.

L'employeur recourt jusqu'au Tribunal fédéral.

Dans son arrêt, la Haute Cour indique qu'en raison de l'accord sur la libre circulation, les autorisations de travail délivrées en application de cet accord ont en principe un effet déclaratif. Toutefois, tant que l'autorisation de travail est soumise au contingentement, la prise d'un emploi sans autorisation de séjour demeure illégale.

En l'occurrence, entre 2005 et 2006, les mesures de contingentement étaient encore en vigueur et, dans ce cas, l'employeur était encore tenu de requérir des autorisations de travail pour les deux peintres allemands.

B. Travailleurs étrangers extra européens / Demande d'autorisation de travail alors que l'activité a déjà débuté ; Tribunal d'arrondissement de Lausanne, arrêt du 25.10.2007, E07.006090-MFB

Une entreprise de travail temporaire dépose diverses demandes d'autorisation de travail pour des collaborateurs extra européens. Les autorisations de travail sont délivrées alors que l'activité temporaire avait déjà débuté. Le directeur de l'entreprise fait alors l'objet d'une poursuite pénale pour violation des règles sur le droit des étrangers et de la location de services.

Le Tribunal d'arrondissement a estimé, sur la base de témoignages, que la pratique qui consiste à déposer une demande d'autorisation 2 à 3 jours après le début de la mission était courante et que de ce fait, le directeur de l'entreprise n'a pas intentionnellement violé la loi.

Dans un autre cas, un travailleur temporaire avait fait l'objet d'une demande d'autorisation, mais celle-ci avait été refusée. Le Tribunal d'arrondissement a jugé qu'il s'agissait d'un cas de peu de gravité et l'infraction à la LSEE¹¹² n'a pas été retenue.

Dans un troisième cas, un conseiller en personnel d'une entreprise de travail temporaire a placé un travailleur sur un chantier durant un mois, sans autorisation de travail. Le Tribunal d'arrondissement a également estimé que dans un tel cas, le directeur de

¹¹¹ Actuellement loi fédérale du 16 décembre 2005 sur les étrangers (LEtr), RS 142.20.

¹¹² Actuellement loi fédérale du 16 décembre 2005 sur les étrangers (LEtr), RS 142.20.

l'entreprise de travail temporaire n'était pas non plus responsable des actes de son collaborateur.

- C. Travailleurs étrangers / Demande d'autorisation de travail
alors que l'activité a déjà débuté ; Tribunal de police du
district de la Chaux-de-Fonds, arrêts du 06.11.1997 et du
18.10.2005, CHX/POL/41238/1996 et POL.2005.71 / Tribunal
de police du district de Neuchâtel, arrêt du 12.12.2006,
POL.2006.505

Il résulte de ces jugements que lorsqu'une demande de main-d'œuvre étrangère a été déposée, mais que l'autorisation de travail n'est accordée qu'après que l'emploi ait débuté, on doit considérer qu'il a été remédié à l'illicéité de la situation et qu'il n'y a pas eu de volonté d'enfreindre les prescriptions légales en vigueur.

- D. Travailleur étranger européen / Annonce aux autorités /
Travail anticipé du collaborateur ; Tribunal de police du
district de la Chaux-de-Fonds, arrêt du 12.03.2009,
POL.2008.198

Un responsable d'une agence de travail temporaire est poursuivi pour violation de la LSEE¹¹³. Dans le cas d'espèce, un contrat de mission avait été conclu avec un ressortissant français pour une durée inférieure à 90 jours. L'annonce prévue par l'ordonnance sur l'introduction de la libre circulation des personnes (ci-après : OLCP)¹¹⁴ avait été respectée. Toutefois, la société locataire de services avait pris la décision de faire travailler le collaborateur temporaire de manière anticipée. Ainsi, les dates de la mission ne coïncidaient plus avec les dates annoncées aux autorités. À l'occasion d'un contrôle, le responsable de l'agence de travail temporaire a été dénoncé aux autorités pénales.

Le Tribunal de police a tout d'abord constaté que la LSEE n'était plus en vigueur au moment des faits. Il a également constaté que l'engagement des ressortissants européens n'était plus soumis au régime des autorisations si la durée de l'engagement est inférieure à 90 jours, seule la procédure d'annonce étant nécessaire.

Le responsable de l'agence de travail temporaire a dès lors été acquitté¹¹⁵.

¹¹³ Actuellement loi fédérale du 16 décembre 2005 sur les étrangers (LEtr), RS 142.20.

¹¹⁴ RS 142.203.

¹¹⁵ L'art. 32a OLCP a été modifié le 1^{er} juin 2009. Selon cette disposition, l'employeur qui ne respecte pas la procédure d'annonce intentionnellement ou par négligence sera puni d'une amende jusqu'à CHF 5'000.-. Selon les auteurs, le non-respect d'une procédure d'annonce ne reste toutefois pas punissable en tant que travail illicite au sens de la LEtr.

**E. Travailleurs étrangers extra européens / Absence
d'autorisation de travail ; Tribunal de police du district de la
Chaux-de-Fonds, arrêt du 20.11.2008, POL.2008.174**

Un ressortissant du Cap-Vert titulaire d'une autorisation de séjour annuelle (livret B) commence une activité de deux jours auprès d'une entreprise industrielle. À l'échéance de son activité, il se présente à l'entreprise de travail temporaire pour laquelle il avait l'habitude de travailler, pensant que celle-ci était au courant de sa mission auprès de l'entreprise industrielle. Constatant que le collaborateur n'était pas au bénéfice d'un contrat de mission, un conseiller en personnel a « validé » cette mission en lui établissant un contrat a posteriori.

Dénoncé pour avoir loué un travailleur pour lequel aucune autorisation n'avait été déposée, le responsable de l'agence temporaire a été renvoyé devant le Tribunal de police.

Le Tribunal a toutefois constaté qu'à partir du 1^{er} janvier 2008, l'employeur n'est plus tenu de solliciter une autorisation de travail pour occuper un travailleur extra européen séjournant en Suisse au bénéfice d'un permis. Quand bien même les actes ont été commis avant cette date, la loi la plus favorable doit s'appliquer au prévenu.

Au surplus, le Tribunal de police a souligné que le responsable de l'agence n'a pas directement traité ce dossier et donc pas agi intentionnellement, le conseiller en personnel s'étant seul occupé du cas.

Pour ces motifs, le responsable d'agence a été acquitté.

IV. Chapitres choisis

A. Le retrait de l'autorisation en général

L'autorisation de pratiquer la location de services peut être retirée non seulement lorsque le bailleur de services enfreint gravement des dispositions impératives de la LSE (comme l'utilisation de contrats de travail ou de contrats de location de services non conformes à la LSE, la violation des prescriptions en matière de sûretés ou la violation de l'obligation de renseigner), ses dispositions d'exécution ou encore les dispositions fédérales ou cantonales relatives à l'admission des étrangers, mais aussi lorsqu'il enfreint les prescriptions en matière de protection des travailleurs. Cette règle vaut aussi bien pour les dispositions suisses que pour les prescriptions étrangères de protection des travailleurs si le bailleur loue les services de travailleurs à des entreprises de mission à l'étranger. L'article 16 alinéa 1 lettre b LSE s'applique donc aussi en cas d'infraction aux dispositions de protection des travailleurs en vigueur à l'étranger¹¹⁶.

Le retrait de l'autorisation (art. 16 LSE et 44 OSE) ne doit pas être confondu avec la suppression de l'autorisation (art. 45 OSE). La suppression intervient lorsque l'entreprise en fait la demande ou lorsqu'elle a cessé toute activité de placement. La suppression de

¹¹⁶ SECO, Directives et commentaires relatifs à la LSE et aux ordonnances, pp. 34ss et 88.

l'autorisation est ainsi une procédure à caractère déclaratoire : une communication suffit. À l'inverse, dans le cas d'un retrait, une décision formelle susceptible de recours et indiquant les voies de recours doit être établie¹¹⁷.

B. Violation des dispositions impératives de protection des travailleurs

Comme le bailleur de services engage des travailleurs, l'autorité qui délivre les autorisations doit parer aux infractions contre les prescriptions du droit du travail, comme le veut la loi. C'est pourquoi l'article 16 alinéa 1 lettre b LSE ordonne de retirer l'autorisation en cas de violation répétée des dispositions impératives relevant de la protection des travailleurs¹¹⁸.

On peut être en présence d'une telle violation, par exemple lorsque le bailleur de services¹¹⁹ :

- n'observe pas les prescriptions de travail et de repos, c'est-à-dire principalement les prescriptions de la LTr, ainsi que des ordonnances respectives ;
- ne respecte pas les dispositions relatives au salaire et à l'horaire de travail prévues par les CCT avec déclaration d'extension (voir l'art. 20 LSE ainsi que le commentaire dès p. 167, respectivement dès p. 195) ;
- annule de façon injustifiée des créances de salaires ;
- ne verse pas les cotisations aux assurances sociales (dans un tel cas, l'employeur s'expose de plus à des poursuites pénales)¹²⁰.

C. Respect des dispositions légales relatives à l'admission des étrangers

Il appartient à l'employeur, avant de conclure un contrat de travail, de contrôler si le travailleur étranger est au bénéfice d'un permis de séjour l'autorisant à exercer une activité lucrative en Suisse. Le cas échéant, l'employeur doit dans tous les cas (à l'exception du permis C) obtenir l'autorisation de travail nécessaire pour l'emploi envisagé. Il incombe dès lors au bailleur de services de suivre la procédure relative à la demande de permis de travail auprès du service des étrangers. Le respect des dispositions de la loi fédérale du 16 décembre 2005 sur les étrangers (ci-après : LEtr)¹²¹ est une condition impérative pour autoriser une société à pratiquer la location de services. La LSE et l'OSE prévoient des sanctions tant sur le plan administratif que pénal en cas d'infractions à la LEtr.

¹¹⁷ MATHIS-ZWYGART, Le travail temporaire, p. 405 ; SECO, Directives et commentaires relatifs à la LSE et aux ordonnances, pp. 34 et 37.

¹¹⁸ SECO, Directives et commentaires relatifs à la LSE et aux ordonnances, pp. 88 s.

¹¹⁹ SECO, Directives et commentaires relatifs à la LSE et aux ordonnances, pp. 88 s.

¹²⁰ SECO, Directives et commentaires relatifs à la LSE et aux ordonnances, pp. 88 s.

¹²¹ RS 142.20.

Sur le plan administratif, l'article 16 alinéa 1 lettre b LSE dispose que l'autorisation est retirée lorsque le bailleur de services enfreint de manière répétée ou grave des dispositions impératives relevant de la protection des travailleurs, la LSE ou des dispositions d'exécution, en particulier les dispositions fédérales ou cantonales relatives à l'admission des étrangers. Selon l'article 44 alinéa 1 OSE, si le bailleur de services se trouve dans l'une des situations d'infraction prévue à l'article 16 alinéa 1 lettres a ou b LSE, l'autorité compétente peut lui retirer l'autorisation sans lui impartir de délai pour régulariser sa situation (let. a) et arrêter, dans la décision de retrait, que l'entreprise n'aura le droit de déposer une nouvelle demande d'autorisation qu'après échéance d'un délai d'attente de deux ans au plus.

Sur le plan pénal, l'article 39 alinéa 1 lettre b LSE précise que celui qui, intentionnellement, aura placé des étrangers ou les aura engagés pour en louer les services sans observer les prescriptions légales en matière de main-d'œuvre étrangère, sera puni d'une amende de CHF 100'000.- au maximum. Est réservée une sanction supplémentaire en application des articles 115ss LEtr.

Article 17 LSE**Obligation de renseigner****I. Dispositions légales****A. LSE****Art. 17 LSE Obligation de renseigner**

¹Sur requête de l'autorité qui délivre l'autorisation, le bailleur de services est tenu de fournir tous les renseignements nécessaires ainsi que les documents requis.

²Lorsqu'il y a présomption sérieuse qu'une personne procure professionnellement les services de travailleurs à des tiers sans autorisation, l'autorité qui délivre les autorisations peut également exiger des renseignements de toutes les personnes et entreprises intéressées.

³Dans les domaines régis par une convention collective de travail étendue, le bailleur de services doit présenter à l'organe paritaire compétent tous les documents permettant de vérifier que les conditions de travail sont conformes à l'usage local. Dans les domaines non régis par une convention collective de travail étendue, les renseignements doivent être fournis à la commission cantonale tripartite compétente¹²².

⇒ Dans la version adoptée, le caractère « abusif » et « dans un but lucratif » du projet a été remplacé par le caractère « professionnel » et « l'absence d'autorisation ». Quant à l'alinéa 3, il est en vigueur depuis le 1^{er} avril 2006.

B. OSE**Art. 43 OSE Changements dans l'entreprise**

Le bailleur de services est tenu de communiquer sans délai à l'autorité cantonale compétente tout changement des données qui figurent dans sa demande d'autorisation ou dans la déclaration de sa succursale.

II. Travaux législatifs**A. Projet du 27 novembre 1985 (FF 1985 III 623)****Art. 17 LSE Obligation de renseigner**

¹Sur requête de l'autorité qui délivre l'autorisation, le bailleur de services est tenu de fournir tous les renseignements nécessaires ainsi que les documents requis.

²Lorsqu'il y a présomption sérieuse qu'une personne procure abusivement les services de travailleurs à des tiers dans un but lucratif, l'autorité compétente qui délivre l'autorisation peut aussi exiger des renseignements de toutes les personnes et entreprises intéressées.

¹²² Introduit par l'art. 2 ch. 4 de l'AF du 17 déc. 2004 portant approbation et mise en œuvre du prot. relatif à l'extension de l'ac. entre la Confédération suisse, d'une part, et la CE et ses États membres, d'autre part, sur la libre circulation des personnes aux nouveaux États membres de la CE et portant approbation de la révision des mesures d'accompagnement concernant la libre circulation des personnes, en vigueur depuis le 1^{er} avril 2006 (RO 2006 979 994 ; FF 2004 5523 6187).

B. Message du 27 novembre 1985 (FF 1985 III 585)

« 1^{er} alinéa : cf. les explications relatives à l'article 6.

2^e alinéa : la location de services se déroule toujours en deux endroits : dans le bureau du bailleur de services et sur le lieu de travail. Lorsqu'il y a présomption de violation du droit, les autorités doivent donc avoir la possibilité de se renseigner aux deux endroits. Ceci est particulièrement important du fait que des bailleurs de services sans autorisation travaillent souvent sans aucun document écrit ou même sans siège permanent. L'entreprise locataire de services offre alors la seule possibilité d'avoir prise ».

Explications relatives à l'article 6 (FF 1985 III 575)¹²³ :

« Une fois l'autorisation accordée, les autorités doivent aussi pouvoir consulter les registres et les pièces concernant les opérations de placement et pouvoir, après s'être annoncées, procéder à une visite du local commercial pour établir s'il est conforme aux exigences ».

III. Chapitre choisi : Proportionnalité des contrôles de l'autorité administrative

A. Introduction

L'article 17 alinéa 3 LSE énonce que dans les domaines régis par une CCT étendue, le bailleur de services doit présenter à l'organe paritaire compétent tous les documents permettant de vérifier que les conditions de travail sont conformes à l'usage local. Dans les domaines non régis par une CCT étendue, les renseignements doivent être fournis à la commission cantonale tripartite compétente. L'article 20 alinéa 2 LSE indique quant à lui que l'organe paritaire de contrôle prévu par une CCT étendue est habilité à contrôler le bailleur de services.

Il convient encore d'ajouter que le terme « intéressé » utilisé à l'article 17 alinéa 2 LSE doit être interprété au sens large afin de permettre aux autorités de procéder à une enquête approfondie. L'intéressé – par exemple le locataire de services (entreprise de mission) – est néanmoins uniquement tenu de fournir les renseignements demandés, mais n'est pas obligé de laisser consulter ses dossiers¹²⁴.

Dans la pratique, on observe malheureusement que les organes paritaires compétents – respectivement les commissions cantonales tripartites – ont souvent des exigences disproportionnées par rapport au but à atteindre, qui est de vérifier que le bailleur de services respecte les dispositions légales impératives, ainsi que les CCT applicables.

Ci-dessous, un exposé succinct du principe de la proportionnalité, puis trois exemples tirés de la pratique seront abordés.

¹²³ Remarque des auteurs : le Message du Conseil fédéral renvoie expressément aux explications relatives à cette disposition. Ces dernières doivent ainsi être considérées par analogie.

¹²⁴ SECO, Directives et commentaires relatifs à la LSE et aux ordonnances, p. 90.

B. Le principe de la proportionnalité

Base légale

Dans la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (ci-après : Cst)¹²⁵, la base légale du principe de la proportionnalité se trouve à l'article 5 alinéa 2 Cst en ce qui concerne l'activité de l'État, et à l'article 36 alinéa 3 Cst en ce qui concerne les restrictions aux droits fondamentaux. Selon l'article 5 alinéa 2 Cst, « *l'activité de l'État doit répondre à un intérêt public et être proportionnée au but visé* ». Selon l'article 36 alinéa 3 Cst, « *toute restriction d'un droit fondamental doit être proportionnée au but visé* ».

La majorité des cantons reprennent le principe de la proportionnalité dans leurs constitutions respectives. Dans la Constitution de la République et Canton de Neuchâtel par exemple (ci-après : CstNE)¹²⁶, la base légale du principe de la proportionnalité se trouve à l'article 33 alinéa 1 CstNE en ce qui concerne les restrictions aux droits fondamentaux. Selon ce dernier, « *les droits fondamentaux ne peuvent être limités que si la restriction se fonde sur une base légale, si elle est justifiée par un intérêt public prépondérant ou par la protection d'un droit fondamental d'autrui et si elle respecte le principe de la proportionnalité* ». La CstNE ne contient aucune allusion au principe de la proportionnalité dans l'activité de l'État.

Selon la doctrine néanmoins, il est généralement admis que le principe de la proportionnalité appartient aux principes généraux du droit, écrits ou non. De plus, le Tribunal fédéral situe le principe de la proportionnalité dans l'ordre constitutionnel : « *Le principe découle directement de la Constitution et vaut tant pour l'application du droit que pour l'activité du législateur* »¹²⁷.

Par conséquent, non seulement l'activité de l'État doit être proportionnée au but visé (la LSE étant la base de cette activité), mais les restrictions que la Confédération (par la LSE) et les cantons (par la mise en œuvre de la LSE) peuvent apporter à la liberté économique (ou liberté du commerce et de l'industrie) en vertu de l'article 36 Cst doivent de plus figurer dans une loi au sens matériel (la LSE en l'espèce), se justifier par un intérêt public (ordre public et politique sociale en l'espèce) et respecter les principes de proportionnalité et d'égalité de traitement.

Principe de la proportionnalité

Le principe de base de la proportionnalité est que le but ne justifie pas les moyens. En effet, la poursuite d'un intérêt public en soi justifié ne permet pas l'utilisation de n'importe quel moyen. Ainsi, la proportionnalité – sœur jumelle de l'intérêt public – exige que l'État se limite, dans son activité qui restreint une liberté fondamentale, au strict nécessaire. Les moyens utilisés doivent rester dans une relation raisonnable par rapport aux buts poursuivis.

¹²⁵ RS 101.

¹²⁶ RSN 101.

¹²⁷ MULLER, p. 213 ; ATF 96 I 242.

La condition de la proportionnalité se décompose traditionnellement en trois éléments : l'aptitude, la nécessité et la proportionnalité au sens étroit.

- **L'aptitude** : La mesure doit être appropriée, c'est-à-dire apte à atteindre le but d'intérêt public visé. Si le moyen utilisé n'est pas apte à atteindre ce but, c'est que l'utilisation de ce moyen n'a pas de sens ou qu'elle vise un autre but que celui qu'on prétend viser ;
- **La nécessité** : En plus de l'aptitude, la mesure restrictive ne doit pas être excessive, c'est-à-dire plus rigoureuse qu'il n'est nécessaire pour atteindre le but visé. La règle de la nécessité exige donc qu'entre diverses mesures administratives aptes à atteindre le but d'intérêt public visé, on choisisse celle qui porte le moins atteinte aux intérêts privés ou publics opposés. Ceci peut concerner la nature même de la mesure (par ex. des conditions à la place d'une interdiction), sa durée (par ex. une interdiction limitée dans le temps à la place d'une interdiction générale), sa portée matérielle, personnelle, spatiale, etc. ;
- **La proportionnalité au sens étroit** : Il faut enfin que la mesure soit proportionnelle au sens étroit du terme, c'est-à-dire proportionnée au but qu'il s'agit d'atteindre. L'autorité doit donc procéder à une pesée des intérêts dans le cas particulier entre l'intérêt public poursuivi par la mesure et l'atteinte aux intérêts du particulier. La mesure administrative remplit la condition de la proportionnalité au sens étroit si elle est justifiée par un intérêt public plus important que l'intérêt privé opposé. Cette atteinte ne peut être imposée à l'administré concerné que dans ce cas.

C. Exemples

Exemple 1 (directives à notre avis disproportionnées)

Dans ce premier exemple tiré d'un cas réel, le canton de Neuchâtel a édicté des « *Directives relatives à la révision d'une société de location de services et de placement privé* ». Ces directives contiennent notamment les clauses suivantes :

« Respect du contrat-cadre de travail, du contrat de mission et des décomptes de salaires dans le cadre de la location de services (art. 19 LSE)

Les documents suivants, approuvés par l'autorité de surveillance [mise en évidence par les auteurs], seront remis à l'organe de révision comme base de contrôle :

- *une copie du contrat-cadre de travail ;*
- *une copie du contrat de mission ;*
- *une copie du contrat de location de services.*

[...]

Respect de protection des travailleurs et des conventions collectives dans les différents contrats des législations sociales (art. 20 LSE, 48a al. 2 OSE)

[...] À cet effet, le bailleur de services doit fournir une liste exhaustive du personnel temporaire loué pour chaque branche d'activité professionnelle et tenir à disposition

l'ensemble des contrats de travail et des pièces comptables y relatives, et ce pour chaque travailleur dont les services ont été loués.

De plus, il doit également fournir, lors de la révision :

- *le nom de l'institution de prévoyance à laquelle la société est affiliée ;*
- *un exemplaire des conditions générales des institutions de prévoyance ;*
- *le nom de l'assurance à laquelle les travailleurs sont affiliés en cas de perte de gain pour cause de maladie ;*
- *un exemplaire des conditions générales de cette assurance ;*
- *tous les documents permettant de démontrer que les assurances sociales ont bien été versées ainsi que les impôts à la source ont bien été prélevés ;*
- *un exemplaire des tarifs d'inscription et de commission, s'il y a lieu (placement privé)*

[...]

Procédure d'annonce – Travailleurs européens (moins de 90 jours)

[...]

Avant le contrôle, le bailleur de services doit fournir une liste exhaustive des travailleurs européens engagés par le biais des formulaires d'annonce ».

Sur la base de ces exigences, le bailleur de services soumis au contrôle a été obligé de préparer un nombre considérable de dossiers, de les classer par branche d'activité professionnelle et de tenir à disposition de l'autorité administrative l'ensemble de ces documents.

Lors du contrôle, l'autorité administrative en a sélectionné puis contrôlé une quinzaine au hasard. Le travail du bailleur de services est ainsi largement disproportionné. En effet, deux conditions qui composent le principe de la proportionnalité ne sont pas remplies :

- **L'aptitude :** Les mesures doivent être appropriées, c'est-à-dire aptes à atteindre le but d'intérêt public visé (politique sociale). Dans le cas d'espèce, il paraît clair que les différentes et lourdes exigences des directives sont aptes à vérifier le respect des contrats-cadres de travail, des contrats de mission, des décomptes de salaires, du respect de la protection des travailleurs, des CCT et du respect des procédures d'annonce.

La condition de l'aptitude est par conséquent remplie.

- **La nécessité :** La règle de la nécessité exige qu'entre diverses mesures administratives aptes à atteindre le but d'intérêt public visé, on choisisse celle qui porte le moins atteinte aux intérêts privés ou publics opposés.

Dans le cas d'espèce, la condition de la nécessité n'est à notre sens pas remplie. En effet, la formulation des directives aurait plutôt dû se rapprocher de la formulation « *le bailleur de services doit tenir à disposition l'ensemble des [...] »*, plutôt que de la formulation « *le bailleur de services doit fournir une liste*

exhaustive du [...] ». La première formulation est celle qui concilie au mieux les intérêts privés et publics opposés. On peut en effet difficilement exiger d'une entreprise – dont la gestion n'est pas forcément informatisée dans sa totalité, voire déléguée à un tiers – qu'elle consacre plusieurs jours à rassembler, copier, classer et mettre à disposition tous les documents dont elle dispose. Cette mesure n'est pas nécessaire et porte dans une proportion démesurée atteinte aux intérêts privés de l'entreprise. Le but visé serait tout autant atteint si l'entreprise tenait à disposition l'ensemble des documents pertinents, et que l'autorité de surveillance LSE procédait à des contrôles aléatoires, quitte à effectuer – dans un second temps – des contrôles plus approfondis si un certain pourcentage d'erreurs devait être découvert lors du contrôle aléatoire.

Par conséquent, les directives précitées – telles que formulées – ne remplissent pas la condition de la nécessité.

- **La proportionnalité au sens étroit :** L'autorité doit procéder à une pesée des intérêts dans le cas particulier entre l'intérêt public poursuivi par la mesure et l'atteinte aux intérêts du particulier. La mesure administrative remplit la condition de la proportionnalité au sens étroit si elle est justifiée par un intérêt public plus important que l'intérêt privé opposé.

Il s'agit ici de savoir si le contrôle du respect des contrats-cadres de travail, des contrats de mission, des décomptes de salaires, de la protection des travailleurs, des CCT et des procédures d'annonce (politique sociale) est plus important que l'intérêt privé du bailleur de services de ne pas perdre inutilement des jours de travail à rassembler, copier et classer les documents nécessaires aux vérifications ci-dessus.

La réponse doit ici également être négative. On pourrait en effet tout à fait imaginer que sur la base d'une liste de l'ensemble des travailleurs temporaires, l'autorité administrative puisse exiger la préparation immédiate d'une quinzaine de dossiers choisis au hasard. Par la suite et selon le nombre et la gravité des infractions constatées, l'autorité pourrait alors effectuer un contrôle plus poussé. L'intérêt public serait ainsi respecté de la même manière, mais avec des contraintes bien moindres pour le bailleur de services.

Par conséquent, la condition de la proportionnalité au sens étroit n'est à notre sens pas non plus remplie.

En conclusion et selon nous, la condition de la nécessité ainsi que la condition de la proportionnalité au sens étroit ne sont pas remplies par les directives cantonales. À notre avis, ces dernières ne sont ainsi pas conformes au principe universel de la proportionnalité, surtout si elles sont appliquées à la lettre.

Exemple 2 (contrôle à notre avis disproportionné)

Dans ce deuxième exemple tiré d'un cas réel, une commission tripartite du canton du Jura a effectué le contrôle d'une des succursales d'une entreprise de travail temporaire.

À cet effet, deux personnes ont investi la succursale pendant quatre jours. De plus, étant le seul à avoir accès à la totalité du réseau informatique, le responsable d'agence a dû se

tenir à disposition des deux contrôleurs pendant tout ce temps-là. Finalement, la commission tripartite n'a trouvé que pour CHF 1'800.- de corrections, ce qui est insignifiant sur un contrôle aussi vaste.

Sans développer à nouveau tous les points abordés dans le premier exemple, cette façon de procéder est à notre avis disproportionnée et chicanière. En effet, mobiliser une succursale ainsi que son responsable d'agence pendant quatre jours ne se justifie pas, d'autant plus que les personnes effectuant le contrôle auraient rapidement dû se rendre compte que les infractions étaient minimes, n'ayant au final trouvé que pour CHF 1'800.- de corrections pour la totalité du contrôle.

Exemple 3 (demande de documents à notre avis contraire au principe de proportionnalité)

Ce troisième exemple tiré de la pratique concerne une demande de documents faisant suite à la visite dans une agence d'une entreprise de location de services, visite effectuée par le service de l'emploi du canton de Vaud :

« [...] nous nous sommes rendus dans votre agence. Afin de compléter notre dossier, nous vous serions reconnaissants de bien vouloir nous transmettre, dans les 10 jours, une liste du personnel actuellement en mission (avec : nom, prénom, date de naissance, numéro AVS, nationalité, type de permis, ainsi qu'une copie :

- du récapitulatif nominatif AVS pour les salaires versés en 2007
- du dernier récapitulatif nominatif transmis au Service de l'impôt à la source
- de la dernière liste nominative [...] pour le personnel au bénéfice de l'Accord sur les rémunérations de travailleurs frontaliers
- du justificatif du versement de la taxe spéciale à l'ODM (permis F, N et S)
- des fiches de salaire de la dernière mission pour [...suis une liste de quatre noms]
- les timbrages/relevés des temps de travail de la dernière mission pour [...suis une liste de quatre noms] ».

À notre avis, la requête ci-dessus ne respecte pas non plus le principe de la proportionnalité. En effet, le délai octroyé au bailleur de services est selon nous trop court pour rassembler autant de documents. À cela s'ajoute que la capacité d'une entreprise à répondre à de telles exigences dépend surtout de l'organisation de l'entreprise en question (par ex. informatisation très peu développée).

Dans un rapport explicatif relatif aux mesures d'accompagnement II¹²⁸, le SECO avait d'ailleurs préconisé qu'en application du principe de l'égalité de traitement, les bailleurs de services qui sont soumis simultanément à plusieurs CCT étendues ne doivent pas faire l'objet de contrôles disproportionnés. Il se justifierait ainsi de **limiter les contrôles auprès**

¹²⁸ SECO, Rapport explicatif à l'appui du projet d'ordonnance portant révision de l'ordonnance d'exécution de la loi fédérale sur les conditions minimales de travail et de salaire applicables aux travailleurs détachés (21 mai 2003), p. 9, cf. site Internet : [www.news-service.admin.ch/NSBSubscriber/message/attachments/6145.pdf], dernière vérification de l'adresse fin janvier 2010.

des bailleurs de services à trois par année, sauf en cas d'indices fondés de graves infractions.

Toujours selon le SECO, **les contrôles devraient être annoncés aux bailleurs de services dans un délai raisonnable, à savoir trois semaines environ**. Il conviendrait également d'indiquer qui procédera au contrôle et sur l'application de quelles CCT le contrôle portera.

Enfin, si un bailleur de services conteste les frais de contrôle ou l'amende conventionnelle mis à sa charge, l'organe paritaire devra procéder au recouvrement en saisissant le juge civil. Les bailleurs de services ne sont donc pas exposés à l'arbitraire des organes associatifs, puisqu'un contrôle judiciaire des montants réclamés est possible.

Section 2

Activités de location de services

Article 18 LSE**Obligations propres au bailleur de services****I. Dispositions légales****A. LSE****Art. 18 LSE Obligations propres au bailleur de services**

¹Le bailleur de services ne peut publier des offres d'emploi que sous son propre nom et en indiquant son adresse exacte. Il mentionnera clairement dans les annonces que les travailleurs seront engagés pour la location de services.

²Aux fins d'observer le marché du travail, l'autorité qui délivre l'autorisation peut obliger le bailleur de services à lui fournir, sous une forme anonyme, des indications statistiques sur ses activités.

³Le bailleur de services n'est habilité à traiter les données concernant les travailleurs et à les communiquer à des entreprises locataires de services que dans la mesure où et aussi longtemps que ces données sont nécessaires au placement. Hors de ce cadre, ces données ne peuvent être traitées ou communiquées qu'avec l'assentiment exprès du travailleur.

⇒ Dans la version adoptée, le principe de l'assentiment des travailleurs pour pouvoir communiquer des données les concernant aux entreprises locataires de services a été supprimé, au profit d'une communication automatique des (seules) données nécessaires au placement.

B. OSE**Art. 46 OSE Observation du marché du travail**

¹Le bailleur de services dont l'activité est soumise à autorisation tient le décompte des missions effectuées par les travailleurs dont il loue les services.

²Il communique à l'autorité cantonale compétente, à la fin de chaque année civile :

- a. le total des heures de missions ;
- b. le nombre, le sexe et la nationalité (suisse, étrangère) des travailleurs dont il a loué les services.

³Le SECO veille à ce que les modalités d'annonce soient uniformes.

⁴Le bailleur de services soumis à autorisation peut être tenu de fournir au SECO, dans le cadre d'enquêtes partielles, d'autres données, sous une forme anonyme, relatives à la personne des travailleurs dont il a loué les services et à leurs caractéristiques intéressant le marché du travail.

Art. 47 OSE Protection des données

¹Le bailleur de services n'est en principe autorisé à traiter les données sur les demandeurs d'emploi et les travailleurs qu'avec l'assentiment des personnes concernées.

Il doit notamment avoir obtenu leur assentiment pour :

- a. transmettre ces données à d'autres agences ou à des partenaires commerciaux juridiquement indépendants de sa propre entreprise ;
- b. demander des avis et des références sur les demandeurs d'emploi et sur les travailleurs ;
- c. transmettre ces données au-delà des frontières du pays.

²Le bailleur de services n'a pas besoin de l'assentiment de la personne concernée pour transmettre, dans le cadre de ses activités de location de services, des données sur les demandeurs d'emploi et les travailleurs :

- a. à des employés de sa propre agence ;
- b. aux entreprises locataires intéressées, pour autant qu'elles puissent faire valoir un intérêt particulier ;
- c. à un cercle plus large de clients potentiels, pour autant que les données ne permettent pas d'identifier le demandeur d'emploi ou le travailleur.

³Le bailleur de services n'est autorisé à utiliser des données, après résiliation des rapports de travail, qu'avec l'assentiment de la personne concernée. Sont réservées les obligations découlant d'autres normes relatives à l'archivage de certaines données.

⁴Les intéressés doivent avoir donné leur assentiment par écrit et peuvent le retirer en tout temps. La personne concernée doit être informée de ce droit.

II. Travaux législatifs

A. Projet du 27 novembre 1985 (FF 1985 III 624)

Art. 18 LSE Devoirs propres au bailleur de services

¹Le bailleur de services ne publiera des offres d'emploi que sous son propre nom, en indiquant son adresse exacte. Il mentionnera clairement dans les annonces que les travailleurs seront engagés pour la location de services.

²Le bailleur de services n'est habilité à traiter les données concernant les travailleurs dont les services sont loués que dans la mesure où et aussi longtemps que ces données sont nécessaires au placement. L'assentiment des travailleurs est indispensable pour pouvoir communiquer les données aux entreprises qui les occupent. Il y a lieu de garder envers les tiers le secret sur ces données.

³L'autorité qui délivre l'autorisation peut obliger le bailleur de services à fournir, périodiquement et sous une forme anonyme, des indications statistiques sur ses activités.

B. Message du 27 novembre 1985 (FF 1985 III 586)

« Le 1^{er} alinéa règle la mise au concours d'offres d'emploi. Elle doit notamment indiquer s'il s'agit de location de services, afin que le demandeur d'emploi soit au courant dès le début de cet aspect important de l'emploi offert. Les offres d'emploi publiées actuellement dans les journaux sont souvent formulées de façon peu claire.

Le 2^e alinéa correspond à l'article 7, 3^e alinéa. Les infractions aux règles régissant la protection des données peuvent non seulement conduire au retrait de l'autorisation, mais également à un dédommagement des personnes lésées.

Le 3^e alinéa est le pendant de l'article 7, 2^e alinéa. Les indications sur les entreprises tierces ainsi que sur les salaires versés et les cotisations aux assurances sociales servent d'une part à établir la statistique du marché de l'emploi et d'autre part au contrôle des activités de location de services. En revanche, le présent projet n'admet pas l'utilisation de ces données à des fins de contrôle individuel des salaires ».

Explications relatives à l'article 7 alinéas 2 et 3 (FF 1985 III 576)¹²⁹ :

« Le 2^e alinéa accorde comme jusqu'ici (cf. art. 9, 1^{er} al., LSE) aux autorités la possibilité d'obliger les entreprises de placement à faire périodiquement rapport sur leur activité. Les données fournies sont très utiles pour l'élaboration des statistiques fédérales et cantonales du marché de l'emploi, sans lesquelles il ne serait pas possible d'apprécier l'évolution de ce marché de manière appropriée et d'aménager sur cette base le cours de la politique de l'emploi.

Le 3^e alinéa impose au placeur le devoir particulièrement important de traiter de manière confidentielle les indications fournies par sa clientèle ».

III. Jurisprudence : Protection des données / Devoir de renseigner spontanément l'employeur lors des pourparlers contractuels ; Tribunal des prud'hommes du canton de Genève, arrêt du 17.07.1986, JAR 1989 158

Il s'agit dans cette affaire d'un réfugié politique d'origine roumaine qui aurait dû travailler comme chauffeur pour le compte d'une agence de travail intérimaire, cela à la Mission des États-Unis à Genève à l'occasion de la rencontre au sommet Reagan-Gorbatchev.

Les services de sécurité américains, ayant découvert l'origine qualifiée de « suspecte » du travailleur, se sont refusés à lui donner la permission de travailler à la mission. L'agence le remplaça immédiatement, tout en l'informant que sa mission prenait fin du fait de sa récusation par les services de sécurité américains.

Le réfugié politique d'origine roumaine, en rejetant la responsabilité de cette récusation, exigea le paiement du salaire pour cette mission en se fondant sur l'article 324 alinéa 1 CO (demeure de l'employeur).

Le Tribunal constata que l'agence ne l'avait pas empêché de fournir son travail, mais au contraire avait accompli tous les actes préparatoires requis pour permettre au travailleur de commencer l'exécution de son travail. Le risque de récusation ne s'est donc pas réalisé dans la sphère de l'employeur (l'agence), mais dans la sphère du travailleur, qui avait été engagé pour cette mission principalement grâce au fait d'avoir caché son origine à l'agence.

¹²⁹ Remarque des auteurs : le Message du Conseil fédéral renvoie expressément aux explications relatives à cette disposition. Ces dernières doivent ainsi être considérées par analogie.

Le Tribunal considéra que dans ce cas particulier, le travailleur avait un devoir de renseignement envers l'agence lors des pourparlers contractuels sur les particularités qui tiennent à sa personne et qui pouvaient constituer un handicap ou un empêchement dans l'affectation projetée. Pour cette raison, l'agence aurait même pu procéder contre le travailleur au sens des articles 97 alinéa 1 et 102ss CO¹³⁰.

IV. Chapitre choisi : Le traitement des données dans la location de services

A. Introduction

La protection des données en matière de location de services est essentielle, voire d'avantage importante que pour un contrat de travail « traditionnel ». En effet, ce devoir de protection est la conséquence directe d'une réalité propre à cette branche : le danger pour le travailleur qu'il ne puisse plus contrôler la transmission de ses données personnelles à un nombre indéterminé de personnes intéressées¹³¹.

Le travailleur temporaire doit par conséquent pouvoir attendre du bailleur de services, comme de tout autre employeur, que les données personnelles le concernant soient traitées conformément aux règles légales.

B. Bases légales et principes généraux

La loi fédérale du 19 juin 1992 sur la protection des données (ci-après : LPD)¹³² – entrée en vigueur le 1^{er} juillet 1993 – a réglementé et limité le traitement des données, notamment en matière de droit du travail. En effet, elle a introduit l'article 328b CO, qui met en évidence le lien entre la protection de la personnalité du travailleur et le traitement de données personnelles. Selon cette disposition, *« l'employeur ne peut traiter des données concernant le travailleur que dans la mesure où ces données portent sur les aptitudes du travailleur à remplir son emploi ou sont nécessaires à l'exécution du contrat de travail. En outre, les dispositions de la loi fédérale du 19 juin 1992 sur la protection des données sont applicables »*. Ce principe – relativement impératif¹³³ selon l'article 362 CO – est aussi applicable au travail temporaire et doit ainsi être respecté par le bailleur de services¹³⁴.

¹³⁰ À savoir demander des dommages-intérêts au travailleur indélicat pour exécution défectueuse de son contrat de travail (violation du devoir de renseigner lors des pourparlers précontractuels). Les auteurs recommandent d'ailleurs d'insérer, dans les questionnaires de candidature, les règles régissant les relations précontractuelles, notamment les droits et obligations de chacune des parties.

¹³¹ FLÜTSCH, p. 203 n° 5.

¹³² RS 235.1.

¹³³ Une disposition légale relativement impérative est une disposition à laquelle il est possible de déroger conventionnellement, mais uniquement en faveur de la partie dite « faible ».

¹³⁴ FLÜTSCH, pp. 197 s. n° 1 ; SECO, Directives et commentaires relatifs à la LSE et aux ordonnances, p. 91.

L'article 328b CO renvoyant à la LPD, voici les principes fondamentaux en matière de traitement de données posés par les articles 4 à 8 LPD (les définitions des notions les plus importantes se trouvent plus loin p. 74) :

- les données personnelles ne peuvent être collectées et traitées que de manière **licite**. Autrement dit, elles ne peuvent notamment être obtenues par la menace ou par la tromperie, ni sans que l'intéressé en soit informé ;
- le traitement des données doit être effectué conformément au **principe de la bonne foi**, c'est-à-dire qu'il doit être reconnaissable pour l'intéressé ;
- le traitement des données doit respecter le principe de la **proportionnalité**, ce qui signifie que s'il faut traiter autant de données que l'exige le cas d'espèce, il faut également traiter aussi peu de données que possible. C'est ce principe que concrétise l'article 328b CO ;
- les données ne doivent être traitées que **dans le but indiqué lors de leur collecte** ;
- la collecte de données personnelles, et en particulier les **finalités du traitement**, doivent être **reconnaissables** pour la personne concernée ;
- celui qui traite des données personnelles doit s'assurer qu'elles sont **correctes**. Il prend toute mesure appropriée permettant d'effacer ou de rectifier les données inexactes ou incomplètes au regard des finalités pour lesquelles elles sont collectées ou traitées. Pour les bailleurs de services, cela signifie concrètement que les dossiers de leurs travailleurs temporaires doivent régulièrement être contrôlés, corrigés et complétés de concert avec les travailleurs concernés ;
- lorsque le consentement de la personne concernée est requis pour justifier le traitement de données personnelles la concernant, la personne concernée ne consent valablement que si elle exprime sa volonté librement et après avoir été dûment informée. Lorsqu'il s'agit de données sensibles et de profils de la personnalité, son consentement doit être au surplus explicite ;
- si des données doivent être communiquées à l'étranger, il faut s'assurer que la personnalité des personnes concernées ne s'en trouvera pas menacée, notamment du fait de l'absence d'une législation assurant un niveau de protection adéquat ;
- les données personnelles doivent être **protégées** par des mesures techniques et organisationnelles appropriées contre tout traitement non autorisé, ce qui veut dire, par exemple, que seules les personnes autorisées pourront avoir accès à une banque de données ;
- le maître du fichier a l'obligation d'informer la personne concernée lorsqu'il collecte des données sensibles ou des profils de la personnalité la concernant, que la collecte soit effectuée directement auprès d'elle ou auprès d'un tiers. Les informations que la personne concernée doit au minimum recevoir sont énumérées à l'article 7a alinéa 2 LPD (l'identité du maître du fichier, les finalités du traitement pour lequel les données sont collectées et les catégories de destinataires des données si la communication des données est envisagée). Le

maître du fichier est délié de son devoir d'information si la personne concernée a déjà été informée. Il n'est pas non plus tenu d'informer cette dernière si l'enregistrement ou la communication sont expressément prévus par la loi, ou si le devoir d'information est impossible à respecter ou nécessite des efforts disproportionnés ;

- si les données ne sont pas collectées auprès de la personne concernée, celle-ci doit être informée au plus tard lors de leur enregistrement ou, en l'absence d'un enregistrement, lors de leur première communication à un tiers ;
- sous réserve des articles 9 et suivants LPD, toute personne peut demander au maître d'un fichier si des données la concernant sont traitées. Le maître du fichier doit lui communiquer toutes les données la concernant qui sont contenues dans le fichier, y compris les informations disponibles sur l'origine des données, le but et éventuellement la base juridique du traitement, les catégories de données personnelles traitées, de participants au fichier et de destinataires des données. Les renseignements sont, en règle générale, fournis gratuitement et par écrit, sous forme d'imprimé ou de photocopie (le Conseil fédéral règle les exceptions). Nul ne peut renoncer par avance au droit d'accès.

L'article 3 LPD contient un certain nombre de définitions. Ainsi, on entend notamment par :

- **données personnelles (données)**, toutes les informations qui se rapportent à une personne identifiée ou identifiable ;
- **données sensibles**, les données personnelles sur les opinions ou activités religieuses, philosophiques, politiques ou syndicales, la santé, la sphère intime ou l'appartenance à une race, des mesures d'aide sociale, des poursuites ou sanctions pénales et administratives ;
- **profil de la personnalité**, un assemblage de données qui permet d'apprécier les caractéristiques essentielles de la personnalité d'une personne physique ;
- **traitement**, toute opération relative à des données personnelles – quels que soient les moyens et procédés utilisés – notamment la collecte, la conservation, l'exploitation, la modification, la communication, l'archivage ou la destruction de données ;
- **communication**, le fait de rendre des données personnelles accessibles, par exemple en autorisant leur consultation, en les transmettant ou en les diffusant ;
- **fichier**, tout ensemble de données personnelles dont la structure permet de rechercher les données par personne concernée ;
- **maître du fichier**, la personne privée ou l'organe fédéral qui décide du but et du contenu du fichier.

Pour résumer, sont applicables au traitement des données concernant les travailleurs temporaires les principes généraux posés par la LPD, l'article 328b CO ainsi que les règles légales spéciales de la LSE et de l'OSE (voir ci-après pour ces dernières).

C. Spécialement en matière de location de services

Spécialement en matière de location de services, les articles 18 alinéa 3 LSE et 47 OSE limitaient déjà la marge de manœuvre des bailleurs de services depuis l'entrée en vigueur de la LSE le 1^{er} juillet 1991. Ainsi, les principes ci-après s'ajoutent aux principes généraux énumérés ci-dessus.

Pendant les rapports de travail

Les bailleurs de services ne sont habilités à traiter les données concernant les travailleurs et à les communiquer à des entreprises locataires de services que dans la mesure où et aussi longtemps que ces données sont nécessaires au placement (art. 18 al. 3 LSE). Il en découle les conséquences suivantes¹³⁵ :

- le bailleur de services ne peut exploiter les données personnelles que de candidats qui sont disposés à ce que leurs services soient loués à des tiers ;
- à moins d'une autorisation expresse du salarié, le bailleur de services ne peut exploiter les données qu'au sein de l'établissement auquel les informations ont été confiées. Un traitement informatisé et centralisé des données requiert à notre avis l'accord écrit du travailleur. Cet accord peut notamment figurer dans le contrat-cadre de travail ;
- sauf consentement exprès du travailleur, le bailleur de services qui envoie des offres à plusieurs clients potentiels ne doit fournir que des informations ne permettant pas d'identifier les candidats concernés. Autrement dit, le bailleur de services doit se limiter à mentionner les qualifications des intéressés, en termes généraux uniquement ;
- les informations personnelles au sujet du travailleur ne sont transmises que lorsqu'un client exprime une demande concrète ;
- lorsqu'un salarié a manifesté qu'il n'est pas (ou plus) disposé à accepter une mission, le bailleur de services ne peut plus utiliser ni transmettre les données en sa possession ;

¹³⁵ THÉVENOZ, Travail intérimaire et location de services, pp. 13 s. ; FLÜTSCH, p. 198 n° 2.1 ; *ibid.* : pp. 201ss n° 3.

- les archives conservées en vue de litiges éventuels ou à de simples fins comptables ou statistiques (contrats et décomptes de salaire) doivent être protégées contre une utilisation abusive¹³⁶.

En cas de litige juridique né de la location de services, le bailleur de services est autorisé à conserver le ou les dossiers personnels jusqu'à la liquidation du litige en question¹³⁷.

Les autres documents de caractère personnel doivent être détruits au terme de la mission et après le règlement définitif de la facture par l'entreprise de mission si le travailleur n'a pas expressément donné son assentiment à leur archivage¹³⁸. Nous conseillons cependant aux bailleurs de services de conserver certaines archives avec l'autorisation des travailleurs concernés, à tout le moins tant que les délais de prescription ne sont pas atteints ;

- finalement, le bailleur de services n'a en règle générale pas le droit de demander au « futur » travailleur des renseignements concernant ses origines ethniques, ses tendances politiques, religieuses, ou d'autres informations personnelles¹³⁹. Nous sommes cependant d'avis que le bailleur de services dispose d'un tel droit dans les cas où il y a un lien entre les informations demandées et l'activité proposée. Il incombe cependant au travailleur d'informer spontanément le bailleur de services des particularités de sa situation personnelle pouvant poser problème à l'entreprise utilisatrice (voir JAR 1989 158 traité p. 71).

Après les rapports de travail temporaire ou hors du cadre de la location de services

Après les rapports de travail temporaire ou hors du cadre de la location de services, les données concernant les travailleurs ne peuvent être traitées ou communiquées qu'avec l'assentiment exprès du travailleur. Les travailleurs doivent de plus avoir donné leur assentiment par écrit et peuvent le retirer en tout temps. Les personnes concernées doivent obligatoirement être informées de ce droit (art. 18 al. 3 LSE et 47 al. 3 et 4 OSE)¹⁴⁰.

¹³⁶ THÉVENOZ, Travail intérimaire et location de services, pp. 13 s. ; FLÜTSCH, p. 198 n° 2.1 ; *ibid.* : pp. 201ss n° 3.

¹³⁷ SECO, Directives et commentaires relatifs à la LSE et aux ordonnances, p. 91.

¹³⁸ PORTMANN/STÖCKLI, Leitfaden des Eidgenössischen Datenschutzbeauftragten, p. 109.

¹³⁹ WEKA 1996, tome 3, partie 6, chapitre 7.2, p. 4.

¹⁴⁰ PORTMANN/STÖCKLI, Leitfaden des Eidgenössischen Datenschutzbeauftragten, p. 112.

D. La publication d'annonces

Au sujet des obligations propres au bailleur de services, lors de la publication d'annonces dans la presse ou tout autre média, le Département de l'économie du canton de Neuchâtel rappelle ce qui suit, à l'instar d'autres cantons¹⁴¹ :

- les bailleurs de services n'ont pas le droit de publier des annonces anonymes et ne peuvent passer des annonces que sous leur propre nom ;
- les annonces publiées par le placeur doivent correspondre aux conditions réelles ;
- à ce titre, l'offre fictive n'est pas licite et celui qui recherche uniquement à constituer des fichiers doit l'indiquer dans son annonce. Il doit ainsi ressortir clairement de l'offre d'emploi que l'annonceur louera ensuite les services de la personne engagée à des tiers ;
- l'indication « pour une mission temporaire » doit **obligatoirement** figurer sur l'annonce¹⁴².

¹⁴¹ CANTON DE NEUCHÂTEL, avril 2004, feuille n° 4 ; PORTMANN/STÖCKLI, Leitfaden des Eidgenössischen Datenschutzbeauftragten, pp. 105 s.

¹⁴² CANTON DE NEUCHÂTEL, avril 2004, feuille n° 4 ; PORTMANN/STÖCKLI, Leitfaden des Eidgenössischen Datenschutzbeauftragten, pp. 105 s.

Article 19 LSE**Contrat de travail****I. Dispositions légales****A. LSE****Art. 19 LSE Contrat de travail**

¹En règle générale, le bailleur de services doit conclure un contrat écrit avec le travailleur. Le Conseil fédéral règle les exceptions.

²Le contrat contiendra les points suivants :

- a. le genre de travail à fournir ;
- b. le lieu de travail et le début de l'engagement ;
- c. la durée de l'engagement ou le délai de congé ;
- d. l'horaire de travail ;
- e. le salaire, les indemnités et allocations éventuelles ainsi que les déductions afférentes aux assurances sociales ;
- f. les prestations dues en cas d'heures supplémentaires, de maladie, de maternité, d'accident, de service militaire et de vacances ;
- g. les dates de paiement du salaire, des allocations et des autres prestations.

³Si 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.

⁴Lorsque l'engagement est d'une durée indéterminée, le contrat de travail peut, pendant les six premiers mois de service, être résilié par les deux parties moyennant un délai de congé de :

- a. deux jours au moins durant les trois premiers mois d'un emploi ininterrompu ;
- b. sept jours au moins entre le quatrième et le sixième mois d'un emploi ininterrompu.

⁵Sont nuls et non avenus les accords qui :

- a. exigent du travailleur qui loue ses services le paiement d'émoluments ou de prestations financières préalables.
- b. empêchent ou entravent son transfert à l'entreprise locataire de services, une fois son contrat de travail arrivé à échéance.

⁶Si le bailleur de services ne possède pas l'autorisation nécessaire, son contrat de travail avec le travailleur est nul et non avenus. Dans ce cas, l'art. 320, al. 3, du code des obligations¹⁴³, qui règle les suites d'un contrat nul, est applicable.

⇒ *La version adoptée prévoit des exceptions à l'obligation de conclure un contrat écrit (art. 48 OSE), ce que ne prévoyait pas le projet de loi. Les allocations dues en cas de maternités doivent également être précisées dans le contrat, ce que ne prévoyait pas non plus le*

¹⁴³ RS 220.

projet. Finalement, la version adoptée régit en plus la résiliation du contrat et les délais de congé (al. 4).

B. OSE

Art. 48 OSE Forme et contenu du contrat de travail

¹Le contrat de travail écrit doit en principe être conclu avant l'entrée en fonctions, à moins que l'urgence de la situation ne permette plus la conclusion d'un contrat écrit. Dans un tel cas, le contrat devra être rédigé par écrit dans les plus brefs délais.

²En cas d'urgence, les parties peuvent renoncer définitivement à conclure un contrat écrit si la durée de la mission n'excède pas six heures.

Art. 48a OSE¹⁴⁴ Dispositions concernant le salaire et la durée du travail

¹Les dispositions concernant le salaire sont des dispositions régissant :

- a. le salaire minimum, dans lequel ne doivent pas être incorporés d'éventuels frais; en l'absence de salaire minimum imposé, son montant ne peut être inférieur au salaire moyen dans l'entreprise ;
- b. les suppléments pour heures supplémentaires, travail posté, travail à la tâche, travail de nuit, le dimanche et les jours fériés ;
- c. la compensation des vacances pro rata temporis ;
- d. le 13^e salaire pro rata temporis ;
- e. les jours fériés et les jours de repos payés ;
- f. le salaire en cas d'empêchement du travailleur sans faute de sa part selon l'art. 324a du code des obligations¹⁴⁵ (CO), notamment pour cause de maladie, accident, invalidité, service militaire, service de la protection civile, mariage, naissance, décès, déménagement, soins à un membre de la famille malade ;
- g. la part des primes à l'assurance-maladie (assurance pour perte de gain) selon l'art. 324a, al. 4, CO.

²Les dispositions concernant la durée du travail sont des dispositions régissant :

- a. le temps de travail normal ;
- b. la semaine de cinq jours ;
- c. les heures supplémentaires, le travail posté, le travail de nuit et le dimanche ;
- d. les vacances, les jours de congé et les jours fériés ;
- e. les absences ;
- f. les temps de repos et les pauses ;
- g. les temps de déplacement et d'attente.

¹⁴⁴ Introduit par le ch. I de l'O du 20 oct. 1999, en vigueur depuis le 1^{er} déc. 1999 (RO 1999 2711).

¹⁴⁵ RS 220.

Art. 48b OSE¹⁴⁶**Contributions aux frais de formation continue et aux frais d'exécution**

¹Si une convention collective de travail déclarée de force obligatoire prévoit une obligation de verser des contributions aux frais de formation continue et aux frais d'exécution, cette obligation naît le jour où un travailleur entre dans le champ d'application de cette convention collective.

²Les contributions sont payées et affectées selon les règles fixées par la convention collective.

³Le travailleur dont les services sont loués a accès au même titre que les travailleurs de la branche :

- a. à la formation continue financée à l'aide des contributions aux frais de formation continue ;
- b. aux autres prestations financées à l'aide des contributions aux frais d'exécution.

Art. 48c OSE¹⁴⁷**Retraite anticipée**

¹Si une convention collective de travail déclarée de force obligatoire prévoit une obligation de verser une contribution de retraite anticipée, cette obligation naît le jour où un travailleur entre dans le champ d'application de cette convention collective.

²Sont exemptés de l'obligation de verser la contribution les travailleurs :

- a. de moins de 28 ans ;
- b. qui suivent une formation pour une profession qui n'entre pas dans le champ d'application de la convention collective de travail, et
- c. dont la mission est limitée à trois mois.

³Les contributions sont payées et affectées selon les règles fixées par la convention collective.

Art. 48d OSE¹⁴⁸**Frais de contrôle et peines conventionnelles ; contrôles**

¹Les peines conventionnelles et les frais de contrôle facturés au bailleur de services sont payés et affectés selon les règles fixées par la convention collective.

²Les organes paritaires traitent le bailleur de services, lors des contrôles, comme les autres employeurs de la branche. Ils lui annoncent les contrôles dans un délai raisonnable.

³Les organes paritaires responsables des contrôles ou les services de contrôle mandatés par eux sont soumis à l'obligation de garder le secret imposée à l'art. 34 LSE. En cas d'infraction grave, ils sont tenus d'en informer l'office cantonal du travail.

¹⁴⁶ Introduit par le ch. 1 de l'annexe à l'O du 9 déc. 2005, en vigueur depuis le 1^{er} avril 2006 (RO 2006 965).

¹⁴⁷ Introduit par le ch. 1 de l'annexe à l'O du 9 déc. 2005, en vigueur depuis le 1^{er} avril 2006 (RO 2006 965).

¹⁴⁸ Introduit par le ch. 1 de l'annexe à l'O du 9 déc. 2005, en vigueur depuis le 1^{er} avril 2006 (RO 2006 965).

⁴Le bailleur de services peut demander en tout temps à l'autorité cantonale chargée de la déclaration d'extension que le contrôle soit effectué par un organe de contrôle indépendant des parties contractantes. L'art. 6 de la loi fédérale du 28 septembre 1956 permettant d'étendre le champ d'application de la convention collective de travail¹⁴⁹ est applicable par analogie.

Art. 48e OSE¹⁵⁰ Obligation de rendre compte et de présenter un rapport

¹Les organes paritaires sont tenus d'informer en tout temps l'autorité de surveillance, soit le SECO, de la situation en matière de formation continue des travailleurs dont les services sont loués, d'application des régimes de retraite anticipée à ces travailleurs et des peines conventionnelles et frais de contrôle imposés aux bailleurs de services fautifs. Ils établissent chaque année un rapport à l'intention de l'autorité de surveillance.

²Les associations du secteur intérimaire concernées par ces règlements sont autorisées à consulter ces rapports.

Art. 49 OSE Délais de congé

Les délais de congé figurant à l'art. 19, al. 4, LSE ne s'appliquent qu'à la cession des services de travailleurs à des entreprises locataires sous la forme de travail temporaire.

II. Travaux législatifs

A. Projet du 27 novembre 1985 (FF 1985 III 624)

Art. 19 LSE Contrat de travail

¹Le bailleur de services doit conclure un contrat écrit avec le travailleur. Il y indiquera :

- a. Le genre de travail à fournir ;
- b. Le lieu de travail et le début de l'engagement ;
- c. La durée de l'engagement ou le délai de congé ;
- d. L'horaire de travail ;
- e. Le salaire, les frais et allocations éventuels ainsi que les déductions pour des assurances sociales ;
- f. Les prestations en cas d'heures supplémentaires, de maladie, d'accident, de service militaire et de vacances ;
- g. Les dates de paiement du salaire, des allocations et des autres prestations.

²A défaut de contrat écrit, le contenu du contrat est déterminé par les dispositions légales et par les conditions usuelles du lieu et de la profession.

³Les arrangements exigeant du travailleur qui loue ses services le paiement d'émoluments ou des prestations financières préalables sont nuls et non avenus ; il

¹⁴⁹ RS 221.215.311.

¹⁵⁰ Introduit par le ch. 1 de l'annexe à l'O du 9 déc. 2005, en vigueur depuis le 1^{er} avril 2006 (RO 2006 965).

en va de même des arrangements qui empêchent ou entravent son transfert à l'entreprise locataire de services, une fois son contrat de travail arrivé à échéance.

⁴Si le bailleur de services ne dispose pas de l'autorisation nécessaire, son contrat de travail avec le travailleur est nul et non avenue. Dans ce cas, l'article 320, 3^e alinéa, du code des obligations¹⁵¹, qui règle les suites d'un contrat nul, est applicable.

B. Message du 27 novembre 1985 (FF 1985 III 586)

« 1^{er} alinéa : Le contrat de travail écrit est généralement utilisé dans la location de services. Les entreprises de travail temporaire règlent fréquemment les conditions générales d'emploi dans un « contrat-cadre » qui est suivi d'un contrat de travail stipulant les conditions concrètes de chaque engagement. C'est à ce contrat de travail que se réfère la prescription quant à la forme (« écrit ») du 1^{er} alinéa. Les entreprises en régie concluent généralement un seul contrat contenant des indications générales sur les différents engagements.

L'article 19 n'entend pas empêcher ces différentes pratiques. Les principales conditions du contrat doivent cependant être remises par écrit au travailleur ; une grande partie des contrats examinés jusqu'à présent sont en effet peu clairs ou comportent des lacunes.

Selon le 2^e alinéa, la forme écrite n'est pas déterminante pour la conclusion du contrat, elle n'a qu'une fonction de preuve et de protection. Ne pas reconnaître la validité d'un contrat qui ne respecterait pas cette règle de forme serait absurde et irait à l'encontre de la protection souhaitée par cet article. Les travailleurs se verraient alors contraints d'arrêter immédiatement le travail si l'on venait à constater un vice de forme (cf. art. 320, 3^e al., CO). Lorsqu'il n'y a pas de convention écrite, celle-ci est remplacée par les prescriptions non impératives du droit en matière de contrat de travail (art. 319ss CO) et par les conditions de salaire et de travail conformément aux usages locaux et professionnels.

Nous avons renoncé à une disposition formelle qui exigerait l'approbation du contrat de travail par l'autorité de contrôle. Une procédure en matière d'autorisation représenterait, d'une part, une atteinte démesurée à la liberté de commerce et d'industrie et, d'autre part, une surcharge pour les offices du travail faute de spécialistes du droit du travail. Néanmoins, un examen des contrats de travail dans le cadre de la procédure d'autorisation et de l'obligation pour le bailleur de services de renseigner, permet de déceler les infractions grossières au CO ou les clauses unilatérales (bases légales : art. 12 et art. 17). L'entreprise de location de services qui omet à plusieurs reprises de communiquer par écrit l'essentiel du contenu d'un contrat de travail peut se voir retirer l'autorisation en vertu de l'article 16, lettre b.

Le 3^e alinéa a pour but d'empêcher l'entreprise de location de services de lier le travailleur par des dépôts, cautions et autres prestations financières. Sont également interdites les clauses dites de non-concurrence par lesquelles on cherche à empêcher le passage du travailleur à l'entreprise locataire de services. Ces clauses sont nulles selon le

¹⁵¹ RS 220.

droit en vigueur, car l'entreprise locataire de services n'est pas un concurrent du bailleur de services. Ces clauses sont cependant très répandues dans la pratique. Elles sont particulièrement dangereuses du fait qu'elles sont fréquemment liées à de fortes amendes conventionnelles qui sont prélevées directement sur le salaire (par mesure de précaution, parfois déjà sur le premier salaire, à titre de dépôt). Le travailleur est souvent obligé de récupérer ultérieurement cet argent par voie de justice. Il s'agit ici d'empêcher de tels abus. Si, toutefois, un travailleur qui loue ses services a exceptionnellement connaissance de la clientèle ou du système de l'entreprise, il peut lui être interdit, en vertu de l'article 340 CO, d'exercer une activité concurrente auprès d'un autre bailleur de services ou d'exploiter pour son propre compte une entreprise de location de services.

Selon le 4^e alinéa, le contrat de travail est nul s'il est conclu avec une entreprise de location de services ne disposant pas de l'autorisation nécessaire. L'invalidité du contrat n'est pas automatique, elle ne peut résulter que d'une normalisation formelle. Selon le droit privé général, un contrat est valable même lorsqu'une des parties n'était pas en droit de le conclure en raison de ses qualités personnelles. L'invalidité d'un contrat de travail entre un bailleur de services sans autorisation et un travailleur (ainsi que du contrat de location de services, cf. art. 22, 5^e al.) est justifiée. Ce bailleur de services ne doit pas avoir le droit d'exiger des prestations de travail. Cette disposition retient en outre les travailleurs de conclure un contrat lorsqu'ils savent que l'entreprise n'a pas d'autorisation. En ce qui concerne les conséquences de l'invalidité du contrat, l'alinéa 4 renvoie à l'article 320, 3^e alinéa, CO. La genèse de cette disposition montre qu'elle a été adoptée afin de protéger le travailleur qui a fourni un travail en s'attendant de bonne foi à une rétribution¹⁵². Les autres travailleurs peuvent tout au plus avancer des prétentions au titre d'acte illicite (art. 41ss CO) ou d'enrichissement illicite (art. 62ss CO). Mais le législateur n'admet les effets quasi contractuels que jusqu'à l'annulation du contrat pour invalidité. Le travailleur de bonne foi perd ainsi brusquement sa place et son droit au maintien du paiement du salaire, même si la faute est exclusivement imputable à l'employeur sans autorisation. Dans de tels cas, il reste au travailleur la possibilité d'introduire une action en dommage-intérêts. Le dommage correspond alors au salaire promis pour la durée de l'engagement après déduction du montant qu'il a gagné en travaillant ailleurs ou qu'il s'est intentionnellement abstenu de gagner.

L'idée de construire un contrat direct entre le travailleur et l'entreprise locataire de services dans le cas d'une location de services illicite ou d'une faillite du bailleur de services s'est avérée irréalisable, car cette fiction irait à l'encontre de la législation et de la doctrine actuelle. Ainsi, on invoque qu'en cas d'insolvabilité du bailleur de services, le travailleur qui loue ses services serait privilégié par rapport à d'autres travailleurs du fait qu'il pourrait aussi faire valoir ses droits auprès d'un deuxième employeur (l'entreprise locataire de services). Cette dernière serait obligée, le cas échéant, de payer deux fois la même prestation, à savoir une fois au travailleur sur la base de la construction légale et une autre fois au bailleur de services ou à sa masse provenant de l'enrichissement illicite ou d'un acte illicite. Le travailleur qui loue ses services à un bailleur en faillite est

¹⁵² Voir BSt. E 1985 590 (Postulat Miville).

également protégé par la caution obligatoire fournie par l'entreprise de location de services (art. 14). Selon la nouvelle loi sur l'assurance-chômage, il est finalement assuré, comme tous les autres travailleurs – par l'institution de l'indemnité en cas d'insolvabilité, qui couvre les créances de salaire portant sur les trois derniers mois qui précèdent l'ouverture de la faillite ou la demande de saisie (art. 51 à 58 LACI). Une mesure de protection dans le sens de la construction susmentionnée ne semble de ce fait pas nécessaire ».

III. Jurisprudence

A. Contrat-cadre et contrat de mission / Portée du contrat-cadre / Liberté d'affiliation à plusieurs bailleurs de services ; Tribunal des prud'hommes du district de La Chaux-de-Fond, arrêt du 29.06.1989, JAR 1991 332

Le contrat de travail temporaire se noue en général en deux temps : un contrat-cadre précède l'acceptation d'une ou de plusieurs missions¹⁵³. Le contrat-cadre fixe les conditions générales de la collaboration future des parties. Il n'a toutefois pas grande portée juridique par lui-même, puisqu'il n'oblige ni l'employeur, qui est l'entreprise de travail temporaire, à confier des missions au salarié, ni ce dernier à accepter les missions qui lui sont proposées. Les deux parties conservent donc toute leur liberté tant qu'elles n'ont pas conclu le second contrat, relatif à la mission particulière auprès d'une tierce entreprise, généralement qualifiée « d'utilisatrice ».

En d'autres termes, le contrat-cadre n'est pas un contrat de travail ; le travailleur ne peut pas en déduire de droit à un salaire ni à une mission. Les effets du contrat-cadre sont soumis à la condition suspensive qu'un contrat de mission soit conclu. Ce n'est qu'à ce moment que naissent les obligations essentielles du contrat individuel de travail comme les définit l'article 319 alinéa 1 CO, travailler et rémunérer. Avec la fin de la mission, ces prestations ne sont plus dues ; les rapports entre les parties reviennent au statu quo ante. Le contrat-cadre reste valable, mais il ne sortira ses effets que lorsqu'une nouvelle mission sera convenue¹⁵⁴.

Dans le cas d'espèce, le bailleur de services ne procède pas selon le schéma ci-dessus. Le « contrat de travail temporaire et confirmation d'emploi » qu'il signe avec le salarié au début de chaque mission groupe en un seul texte le contrat-cadre et le contrat de mission. Toutefois, ce procédé ne change rien au fond du problème juridique. Quelle que soit la méthode utilisée, les parties sont totalement libres à l'égard l'une de l'autre tant qu'un contrat de mission n'a pas été conclu, et à partir du moment où il prend fin. Ainsi, en dehors des périodes de mission, le salarié peut être « affilié » à plusieurs entreprises de travail temporaire, et il peut accepter du travail chez n'importe quel autre employeur.

¹⁵³ THÉVENOZ, Le travail intérimaire, n° 1988ss.

¹⁵⁴ THÉVENOZ, Le travail intérimaire, n° 643 s.

- B. Qualification du contrat / Distinction entre le contrat de location de services et le contrat de mandat / Responsabilité du bailleur de services / Choix diligent du travailleur temporaire / Relations quasi contractuelles ; Cour de Justice du canton de Genève, Chambre civile, arrêt du 19.01.2007, JAR 2008 370

⇒ Voir p. 22

- C. Responsabilité du travailleur temporaire / Devoir de diligence / Observation des instructions ; RSJ 91 (1995) 455 n° 43

En matière de location de services, le travailleur est lié par un contrat de travail uniquement avec le bailleur de services.

En ce qui concerne le devoir de diligence et l'observation des instructions face à l'entreprise locataire de services, le travailleur temporaire est à traiter comme un travailleur régulier. Ceci vaut d'ailleurs également pour sa responsabilité.

- D. Devoir de diligence / Prohibition de faire concurrence ; Tribunal de cassation du canton de Lucerne, arrêt du 26.06.2007, JAR 2008 435

Le devoir de diligence et de fidélité (art. 321a CO) doit également être observé, par le travailleur temporaire, à l'égard de l'entreprise de mission (locataire de services), qui agit comme employeur de fait. Pendant la mission, le travailleur temporaire est ainsi également soumis à l'interdiction de faire concurrence à l'employeur au sens de l'article 321a alinéa 3 CO. Il n'est irait pas de même en matière de travail à temps partiel.

- E. Responsabilité du travailleur temporaire ; contractuelle ou délictuelle ? ; GVP-SG 1993 n° 34

Pour les tribunaux saint-gallois, le travailleur intérimaire doit être traité de la même manière qu'un employé ordinaire pour ce qui est de ses rapports avec l'entreprise où il rend ses services, notamment pour ce qui est de son obligation de diligence et du respect des obligations contractuelles. Sa responsabilité est donc régie par l'article 321e CO (responsabilité contractuelle) et non pas par les articles 41ss CO (responsabilité délictuelle). La doctrine va d'ailleurs dans le même sens¹⁵⁵.

¹⁵⁵ PORTMANN/STÖCKLI, Schweizerisches Arbeitsrecht, n° 956.

F. Responsabilité du travailleur « prêté » / Application analogique de l'article 321e CO ; TF, arrêt du 23.10.2006, 4C_155/2006, JAR 2007 329

Cette décision du Tribunal fédéral traite du cas où un travailleur prêté par une entreprise à une autre a commis un certain nombre d'erreurs dans l'exécution de son travail. Sur plusieurs chantiers différents, il avait successivement commandé une quantité excessive de tubes en acier inoxydable, surdimensionné l'ossature métallique d'un bâtiment et s'était trompé dans la surface d'une toiture.

Sur la question de la responsabilité du travailleur prêté à l'égard de l'entreprise locataire, le Tribunal fédéral précise que faute de contrat de travail entre les deux parties, la responsabilité du travailleur à l'égard de l'entreprise locataire n'est pas régie directement par l'article 321e CO (responsabilité du travailleur). La Haute Cour a cependant relevé, comme l'ont fait certaines Cours cantonales, que la relation entre le travailleur et l'entreprise locataire est de nature quasi contractuelle¹⁵⁶ ou relève de rapports de travail indirects¹⁵⁷, de sorte que l'article 321e CO serait tout de même applicable dans le cas dont il est question ici.

En l'espèce, il s'agit d'apprécier dans quelle mesure le dommage causé à l'entreprise locataire peut être mis à la charge du travailleur prêté, lequel était, par ailleurs, un ancien employé de l'entreprise lésée. Le large pouvoir d'appréciation réservé au juge dans ce domaine lui permet assurément, dans un cas comme celui-ci, de se référer par analogie aux critères énumérés à l'article 321e alinéa 2 CO.

Le Tribunal fédéral a pris en compte plusieurs éléments dans la fixation de la part du dommage pouvant être mis à la charge du travailleur. Il s'agit notamment de l'importance de la faute du travailleur, le risque professionnel, ainsi que la diligence de l'entreprise locataire à l'égard de l'employé.

Sur la question de la gravité de la faute du travailleur, le Tribunal fédéral a précisé qu'en ce qui concerne l'étendue de la réparation, il y a lieu d'observer que l'article 43 alinéa 1 CO, applicable tant en matière de responsabilité délictuelle que contractuelle¹⁵⁸, prescrit au juge de se prononcer d'après les circonstances et la gravité de la faute. De même, l'article 44 alinéa 1 CO permet au juge de réduire les dommages-intérêts, en particulier lorsque des faits dont la partie lésée est responsable ont contribué à créer ou à augmenter le dommage. L'ampleur du dommage repose largement sur le pouvoir d'appréciation du juge au sens de l'article 4 CC¹⁵⁹. La Haute Cour a également mentionné que l'importance de la faute intervient dans la détermination de la

¹⁵⁶ RSJ 91 (1995) 455.

¹⁵⁷ JAR 2004 509.

¹⁵⁸ ATF 127 III 453.

¹⁵⁹ TF, arrêt du 02.10.2006, 4C_255/2006.

réparation, l'absence de faute grave permettant de réduire les dommages-intérêts¹⁶⁰. Le degré moyen des fautes commises par le travailleur doit ainsi être pris en compte.

Sur la question du risque professionnel, le Tribunal fédéral a également pris en compte le fait que l'activité du travailleur exigeait en l'occurrence de nombreux calculs, fondés partiellement sur des appréciations. En pareil cas, le travailleur est exposé à commettre occasionnellement des erreurs, lesquelles réalisent en partie un risque professionnel. Ce critère doit par conséquent être pris en considération.

Sur la question du devoir de diligence de l'entreprise utilisatrice à l'égard de l'employé, le Tribunal fédéral a enfin précisé que l'attitude de l'entreprise est un élément que les juges pouvaient prendre en considération. En effet, l'entreprise utilisatrice, qui avait occupé le travailleur jusqu'à récemment comme chef du département de charpentes métalliques, s'était déjà plainte, avant les chantiers litigieux, d'erreurs commises par le travailleur en 1998, 1999 et 2000. Il lui appartenait donc d'exercer une surveillance sur l'activité du travailleur prêté. Sa situation est comparable à celle de l'employeur qui ne contrôle pas de manière adéquate l'exécution du travail. N'ayant pris aucune mesure dans ce sens, l'entreprise utilisatrice a couru un risque qu'il n'apparaît pas inéquitable de lui faire supporter en partie¹⁶¹.

Ainsi, en fonction des circonstances, l'entreprise utilisatrice peut être tenue de participer à la réparation de dommage causé par le travailleur prêté, même lorsque ce dernier a mal été choisi par le bailleur.

**G. Licenciement d'une employée temporaire enceinte /
Application des articles 336ss CO ; TF, arrêt du 07.12.2004,
4C_356/2004**

Dans cette affaire, un bailleur de services a annoncé à une de ses employées que sa mission prendrait fin le 12 octobre 2001. Le 19 octobre 2001, l'employée a informé son employeur qu'elle se tenait à disposition pour poursuivre sa mission, dès lors que son contrat de travail ne pouvait être résilié, car elle était enceinte d'environ onze semaines (certificat médical à l'appui) lors de la réception de la lettre de congé. L'employée réclama par la suite environ CHF 37'000.- au bailleur de services devant le Tribunal des prud'hommes.

La question principale est de savoir si, compte tenu des particularités des relations de travail temporaire, l'employée se comporte abusivement en invoquant la protection contre le congé en temps inopportun.

D'après la jurisprudence du Tribunal fédéral, seules des circonstances tout à fait exceptionnelles permettent à l'employeur de se prévaloir d'un abus de droit de la part du travailleur¹⁶².

¹⁶⁰ ATF 110 II 344.

¹⁶¹ TF, arrêt du 02.10.2006, 4C_255/2006.

¹⁶² ATF 129 III 618 ; ATF 110 II 168, JdT 1985 I 28.

Selon la Haute Cour, de telles circonstances ne sont par réunies dans le cas d'espèce et ne peuvent en tous les cas pas être déduites du fait que les parties sont liées par un contrat de travail temporaire. L'article 27 OSE distingue trois formes de location de services : le travail temporaire, le travail en régie et la mise à disposition occasionnelle de travailleurs. Seule la première forme de location de services entre en ligne de compte dans la présente cause. En cas de travail temporaire, le bailleur de services ne conclut pas, dans un premier temps, de véritable contrat de travail avec son employé, mais un contrat-cadre, soit une convention générale de services permettant d'obtenir l'adhésion du travailleur à ses conditions de travail. Il lui propose ensuite un contrat de mission dans une entreprise tierce. Si le travailleur accepte la mission offerte, alors il conclut un contrat de travail effectif avec l'agence de placement.

Au moment de son licenciement, l'employée était liée au bailleur de services par un contrat individuel de travail de durée indéterminée datant du 21 novembre 2000 et prévoyant une mission auprès d'une entreprise tierce. La protection dont a pu bénéficier l'employée après avoir été licenciée en étant enceinte découlait donc de l'existence d'un tel contrat de durée indéterminée. Toute salariée placée dans la même situation en aurait profité de la même manière, qu'il se soit agi ou non de travail temporaire. Du point de vue de l'employeur, cette situation ne se distingue donc pas de celle prévalant en cas de contrat de travail ordinaire, de sorte qu'elle ne saurait fonder un abus de droit.

Le bailleur de services fait valoir que, dans un rapport de travail ordinaire, l'employeur pourrait continuer à occuper la travailleuse enceinte, alors qu'en cas de travail temporaire, l'agence de placement qui n'a pas de mission à confier à la salariée en question ne dispose pas de cette faculté. Tel est effectivement le cas, mais cette conséquence ne suffit pas à fonder un abus de droit. La situation de l'agence de placement n'est pas pire que celle de l'employeur qui ferme son entreprise. Ce dernier se voit également privé de la possibilité de licencier un travailleur durant un délai de protection et doit continuer à lui verser son salaire, alors qu'il ne peut plus l'occuper en raison de la cessation de son activité. Or, la jurisprudence considère que la protection temporaire contre la résiliation instituée par l'article 336c CO s'applique également dans le cas d'une fermeture d'entreprise totale ou partielle¹⁶³.

Selon le Tribunal fédéral donc, le grief du bailleur de services concernant la violation de l'article 2 alinéa 2 CC en relation avec l'application de l'article 336c alinéa 1 lettre c et alinéa 2 CO apparaît infondé dans le cas d'espèce.

¹⁶³ ATF 124 III 346.

H. Licenciement immédiat injustifié / Excès du pouvoir de direction délégué au locataire de services / Ratification tacite par le bailleur de services / Inobservation des exigences relatives à la forme et au contenu du contrat de travail temporaire dans un rapport de location de services ; TF, arrêt du 12.12.2006, 4C_245/2006, JAR 2007 364

Dans cette affaire, une société active dans le domaine de la recherche et la sélection d'artistes et de personnel artistique (ci-après : la société) a proposé un figurant pour une émission de la Télévision suisse romande (ci-après : la TSR). Ce figurant fut retenu pour prendre part à l'émission en qualité de figurant régulier. Il y exerçait l'activité de barman et était chargé d'accueillir les invités de l'émission et de leur offrir des boissons.

Un salaire était versé au figurant par la société en fonction de son temps de présence. Celle-ci facturait un montant fixe pour chaque participation, majoré d'une « commission d'agence », à la succursale genevoise de la Société suisse de radiodiffusion et télévision. Le figurant ne percevait aucun salaire dans les périodes où l'émission était suspendue. Il n'était annoncé à aucune caisse de compensation et les déductions sociales n'étaient donc pas opérées.

Des dissensions se sont par la suite élevées entre le figurant et divers membres de l'équipe produisant l'émission. À l'issue de l'émission du 2 octobre 2002, une exclusion définitive et immédiate lui a été signifiée par le journaliste responsable de l'animation de l'émission (ci-après : le journaliste).

Le 11 octobre 2002, le figurant s'est adressé – sans succès – à la société et à la TSR pour réclamer 120'000 euros à titre de réparation du préjudice subi.

Une première instance a partiellement accueilli l'action intentée contre la société et elle a condamné cette dernière à payer CHF 9'000.- à titre de salaire brut, soumis aux déductions sociales, et CHF 10'000.- à titre d'indemnité nette. La société s'était liée au figurant par un contrat de travail et, le 2 octobre 2002, ce contrat avait été résilié abruptement et sans juste motif. Le figurant avait donc droit au salaire des mois d'octobre, novembre et décembre 2002, et à une indemnité.

La société requit alors du Tribunal fédéral de modifier l'arrêt de la Cour d'appel en ce sens que l'action intentée contre elle soit rejetée. Elle conteste s'être liée au figurant par un contrat de travail et elle soutient qu'un pareil contrat a été conclu entre le figurant et la TSR exclusivement.

Selon le Tribunal fédéral, le litige a pour objet de déterminer, surtout, qui était la cocontractante du figurant.

La Cour d'appel a retenu l'existence d'un rapport triangulaire de location de services, sans lien contractuel entre le figurant et la TSR, avec un contrat de location de services entre celle-ci et la société et un contrat de travail entre cette dernière et le figurant. À l'égard de ce dernier et pour le compte de la TSR, le journaliste exerçait le pouvoir de direction qui appartient normalement à l'employeur et qui, dans un rapport de location

de services, est délégué au locataire. La position de bailleresse de services et d'employeuse de la société ressortait du fait que celle-ci payait le salaire dû au figurant et se faisait rémunérer la prestation par la TSR. En licenciant le figurant à l'issue de l'émission du 2 octobre 2002, le journaliste a certes pris une mesure qui excédait le pouvoir de direction délégué au locataire de services ; la société l'a cependant ratifiée de manière tacite, de sorte qu'elle doit assumer les suites pécuniaires de ce licenciement abrupt et injustifié.

Le Tribunal fédéral s'est rallié à cette vision des choses. La société a durablement accepté que le figurant travaille au service de TSR moyennant un salaire qu'elle payait elle-même ; de ce fait déjà, le contrat de travail devait être tenu pour conclu selon l'article 320 alinéa 2 CO. La société insiste inutilement sur l'ampleur des prérogatives exercées par le journaliste dans l'emploi du figurant, car la délégation du pouvoir de direction de l'employeur au locataire de services est un élément classique et caractéristique de la location de services¹⁶⁴. Que le locataire excède ce pouvoir en congédiant abruptement le travailleur, ainsi que le journaliste l'a fait, ne change rien à la situation préexistante ; sa déclaration reste sans effet si l'employeur ne la ratifie pas. De toute évidence, le directeur de l'émission ne se préoccupait guère du statut juridique du figurant et, dans cette situation, son attitude ne dénote pas la volonté d'exercer des droits d'employeur.

L'inobservation des exigences relatives à la forme et au contenu du contrat de travail dans un rapport de location de services – exigences énoncées à l'article 19 alinéa 1 et 2 LSE et invoquées à l'appui du recours principal – n'a que les effets prévus par l'article 19 alinéa 3 LSE ; en l'occurrence, elle n'influence pas les obligations assumées par la société. Ainsi, c'est effectivement et exclusivement avec la société que le figurant s'est lié par un contrat de travail.

Une résiliation immédiate a été décidée et communiquée le 2 octobre 2002. Informée de cette mesure, la société n'a pas tenté d'infléchir la volonté du directeur ; même après que le figurant lui eut annoncé des prétentions pécuniaires, elle n'a pas proposé de rechercher pour lui une autre mission et elle n'a pas non plus résilié elle-même le contrat de travail. Elle a seulement entrepris de trouver un autre figurant pour remplacer le premier. Dans ces conditions et au regard du principe de la confiance qui autorise, le cas échéant, à considérer qu'une partie a manifesté sa volonté de manière tacite, il doit être retenu que la société (l'employeur) a ratifié le licenciement abrupt. Par ailleurs, aucun fait grave, propre à constituer un juste motif de résiliation immédiate, n'a été constaté.

En cas de résiliation immédiate et injustifiée du contrat, le travailleur peut réclamer ce qu'il aurait gagné si les rapports de travail avaient pris fin à l'expiration du délai de congé (art. 337c al. 1 CO) ; le juge peut en outre lui allouer une indemnité dont il fixe librement le montant, en tenant compte de toutes les circonstances ; cette indemnité peut atteindre six mois de salaire au plus (art. 337c al. 3 CO). En application de ces

¹⁶⁴ THÉVENOZ, *Le travail intérimaire*, n° 235 ; *idem* : *Travail intérimaire et location de services*, pp. 10 s. ; HEIZ, p. 57.

dispositions, la Cour d'appel a retenu les montants de CHF 9'000.- et CHF 10'000.-. Leur évaluation est incontestée¹⁶⁵.

I. Obligation de l'employeur de verser le salaire / Travail temporaire / Article 322 CO ; TF, arrêt du 25.02.1983, JAR 1984 113

En matière de travail temporaire, le salaire n'est normalement dû au travailleur temporaire que pendant la durée des missions de ce dernier dans les entreprises clientes.

J. Passage d'un emploi temporaire à un emploi stable / Temps d'essai / Articles 335b CO, 335c CO et 19 alinéa 4 LSE ; ATF 129 III 124

Dans cet arrêt, une cour cantonale a débouté un travailleur de ses prétentions au motif que son licenciement était intervenu durant le temps d'essai. Elle a considéré que, comme du 21 août au 31 octobre 2000, le travailleur était employé par une agence de travail intérimaire, le contrat qu'il avait conclu le 26 octobre 2000 avec une banque constituait une nouvelle relation contractuelle, pour laquelle la banque était parfaitement en droit de prévoir un temps d'essai de trois mois. Certes, les tâches confiées au travailleur durant sa mission temporaire, puis dans le cadre de son emploi de durée indéterminée auprès de la même banque étaient identiques, mais les relations juridiques entre les parties s'étaient radicalement modifiées. Le congé donné le 12 janvier 2001 avait donc bien pris effet le 19 du même mois.

Dans son recours, le travailleur soutient que cette position viole les articles 335b, 335c et 336c CO, car, au moment où il a été licencié, il exerçait une activité auprès de la banque depuis plus de trois mois.

Le litige porte ainsi exclusivement sur le calcul du temps d'essai. Plus précisément, il s'agit de déterminer si, lorsqu'une entreprise fait appel à un travailleur intérimaire et l'engage au terme de sa mission pour effectuer une activité comparable dans le cadre d'un emploi fixe, la durée de l'activité intérimaire peut influencer le temps d'essai. Cette question n'a jamais été tranchée par le Tribunal fédéral.

L'existence d'un lien contractuel direct entre les parties est indispensable pour leur permettre d'éprouver leurs relations de confiance. Or, le travail intérimaire se caractérise par l'absence de contrat liant directement l'entreprise utilisatrice au travailleur mis à disposition¹⁶⁶. La position de l'employé intérimaire ne peut donc être comparée à celle d'un travailleur ordinaire de l'entreprise utilisatrice.

¹⁶⁵ À ce sujet, voir également SECO, Directives et commentaires relatifs à la LSE et aux ordonnances, p. 144.

¹⁶⁶ THÉVENOZ, Le travail intérimaire, n° 188 et 358.

Il en ressort que le travail intérimaire est soumis à un traitement juridique distinct, lié à sa spécificité et au besoin particulier de souplesse qu'il requiert dans l'intérêt même des travailleurs (ATF 119 V 46 traité p. 97 ; ATF 117 V 248 traité p. 93). Le passage d'un emploi intérimaire à un emploi stable implique donc un changement de statut important, qui empêche la prise en compte, à titre de temps d'essai, de la mission temporaire exercée chez le futur employeur. Même si l'activité effectuée est identique, le contexte juridique dans lequel elle s'exerce, en particulier le rôle central joué par l'agence de placement¹⁶⁷, ne permet pas au travailleur et à l'entreprise utilisatrice d'éprouver leurs relations de confiance de la même façon qu'au moment où ils concluent un contrat de travail et qu'ils cherchent à nouer une relation juridique stable et durable entre eux.

Par conséquent, lors du passage d'un emploi intérimaire à un emploi stable, la durée de la mission temporaire exercée chez le futur employeur ne peut être comptée comme temps d'essai¹⁶⁸.

**K. Temps d'essai et nouvelle mission / « Contrats en chaîne »
(« Kettenverträge ») / Conformité du contrat-cadre au CO /
Indemnités de chômage ; ATF 117 V 248**

Dans cette affaire, une employée de bureau a conclu, le 1^{er} septembre 1989, un contrat de mission temporaire de durée indéterminée avec une agence de travail intérimaire. Sur cette base, elle a été placée pour une durée indéterminée auprès d'une première entreprise cliente dès le 4 septembre 1989. Cette mission a pris fin le 24 novembre 1989.

Sans emploi, l'assurée a sollicité et obtenu des indemnités de l'assurance-chômage, qui lui ont été versées par la caisse de chômage. Dès le 22 janvier 1990, elle a été à nouveau placée pour une durée indéterminée auprès d'une autre entreprise cliente. Cette seconde mission a pris fin le 16 mars 1990, de sorte que l'assurée a derechef sollicité le versement d'indemnités de chômage à partir du 19 mars jusqu'au 4 avril 1990.

Constatant que le temps d'essai de trois mois était arrivé à son terme, la caisse de chômage a refusé d'indemniser l'employée au motif que celle-ci pouvait faire valoir un droit au salaire à l'encontre de son employeur, ou lui réclamer une indemnité en raison d'une résiliation anticipée de son contrat de travail.

L'assurée a recouru contre cette décision en alléguant qu'un nouveau temps d'essai de trois mois était applicable à la seconde mission. Partant, elle estimait que le délai de congé conventionnel avait été respecté par son employeur, contre lequel elle ne pouvait dès lors plus faire valoir de prétentions.

Selon le Tribunal fédéral, le droit à l'indemnité de chômage n'est donné que si l'assuré, du fait de son chômage, subit une perte de travail à prendre en considération (art. 8 al. 1 let. b de la loi fédérale du 25 juin 1982 sur l'assurance-chômage obligatoire et

¹⁶⁷ NEF, pp. 9 s.

¹⁶⁸ *Contra* : THÉVENOZ, Le travail intérimaire, n° 1098ss, en particulier n° 1102.

l'indemnité en cas d'insolvabilité [ci-après : LACI]¹⁶⁹). Cependant, la perte de travail pour laquelle le chômeur a droit au salaire ou à une indemnité pour cause de résiliation anticipée des rapports de travail n'est pas prise en considération (art. 11 al. 3 LACI).

Les nouvelles dispositions légales régissant la résiliation du contrat de travail, en vigueur dès le 1^{er} janvier 1989, prévoient que pendant le temps d'essai, dont la durée maximale ne peut dépasser trois mois et qui couvre ordinairement le premier mois de service, le délai de résiliation est en principe de sept jours, mais peut être modifié par un accord écrit (art. 335b al. 1 et 2 CO). Après le temps d'essai et durant la première année de service, le contrat ne peut être résilié que pour la fin d'un mois, moyennant un délai de congé d'un mois au moins (art. 335c al. 1 CO)¹⁷⁰.

Le point de savoir si l'assurée a droit aux indemnités de chômage litigieuses dépend d'abord de la réponse à une question relevant du droit du travail et qui est de savoir si, dans le cadre d'un rapport de travail intérimaire de durée indéterminée, le temps d'essai reprend ou non à chaque nouvelle mission. Contrairement à l'opinion des premiers juges, cette question doit être tranchée à titre préjudiciel, attendu qu'aucune disposition légale – en particulier l'article 29 LACI – ne dispose le contraire et que le litige qui s'y rapporte n'est pas pendant devant l'autorité compétente pour en connaître à titre principal¹⁷¹.

À l'appui de son recours, l'office recourant invoque que les temps d'essai successifs résultant des diverses missions temporaires doivent être additionnés, car une reconduction du temps d'essai pour une période totale de plus de trois mois irait à l'encontre des dispositions claires du CO. Partant, il estime que le délai de congé prévu par l'article 335c CO est applicable au cas présent, de sorte que l'assurée peut faire valoir des prétentions salariales résultant de ses rapports de travail avec l'agence de travail intérimaire et que son droit à l'indemnité de chômage doit être nié. Il relève toutefois que, selon sa pratique, une solution différente pourrait aussi être applicable lorsque le travailleur intérimaire change d'entreprise utilisatrice et de fonction, conditions cumulatives qui ne sont pas remplies en l'espèce puisque les tâches confiées à l'assurée intimée lors de ses deux missions ne nécessitaient pas des qualifications différentes.

Ce point de vue est contesté par l'assurée, qui allègue que des temps d'essai successifs ne contredisent pas les principes du CO et se justifient en raison de la nature des rapports de travail intérimaire ainsi que par l'intérêt même des parties, qui doivent pouvoir apprécier réciproquement leurs prestations et conserver une liberté suffisante.

Aux termes de l'article 2 du Règlement du personnel temporaire établi par l'agence de travail intérimaire – prescription qui constitue un contrat-cadre et fait partie intégrante de tout contrat de mission particulier conclu postérieurement – il est disposé notamment ce qui suit : « *Lors d'une mission de durée indéterminée, le temps d'essai est de trois mois, durant lesquels le délai de congé est de 2 jours ouvrables. Le temps d'essai recommence à*

¹⁶⁹ RS 837.0.

¹⁷⁰ Selon l'art. 335c al. 2 cependant, ces délais peuvent être modifiés par accord écrit, contrat-type de travail ou convention collective ; des délais inférieurs à un mois ne peuvent toutefois être fixés que par CCT et pour la première année de service.

¹⁷¹ KNAPP, n° 40 ; GRISEL, p. 188 et la jurisprudence citée par ces auteurs.

courir chaque fois que le travailleur temporaire accepte une nouvelle mission temporaire dans une autre entreprise ou s'il exerce une autre fonction ou s'il exécute un travail différent au sein de la même entreprise ».

Le renouvellement du temps d'essai à l'occasion des différentes missions exécutées dans le cadre d'un rapport de travail intérimaire est conforme à la conception du législateur¹⁷² et résulte aussi des relations triangulaires particulières, propres au rapport de travail intérimaire¹⁷³. Les effets du contrat-cadre passé entre une agence de travail intérimaire et un travailleur sont soumis à la condition suspensive qu'un contrat de mission soit conclu¹⁷⁴, c'est-à-dire qu'une mission particulière soit proposée, et acceptée par le travailleur intérimaire. Il en découle par conséquent qu'aux contrats de mission successifs correspond bien une suite de contrats indépendants¹⁷⁵, à l'occasion desquels le temps d'essai se renouvellera chaque fois.

Bien qu'il résulte clairement de l'article 2 du Règlement de l'agence de travail intérimaire que le temps d'essai reprend à chaque nouvelle mission acceptée par le travailleur intérimaire, on n'en doit pas moins s'interroger plus spécialement sur la validité de cette disposition et sur sa conformité au CO. La volonté du législateur est certes de protéger chacune des parties au contrat de travail, et plus particulièrement le travailleur, qui ne doit pas, par une prolongation excessive du temps d'essai, voir érudée à son détriment la protection contre le licenciement¹⁷⁶. De la stricte limitation du temps d'essai découle par conséquent l'interdiction des « contrats en chaîne » (« Kettenverträge ») conclus dans un but frauduleux ou abusif, et qui rendraient illusoire cette protection¹⁷⁷. Il faut toutefois se demander si le besoin d'une telle protection existe aussi en matière de travail intérimaire.

En effet, le travail intérimaire est une forme précaire d'emploi¹⁷⁸. D'autre part, le travailleur intérimaire met sa capacité de travail à la disposition de l'employeur pour un temps généralement limité et accepte d'être placé auprès d'entreprises qui, chaque fois, peuvent différer, pour y exécuter des travaux qui ne seront pas obligatoirement toujours les mêmes. Ainsi, si le travailleur devait s'engager successivement auprès de ces diverses entreprises sans passer par l'intermédiaire d'une agence de travail intérimaire, un nouveau temps d'essai recommencerait à s'écouler lors de chaque prise d'emploi, en tout cas lorsqu'il ne s'agit pas du même employeur ; et dans l'hypothèse où il s'agirait de la même entreprise, encore conviendrait-il d'examiner la durée des interruptions entre deux engagements successifs.

¹⁷² BO 1987 CE 341.

¹⁷³ JAR 1989 258, non publié à l'ATF 114 V 336.

¹⁷⁴ THÉVENOZ, Le travail intérimaire, n° 643.

¹⁷⁵ JAR 1984 113.

¹⁷⁶ FF 1984 II 617 et 620.

¹⁷⁷ AUBERT, Le travail à temps partiel irrégulier, pp. 223 s. et les références citées ; *idem* : Quatre cents arrêts, n° 160 à 162 ; REHBINDER, Schweizerisches Arbeitsrecht 1991, p. 106 ; *idem* : BeKomm., 1. Abschnitt, pp. 43 s. n° 36 ; ATF 109 II 449.

¹⁷⁸ NEF, pp. 8ss ; THÉVENOZ, Le travail intérimaire, n° 625.

Des débats parlementaires relatifs tant à l'adoption des nouvelles dispositions régissant la résiliation du contrat de travail dans le CO¹⁷⁹ qu'à celle de la nouvelle LSE¹⁸⁰, il résulte clairement que la volonté du législateur est de tenir compte des impératifs du travail intérimaire, en lui réservant un traitement juridique particulier qui tient compte de sa spécificité et du besoin particulier de souplesse dans l'intérêt même des travailleurs. Les dispositions des conventions qui prévoient des temps d'essai successifs en cas de travail intérimaire ne signifient donc pas nécessairement que les parties à de tels contrats ont l'intention d'éluder la loi. Aussi, la conformité au CO de l'article 2 du Règlement du personnel temporaire de l'agence de travail intérimaire doit-elle être admise, de sorte que le principal argument avancé par l'office recourant tombe à faux.

Sur la base des considérations qui précèdent, le droit de l'assurée à un salaire ou à une indemnité pour cause de résiliation anticipée des rapports de travail au sens de l'article 11 alinéa 3 LACI est exclu, et l'employée temporaire peut dès lors solliciter le versement d'indemnités de chômage.

**L. Délai de résiliation en cas de « contrats en chaîne »
(« Kettenverträge ») / Contrats de durée déterminée ou
indéterminée ; TF, arrêt du 13.09.2007, 4A_216/2007**

La question d'espèce est de savoir si, dans le cas de contrats de travail à durée déterminée successifs prohibés (« contrats en chaîne », « Kettenverträge »), le contrat de durée déterminée en cours peut être résilié selon les règles valant pour les contrats de durée indéterminée, ou si les parties restent liées par le terme fixé.

Le Tribunal fédéral a jugé que si le droit suisse autorise en principe les parties à passer un nouveau contrat de durée déterminée à la suite d'un contrat de durée déterminée, l'article 2 alinéa 2 CC, qui prohibe la fraude à la loi, s'oppose à la conclusion de « contrats en chaîne » dont la durée déterminée ne se justifie par aucun motif objectif et qui ont pour but d'éluder l'application des dispositions sur la protection contre les congés ou d'empêcher la naissance de prétentions juridiques dépendant d'une durée minimale des rapports de travail¹⁸¹. Le droit au salaire en cas d'empêchement de travailler (art. 324a CO), les délais de résiliation (art. 335c CO), l'interdiction pour l'employeur de résilier en temps inopportun (art. 336c CO) et le droit à une indemnité de licenciement à raison de longs rapports de travail (art. 339b CO) sont cités dans ce contexte (voir ATF 119 V 46 traité p. 97) ; il s'agit de règles auxquelles il ne peut pas être dérogé au détriment du travailleur (cf. art. 362 CO). La règle contournée par la conclusion de contrats successifs s'applique dès lors comme si un seul contrat avait été passé. À cet égard, le Tribunal fédéral a précisé que le juge peut alors imposer, selon les circonstances, non seulement une qualification des contrats successifs en un seul contrat, mais « en un seul contrat à durée déterminée » (voir ATF 119 V 46 traité p. 97).

¹⁷⁹ BO 1985 CN 1120 à 1122 ; BO 1987 CE 341.

¹⁸⁰ BO 1989 CN 251 à 254.

¹⁸¹ ATF 129 III 618.

Il existe ainsi une jurisprudence publiée du Tribunal fédéral sur la question d'espèce. Elle n'a pas été contredite par des arrêts ultérieurs, ni fait l'objet de critiques spécifiques dans la doctrine. Au contraire, les auteurs qui évoquent expressément la question retiennent qu'en cas de « contrats en chaîne », la résiliation ne peut en principe pas intervenir avant l'échéance prévue dans le dernier contrat successif. Telle est l'opinion notamment de STREIFF/VON KAENEL ; ces auteurs relèvent en effet que la clause du contrat fixant le terme de l'engagement continue de s'appliquer et que les contrats successifs sont interprétés comme un contrat à durée indéterminée avec durée minimale¹⁸².

M. Travail intérimaire proprement dit et improprement dit sous l'angle de l'assurance-chômage / Aptitude au placement / Interdiction des « contrats en chaîne » (« Kettenverträge ») / Requalification du contrat ; ATF 119 V 46

Les salariés engagés en vertu d'un rapport de travail intérimaire peuvent en principe prétendre l'indemnisation de leur chômage selon les articles 8ss de la LACI. L'assuré doit alors être disposé à accepter un emploi durable qui s'offrirait à lui. En effet, la personne qui recherche systématiquement et occupe constamment des emplois temporaires n'est pas réputée apte au placement selon l'article 15 LACI.

La situation du travailleur intérimaire, sous l'angle de l'assurance-chômage, doit être distinguée de celle du travailleur mis à la disposition de tiers. Dans ce dernier cas en effet, le travailleur est au bénéfice d'un contrat de travail durable avec son employeur, le contrat ne prend pas fin après chaque mission et l'employeur supporte le risque d'une inactivité. Dans une telle situation, l'assuré qui se trouve sans activité entre deux placements de durée limitée n'a donc, en principe, pas droit aux indemnités de chômage, car son contrat n'est pas résilié et il ne subit aucune perte de travail à prendre en considération. Si le contrat est résilié, l'assuré ne peut prétendre à des indemnités aussi longtemps qu'il a droit à un salaire ou à une indemnité de licenciement¹⁸³.

La succession de contrats au service du même employeur pose le problème de l'interdiction de la conclusion de « contrats en chaîne » (« Kettenverträge »), dont la durée déterminée ne se justifie par aucune raison objective et qui ont pour but d'éluder l'application des dispositions sur la protection contre les congés ou d'empêcher la naissance de prétentions juridiques dépendant d'une durée minimale des rapports de travail, par exemple les articles 324a, 335c, 336c et 339b CO¹⁸⁴. Selon les circonstances, le juge peut alors imposer une requalification des contrats successifs en un seul contrat à durée déterminée.

En doctrine, une telle requalification est proposée également en matière de travail intérimaire, lorsque des missions se sont succédé sans aucun délai, avec une interruption

¹⁸² STREIFF/VON KAENEL, pp. 589ss n° 7 ; STAEHELIN, pp. A 472 s. n° 5.

¹⁸³ THÉVENOZ, Le travail intérimaire, n° 1174 s.

¹⁸⁴ En lieu et place de nombreuses citations, cf. ATF 119 V 46 ainsi que la doctrine et la jurisprudence citées à cet endroit.

résultant de l'exercice d'un droit (vacances, maladie ou accident) ou de l'accomplissement d'une obligation légale (service militaire) ou encore avec les quelques jours, voire quelques semaines d'inoccupation qui résultent de la nature même de l'emploi temporaire¹⁸⁵. La jurisprudence se montre toutefois fort réservée à ce sujet, car la volonté du législateur est de tenir compte, justement, des impératifs du travail intérimaire, en lui accordant un traitement juridique distinct eu égard à sa spécificité et au besoin particulier de souplesse dans l'intérêt même des travailleurs (voir l'art. 19 LSE). C'est ainsi que la jurisprudence fédérale admet que, sauf convention contraire, chaque mission de travail intérimaire fait partir un nouveau temps d'essai (voir ATF 117 V 248 traité p. 93)¹⁸⁶.

Dans le cas d'espèce, il apparaît que l'assuré (travailleur temporaire) a travaillé de manière tout à fait irrégulière au service d'un même employeur, avec parfois de longues périodes d'interruption. À chaque fois, un nouveau contrat de travail a été conclu. Il semble en outre que l'assuré ait accompli, durant certaines de ces interruptions, des missions au service d'une autre organisation de travail intérimaire. Dans ces conditions, les différents contrats conclus ne sauraient être considérés comme un seul contrat de travail ferme assurant à l'intéressé un revenu pendant ses périodes d'inactivité professionnelle (contrat de travail intérimaire improprement dit) au sens de la jurisprudence de l'ATF 108 V 95 (arrêt traité p. 98). Les circonstances de l'espèce sont totalement différentes de celles qui sont à la base de cet arrêt : dans cette affaire, l'assuré, qui avait été successivement détaché par son employeur auprès de diverses entreprises, bénéficiait d'un contrat durable prévoyant, entre autres clauses, un délai de résiliation de deux mois.

Quant à l'existence de « contrats en chaîne », elle doit en l'occurrence être niée, sous peine de porter atteinte à la spécificité du travail intérimaire voulue par le législateur. Au demeurant, compte tenu des périodes d'interruption entre les différentes missions – qui n'ont de surcroît pas toutes été effectuées auprès de la même entreprise utilisatrice –, on ne verrait guère en quoi les contrats conclus successivement par les parties pourraient être qualifiés d'abusifs et, partant, être assimilés à un seul contrat de durée déterminée.

Nous sommes ici en présence d'un pur rapport de travail intérimaire.

N. « Contrat de travail ferme » / Droit aux indemnités de chômage ; ATF 108 V 95

L'assuré qui a conclu un « contrat de travail ferme » avec une organisation de travail temporaire et se trouve sans activité entre deux placements de durée limitée n'a, en principe, pas droit aux indemnités de chômage.

¹⁸⁵ THÉVENOZ, Le travail intérimaire, n° 714.

¹⁸⁶ *Contra* : RJN 1990 52.

O. Travail en régie / Chômage / Perte de travail à ne pas prendre en considération ; ATF 119 V 357

Le travail en régie (travail intérimaire improprement dit) doit être assimilé à un travail temporaire au sens de l'article 33 alinéa 1 lettre e LACI, ce qui signifie qu'une perte de travail n'est pas prise en considération.

P. Travail temporaire / Indemnité de chômage / Aptitude au placement ; TF, arrêt du 20.03.2007, C_53/06

En vertu de l'article 8 alinéa 1 lettre f LACI, l'assuré a droit à l'indemnité de chômage si, entre autres conditions, il est apte au placement. Est réputé apte à être placé le chômeur qui est disposé à accepter un travail convenable et est en mesure et en droit de le faire (art. 15 al. 1 LACI). Les salariés engagés en vertu d'un rapport de travail intérimaire peuvent en principe prétendre l'indemnisation de leur chômage selon les articles 8ss LACI (voir ATF 117 V 248 traité p. 93)¹⁸⁷. L'assuré doit alors être disposé à accepter un emploi durable qui s'offrirait à lui ; en effet, la personne qui recherche systématiquement et occupe constamment des emplois temporaires n'est pas réputée apte au placement selon l'article 15 LACI¹⁸⁸.

Aux termes de l'article 14 alinéa 3 de l'ordonnance du 31 août 1983 sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité (ci-après : OACI)¹⁸⁹, les assurés qui étaient occupés temporairement avant de tomber au chômage ne sont réputés aptes au placement que s'ils sont disposés à accepter un emploi durable et en mesure de le faire.

Q. Travail temporaire / Indemnité de chômage / Aptitude au placement ; TA VD, arrêt du 26.11.2004, PS.2004.0110

Si la relation de travail est qualifiée de contrat intérimaire improprement dit (travail en régie ou mise à disposition de travailleurs à titre principal), l'assuré n'est pas en droit de solliciter l'indemnité de chômage, cela tant que le congé n'a pas été signifié¹⁹⁰. En effet, tant que les rapports de travail sont en vigueur, les éventuelles prétentions liées à une baisse du taux d'activité doivent être demandées à l'employeur.

Si la relation contractuelle est qualifiée de travail intérimaire proprement dit (travail temporaire), la question litigieuse porte sur l'aptitude au placement. Les personnes exerçant une activité irrégulière doivent assumer le risque qu'une diminution de leur taux d'occupation peut faire peser sur leur disponibilité.

¹⁸⁷ Cf. également ATF 114 V 336.

¹⁸⁸ RDTAC 1991 26.

¹⁸⁹ RS 837.02.

¹⁹⁰ Comme c'est d'ailleurs le cas pour tout contrat de travail ordinaire.

**R. Devoir d'entreprendre tout ce qu'il est raisonnablement possible d'exiger pour éviter le chômage ou l'abrégé /
Moment et nombre de recherches d'emplois ; TA VD, arrêt du 20.12.2006, PS.2006.0156**

L'article 17 alinéa 1^{er} LACI dispose que l'assuré est tenu d'entreprendre tout ce qu'on peut raisonnablement exiger de lui pour éviter le chômage ou l'abrégé ; en particulier, il lui incombe de chercher du travail et d'apporter la preuve des efforts qu'il a fournis (art. 26 OACI). Le non-respect de cette obligation est sanctionné par l'article 30 alinéa 1^{re} lettre c LACI, à teneur duquel le droit de l'assuré à l'indemnité est suspendu lorsqu'il est établi qu'il ne fait pas tout ce qu'on peut raisonnablement exiger de lui pour trouver un travail convenable.

Ce motif de suspension est également réalisé lorsque l'assuré ne se conforme pas à ce devoir avant de tomber au chômage (art. 45 al. 1^{er} let. a OACI). Ainsi, le devoir de rechercher un travail dès que possible et de manière soutenue est sanctionné par une jurisprudence constante et rigoureuse, qui commande à l'assuré de s'efforcer de trouver un nouvel emploi déjà pendant le délai de congé ou au cours des derniers mois d'un emploi de durée déterminée, respectivement d'intensifier ses démarches à mesure que l'échéance du chômage se rapproche¹⁹¹. Le fait pour l'assuré de satisfaire à ce devoir de rechercher un emploi s'apprécie en outre à l'aune du comportement d'une personne raisonnable, qui se trouverait dans la même situation sans pouvoir bénéficier des prestations de l'assurance¹⁹². Les recherches de travail impliquant des démarches concrètes à l'égard d'employeurs potentiels selon les méthodes de postulation ordinaires, l'intéressé n'est pas dispensé de poursuivre ses recherches lorsqu'il tente par d'autres moyens de mettre un terme à son chômage, ou nourrit l'espoir d'un hypothétique rapport de travail. On redoute en effet de favoriser toutes sortes d'abus et de vider le principe de l'obligation de diminuer le dommage de son sens¹⁹³.

Quant au nombre des recherches d'emploi que l'on est en droit d'attendre de l'assuré, le Tribunal fédéral des assurances a confirmé la pratique administrative exigeant dix à douze offres par mois en moyenne, tout en précisant qu'il ne fallait pas s'en tenir à un critère quantitatif. Il faut bien plutôt examiner, au regard des circonstances concrètes, la qualité des démarches effectuées. À ce titre, on peut attendre d'un assuré qu'il ne se contente pas de démarches par téléphone, mais qu'il effectue des offres par écrit, eu égard à la périodicité des offres d'emploi dans les journaux et compte tenu du fait que les délais de postulation sont en général relativement longs¹⁹⁴.

¹⁹¹ TF, arrêt du 16.09.2002, C_141/02 ; RDTAC 1987 41 ; TA VD, arrêt du 11.10.2005, PS.2003.0069.

¹⁹² TF, arrêt du 02.12.2003, C_198/03.

¹⁹³ En lieu et place de nombreuses citations, cf. TA VD, arrêt du 20.12.2006, PS.2006.0156 ainsi que la doctrine et la jurisprudence citées à cet endroit.

¹⁹⁴ ATF 124 V 225 ; TF, arrêt du 04.06.2003, C_319/02.

En l'espèce, il a été jugé que trois recherches d'emploi effectuées par téléphone quelques jours avant l'échéance d'un contrat de travail temporaire ne satisfont pas à l'obligation de tout entreprendre pour éviter le chômage.

S. Calcul du gain assuré / Fixation du montant de l'indemnité de chômage allouée au travailleur temporaire ; TA VD, arrêt du 19.11.2006, PS.2005.0107

Aux termes de l'article 23 alinéa 1 LACI, est réputé gain assuré le salaire déterminant au sens de la législation sur l'AVS qui est obtenu normalement au cours d'un ou de plusieurs rapports de travail durant une période de référence, y compris les allocations régulièrement versées et convenues contractuellement, dans la mesure où elles ne sont pas des indemnités pour inconvénients liés à l'exécution du travail.

Cette disposition ne définit pas la période de référence pour le calcul du gain assuré. Le législateur a délégué cette compétence au Conseil fédéral, qui a édicté l'article 37 OACI.

L'article 37 alinéa 1 OACI dispose que le calcul du gain assuré est fondé sur le salaire moyen des six derniers mois de cotisation – trente jours étant réputés constituer un mois de cotisation, les périodes de cotisation n'atteignant pas un mois civil entier étant additionnées (art. 11 OACI) – avant le début du délai-cadre d'indemnisation. Selon l'article 37 alinéa 2 OACI, le gain assuré est toutefois déterminé sur la base du salaire moyen des douze derniers mois de cotisation précédant le délai-cadre d'indemnisation si ce salaire est plus élevé que le salaire moyen visé à l'alinéa 1^{er}. L'article 37 alinéa 3 OACI précise que la période de référence commence à courir le jour précédant le début de la perte de gain à prendre en considération quelle que soit la date de l'inscription au chômage, l'assuré devant avoir, au jour précité, cotisé douze mois au moins pendant le délai-cadre applicable à la période de cotisation.

L'article 37 alinéa 3^{bis} OACI concerne la situation particulière où le salaire varie en raison de l'horaire de travail usuel dans la branche ou du genre de contrat de travail. Dans ce cas, le gain assuré est calculé sur les douze derniers mois, mais au plus sur la moyenne de l'horaire de travail convenu contractuellement. Selon la jurisprudence, le terme « mois » figurant à l'article 37 alinéa 3^{bis} OACI désigne les mois civils, les mois durant lesquels l'assuré n'a pas exercé d'activité n'étant pas pris en compte au nombre des douze derniers mois au sens de cette disposition¹⁹⁵.

En l'espèce, le Tribunal administratif est arrivé à la conclusion que le gain assuré du travailleur temporaire doit être calculé sur la base des règles fixées à l'article 37 alinéa 3^{bis} OACI, disposition qui a pour but d'éviter des discriminations en empêchant la prise en compte d'heures supplémentaires par rapport à la moyenne de l'horaire de travail convenu contractuellement.

Cette décision pose de plus le principe que l'horaire de travail déterminant pour le calcul théorique du gain assuré de l'employé d'une agence de travail temporaire est celui qui a

¹⁹⁵ ATF 121 V 165.

été convenu avec cette agence, et non celui qui a été convenu avec l'entreprise pour laquelle un mission est effectuée.

T. Clause de prohibition de faire concurrence conclue entre le travailleur temporaire et le bailleur de services / Articles 340 CO et 19 alinéa 5 lettre b LSE ; Tribunal des prud'hommes du canton de Zurich, arrêt du 10.11.1980, JAR 1981 288

Au sens de l'article 340 CO, entrent en concurrence les entreprises qui proposent des prestations de service analogues (« gleichartige Leistungen ») à la même clientèle (« gleichen Kundenkreis »).

Un accord – conclu entre le bailleur de services et le travailleur temporaire et par lequel ce dernier s'oblige à ne pas se faire engager par une entreprise cliente à laquelle il a été loué – n'est pas valable. En l'espèce, l'entreprise cliente (entreprise de pose de carrelage) n'entre pas en concurrence avec le bailleur de services.

⇒ Voir également p. 8

U. Validité d'une prohibition de faire concurrence et de débauchage / Article 19 alinéa 5 LSE ; ATF 130 III 353

On ne peut pas prétendre – d'une manière générale – que l'interdiction de débaucher des clients limite moins l'activité professionnelle d'un travailleur qu'une prohibition de faire concurrence. En effet, une prohibition de faire concurrence peut avoir aussi peu d'effet qu'elle ne représente, pratiquement, aucune contrainte, alors que d'un autre côté, sur un marché de très petite taille, il peut s'avérer impossible d'exercer une activité sans débaucher aucun client, de sorte qu'une interdiction serait particulièrement pénalisante.

Les règles des articles 340ss CO font dépendre l'efficacité et les conséquences de la prohibition de faire concurrence – ainsi que d'autres restrictions après la fin des rapports de travail – d'une pondération des intérêts. La réglementation commande une évaluation des intérêts dans le cas particulier et permet ainsi de prendre en considération la mesure dans laquelle, concrètement, la prohibition de faire concurrence entrave la liberté économique du travailleur. La réglementation offre ainsi un espace suffisant pour tenir compte de l'ampleur variable de l'obligation.

Par conséquent, les limitations de l'activité professionnelle au-delà du terme des rapports de travail doivent être soumises aux mêmes règles qu'en matière de prohibition de faire concurrence, dans la mesure toutefois où ces limitations ne sont pas d'emblée illicites en vertu de dispositions légales spéciales (cf. par ex. l'art. 19 al. 5 let. b LSE).

⇒ Voir également p. 8

V. Salaire afférent aux vacances en matière de travail temporaire / Article 329d alinéa 1 CO ; Tribunal arbitral commercial du canton de Bâle-Ville, arrêt du 22.07.1989, JAR 1992 342

En matière de travail temporaire, le salaire doit en principe être versé de la même manière pendant les vacances qu'en période de travail, c'est-à-dire qu'il doit avoir la même date ou période d'échéance.

Le versement du salaire afférent aux vacances directement dans le salaire courant sous forme d'un pourcentage supplémentaire n'est admis – en plus des conditions formelles que le montant du salaire afférent aux vacances doit ressortir clairement du contrat de travail et des décomptes ou quittances périodiques de salaire – que dans des cas exceptionnels et objectivement justifiés. Sont objectivement justifiés les cas où (cumulatif) :

- les temps de repos nécessaires sont garantis entre les engagements irréguliers ;
- le calcul du salaire à verser pendant les vacances engendrerait des difficultés considérables.

⇒ Voir également p. 125

W. Salaire afférent aux vacances en matière de travail temporaire / Article 329d alinéa 2 CO ; TC NE, arrêt du 08.06.2005, CC.2001.15

L'inclusion des vacances dans le salaire horaire n'est admissible que si le travailleur est occupé à temps très partiel ou à titre intérimaire, outre l'exigence de clarté du contrat et des décomptes de salaires à ce propose. Dans le cas d'espèce, la première condition n'est pas remplie.

⇒ Voir également p. 125

X. Salaire afférent aux vacances / Article 329d alinéa 2 CO ; TC NE, arrêt du 29.07.1999, RJN 1999 82

Pour que le paiement d'une indemnité en lieu et place de l'octroi de vacances en nature soit admissible, il faut que des circonstances tout à fait particulières le justifient et que le système d'indemnisation des vacances ressorte clairement du contrat ainsi que des décomptes de salaire périodiques. Il en va de même, lorsqu'il n'est pas contesté ou qu'il est établi que le travailleur a effectivement pris des vacances.

La violation de l'article 329d alinéa 2 CO entraîne pour l'employeur l'obligation de verser au travailleur le salaire de base majoré du supplément pour vacances, et cela pendant toute la durée des rapports contractuels, que le travailleur ait pris ou non ses vacances en nature.

⇒ Voir également p. 125

Y. Travail en régie / Heures supplémentaires qui peuvent raisonnablement être exigées / Licenciement immédiat justifié ; TF, arrêt du 13.06.2000, JAR 2001 164

En matière de travail en régie, il est évident que la charge de travail est plus difficilement organisable et moins prévisible que pour un travail exécuté exclusivement dans un même domaine. En outre, **on doit davantage compter avec le risque de devoir effectuer des heures supplémentaires en matière de travail en régie, à l'inverse des autres formes de travail.**

Dans le cas d'espèce, il a été jugé que 1.6 heure supplémentaire par jour pendant quatre à huit semaines pouvait être considérée comme n'étant pas forcément raisonnable, notamment si le travailleur a des raisons personnelles de considérer ces heures supplémentaires comme ne pouvant être raisonnablement exigées de sa part.

Néanmoins, cela n'autorisait pas le travailleur – dans le cas d'espèce – à refuser purement et simplement le travail que son employeur lui demandait d'effectuer. Le travail qui lui était demandé était raisonnable et on pouvait objectivement exiger de lui qu'il effectue ces heures supplémentaires durant une durée limitée. Ce n'est qu'après être entré en service que le travailleur aurait dû s'opposer aux heures supplémentaires qu'il ne pouvait pas effectuer raisonnablement.

Par conséquent, son licenciement immédiat – intervenu après sommation – a été qualifié de justifié.

Z. Absence d'autorisation de pratiquer la location de services / Sort du contrat déclaré nul ; TC NE, arrêt du 08.06.2005, CC.2001.15

En vertu de l'article 19 alinéa 6 LSE, l'absence d'autorisation de pratiquer la location de services entraîne d'office la nullité du contrat passé entre le bailleur de services et le travailleur temporaire, l'article 320 alinéa 3 CO réglant les conséquences du contrat déclaré nul. L'application de cette dernière disposition – plutôt que des règles sur l'enrichissement illégitime – suppose cependant que le travailleur ait « fourni de bonne foi un travail pour l'employeur », ce qui n'est pas le cas si l'employeur apporte la preuve que le travailleur avait connaissance de l'invalidité du contrat¹⁹⁶.

En l'espèce, il n'est pas établi que les travailleurs aient eu connaissance de l'absence d'autorisation au sens de l'article 19 alinéa 6 LSE.

¹⁹⁶ REHBINDER/PORTMANN, p. 1680 n° 18.

AA. Notion de « lieu d'engagement » et notion de « lieu de travail » ; TC NE, arrêt du 30.01.2003, RJN 2003 187

Le « lieu de travail » n'est pas nécessairement le « lieu d'engagement », soit le siège de l'entreprise intérimaire. L'article 19 alinéa 2 LSE, qui énumère les mentions obligatoires du rapport d'obligations conclu entre le bailleur de services et le travailleur intérimaire, prévoit en effet que le contrat doit notamment indiquer « le genre de travail à fournir » (let. a) et « le lieu de travail et le début de l'engagement » (let. b), et l'article 22 alinéa 1 LSE – qui énumère les mentions obligatoires du contrat de location de services conclu entre le bailleur de services et l'entreprise locataire de services – prévoit que la convention doit indiquer la propre adresse du premier (let. a) et le lieu de travail du travailleur (let. c).

Les notions de lieu d'engagement et lieu de travail ne se recoupent donc pas.

⇒ Voir également la décision RJN 2003 187 p. 154

BB. Conséquence de la violation de conclure le contrat de travail par écrit / Article 19 alinéas 1 et 3 LSE ; TF, arrêt du 24.09.2008, 4A_292/2008

Un contrat de travail intérimaire qui n'a pas été conclu par écrit viole l'article 19 alinéa 1 LSE. En pareil cas, selon l'article 19 alinéa 3 LSE, les conditions de travail sont déterminées par les usages locaux et professionnels en la matière, ou par les dispositions légales, à moins que les parties n'aient convenu verbalement de conditions plus favorables au travailleur.

En l'espèce, le Tribunal cantonal s'est référé à cette règle et a retenu que le demandeur n'a pas allégué ni prouvé un usage professionnel qui l'autoriserait à exiger les suppléments de salaire litigieux (prétentions basées sur la LTr). Le Tribunal fédéral a confirmé le point de vue du Tribunal cantonal.

Pour plus de détails sur la forme du contrat de travail temporaire, voir dès page 107.

IV. Chapitres choisis

A. La relation entre le bailleur de services et le travailleur loué

Le bailleur de services fait signer au travailleur – généralement lors du premier entretien – un contrat-cadre dans lequel les conditions générales applicables aux futures missions sont mentionnées¹⁹⁷. Le contrat-cadre est complété par des contrats particuliers passés entre les parties (contrats de mission) et ne prend effet qu'après l'acceptation d'une mission¹⁹⁸. Les effets du contrat-cadre sont donc subordonnés à la condition suspensive que les parties se mettent en relation pour une mission. Dès ce moment, le contrat de mission est complété par les règles du contrat-cadre (il est d'ailleurs fortement recommandé de préciser, dans le contrat de mission, que le contrat-cadre fait partie intégrante du contrat de mission). Ainsi, le contrat de mission et les règles du contrat-cadre constituent un contrat de travail ordinaire au sens de l'article 319 CO, contrat de durée déterminée, indéterminée, minimale ou maximale (cf. décision 4C_356/2004 traitée p. 24 et JAR 1991 332 traité p. 85).

Chaque nouvelle mission impose par conséquent la conclusion d'un nouveau contrat de mission, c'est-à-dire l'acceptation formelle du travailleur. Le travailleur est cependant libre d'accepter ou de refuser chaque proposition de mission. D'un autre côté, le bailleur de services n'est pas obligé de proposer des missions au travailleur, ce qui est généralement expressément stipulé dans le contrat-cadre¹⁹⁹.

Le travailleur loué ne promet pas le résultat de son travail, mais son activité en elle-même. Il s'engage à travailler chez le locataire de services pour une certaine durée qui n'est pas limitée par l'accomplissement de la tâche confiée. Le travailleur intérimaire s'engage à fournir des services, et non un ouvrage. C'est pour cette raison qu'il n'est pas possible de qualifier le rapport juridique entre bailleur de services et travailleur intérimaire de contrat d'entreprise²⁰⁰.

Les accords qui empêchent ou entravent directement le travailleur de s'engager dans l'entreprise de mission après l'échéance de son contrat de travail sont nuls et non avenus (art. 19 al. 5 let. b LSE). En revanche, le bailleur de services est parfaitement en droit d'interdire que cet engagement intervienne avant l'échéance du contrat de travail temporaire²⁰¹.

Si l'éventualité que le travailleur doive fournir sa prestation à un tiers n'a pas été envisagée et acceptée lors de la conclusion du contrat de travail, ce qui est le cas le plus fréquent dans les situations de mise à disposition occasionnelle de travailleurs par un

¹⁹⁷ En pratique cependant, les bailleurs de services font rarement signer le contrat-cadre au premier entretien. Ce n'est souvent qu'au moment de la signature du contrat de mission que le travailleur temporaire accepte le contrat-cadre, auquel le contrat de mission renvoie.

¹⁹⁸ VISCHER, *Der Arbeitsvertrag*, pp. 54ss n° 2 ; BRÜHWILER, *Auswirkungen des Bundesgesetzes*, p. 222.

¹⁹⁹ BRÜHWILER, *Auswirkungen des Bundesgesetzes*, p. 222 ; SECO, *Directives et commentaires relatifs à la LSE et aux ordonnances*, p. 92.

²⁰⁰ WEKA 1996, tome 3, partie 6, chapitre 7.2, pp. 2ss.

²⁰¹ SECO, *Directives et commentaires relatifs à la LSE et aux ordonnances*, p. 110.

employeur, ce dernier ne peut l'imposer – en vertu de son pouvoir de direction (art. 321d CO) – que dans la mesure où cela n'excède pas ce qu'il peut attendre de bonne foi du salarié, notamment en termes de rayon d'activité et de type d'activité²⁰². En tout état, il reste tenu de protéger la personnalité du travailleur (art. 328 CO).

B. La forme du contrat de travail intérimaire

Les dispositions de droit du travail de la LSE prévalent sur celles du CO²⁰³. Ainsi et contrairement à l'article 320 alinéa 1 CO, l'article 19 alinéas 1 et 2 LSE impose la forme écrite (avec signature des deux parties, art. 13 CO), ainsi que la mention obligatoire de certains éléments (voir chapitre suivant). En application de l'article 12 CO, la forme écrite est également obligatoire en cas de modification du contrat de travail intérimaire²⁰⁴.

Selon la doctrine et la jurisprudence, il n'est pas obligatoire que les signatures du travailleur et du bailleur de services soient apposées sur le même document²⁰⁵.

Applicable aux contrats de travail conclus exclusivement ou principalement en vue d'une location de services, la forme écrite ne s'applique pas au contrat de travail de celui dont les services ne sont qu'occasionnellement loués à un tiers²⁰⁶.

À défaut d'être écrit, le contrat de travail n'est pas nul (la forme écrite ne constitue pas une condition de validité, mais uniquement un moyen de preuve et de protection)²⁰⁷. Les usages locaux et professionnels, ainsi que les règles de droit dispositif s'appliqueront, à moins que des conditions plus favorables aient été conclues verbalement (art. 19 al. 3 LSE). Toutefois, si l'entreprise locataire de services est soumise à une CCT étendue, le bailleur de services doit appliquer au travailleur les dispositions de la CCT qui concernent notamment le salaire et la durée du travail (cf. art. 20 LSE). Dans ce cas précis, l'article 20 LSE supplante l'article 19 alinéa 3 LSE, sauf dérogation orale en faveur du travailleur²⁰⁸.

Le bailleur de services n'est dispensé de rédiger un contrat que si l'urgence de la situation ne lui permettait pas de le faire avant le début de la mission et si celle-ci a duré moins de six heures. Si la mission dure plus de six heures, le contrat devra être rédigé dans les plus brefs délais (art. 48 OSE). C'est là la seule exception à l'obligation de conclure le contrat de travail par écrit. En effet, l'emploi des termes « *en règle générale* »

²⁰² Cf. notamment STAEHELIN, p. A 112 n° 14 s.

²⁰³ SECO, Directives et commentaires relatifs à la LSE et aux ordonnances, p. 92 ; TAF, arrêt du 11.03.2009, B-3381/2008.

²⁰⁴ TAF, arrêt du 11.03.2009, B-3381/2008. Le Tribunal administratif fédéral a jugé qu'en matière de travail temporaire, une clause contractuelle d'un contrat de durée déterminée qui stipule que « *si le contrat est ensuite renouvelé par accord tacite, il sera considéré comme étant prolongé pour une durée indéterminée* » viole les art. 19 al. 1 LSE, 48 OSE, 12 CO et la volonté exprimée par le législateur. La LSE fait ainsi figure de *lex specialis* par rapport au CO, et notamment par rapport à l'art. 334 al. 2 CO.

²⁰⁵ BRÜHWILER, Auswirkungen des Bundesgesetzes, p. 222 ; ATF 83 II 510.

²⁰⁶ THÉVENOZ, La location de services dans le bâtiment, p. 70.

²⁰⁷ TF, arrêt du 06.07.2009, 4A_233/2009 ; VISCHER, Der Arbeitsvertrag, p. 55.

²⁰⁸ BRÜHWILER, Auswirkungen des Bundesgesetzes, p. 223 ; SECO, Directives et commentaires relatifs à la LSE et aux ordonnances, p. 93.

à l'article 19 alinéa 1 CO n'ouvre pas la voie à d'autres exceptions que celles prévues par le Conseil fédéral, à savoir celles prévues par l'article 48 OSE²⁰⁹.

Si le bailleur de services enfreint de manière répétée ou grave l'obligation de conclure des contrats écrits, son autorisation de pratiquer la location de services peut lui être retirée (art. 16 al. 1 let. b LSE) et il encourt des sanctions pénales, à savoir une amende de CHF 40'000.- au maximum (art. 39 al. 2 let. c LSE).

Finalement, en ce qui concerne spécialement la mise à disposition de travailleurs à titre principal (travail en régie) et afin de respecter les exigences formelles de l'article 19 alinéa 2 lettre b LSE, chaque mission doit faire l'objet d'un avenant écrit au contrat de travail déjà existant, avenant qui doit être signé par le seul bailleur de services et remis au travailleur²¹⁰.

C. Le contenu du contrat de travail intérimaire

Le contrat de travail intérimaire doit contenir les dispositions concernant (art. 19 al. 2 LSE) :

- le genre de travail à fournir ;
- le lieu du travail ;
- la date du début de l'activité ;
- la durée de l'engagement ;
- le délai de congé ;
- l'horaire de travail ;
- le salaire (y compris les indemnités et allocations éventuelles ainsi que les déductions sociales) ;
- les prestations dues en cas d'heures supplémentaires, de maladie, d'accident, de service militaire et de vacances ;
- les dates de paiement du salaire, des allocations et des autres prestations.

Si le contrat de travail est composé d'un contrat-cadre et d'un contrat de mission, il suffit qu'un des deux contrats contienne les dispositions ci-dessus pour que la condition soit remplie²¹¹.

En ce qui concerne le salaire, le contrat de travail intérimaire doit permettre au travailleur de connaître son salaire brut, ainsi que les déductions sociales. Le salaire net ne doit pas obligatoirement apparaître dans le contrat de travail, l'article 330b CO – règle générale applicable à tous les contrats de travail – ne l'imposant pas. Selon le SECO toutefois, le salaire net devrait apparaître au plus tard dans le décompte de salaire²¹².

²⁰⁹ TAF, arrêt du 11.03.2009, B-3381/2008.

²¹⁰ SECO, Directives et commentaires relatifs à la LSE et aux ordonnances, p. 93.

²¹¹ BRÜHWILER, Auswirkungen des Bundesgesetzes, p. 222.

²¹² SECO, Directives et commentaires relatifs à la LSE et aux ordonnances, p. 93.

Concernant le nouvel article 330b alinéa 1 CO²¹³ justement, on gardera à l'esprit que lorsque le rapport de travail a été convenu pour une durée indéterminée ou pour plus d'un mois, l'employeur doit informer le travailleur par écrit, au plus tard un mois après le début du rapport de travail, sur :

- le nom des parties ;
- la date du début du rapport de travail ;
- la fonction du travailleur ;
- le salaire et les éventuels suppléments salariaux ;
- la durée hebdomadaire du travail.

Ces éléments se cumulent ainsi avec ceux de l'article 19 alinéa 2 LSE (la plupart se recoupent toutefois).

D. La mission de durée déterminée et la mission de durée indéterminée

La mission de durée déterminée

a) En général

Dans l'hypothèse où le contrat est conclu pour une durée déterminée, il s'éteint conformément à l'article 334 CO, par l'écoulement de la période convenue par les parties. Ainsi, aucune partie n'est tenue de résilier le contrat, puisque l'échéance est prévue de manière fixe.

Il est conseillé au bailleur de services d'être précis dans les termes utilisés. En effet, les contrats de mission dans lesquels la durée de l'engagement est fixée par une formule vague telle que « *jusqu'à nouvel avis* », « *selon les besoins du client* » ou encore « *selon le carnet de commandes* » sont considérés, par le SECO, comme des contrats à durée indéterminée²¹⁴. Nous sommes cependant d'avis que le contrat est conclu pour une durée ou un terme déterminés si la lecture du contrat permet – à un travailleur lambda – de déterminer objectivement et avec suffisamment de précision la durée ou le terme réels du contrat (par ex. un contrat de saisonnier).

Il s'agit également de savoir comment traiter les missions qui s'enchaînent sans véritable interruption. Ainsi, plusieurs contrats de missions peuvent se succéder valablement. Cependant, si la succession représente une évidente violation de la loi permettant d'éluder les règles sur la résiliation (par ex. délais de congé ou prescriptions en matière de droit des assurances sociales), la succession n'est pas permise et sera sanctionnée par l'application des règles sur les résiliations abusives de l'article 336 CO (interdiction des

²¹³ Bien que l'art. 330b CO manque dans l'énumération de l'art. 362 CO, il y a lieu de procéder, sur la base de son libellé, qu'il contient du droit relativement impératif. Partant, il ne peut être dérogé à cette disposition en défaveur du travailleur. Il est cependant licite de convenir une réglementation plus favorable au travailleur. Cf. également BO 2004 CE 745.

²¹⁴ SECO, Directives et commentaires relatifs à la LSE et aux ordonnances, p. 96.

« contrats en chaîne », voir ATF 117 V 248 traité p. 93 et les arrêts qui suivent)²¹⁵. Dans ce cas, le juge doit requalifier la succession des rapports de travail de durée déterminée en un seul et même contrat de durée indéterminée, soumis de plein droit aux règles relatives aux délais de résiliation ordinaires. Cela ne signifie toutefois pas que les successions de missions de durée déterminée doivent être automatiquement requalifiées. Elles ne le seront qu'en cas de circonstances particulières et justifiant un tel procédé (voir également la jurisprudence précitée)²¹⁶.

b) Le temps d'essai

Le temps d'essai est intimement lié au contrat de travail de durée indéterminée, raison pour laquelle il n'y a pas de présomption de temps d'essai au début des contrats de durée déterminée (l'art. 19 al. 4 parle d'ailleurs uniquement d'engagements de durée indéterminée).

Les parties sont toutefois autorisées à prévoir des possibilités de congé anticipé, mais doivent dans ce cas respecter les délais minimums fixés à l'article 19 alinéa 4 LSE. Le contrat est alors conclu pour une durée déterminée maximale. La règle de l'article 335b CO doit cependant aussi être respectée. Ainsi, si une possibilité de congé anticipé est convenue, les parties doivent non seulement respecter les délais minimaux fixés à l'article 19 alinéa 4 LSE, mais également le maximum de trois mois de l'article 335b alinéa 2 CO²¹⁷. Dans tous les cas néanmoins, le temps d'essai doit être plus court que la durée prévue de la mission²¹⁸.

Il est admissible d'instaurer un nouveau temps d'essai chaque fois que le travailleur accepte une nouvelle mission temporaire dans une autre entreprise de mission, ou s'il exerce une autre fonction ou exécute un travail différent au sein de la même entreprise de mission, cela même s'il est lié par un contrat-cadre de durée indéterminée avec l'entreprise de placement temporaire (voir ATF 117 V 248 traité p. 93 et les arrêts qui suivent)²¹⁹.

Un nouveau temps d'essai est également admissible lorsqu'au terme de la mission temporaire, le travailleur et le locataire de services concluent un contrat de travail de durée indéterminée (voir ATF 129 III 124 traité p. 92). Ce dernier point se justifie par le fait que bien que le locataire de services et le travailleur ont déjà eu un contact au niveau du travail, ces derniers n'ont jamais eu formellement de relation contractuelle entre eux²²⁰. La doctrine précise néanmoins qu'il n'y a pas de transfert d'entreprise lorsque le

²¹⁵ THÉVENOZ, La nouvelle réglementation, p. 19 ; Cf. également SECO, Directives et commentaires relatifs à la LSE et aux ordonnances, pp. 94 s.

²¹⁶ WEKA 1996, tome 3, partie 6, chapitre 7.2, pp. 9 s.

²¹⁷ SECO, Directives et commentaires relatifs à la LSE et aux ordonnances, pp. 96 et 98.

²¹⁸ BRÜHWILER, Auswirkungen des Bundesgesetzes, pp. 224 s. ; SECO, Directives et commentaires relatifs à la LSE et aux ordonnances, pp. 97 s.

²¹⁹ VISCHER, Der Arbeitsvertrag, p. 55 ; BRÜHWILER, Auswirkungen des Bundesgesetzes, p. 225 ; BRUNNER et al., p. 234.

²²⁰ BRUNNER et al., p. 234.

nouvel employeur engage à son service des personnes précédemment placées dans le cadre d'une mission temporaire par une entreprise de location de services²²¹.

Finalement, on précisera que le fait de prolonger un contrat de durée déterminée pour une durée indéterminée permet de bénéficier du délai de congé de l'article 19 alinéa 4 LSE, qui est de sept jours entre le quatrième et le sixième mois d'un emploi ininterrompu (voir également le chapitre concernant la prolongation des contrats de durée déterminée ou maximale dès p. 122)²²².

La mission de durée indéterminée

a) Le temps d'essai

Les missions de durée indéterminée sont résiliables au moyen d'un bref délai de congé durant les six premiers mois d'une mission (art. 19 al. 4 LSE). Tenant compte de la particularité du travail temporaire, ce bref délai de congé s'applique à nouveau dès le début de toute nouvelle mission, sous réserve de l'interdiction des « contrats en chaîne » vue ci-dessus (voir ATF 117 V 248 traité p. 93 et les arrêts qui suivent). Ce « temps d'essai » de six mois vise, par définition, à permettre à l'employeur et au travailleur de faire un « essai » réciproque en vue de leur future collaboration de durée indéterminée.

b) Les délais de résiliation pendant le temps d'essai

Spécialement et uniquement en matière de travail temporaire (art. 49 OSE), les délais légaux de résiliation pendant le temps d'essai – institués par la LSE à l'article 19 alinéa 4 – diffèrent de ceux du CO (art. 335b CO). Ces délais sont de deux jours au moins durant les trois premiers mois d'un emploi ininterrompu (pour un développement de cette notion, cf. plus loin), et de sept jours au moins du quatrième au sixième mois d'un emploi ininterrompu. Ces délais de résiliation du contrat de travail temporaire pendant le temps d'essai sont des délais minimaux et sans terme de congé. Des délais plus longs peuvent être stipulés en faveur du travailleur temporaire dans le contrat de travail temporaire (« au moins »), mais non des délais plus courts²²³. Des délais de résiliation plus courts ne peuvent être stipulés qu'en matière de contrat de travail ordinaire, aux conditions de l'article 335b alinéa 2 CO.

Finalement, on précisera que le fait de prolonger un contrat de durée déterminée pour une durée indéterminée permet également de bénéficier du délai de congé de l'article 19 alinéa 4 LSE, qui est de sept jours entre le quatrième et le sixième mois d'un emploi ininterrompu (voir également le chapitre concernant la prolongation des contrats de durée déterminée ou maximale dès p. 122)²²⁴.

²²¹ CARRUZZO et al., chapitre IX, p. B4.

²²² TAF, arrêt du 11.03.2009, B-3381/2008.

²²³ SECO, Directives et commentaires relatifs à la LSE et aux ordonnances, p. 95.

²²⁴ TAF, arrêt du 11.03.2009, B-3381/2008.

c) Le délai de résiliation après le temps d'essai

Le régime ordinaire de l'article 335c CO devient applicable pour une mission de durée indéterminée égale ou supérieure à sept mois, la LSE ne contenant pas de dispositions spécifiques²²⁵. Ainsi, le contrat peut être résilié pour la fin d'un mois moyennant un délai de congé d'un mois pendant la première année de service (donc du septième au douzième mois en matière de travail temporaire), de deux mois de la deuxième à la neuvième année de service et de trois mois ultérieurement (art. 335c al. 1 CO).

Selon l'article 335c alinéa 2 CO, les délais de l'alinéa 1 peuvent être modifiés par accord écrit, contrat-type de travail ou CCT ; des délais inférieurs à un mois ne peuvent toutefois être fixés que par CCT et pour la première année de service²²⁶. Dans le cadre d'un contrat individuel de travail et hors contrat-type de travail ou CCT, la liberté contractuelle des parties de modifier le système légal est totale, sous réserve de l'observation de la forme écrite et pour autant que le délai de résiliation ne soit pas inférieur à un mois après l'expiration du temps d'essai. Dans la pratique, on constate que les contrats-cadres de travail temporaire prévoient un délai de congé d'un mois calendaire dès le 7^e mois d'une mission ininterrompue.

Le terme de congé fixé par la loi est la fin d'un mois (art. 335c al. 1 CO), même s'il s'agit d'un dimanche ou d'un jour férié. Néanmoins, les parties peuvent modifier le terme de congé, en ce sens que la fin d'un mois n'est pas un terme impératif²²⁷. La modification du terme de congé ne nécessite pas la forme écrite, puisque l'article 335c alinéa 2 CO se réfère aux délais et non au terme²²⁸.

Nonobstant l'existence de l'article 19 alinéa 4 LSE (délais de résiliation), il est conseillé au bailleur de services de prévoir systématiquement un temps d'essai de trois mois, dans la mesure où les restrictions temporelles au licenciement ne s'appliquent pas pendant le temps d'essai (art. 336c et 336d CO). Une telle solution est acceptable, vu le caractère flexible du travail temporaire, connu des parties²²⁹.

d) La notion d'emploi ininterrompu

La notion « d'emploi ininterrompu » est particulière à la LSE. Elle ne découle pas du CO ni d'une autre législation relative au droit du travail. Partant, il appartient aux contrats individuels de travail de définir la notion d'emploi ininterrompu.

La doctrine définit le travail ininterrompu comme étant la succession de missions de même nature auprès du même locataire de services. Des interruptions brèves dans les rapports de travail ne rompent pas l'unité de la relation contractuelle dans le calcul de sa

²²⁵ BRÜHWILER, Auswirkungen des Bundesgesetzes, p. 223.

²²⁶ SECO, Directives et commentaires relatifs à la LSE et aux ordonnances, p. 95.

²²⁷ BRÜHWILER, Auswirkungen des Bundesgesetzes, p. 223 ; BRUNNER et al., p. 238 ; ATF 128 III 212 ; cf. également WYLER, pp. 449 s. et les références citées par cet auteur : REHBINDER, BeKomm., 2. Abschnitt, p. 78 n° 5 ; STAEHELIN, pp. A 527 s. n° 11.

²²⁸ WYLER, p. 450 et les références citées par cet auteur : STAEHELIN, pp. A 527 s. n° 11 ; *contra* : REHBINDER, BeKomm., 2. Abschnitt, p. 78 n° 5.

²²⁹ WYLER, p. 450.

durée. À cet égard, la volonté des parties est déterminante pour savoir si, en cas d'arrêt puis de reprise du travail, la nouvelle activité se fonde sur la continuation de l'ancien rapport ou sur le début d'un nouveau rapport de travail. Cette volonté commune peut être exprimée avant ou après l'interruption du travail, expressément ou par actes concludants. Lorsque l'interruption n'est pas de courte durée, la conclusion d'une nouvelle relation de travail se présume²³⁰.

e) Recommandations de clauses contractuelles

Suite à tout ce qui précède, il est conseillé d'inclure au minimum les clauses suivantes dans le contrat-cadre de travail temporaire :

Temps d'essai

¹*Le temps d'essai est de trois mois en cas de contrat de mission de durée indéterminée.*

²*En cas de contrat de mission d'une durée maximale ou déterminée, le temps d'essai correspond aux trois quarts de la durée convenue, mais au maximum à trois mois.*

³*Lorsque le travail est interrompu par suite de maladie, d'accident ou d'accomplissement d'une obligation légale incombant au collaborateur sans qu'il ait demandé de l'assumer, le temps d'essai est prolongé d'autant. Dans certains cas, le temps d'essai peut ainsi dépasser trois mois.*

⁴*Un nouveau temps d'essai commence à courir chaque fois que le collaborateur entreprend une nouvelle mission dans une autre entreprise tierce cliente. C'est aussi le cas lorsque le collaborateur exerce une fonction différente ou un travail différent dans une entreprise tierce cliente au sein de laquelle il a déjà travaillé.*

Résiliation

¹*Les rapports de travail peuvent être résiliés par chacune des parties en respectant les délais suivants :*

- *pendant le temps d'essai et/ou pendant les trois premiers mois d'un emploi ininterrompu : 2 jours calendaires ;*
- *entre le quatrième et le sixième mois d'un emploi ininterrompu : 7 jours calendaires ;*
- *dès le septième mois d'un emploi ininterrompu : un mois net, soit pour la même date du mois suivant.*

²*Le contrat de travail peut être résilié avec effet immédiat en cas de justes motifs au sens de l'article 337 CO.*

²³⁰ WYLER, pp. 448 s. ; ATF 112 II 51.

³*Le collaborateur accepte que [le bailleur de services] donne mandat, ou pouvoir de représentation au sens des articles 32 et suivants CO, à l'entreprise cliente pour résilier le contrat de travail*²³¹.

Le calcul du délai de congé lorsqu'il est fixé en jours

Selon le SECO, lorsque le délai de congé est fixé en jours, il expire au bout du nombre de jours fixés. Le jour de la réception du congé par la partie à laquelle il est signifié n'est pas compté. Lorsque le délai est de deux jours, les jours non ouvrés (par ex. le samedi et dimanche) ne sont normalement pas comptés, sauf si la mission est effectuée dans une branche qui ne connaît pas de jours non ouvrés²³².

Cette manière de voir est à notre sens trop restrictive. En effet, si le contrat de travail est par exemple résilié un mardi pour un jeudi soir, et qu'aucune activité n'est planifiée pour le mercredi et le jeudi, le mardi (jour de réception du congé) devrait selon nous pouvoir être compté dans le délai de congé.

E. La modification des contrats d'une entreprise de location de services

Introduction

Une entreprise de location de services peut être amenée, au cours de ses activités, à modifier ses contrats de travail temporaire (contrat-cadre ou contrat de mission), ses contrats de location de services, ses conditions générales de location de services, ainsi que ses conditions générales de recherche, sélection et placement de personnel fixe.

Il s'agit ici de déterminer de quelle manière ces modifications doivent intervenir et être appliquées, et quelles sont les dispositions et précautions que le bailleur de services doit prendre pour respecter le droit du travail et l'ordre juridique en général.

Il faut garder à l'esprit qu'il est évidemment toujours possible de modifier un contrat lorsqu'il arrive à échéance. Dans un tel cas, il suffit d'informer le collaborateur ou le client que des nouveaux contrats ou conditions générales sont introduits, et que chacun est libre de les accepter ou de les refuser, comme s'il s'agissait d'un premier contrat.

²³¹ Les dispositions de protection contre les licenciements en faveur du travailleur demeurent néanmoins applicables, et le bailleur de services répond des erreurs commises par l'entreprise cliente. Dans ces conditions, il n'est pas recommandé de donner une telle procuration à l'entreprise locataire de services, car c'est l'employeur qui en supporte les risques. En effet, si l'entreprise locataire de services, titulaire d'une procuration, licencie un travailleur temporaire avec effet immédiat par exemple, mais que ce licenciement immédiat se révèle par la suite être intervenu sans justes motifs (art. 337c CO), c'est l'employeur de droit qui en supportera les conséquences, à savoir le bailleur de services.

²³² SECO, Directives et commentaires relatifs à la LSE et aux ordonnances, p. 96.

La modification du contrat de travail temporaire

a) Introduction

Lorsque la modification des éléments d'un contrat de travail ordinaire favorise le travailleur (par ex. augmentation de salaire, allongement du droit aux vacances ou rapprochement du lieu de travail ordinaire), l'acceptation se présume et elle peut en règle générale être tacite. Dans la pratique, l'octroi d'avantages ne soulève donc aucune difficulté, à moins que ces derniers ne soient limités dans le temps. Dans ce dernier cas, il est recommandé à l'employeur de spécifier expressément par écrit que les avantages sont limités dans le temps.

Spécialement en matière de location de services, **la modification du contrat de travail temporaire doit de toute façon toujours intervenir par écrit**, cela en vertu des articles 19 alinéa 1 LSE, 48 OSE et 12 CO. Dans un arrêt très récent, le Tribunal administratif fédéral a jugé que ce principe ne saurait souffrir d'exception²³³. Ainsi, l'acceptation d'une modification – même en faveur du travailleur temporaire – ne peut jamais être tacite. L'employeur pourrait sinon être tenté d'invoquer a posteriori, bien que de mauvaise foi, la nullité de la modification favorable au travailleur en raison du non-respect de la forme écrite (voir également le chapitre concernant la prolongation des contrats de durée déterminée ou maximale dès p. 122).

Toute modification **unilatérale** par l'employeur du contrat de travail en défaveur du travailleur – que cette dernière tende par exemple à une diminution du salaire, une suppression du 13^e salaire, une réduction du temps de travail avec diminution de salaire, une augmentation de la durée hebdomadaire du travail (avec ou sans augmentation du salaire) ou encore une réduction du nombre de jours de vacances – est nulle, et les anciennes conditions qui avaient reçu l'accord des deux parties restent en vigueur²³⁴.

Pour procéder à la modification du contrat de travail du travailleur temporaire, un nouvel accord des volontés est donc nécessaire. Pour arriver à ce nouvel accord, les parties ont trois possibilités :

- modification du contrat de travail temporaire par convention écrite ;
- congé-modification proprement dit (congé-modification au sens étroit) ;
- congé-modification improprement dit (congé-modification au sens large).

Ces trois possibilités sont reprises ci-dessous.

²³³ TAF, arrêt du 11.03.2009, B-3381/2008. Le Tribunal administratif fédéral a jugé qu'en matière de travail temporaire, une clause contractuelle d'un contrat de durée déterminée qui stipule que « *si le contrat est ensuite renouvelé par accord tacite, il sera considéré comme étant prolongé pour une durée indéterminée* » viole les art. 19 al. 1 LSE, 48 OSE, 12 CO et la volonté exprimée par le législateur. La LSE fait ainsi figure de *lex specialis* par rapport au CO, et notamment par rapport à l'art. 334 al. 2 CO.

²³⁴ FAVRE MOREILLON, p. 187 / ATF 109 II 327, JdT 1984 I 158.

b) La modification par convention écrite

Cette première solution est la plus simple. En effet, par accord réciproque et concordant des volontés du bailleur de services et du travailleur temporaire, les parties peuvent conclure – toujours par écrit – un nouveau contrat modifiant le contrat en vigueur, et cela à n'importe quel moment.

La violation de l'article 341 alinéa 1 CO – qui interdit au collaborateur de renoncer, pendant la durée du contrat de travail et durant le mois qui suit la fin de celui-ci, aux créances résultant de dispositions impératives de la loi – peut se poser en cas de modification du contrat. Néanmoins, lorsque les deux parties renoncent de manière équilibrée à des droits, la modification est en général admise par les tribunaux.

c) La modification par congé-modification

Comme vu ci-dessus, la partie qui entend modifier le contrat de travail temporaire (généralement l'employeur) ne peut le faire qu'avec l'accord écrit du cocontractant. Si l'offre de modifier les conditions contractuelles est refusée, l'auteur de l'offre a le choix entre renoncer à la modification ou mettre fin au contrat. Cette seconde hypothèse fait appel à la notion de congé-modification, principe admis par la jurisprudence et la doctrine majoritaire²³⁵. En effet, comme tout contrat de travail, le contrat de travail temporaire n'est pas immuable et doit pouvoir être adapté aux exigences et besoins variables de l'économie ou de l'entreprise.

Le congé-modification est licite aux conditions cumulatives suivantes :

- le congé-modification doit clairement indiquer les nouvelles conditions de travail proposées. Il est également recommandé d'indiquer dans quel délai le collaborateur peut accepter les nouvelles conditions de travail ;
- la modification du contrat ne doit entrer en vigueur qu'à l'échéance du délai de résiliation du contrat. Ainsi, le congé-modification indiquera la date d'entrée en vigueur de la modification contractuelle, dans l'hypothèse où celle-ci est acceptée ;
- le congé-modification ne doit pas être abusif. Il y a abus par exemple lorsque le travailleur temporaire est licencié parce qu'il n'a pas accepté des modifications du contrat qui devaient entrer en vigueur immédiatement, soit avant l'expiration du délai de congé. Un congé-modification sera en outre qualifié de congé-représailles, abusif conformément à l'article 336 alinéa 1 lettre d CO, lorsqu'il est signifié au salarié parce que celui-ci refuse de conclure un nouveau contrat qui viole la loi, une CCT ou un contrat-type applicable. La résiliation est également abusive lorsqu'elle sert de moyen de pression pour imposer au travailleur une modification défavorable du contrat (par ex. une diminution du salaire), sans qu'il existe des motifs économiques liés à l'exploitation de l'entreprise ou aux conditions du marché. Dans ce dernier cas, un licenciement n'est abusif que s'il

²³⁵ Voir notamment ATF 123 III 246, JdT 1998 I 300 ; REHBINDER, BeKomm., 2. Abschnitt, p. 50 n° 1a ; WYLER, pp. 537ss ; FAVRE MOREILLON, pp. 187ss.

tend à imposer une modification des conditions de travail dépourvues de toute justification économique. Cependant, l'admission d'un motif économique de licenciement ne suppose pas que la survie de l'entreprise dépende de la modification des conditions de travail. Il suffit qu'il existe des motifs économiques liés à l'exploitation de l'entreprise ou aux conditions du marché²³⁶.

L'employeur doit bien garder à l'esprit que si le congé-modification est injustifié et que la modification est refusée par le travailleur, il sera considéré comme un congé abusif. De plus, la crainte fondée pourrait trouver application dans l'hypothèse où l'employeur impose au travailleur des modifications contractuelles dont l'entrée en vigueur est immédiate, sans respecter le délai de résiliation. Elle pourrait également trouver application si le travailleur a accepté la modification, alors qu'elle est objectivement injustifiée (réduction drastique et insoutenable du salaire, augmentation exagérée de la charge de travail, division du travail pour échapper aux contraintes de la LTr ou des assurances sociales, déplacement substantiel du lieu de travail ordinaire, etc.).

Selon la doctrine, le risque de voir le congé-modification qualifié d'abusif doit inciter l'employeur à faire preuve de retenue. Ainsi, **il est recommandé de ne recourir à ce procédé que lorsque la situation de l'entreprise ou toute autre cause réelle et sérieuse rend nécessaire un réajustement des conditions de travail du travailleur**²³⁷.

Le Tribunal fédéral opère une distinction entre le congé-modification proprement dit et le congé-modification improprement dit :

Le congé-modification proprement dit (congé-modification au sens étroit)

Par un congé-modification proprement dit, l'employeur résilie le contrat de travail dans les délais légaux, tout en accompagnant cette déclaration de l'offre de conclure un nouveau contrat à des conditions modifiées. Le congé-modification ne tend pas en première ligne à la cessation des rapports de travail, mais à leur maintien moyennant des droits et des devoirs modifiés²³⁸.

Si le collaborateur accepte les nouvelles conditions, la notification du congé perd sa validité. Si le collaborateur refuse les nouvelles conditions, il faut qu'il soit le seul à pouvoir décider de l'acceptation ou non des conditions modifiées pour qu'une telle résiliation soit valable.

Le congé-modification proprement dit doit ainsi clairement indiquer que le contrat prendra fin si la modification est refusée par le travailleur, ce qui signifie que le congé-modification doit expressément être accepté par le collaborateur si ce dernier entend poursuivre son travail aux nouvelles conditions. Le silence du travailleur ne vaut pas acceptation. Il est par conséquent recommandé à l'employeur d'indiquer expressément au travailleur qu'à défaut d'une acceptation écrite de la modification contractuelle dans un délai défini ou à une date déterminée, les rapports de travail prendront fin à

²³⁶ TF, arrêt du 01.03.2007, 4C_282/2006.

²³⁷ CARRUZZO et al., chapitre X, pp. B39 s.

²³⁸ ATF 123 III 246, JdT 1998 I 300.

l'échéance du délai de congé ou à la date convenue. Dans ces conditions, une absence de réponse de la part du travailleur provoquera l'extinction du contrat de travail.

Le congé-modification improprement dit (congé-modification au sens large)

Il y a congé-modification improprement dit lorsque les deux actes juridiques ne sont pas signifiés simultanément et que le collaborateur reçoit son congé parce qu'il n'a pas accepté une modification par convention des rapports de travail²³⁹.

Dans une telle hypothèse, la résiliation fait suite au refus de la proposition de modification. Les deux actes juridiques se suivent.

d) Le congé-modification et le licenciement collectif

Introduction

Lorsque l'employeur procède à un congé-modification, il a en général l'intention de modifier tout ou partie des contrats de travail de ses travailleurs, et non pas un seul contrat, que ce soit dans le cadre d'une réorganisation de l'entreprise, de la fermeture d'une succursale, du déplacement du siège de l'entreprise ou encore pour tout autre motif d'ordre économique. Dès lors, les conditions de travail de plusieurs ou de tous les travailleurs peuvent devoir être modifiées. Dans une telle hypothèse, les dispositions du CO, de la LSE et de l'OSE qui régissent les licenciements collectifs pourraient s'appliquer.

Selon l'article 335d CO, lorsque le nombre de collaborateurs concernés est égal ou dépasse le nombre déterminant fixé pour les licenciements collectifs, il y a lieu d'examiner si les dispositions sur le licenciement collectif trouvent application. Selon les articles 29 LSE et 53 OSE de plus, l'employeur est tenu d'annoncer à l'office du travail compétent tout licenciement d'un nombre important de travailleurs, ainsi que toute fermeture d'entreprise.

Pour plus de détails concernant le licenciement collectif, les nombres déterminants de licenciements ainsi que les conséquences de la violation de la procédure pour licenciement collectif, voir pages 245 et suivantes.

Le licenciement collectif et l'importance de la distinction entre congé-modification proprement dit et improprement dit

La distinction entre congé-modification proprement dit et improprement dit trouve ici toute sa signification. En effet, les dispositions du licenciement collectif (CO, LSE et OSE) trouvent application dès que les seuils légaux sont atteints dans le cadre des congés-modifications proprement dits, même si la plupart des collaborateurs souscrivent aux changements proposés et que, ainsi, ils ne sont pas licenciés.

En revanche, si l'employeur procède par un congé-modification improprement dit, en proposant tout d'abord la modification et en ne licenciant que les collaborateurs qui l'auront refusée, il ne devra appliquer les règles du licenciement collectif que si le

²³⁹ ATF 123 III 246, JdT 1998 I 300.

nombre de collaborateurs effectivement licenciés dépasse les minimums légalement prescrits²⁴⁰.

e) Conseils pratiques

Dans le but de limiter les risques juridiques que court l'employeur en cas de modifications des contrats de travail temporaire, on peut lui faire les recommandations suivantes :

- en premier lieu, essayer de modifier les contrats lorsque ces derniers arrivent à échéance ;
- privilégier le congé-modification improprement dit, c'est-à-dire proposer une modification par convention (sans menace de licenciement en cas de refus), puis signifier le congé uniquement aux collaborateurs qui ont refusé la modification. Ainsi, si les seuils légaux de licenciements ne sont pas atteints, cela permet d'éviter les diverses procédures applicables en cas de licenciement collectif ;
- remettre au collaborateur les nouvelles conditions qui lui sont offertes, en précisant les modifications proposées, en indiquant un délai pour accepter ou refuser les nouvelles conditions de travail et en offrant la possibilité de poser des questions. Le délai doit être suffisant pour examiner les nouvelles normes, poser des questions et obtenir des réponses. À ce propos, un délai de deux semaines paraît suffisant ;
- si le congé-modification proprement dit est choisi, indiquer au travailleur qu'à défaut d'une acceptation écrite expresse de la modification contractuelle, les rapports de travail prendront fin à l'échéance du délai de congé. Dans ces conditions, une absence de réponse de la part du travailleur provoquera l'extinction du contrat de travail ;
- si le congé-modification improprement dit est choisi et si au moins dix, voire six collaborateurs (dépend des cantons) d'un même établissement refusent les modifications contractuelles, étudier le cas d'espèce en détail et déterminer si la procédure pour licenciement collectif doit être suivie ou non, respectivement si les licenciements doivent être annoncés au service public de l'emploi (voir pp. 245ss). Si le congé-modification proprement dit est choisi, la procédure pour licenciement collectif et/ou l'annonce des licenciements doit être envisagée dès que le congé-modification est signifié à six collaborateurs ou plus (dépend des cantons) ;
- préciser que, pendant le délai de congé ou jusqu'à la fin éventuelle du contrat de travail, les conditions jusqu'ici convenues seront maintenues.

²⁴⁰ FAVRE MOREILLON, pp. 196 s. ; WYLER, p. 442.

La modification du contrat de location de services et des conditions générales de location de services

a) La notion de conditions générales

Les conditions générales sont des dispositions contractuelles préformulées qui décrivent de manière générale tout ou partie du contenu d'éventuels contrats. Elles ne sont pas des sources de droit elles-mêmes, puisqu'elles n'ont qu'un caractère privé, leurs auteurs n'ayant aucune légitimation pour « créer » du droit. En revanche, elles peuvent acquérir une **valeur juridique dès que les parties à un contrat décident de les y intégrer, par exemple en signant un contrat de mission**²⁴¹. Dans certains contrats par exemple, une clause stipule expressément que les conditions générales font intégralement partie du contrat. Dans un tel cas, les règles qui s'appliquent à la modification du contrat s'appliquent également à la modification des conditions générales.

En dehors de l'intégration expresse ou tacite des conditions générales dans un contrat, les conditions générales n'ont pas de portée propre. Tout au plus peuvent-elles parfois être considérées comme l'expression d'un usage dont les parties et le juge peuvent s'inspirer pour interpréter un contrat ou combler une de ses lacunes. Dans ce cas, mais dans ce cas seulement, elles occupent une place intermédiaire entre les clauses contractuelles particulières et les règles étatiques supplétives (règles qui s'appliquent si rien d'autre n'a été prévu)²⁴².

b) La modification du contrat de location de services

Dans la location de services, un contrat de location de services au sens de l'article 22 LSE (art. 50 OSE) est conclu entre l'entreprise de location de services (le bailleur de services) et l'entreprise cliente (le locataire de services).

Ainsi, si les conditions générales de location de services ont été intégrées dans le contrat de location de services, alors la modification de ces conditions générales est soumise à la même procédure que la modification du contrat de location de services.

Le problème est de déterminer quelles sont les règles qui régissent la modification du contrat de location de services, ou plus généralement quelle doit être la qualification du contrat de location de services.

La doctrine est partagée sur la question de savoir si le contrat conclu entre le bailleur de services et le locataire de services doit être qualifié de contrat *sui generis*, ou s'il doit être qualifié de contrat de mandat au sens des articles 394ss CO. La distinction est

²⁴¹ L'art. 14 al. 1 CO stipule que la signature doit être écrite à la main par celui qui s'oblige. L'al. 2 prévoit cependant que la signature apposée mécaniquement est tenue pour suffisante dans les affaires où elle est admise par l'usage. À notre avis, on peut comparer la signature du bailleur de services apposée mécaniquement à celle sur des polices d'assurance, ce dernier cas étant expressément admis par la doctrine. En effet, il s'agit dans les deux cas de documents émis par le siège de l'entreprise, et qui sont utilisés par des succursales, respectivement des agences de l'entreprise.

²⁴² TERCIER/FAVRE, n° 234ss.

notamment pertinente en ce qui concerne l'article 404 CO, qui indique que le mandat peut être révoqué ou répudié en tout temps²⁴³.

Selon THÉVENOZ, le contrat de location de services ne relève pas du contrat d'entreprise. En revanche, les dispositions qui concernent le mandat lui offrent un cadre parfaitement approprié. Par conséquent, le contrat de location de services doit être qualifié de mandat au sens propre. Dans la mesure où les parties n'y dérogent pas, le contrat de location de services est ainsi régi par les articles 394ss CO, ainsi que par les articles 22 LSE et 50 OSE²⁴⁴. Nous nous rallions à cette opinion.

Ainsi, il est possible d'appliquer au contrat de location de services les dispositions du contrat de mandat (voir la décision publiée dans JAR 2008 370 et traitée p. 22). En ce qui concerne la fin du contrat (et donc sa modification), l'article 404 CO stipule que le mandat peut être révoqué ou répudié en tout temps. Un tempérament est apporté à cette règle par l'alinéa 2, qui oblige celle des parties qui révoque ou répudie le contrat en temps inopportun à indemniser l'autre du dommage qu'elle lui cause. La résiliation a lieu en temps inopportun lorsque, cumulativement, la partie qui en est victime n'a fourni à l'auteur de la résiliation aucun motif de révocation objectivement défendable, et que cette résiliation entraîne un préjudice particulier en raison du moment où elle intervient et des dispositions qui ont déjà été prises par la partie qui souhaite la poursuite du mandat²⁴⁵.

c) La modification des conditions générales de location de services

Si les conditions générales de location de services ont été intégrées dans le contrat de location de services, alors la modification de ces conditions générales est soumise à la même procédure que la modification du contrat de location de services, qui lui peut être modifié en tout temps selon l'article 404 CO, sous réserve de la résiliation en temps inopportun (voir ci-dessus). Néanmoins, un préavis de modification de quelques semaines est objectivement souhaitable.

d) Conseils pratiques

Dans le but de limiter les risques de l'employeur en cas de modifications du contrat de location de services et/ou des conditions générales de location de services, on peut lui recommander de suivre la procédure suivante :

- informer les clients quelques semaines à l'avance de la modification du contrat de location de services et/ou des conditions générales de location de services en leur joignant une copie des nouvelles conditions générales ;
- rendre les clients attentifs aux modifications substantielles et conséquentes.

²⁴³ GEISER, Haftung bei neuen Arbeitsformen, p. 795 n° 4.6 ; THÉVENOZ, Le travail intérimaire, n° 304ss.

²⁴⁴ THÉVENOZ, Le travail intérimaire, n° 340 et 357.

²⁴⁵ ATF 109 II 462, JdT 1984 I 210 ; THÉVENOZ, Le travail intérimaire, n° 349.

La modification des conditions générales de recherche, sélection et placement de personnel fixe

En ce qui concerne la modification des conditions générales de recherche, sélection et placement de personnel fixe, il convient de se référer au point précédent concernant la modification du contrat de location de services et/ou des conditions générales de location de services.

F. La prolongation des contrats de durée déterminée ou maximale

Le SECO et plusieurs cantons romands rappellent ce qui suit²⁴⁶ :

De manière générale, l'article 19 alinéa 2 LSE, en lien avec l'article 48 OSE, prescrit que certains points du contrat de travail doivent être réglés par écrit. Cette prescription a pour but d'assurer la protection des travailleurs dont les services sont loués afin qu'ils soient informés par écrit de leurs conditions de travail avant le début de la mission et qu'ils puissent prouver leurs droits contractuels en cas de litige. L'article 19 LSE exige en outre, à son alinéa 2 lettre c, que la durée de la mission soit réglée par écrit.

Dans la pratique, on trouve parfois la clause suivante, ou du moins semblable :

*« Cet emploi débutera le ... pour une durée maximale de trois mois. Pendant cette période, le contrat peut être résilié par les deux parties en observant un délai de congé d'au moins deux jours ouvrables (art. 19 LSE). Si le contrat n'est pas résilié, il expire au bout de trois mois. **S'il est ensuite renouvelé par accord tacite, il sera considéré comme étant prolongé pour une durée indéterminée** »* (mise en évidence par les auteurs).

De par une telle formulation, le travailleur ne sait pas, avant la prise de l'emploi, quelle sera la durée effective de sa mission (au maximum 3 mois, ou plus longtemps ?). En particulier, il pourrait avoir des difficultés à produire des preuves en cas de litiges (le rapport contractuel est-il terminé au terme des trois mois, ou se poursuit-il par accord tacite ?). Cette problématique est aggravée en matière de location de services par le rapport triangulaire qui existe entre les parties. Il est possible qu'un bailleur de services considère que le rapport de travail est arrivé à son terme et qu'il n'est plus obligé de payer le salaire, alors que de son côté, le travailleur – pensant que le rapport de travail a été prolongé par accord tacite – poursuit son travail dans l'entreprise de mission. Même si l'entreprise de mission accepte la continuation du travail, il est très improbable que la poursuite de la mission résulte d'un accord tacite de l'employeur. Le travailleur risque alors de travailler sans être rémunéré.

La problématique ci-dessus a été soumise à l'Office fédéral de la justice qui, en coopération avec le SECO, est arrivé à la conclusion suivante :

Les contrats de travail au sens de l'article 19 alinéa 1 LSE, en lien avec l'article 48 OSE, doivent revêtir la forme écrite, ce qui implique que **la forme écrite doit également être**

²⁴⁶ Voir CANTON DE NEUCHÂTEL, mai 2007, directive 2007/2.

respectée en cas de modifications (une prolongation de la durée du contrat de travail constitue une modification de ce contrat). Conformément à l'article 12 CO en effet, lorsque la loi exige qu'un contrat soit fait en la forme écrite, cette règle s'applique également à toutes les modifications du contrat, hormis les stipulations complémentaires et accessoires qui ne sont pas en contradiction avec l'acte. Le nouvel article 330b CO concrétise d'ailleurs cette disposition générale à son alinéa 2, qui stipule que « *lorsque des éléments faisant l'objet de l'information écrite obligatoire au sens de l'al. 1 sont modifiés durant le rapport de travail, les modifications doivent être communiquées par écrit au travailleur, au plus tard un mois après qu'elles ont pris effet* ».

Les parties sont en principe autorisées à convenir de la prolongation de leur rapport contractuel au terme de leur contrat. Cette prolongation peut être de durée déterminée ou indéterminée. Toutefois et en vertu de ce qui précède, **une telle prolongation doit toujours être constatée dans un document écrit (avenant au contrat ou nouveau contrat), lequel fixe explicitement la nouvelle durée du contrat.**

Un contrat de durée déterminée qui est prolongé de manière tacite à l'expiration de la durée convenue va ainsi à l'encontre du but de protection des travailleurs visé à l'article 19 alinéas 1 et 2 LSE, qui tend à instituer une situation juridique claire et prouvable. Il découle également de ce qui précède que les contrats-cadres de travail et les contrats de mission ne peuvent désormais être agréés que s'ils ne contiennent pas de clause disposant « *que le contrat est conclu pour une durée déterminée, mais qu'il peut être prolongé tacitement à son échéance* ». Dans un arrêt récent, le Tribunal administratif fédéral a confirmé le point de vue du SECO²⁴⁷.

Enfin, il convient de rappeler que le renouvellement répété de contrats de travail de durée déterminée est limité par l'interdiction de conclure des contrats en chaîne (cf. ATF 119 V 46 traité p. 97)²⁴⁸.

G. La responsabilité contractuelle et civile à l'égard des tiers

La LSE ne contient pas de règles particulières en ce qui concerne la responsabilité, et plus particulièrement le partage de la responsabilité entre le bailleur de services, le locataire de services et le travailleur loué. Par conséquent, les règles générales sont applicables²⁴⁹.

Affecté, dirigé et surveillé par l'entreprise locataire de services – par exemple à l'exécution d'un ouvrage que celle-ci s'est engagée à produire en vertu d'un contrat d'entreprise –, le travailleur dont les services sont loués est véritablement un auxiliaire contractuel du locataire de services au sens de l'article 101 CO (voir la décision publiée dans JAR 2008 370 et traitée p. 22). **Ce dernier encourt ainsi une responsabilité**

²⁴⁷ TAF, arrêt du 11.03.2009, B-3381/2008. Le Tribunal administratif fédéral a jugé qu'en matière de travail temporaire, une clause contractuelle d'un contrat de durée déterminée qui stipule que « *si le contrat est ensuite renouvelé par accord tacite, il sera considéré comme étant prolongé pour une durée indéterminée* » viole les art. 19 al. 1 LSE, 48 OSE, 12 CO et la volonté exprimée par le législateur. La LSE fait ainsi figure de *lex specialis* par rapport au CO, et notamment par rapport à l'art. 334 al. 2 CO.

²⁴⁸ Voir également SECO, Directives et commentaires relatifs à la LSE et aux ordonnances, pp. 94 s.

²⁴⁹ GEISER, Haftung bei neuen Arbeitsformen, p. 796 n° 4.10.

contractuelle du fait du travailleur mis à sa disposition aux mêmes conditions que pour ses propres salariés qu'il affecte à l'exécution de ses contrats²⁵⁰. La faute du travailleur lui est notamment imputable dans le cadre de la garantie de l'entrepreneur, motivant d'éventuels dommages-intérêts (art. 368 al. 1 et 2 in fine). C'est également vrai à l'égard du bailleur pour le dommage que le salarié loué pourrait causer au matériel loué avec ses services²⁵¹.

Si la responsabilité pour le dommage causé par le travailleur temporaire est, dans la règle, supportée par l'entreprise cliente, il convient toutefois de mentionner que le choix du bailleur de services conserve une certaine importance. Par exemple, dans le cas de l'indemnité due pour le dommage causé au matériel du bailleur de services, celle-ci peut éventuellement être réduite, **dans la mesure où le locataire de services pourrait reprocher au bailleur de services d'avoir, par exemple, mal choisi le salarié affecté au service de la machine** (faute concomitante, art. 44 al. 1 CO)²⁵².

Il n'en va pas différemment de la responsabilité extracontractuelle que l'article 55 CO met à la charge de « l'employeur ». En effet, cette responsabilité de nature causale – c'est-à-dire sans qu'une faute subjective doive être prouvée à charge de l'employeur – trouve son fondement dans la violation objective d'un devoir de diligence qu'un employeur encourt à l'égard des tiers quant au choix, aux instructions, à l'équipement et à la surveillance de « ses travailleurs ou ses autres auxiliaires dans l'accomplissement de leur travail ». De jurisprudence constante, c'est la subordination du travailleur à l'employeur qui justifie la responsabilité de ce dernier²⁵³. C'est pourquoi le Tribunal fédéral a appliqué à plusieurs reprises l'article 55 CO au locataire de services bien avant que cette forme d'emploi trouve sa consécration dans la LSE²⁵⁴, une solution approuvée par la doctrine presque unanime²⁵⁵.

Dans la mesure permise par l'article 321e CO, le locataire de services peut exiger du travailleur fautif la réparation du dommage que celui-ci lui a directement causé²⁵⁶, de

²⁵⁰ THÉVENOZ, La location de services dans le bâtiment, pp. 72 s. et la référence citée par cet auteur : ATF 83 II 231 (affrètement d'un ballon libre avec son pilote).

²⁵¹ THÉVENOZ, La location de services dans le bâtiment, pp. 72 s. et les références citées par cet auteur : ATF 98 II 228, JdT 1973 I 635 ; ATF 91 II 291, JdT 1966 I 180 (location d'une pelle mécanique avec son conducteur) ; ATF 77 II 148, JdT 1952 I 541 (location d'une voiture avec chauffeur).

²⁵² THÉVENOZ, La location de services dans le bâtiment, pp. 72 s.

²⁵³ THÉVENOZ, La location de services dans le bâtiment, pp. 72 s. et la référence citée par cet auteur : BREHM, pp. 507ss n° 6 à 10.

²⁵⁴ THÉVENOZ, La location de services dans le bâtiment, pp. 72 s. et les références citées par cet auteur : précisément dans des cas de mise à disposition occasionnelle de personnel : ATF 41 II 494, JdT 1916 I 6 ; ATF 42 II 615 ; ATF 50 II 469, JdT 1925 I 53.

²⁵⁵ THÉVENOZ, La location de services dans le bâtiment, pp. 72 s. et les références citées.

²⁵⁶ Commentaire par THÉVENOZ, La location de services dans le bâtiment, pp. 72 s. : le travailleur est débiteur d'une véritable obligation à l'égard du locataire de services en vertu d'une stipulation pour autrui parfaite (art. 112 al. 2 CO), ce que le Tribunal fédéral (SJ 1955 355) et le Tribunal supérieur d'Appenzell RI (RSJ 1979 30) ont implicitement admis.

même qu'il peut exercer son recours (art. 55 al. 2 CO) pour le dommage de tiers que lui-même aurait été appelé à indemniser²⁵⁷.

En matière de travail temporaire, la doctrine recommande de régler la question de la responsabilité dans le contrat de location de services, en autorisant l'entreprise locataire de services à s'en prendre au travailleur temporaire comme si celui-ci avait le statut d'employé de cette entreprise (à cet effet, cf. chapitre sur la clause contractuelle excluant la responsabilité du bailleur de services dès p. 231). Cela réduirait également la responsabilité extracontractuelle du travailleur temporaire à une mesure supportable correspondante à son statut²⁵⁸.

H. Le salaire afférent aux vacances

Introduction

Dans le monde du travail, il subsiste une rare pratique qui consiste à inclure le salaire afférent aux vacances directement dans le salaire courant. On retrouve cette pratique notamment dans le domaine du travail temporaire. Par exemple, une clause contractuelle peut stipuler que « *le salaire horaire brut est de CHF 28.-, auquel s'ajoute une indemnisation des jours fériés et des vacances de CHF 3.-* » ou « *le salaire horaire brut est de CHF 28.-, auquel s'ajoute une indemnisation des jours fériés et des vacances de 11 %* ». Cette pratique peut également concerner les jours fériés.

Au terme de l'article 329d alinéa 1 CO, l'employeur verse au travailleur le salaire total afférent aux vacances. Cet article est relativement impératif au sens de l'article 362 CO, ce qui signifie que les accords qui dérogent à cette disposition au détriment du travailleur sont nuls. L'article 329d alinéa 2 CO – disposition absolument impérative²⁵⁹ au sens de l'article 361 CO – prévoit quant à lui que tant que durent les rapports de travail, les vacances ne peuvent pas être remplacées par des prestations en argent ou par d'autres avantages. Selon la doctrine unanime et la jurisprudence, la première disposition citée ci-dessus signifie que le travailleur ne doit pas être placé, sur un plan salarial, dans une situation moins favorable durant ses vacances que s'il avait travaillé pendant ce même laps de temps²⁶⁰.

Par conséquent, au regard de la loi, la pratique consistant à inclure le salaire afférent aux vacances directement dans le salaire mensuel est-elle légale ?

²⁵⁷ THÉVENOZ, La location de services dans le bâtiment, pp. 72 s. Cet auteur précise que la ratio legis de l'art. 321e CO, auquel il ne peut être dérogé au détriment du travailleur (art. 362 CO), exige qu'il s'applique également aux prétentions récursoires du locataire de services contre le travailleur, cf. THÉVENOZ, Le travail intérimaire, n° 1017ss.

²⁵⁸ GEISER, Haftung bei neuen Arbeitsformen, p. 796 n° 5.2 (il convient de ne pas se référer à la traduction française à la fin de la page 796, cette dernière étant inexacte).

²⁵⁹ Une disposition légale absolument impérative est une disposition à laquelle il n'est pas possible de déroger conventionnellement, même en faveur de la partie dite « faible ».

²⁶⁰ ATF 118 II 136, JdT 1993 I 660 ; REHBINDER, BeKomm., 1. Abschnitt, p. 479 n° 1 ; STAEHELIN, p. A 374 n° 1 ; WYLER, p. 352.

Jurisprudence

En pratique, l'interdiction d'inclure le salaire afférent aux vacances dans le salaire courant peut causer un certain nombre de difficultés, notamment en cas de travail à temps partiel ou de travail temporaire. Pour cette raison, le Tribunal fédéral a autorisé, à **titre exceptionnel**, que les vacances soient indemnisées d'une manière qui déroge au texte de la loi (spécialement en matière de travail temporaire, voir JAR 1992 342 traité p. 102, ainsi que la décision neuchâteloise CC.2001.15 traitée p. 103)²⁶¹. Cette jurisprudence a été approuvée par la doctrine²⁶², bien qu'elle ait fait l'objet de critiques²⁶³.

La Haute Cour a ainsi posé deux conditions pour que le salaire afférent aux vacances puisse être inclus dans le salaire courant :

- la nécessité d'inclure le salaire afférent aux vacances dans le salaire courant doit être objectivement due à l'activité irrégulière ou aux rapports de travail de très courte durée ;
- il doit clairement être possible de dire – tant sur la base du contrat que des décomptes de salaire périodiques – quelle partie du salaire représente le salaire afférent aux vacances. En effet, si on admettait une simple convention aux termes de laquelle le salaire afférent aux vacances serait inclus dans le salaire, le travailleur pourrait, à tort, s'imaginer avoir uniquement reçu le salaire pour le travail effectué et pouvoir, en temps voulu, revendiquer un salaire afférent aux vacances.

a) Nécessité objectivement due à l'activité irrégulière ou aux rapports de travail de très courte durée

Le SECO précise que la nécessité d'inclure le salaire afférent aux vacances dans le salaire courant doit être objectivement due à l'activité irrégulière ou aux rapports de travail de très courte durée (en règle général, jusqu'à deux mois au maximum)²⁶⁴, sans pour autant donner plus de précisions à ce sujet. Cela signifie que **l'inclusion du salaire afférent aux vacances dans le salaire courant ne doit être effectuée que restrictivement et**

²⁶¹ ATF 129 III 493, JdT 2004 49 ; ATF 118 II 136, JdT 1993 I 660 ; ATF 116 II 515, JdT 1991 I 313 ; JAR 1991 189 ; TC NE, arrêt du 29.07.1999, RJN 1999 82.

²⁶² STAEHELIN, p. A 379 n° 15 ; REHBINDER, BeKomm., 1. Abschnitt, pp. 489 s. n° 15 ; WYLER, p. 357.

²⁶³ Certains auteurs (notamment AUBERT, Le droit des vacances, pp. 117ss ; CEROTTINI, pp. 209ss) ont notamment argumenté que les difficultés liées au calcul du salaire afférent aux vacances ne sont pas insurmontables, même en cas d'activité irrégulière. Même si le contrat de travail ainsi que les décomptes de salaire permettent de dire précisément quels montants sont versés à titre de salaire afférent aux vacances, le danger existe que le travailleur, au moment de prendre ses vacances, ne dispose plus du montant correspondant car il l'aurait dépensé prématurément, ses vacances étant alors privées de leur but.

²⁶⁴ SECO, Directives et commentaires relatifs à la LSE et aux ordonnances, p. 98. Nous estimons pour notre part que cette durée est trop courte et qu'on peut aller jusqu'à trois mois. Un tel délai correspondrait à la durée maximale du temps d'essai dans un contrat de travail ordinaire (art. 335b al. 2 CO), ainsi qu'au délai généralement préconisé d'annonce des vacances lorsque l'employeur veut les imposer.

uniquement si des circonstances exceptionnelles le justifient (travail très irrégulier d'un employé à temps partiel ou travail temporaire)²⁶⁵.

b) **Partie du salaire représentant le salaire afférent aux vacances
clairement déterminable**

En ce qui concerne cette seconde condition, étant donné que le montant du salaire afférent aux vacances doit ressortir clairement du contrat de travail et des décomptes périodiques, il est nécessaire que ce montant soit fixé par écrit. Ce n'est que de cette manière qu'il existe, pour le travailleur, la clarté nécessaire. Ainsi, il est dans tous les cas indispensable que le montant correspondant au salaire afférent aux vacances soit indiqué très clairement et de manière différenciée sur chaque décompte ou quittance de salaire²⁶⁶.

- **Contrat de travail conclu par écrit** : Si le contrat de travail a été conclu par écrit, la convention sur le paiement du salaire afférent aux vacances doit également être consignée dans la même forme, et mentionner clairement la part de salaire afférent aux vacances, en indiquant soit le montant exact, soit le pourcentage.
- **Contrat de travail conclu oralement**²⁶⁷ : Si le contrat de travail a été conclu oralement, la jurisprudence admet que l'accord portant sur le salaire afférent aux vacances est également conclu par oral. Dans une telle situation, la mention précise et sans équivoque de la part du salaire afférent aux vacances dans les décomptes périodiques de salaire suffit à apporter la clarté nécessaire, et confirme ainsi en la forme écrite l'accord passé oralement.

Si on ne peut pas déduire des décomptes périodiques le montant supplémentaire au salaire versé en tant que salaire afférent aux vacances et dû en contrepartie de la prestation de travail, l'employeur reste en principe tenu au paiement complémentaire du salaire afférent aux vacances. L'employeur court ainsi le risque, en cas de litige, de devoir payer le montant supplémentaire deux fois²⁶⁸.

- **Le cas particulier de la convention pour solde de tout compte** : Dans la pratique, il arrive que les parties signent, pour solde de tout compte, une convention qui prévoit la résolution du rapport de travail.

Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, l'interprétation selon le principe de la confiance des manifestations de volonté exprimées dans une quittance pour

²⁶⁵ WYLER, p. 357 ; ATF 129 III 493, JdT 2004 49 ; TF, arrêt du 06.08.1992, SJ 1993 355 ; TC NE, arrêt du 29.07.1999, RJN 1999 82.

²⁶⁶ WYLER, p. 357 ; ATF 129 III 493, JdT 2004 49 ; TF, arrêt du 06.08.1992, SJ 1993 355 ; TC NE, arrêt du 29.07.1999, RJN 1999 82 ; SECO, Directives et commentaires relatifs à la LSE et aux ordonnances, p. 99.

²⁶⁷ Ce cas est ici traité par opportunité. Le contrat de travail temporaire doit cependant obligatoirement être conclu par écrit (art. 19 LSE et 48 OSE).

²⁶⁸ WYLER, p. 357 ; ATF 129 III 493, JdT 2004 49 ; TF, arrêt du 06.08.1992, SJ 1993 355 ; TC NE, arrêt du 29.07.1999, RJN 1999 82 ; SECO, Directives et commentaires relatifs à la LSE et aux ordonnances, p. 99.

solde de comptes doit être restrictive²⁶⁹. Une quittance pour solde de comptes ne libère le débiteur (l'employeur, éventuellement le travailleur) que des prétentions dont le créancier avait connaissance, ou tout au moins dont il pouvait tenir la naissance pour possible²⁷⁰.

Partant, si le travailleur n'a pas connaissance de sa prétention au salaire afférent aux vacances au moment de la signature d'une telle convention, ou s'il ne pouvait tenir la naissance d'une telle prétention pour possible, le travailleur, en signant la convention, ne renonce pas à ses prétentions au salaire afférent aux vacances.

Calcul du salaire afférent aux vacances

Pour calculer le salaire afférent aux vacances, l'employeur doit se baser sur le rapport existant entre le nombre de semaines de vacances et le nombre de semaines travaillées dans l'année. À cet égard, une distinction est nécessaire, selon que le travailleur bénéficie de son droit aux vacances **pendant la période de référence ou après**.

Si le travailleur bénéficie de ses vacances **durant** la période de référence, pour quatre semaines annuelles, il touchera un salaire correspondant au rapport $4/52$, soit un pourcentage de 7.692 % (si le droit annuel est de cinq semaines : $5/52 = 9.615$ %, etc.).

En revanche, lorsque le travailleur n'a pu bénéficier de ses vacances pendant la période de référence, le calcul est différent. Selon ce calcul **après** période, c'est le rapport $4/48$, soit le pourcentage de 8.333 %, qui s'applique (si le droit annuel est de cinq semaines : $5/47 = 10.638$ %, etc.). L'indemnité afférente aux vacances se calcule toujours selon la méthode après période²⁷¹.

Conclusion

En résumé, l'inclusion du salaire afférent aux vacances dans le salaire courant ne doit être effectuée qu'à titre exceptionnel et uniquement si la nécessité de l'inclure dans le salaire courant est objectivement due à l'activité très irrégulière du travailleur ou aux rapports de travail de très courte durée. De plus, il est dans tous les cas indispensable que le montant correspondant au salaire afférent aux vacances soit indiqué séparément, sans équivoque et de manière claire et précise sur chaque décompte ou quittance de salaire. Si le contrat de travail est conclu par écrit, le taux correspondant au salaire afférent aux vacances doit clairement être indiqué dans le contrat.

Il convient de garder à l'esprit que cette façon de faire ne prive évidemment pas le travailleur du droit à bénéficier effectivement de ses vacances. Le seul effet consiste en ce que le salaire afférent aux vacances n'est pas payé durant la période de prise effective des vacances, mais compris dans le salaire payé durant les périodes de travail effectives.

Finalement, dans certains cas, d'autres lois peuvent également entrer en considération. En matière de location de services par exemple, le contrat de travail doit obligatoirement

²⁶⁹ ATF 127 III 444 ; ATF 109 II 327 ; ATF 102 III 40.

²⁷⁰ ATF 102 III 40 ; ATF 100 II 42.

²⁷¹ WYLER, pp. 353 et 358.

être conclu par écrit, ce qui veut dire que le montant correspondant au salaire afférent aux vacances devra également être clairement indiqué dans le contrat. De plus, les éventuelles CCT ne doivent pas être oubliées.

I. Retenues de salaire au sens de l'article 19 alinéa 5 lettre a LSE

Introduction

En vertu de l'article 19 alinéa 5 lettre a LSE, sont nuls et non avenus les accords qui exigent du travailleur qui loue ses services le paiement d'émoluments ou de prestations financières préalables. Le problème est qu'il y a une différence entre la version allemande/italienne et la version française de la loi.

En effet, si on compare les versions française et allemande de la LSE, on remarque que « *paiement d'émoluments* » correspond à « *Gebühren* », que « *prestations financières préalables* » correspond à « *finanzielle Vorleistungen* », mais on note également qu'on ne retrouve pas le terme de « *Lohnrückbehalte* » dans la version française de l'article 19 alinéa 5 lettre a LSE. Par « *Lohnrückbehalte* », on entend « *retenues sur le salaire* ».

Il convient de préciser que la version italienne indique que « *Sono nulli gli accordi che esigono dal lavoratore emolumenti, prestazioni finanziarie anticipate o trattenute sul salario* ». Cette version parle donc également de « *retenues sur le salaire* » par le terme « *trattenute sul salario* ».

En vertu de ce qui précède, doit-on comprendre, dans la version française, que « *sont nuls et non avenus les accords qui exigent du travailleur qui loue ses services le paiement d'émoluments, de prestations financières préalables [ou des retenues sur son salaire]* » ?

En Suisse, aucune version linguistique de la loi n'a le pas sur une autre version linguistique. On ne peut par conséquent en conclure que c'est la version française qui est lacunaire, et cela uniquement parce que les deux autres versions contiennent le terme de « *retenues sur le salaire* ». En effet, il se pourrait très bien que ça soit les versions allemande et italienne qui contiennent une erreur.

Pour définir quelle est la réelle volonté du législateur, il convient de se référer aux travaux préparatoires de la LSE, principalement au Message du Conseil fédéral et aux Bulletins officiels des délibérations des parlementaires (ci-après : BO).

Selon le Message du Conseil fédéral

La première chose qui doit être constatée, c'est que le terme de « *retenues sur le salaire* » n'est présent dans aucune des trois versions linguistiques des projets de LSE qui suivent les trois Messages du Conseil fédéral dans les langues respectives²⁷².

En revanche, au moment de la publication de la LSE définitive dans les Arrêtés respectifs du Parlement²⁷³, on note que la version allemande et la version italienne se sont vues

²⁷² FF 1985 III 524 (français) / BBI 1985 III 556 (allemand) / FF 1985 III 503 (italien).

²⁷³ FF 1989 III 885 (français) / BBI 1989 III 927 (allemand) / FF 1989 III 826 (italien).

ajouter le terme de « *retenues sur le salaire* », mais pas la version française. On peut ainsi en conclure que c'est lors des délibérations parlementaires que l'ajout a été effectué. Il conviendra donc de consulter également les BO (voir chapitre suivant).

Dans le Message du Conseil fédéral, on relèvera le passage suivant concernant l'article 19 alinéa 3 LSE (aujourd'hui alinéa 5 lettre a LSE) : « Le 3^e alinéa a pour but d'empêcher l'entreprise de location de services de lier le travailleur par des dépôts, cautions et autres prestations financières. Sont également interdites les clauses dites de non-concurrence par lesquelles on cherche à empêcher le passage du travailleur à l'entreprise locataire de services. Ces clauses sont nulles selon le droit en vigueur, car l'entreprise locataire de services n'est pas un concurrent du bailleur de services. Ces clauses sont cependant très répandues dans la pratique. Elles sont particulièrement dangereuses du fait qu'elles sont fréquemment liées à de fortes amendes conventionnelles qui sont prélevées directement sur le salaire (par mesure de précaution, parfois déjà sur le premier salaire, à titre de dépôt). Le travailleur est souvent obligé de récupérer ultérieurement cet argent par voie de justice. Il s'agit ici d'empêcher de tels abus. Si, toutefois, un travailleur qui loue ses services a exceptionnellement connaissance de la clientèle ou du système de l'entreprise, il peut lui être interdit, en vertu de l'article 340 CO, d'exercer une activité concurrente auprès d'un autre bailleur de services ou d'exploiter pour son propre compte une entreprise de location de services »²⁷⁴.

L'extrait ci-dessus montre bien, même si les retenues sur le salaire n'y sont pas expressément mentionnées, que le Conseil fédéral va dans la direction d'une protection accrue du travailleur en matière de retenues sur le salaire.

Selon les BO

L'unique indice se trouve dans un BO²⁷⁵. En effet, c'est à cet endroit qu'intervient – sur proposition de la Commission – une modification de la version allemande de l'article 19 alinéa 3 LSE (aujourd'hui article 19 alinéa 5 lettre a LSE). Il n'y a aucun débat préalable spécifique à cette modification, et selon le texte même du BO, cette modification ne concerne que le texte allemand. C'est le seul est unique indice concernant cette divergence entre les différentes versions linguistiques de l'article 19 alinéa 5 lettre a LSE.

Conclusion

Bien qu'il ne soit à aucun moment fait mention de cette modification dans les BO, on peut imaginer que la modification résulte des délibérations générales qui ont précédé cette modification. En effet, il était, dans les pages précédentes, principalement question de protection accrue du travailleur.

N'ayant aucun autre élément à disposition, nous sommes par conséquent d'avis que sont nuls et non avenus les accords qui exigent du travailleur qui loue ses services des retenues sur son salaire, cela en vertu de l'impression générale laissée par le Message du

²⁷⁴ FF 1985 III 587 s.

²⁷⁵ BO 1987 CN 205.

Conseil fédéral, des délibérations parlementaires et finalement de la rédaction claire des versions allemande et italienne de l'article 19 LSE.

Le cas de l'article 323a alinéa 1 CO

Cette disposition permet-elle au bailleur de services de prévoir des retenues de salaire **dans les contrats le liant avec ses travailleurs (c'est-à-dire « préalablement »)** ? Cet article indique en effet qu'« *en tant que le prévoit un accord, l'usage, un contrat-type de travail ou une convention collective, l'employeur peut retenir une partie du salaire* ».

L'article 19 alinéa 5 lettre a LSE l'emporte sur l'article 323a CO en matière de location de services, cela pour les raisons suivantes :

- la LSE fait partie du droit public, alors que le CO fait partie du droit privé. La règle est que le droit public est toujours impératif, alors que le droit privé est plutôt de nature dispositif (voir cependant les art. 361 et 362 CO par ex.). La LSE fait partie de ce mouvement de « socialisation du droit privé »²⁷⁶, très présent en droit du travail et visant principalement à protéger la partie dite « faible », à savoir le travailleur. Par conséquent, l'article 19 LSE, impératif, l'emporte sur l'article 323a CO, dispositif²⁷⁷ ;
- la LSE contient des règles spéciales par rapport au CO, qui lui contient des règles plutôt générales. La LSE régit spécialement un cas qui n'est pas régi par le CO, à savoir la location de services. En vertu du principe qui veut que la règle spéciale l'emporte sur la règle générale (*lex specialis derogat legi generali*), l'article 19 LSE l'emporte sur l'article 323a CO ;
- finalement, l'article 342 alinéa 1 lettre b CO précise que « *sont réservées les dispositions de droit public de la Confédération et des cantons sur le travail et la formation professionnelle* », ce qui confirme que l'article 19 LSE a le pas sur l'article 323a CO. Bien que l'article 342 alinéa 1 lettre b CO ne soit pas classée comme absolument ou relativement impératif au sens des articles 361 et 362 CO, le caractère impératif de cet article émane de lui-même. En effet, des lois comme la LTr ne seraient sinon jamais applicables.

J. Affiliation à la LPP des travailleurs temporaires

Depuis le 1^{er} janvier 2005, l'article 2 de l'ordonnance du 18 avril 1984 sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (ci-après : OPP 2)²⁷⁸ indique que les travailleurs occupés auprès d'une entreprise tierce dans le cadre d'une location de services au sens de la LSE sont réputés être des travailleurs salariés de l'entreprise bailleuse de services. Par conséquent, pour son affiliation à la LPP, le travailleur a désormais un seul employeur, à savoir l'agence de travail temporaire, et ceci quel que soit le nombre de missions effectuées pour différentes entreprises.

²⁷⁶ Par socialisation du droit privé, on entend l'application de principes du droit public en droit privé, dans des relations de travail où l'État n'est pas l'employeur.

²⁷⁷ Cf. également SECO, Directives et commentaires relatifs à la LSE et aux ordonnances, p. 92.

²⁷⁸ RS 831.441.1.

Les cas de figure suivants peuvent se présenter (sous réserve que les autres conditions, telles que le salaire minimum ou l'âge, soient également remplies) :

- le travailleur doit être affilié dès le début des rapports de travail avec l'entreprise de travail temporaire lorsqu'il a été engagé par contrat de durée indéterminée ou déterminée supérieure à 3 mois ;
- lorsqu'une personne est engagée pour une durée déterminée de 3 mois avec ensuite prolongation des rapports contractuels avec l'entreprise de travail temporaire au-delà de 3 mois, elle doit être assujettie dès que la prolongation a été convenue ;
- lorsqu'un travailleur dont les services sont loués effectue plusieurs missions pour le compte du même bailleur de services (mais pas forcément auprès du même locataire de services) et qu'aucune d'entre elles ne dépasse trois mois, le travailleur devra être affilié à la LPP dès que l'ensemble des missions qu'il a effectuées atteint une durée totale de plus de trois mois et qu'il n'y a pas plus de trois mois d'interruption entre les missions (art. 1k let. b OPP 2)²⁷⁹. Puisque, selon l'article 2 OPP 2, un travailleur dont les services sont loués a comme unique employeur le bailleur de services, et non pas les différentes entreprises où il effectue ses missions, la durée de ces dernières doit être cumulée, même si les missions sont effectuées auprès de différentes entreprises²⁸⁰ ;
- l'interruption de trois mois ne peut toutefois être la conséquence d'une maladie, d'un accident, du service militaire ou civil obligatoire ou de la protection civile. En cas de maternité, le délai de l'interruption est de 14 semaines ;
- à notre avis et bien qu'on atteigne ici clairement les limites de l'interdiction des « contrats en chaîne », il serait par ailleurs contraire à la loi d'invoquer le délai d'interruption de trois mois s'il s'agit de « contrats en chaîne » par lequel la personne serait embauchée, licenciée puis réembauchée à plusieurs reprises, à chaque fois juste après la limite des trois mois, s'il s'avérait qu'il n'y a pas de raison objective à une telle opération et que le seul but était d'échapper à l'assurance obligatoire LPP (la jurisprudence parle de « *quelques semaines* », voir ATF 119 V 46 traité p. 97) ;
- c'est seulement lorsqu'un travailleur, dont les services sont loués, est engagé pour une durée limitée à trois mois au maximum sans prolongation et qu'il n'effectue pas de mission pour d'autres entreprises locataires de services pouvant ainsi porter la durée totale des missions à plus de trois mois, qu'il ne doit pas être assuré obligatoirement à la LPP (art. 1j al. 1 let. b OPP 2)²⁸¹, l'art. 1k let. b OPP 2 étant donc réservé ;

²⁷⁹ Cette disposition est en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2009.

²⁸⁰ Pour un exemple, voir TF, arrêt du 04.04.2008, 9C_445/2007. Cet arrêt a toutefois été rendu sous l'ancien droit, à savoir avant l'introduction de la disposition légale sur l'interruption maximale de trois mois entre les missions (art. 1k let. b OPP 2).

²⁸¹ Cette disposition a une nouvelle teneur depuis le 1^{er} janvier 2009.

- un travailleur dont les services sont loués doit être assuré dès le début des rapports contractuels avec le bailleur de services s'il le demande, et cela quelle que soit la durée de son engagement (art. 4 al. 1 LPP).

Suite à ce qui précède, le SECO conseille d'inclure les indications suivantes ou des indications similaires dans les contrats-cadres de travail temporaire ou les contrats de travail pour la mise à disposition de travailleurs à titre principal (travail en régie)²⁸² :

« **2.8.5 Prévoyance professionnelle**

Lorsque le travailleur a été engagé avec un contrat de mission de durée indéterminée ou de durée déterminée dépassant trois mois, il doit être affilié à la LPP dès le premier jour des rapports contractuels. Lorsqu'un contrat de mission d'une durée limitée à moins de trois mois est prolongé au-delà de trois mois, le travailleur doit être affilié à la LPP dès que la prolongation a été convenue. De même, le travailleur doit être affilié à la LPP dès que l'ensemble des missions qu'il a effectuées atteint une durée totale de plus de trois mois et qu'il n'y a pas plus de trois mois²⁸³ d'interruption entre les missions. Les missions peuvent être effectuées auprès de différentes entreprises locataires de services et ne pas se suivre immédiatement. Les autres conditions telles que le salaire annuel minimum ou l'âge doivent toutefois également être remplies ».

Et concernant les déductions à la caisse de pension, les paragraphes ci-dessous doivent être adaptés comme suit :

« **3.4 Déductions sociales** (selon le modèle pour les contrats de travail temporaire)

Sont déduits du salaire brut :

.....% caisse de pension (pour des missions d'une durée indéterminée ou déterminée dépassant trois mois ou à partir du moment où plusieurs missions atteignent une durée cumulée supérieure à trois mois et pour autant que le salaire annuel atteigne au moins CHF 20'520.-²⁸⁴).

2.5 Déductions sociales (selon le modèle pour les contrats de mise à disposition de travailleurs)

.....% caisse de pension (si le salaire annuel atteint au moins CHF 20'520.-²⁸⁵) ».

²⁸² CANTON DE NEUCHÂTEL, 31 mai 2006, directive 2006/2 (indications mises à jour). On ajoutera cependant que la formulation proposée par le SECO, d'une part, ne mentionne pas la notion de durée maximale pourtant très répandue dans la location de services, et, d'autre part, que cette proposition ne précise pas que si plusieurs engagements auprès d'un même employeur ou missions pour le compte d'une même entreprise bailleuse de services durent au total plus de trois mois et qu'aucune interruption ne dépasse trois mois, le salarié sera soumis à l'assurance obligatoire dès le début du quatrième mois de travail.

²⁸³ Trois mois depuis l'entrée en vigueur de l'art. 1k OPP 2 le 1^{er} janvier 2009.

²⁸⁴ Nouveau montant, en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2009 (RO 2008 4725).

²⁸⁵ Nouveau montant, en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2009 (RO 2008 4725).

K. Allocations familiales

Le règlement d'application relatif aux allocations familiales était essentiellement de la compétence des cantons jusqu'au 31 décembre 2008. La nouvelle loi fédérale du 24 mars 2006 sur les allocations familiales (ci-après : LAFam)²⁸⁶ est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2009. Cette dernière institue pour la première fois des montants minimaux pour les allocations familiales versées dans toute la Suisse (allocation pour enfant, allocation de formation professionnelle). Les cantons ont toutefois la possibilité d'octroyer des taux minimaux plus élevés.

Selon la nouvelle loi (art. 3 et 5 LAFam), une allocation minimale de CHF 200.- est versée mensuellement pour les enfants jusqu'à 16 ans (allocation pour enfant), et une allocation de CHF 250.- pour les enfants et les jeunes de 16 à 25 ans au plus tard (allocation de formation professionnelle). Si l'enfant est incapable d'exercer une activité lucrative, l'allocation est versée jusqu'à l'âge de 20 ans.

Les personnes assujetties à la LAFam – à savoir principalement les employeurs tenus de payer des cotisations au titre de l'article 12 LAVS – sont tenues de s'affilier à une caisse de compensation pour allocations familiales dans le canton dont le régime d'allocations familiales leur est applicable (art. 11 LAFam).

L. Allocation fédérale de maternité

En cas d'accouchement, la collaboratrice reçoit des allocations maternité conformément aux dispositions légales applicables.

La collaboratrice a droit à l'allocation maternité conformément aux articles 16ass de la loi fédérale du 25 septembre 1952 sur les allocations pour perte de gain en cas de service et de maternité (ci-après : LAPG)²⁸⁷, si elle a été assurée obligatoirement au sens de la LAVS pendant les 9 mois précédant l'accouchement, et qu'au cours de cette période, elle a exercé une activité lucrative durant 5 mois et est toujours salariée à la date de l'accouchement.

Selon les informations obtenues auprès du SECO, le Département de l'économie du canton de Neuchâtel – à l'instar de la plupart des cantons romands – recommande d'utiliser la formule suivante²⁸⁸ :

« Les travailleuses ont droit à l'allocation de maternité, conformément aux articles 16bss de la loi fédérale du 25 septembre 1952 sur les allocations pour perte de gain en cas de service et de maternité (LAPG), si elles ont été assurées obligatoirement au sens de l'assurance-vieillesse et survivants (LAVS) pendant les 9 mois précédant l'accouchement et qu'au cours de cette période elles ont exercé une activité lucrative durant 5 mois et sont toujours salariées à la date de l'accouchement. »

²⁸⁶ RS 836.2.

²⁸⁷ RS 834.1.

²⁸⁸ CANTON DE NEUCHÂTEL, juillet 2005, feuille n° 9.

Le droit à l'allocation prend effet le jour de l'accouchement. La mère bénéficie d'un congé d'au maximum 14 semaines payées à raison de 80 % du revenu moyen de l'activité réalisée avant l'accouchement. L'allocation est versée sous la forme d'indemnités journalières (maximum 98 indemnités journalières). Si la mère reprend son activité lucrative durant cette période, le droit s'éteint de manière anticipée ».

On précisera que le canton de Genève est plus généreux, en ce sens que la mère bénéficie d'un congé d'au maximum de 16 semaines payées à raison de 80 % du revenu moyen de l'activité réalisée avant l'accouchement (au lieu de 14 semaines), et que l'allocation est versée sous la forme de 112 indemnités journalières au maximum (au lieu de 98 indemnités).

M. Le travail temporaire et les conflits collectifs de travail (grèves)

L'engagement de travailleurs temporaires pour combler le déficit de forces de travail en temps de grève

En cas de grève dans l'entreprise locataire de services, celle-ci essaie parfois de combler le manque d'employés par l'engagement de travailleurs temporaires. Ainsi, elle peut compenser les heures de travail perdues. La question est de savoir si cette pratique est admissible.

Au niveau de l'UE, cette question n'a pas été traitée de façon approfondie et appropriée. Néanmoins, les autorités ne sont pas obligées – par des opérations de police – de sécuriser l'accès aux places de travail des travailleurs temporaires en temps de grève. Font exceptions les cas où la population serait mise en danger sans l'engagement de travailleurs temporaires²⁸⁹.

Ce qui est certain, c'est que le travailleur temporaire pressenti peut naturellement refuser la mission qui lui est proposée, comme c'est son droit en tout état de cause. Ce faisant, il renonce au salaire qu'aurait pu lui procurer le travail offert et se voit réduit à attendre une nouvelle offre.

De plus, on doit reconnaître au travailleur temporaire déjà en activité au sein d'une entreprise en grève le droit de refuser l'affectation au poste de travail d'un gréviste. Le nier serait une atteinte inadmissible à sa personnalité – que l'employeur est tenu de protéger (art. 328 CO) – car cela obligerait le travailleur à prendre position dans un conflit collectif auquel il n'est que fortuitement confronté, sous peine de perdre son salaire²⁹⁰.

Il sied également le relever qu'en matière de chômage, l'article 16 alinéa 2 lettre e LACI mentionne que n'est pas réputé convenable et, par conséquent, est exclu de l'obligation d'être accepté par le travailleur, tout travail qui doit être accompli dans une entreprise où le cours ordinaire du travail est perturbé en raison d'un conflit collectif de travail (en général une grève).

²⁸⁹ VISCHER, Der Arbeitsvertrag, p. 58.

²⁹⁰ THÉVENOZ, Le travail intérimaire, n° 796ss.

Finalement, il y a quelques années, le code de déontologie de la Fédération suisse des entreprises de travail temporaire (FSETT) précisait que ses membres ne mettent pas de personnel temporaire supplémentaire à la disposition d'entreprises en grève partielle ou générale et qu'ils s'abstiennent de toute mesure pouvant défavoriser l'une ou l'autre partie à un conflit collectif. Une telle clause ne se retrouve plus dans les « Q-standards » de Swisstaffing²⁹¹.

Par conséquent, nous sommes d'avis que rien n'empêche actuellement une entreprise de combler le déficit de forces de travail lors d'une grève par l'engagement de travailleurs temporaires.

Le paiement des travailleurs temporaires lors d'une grève dans l'entreprise locataire de services

La question à résoudre est de savoir si les travailleurs temporaires loués à une entreprise qui subit une grève – c'est-à-dire qu'ils étaient déjà en mission au moment où la grève a débuté – doivent être payés ou non pendant la durée effective de la grève, s'ils ne veulent ou ne peuvent plus travailler. La question est relativement complexe, particulièrement du fait de la relation triangulaire entre le bailleur de services, le locataire de services et le travailleur intérimaire.

a) Le risque d'entreprise

Le risque d'entreprise se définit comme le risque inhérent à l'activité économique de l'employeur ou le risque inhérent aux tâches exigées du travailleur. Ce risque peut varier d'une tâche à l'autre. Il est ainsi faible pour une secrétaire ou un comptable, élevé pour un conducteur de camion ou un maçon. Le risque d'entreprise est à la charge de l'employeur. Si le travailleur est en mesure de fournir sa prestation, mais que l'employeur la décline pour des motifs techniques liés à l'exploitation de l'entreprise ou pour d'autres motifs économiques, l'employeur se retrouve en demeure du créancier et doit le salaire aussi longtemps que le travailleur offre sa prestation de travail²⁹².

b) Le risque d'entreprise pour une autre entreprise ou un autre secteur de l'entreprise indirectement touché par la grève

Une partie de la doctrine considère que la grève fait partie du risque de l'entreprise pour les employés des autres secteurs non concernés par la grève, empêchés de travailler en raison de celle-ci, pour autant qu'ils n'en retirent aucun avantage et qu'ils ne se soient pas associés ou prononcés sur cette grève²⁹³.

Selon une autre partie de la doctrine, la situation où une grève affecte l'entreprise utilisatrice dans laquelle l'intérimaire est détaché est délicate. Si le travailleur intérimaire désire néanmoins travailler, mais se trouve matériellement empêché de le faire,

²⁹¹ Swisstaffing, Q-standards, cf. site Internet : [www.swisstaffing.ch], dernière vérification de l'adresse fin janvier 2010.

²⁹² WYLER, p. 199 ; ATF 125 III 65 ; ATF 124 III 346.

²⁹³ WYLER, pp. 201 s. et les auteurs cités.

l'incapacité de l'utilisateur de recevoir sa prestation entraîne l'application de l'article 324 CO²⁹⁴, au sens duquel l'employeur qui empêche par sa faute l'exécution du travail, ou se trouve en demeure de l'accepter pour d'autres motifs, reste tenu de payer le salaire sans que le travailleur doive encore fournir son travail. Cependant, le travailleur sera tenu d'imputer 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.

Toujours selon THÉVENOZ, on ne peut placer le travailleur intérimaire sur le même pied que le personnel en grève de l'entreprise utilisatrice et admettre que son acte de solidarité entraîne la suspension de son droit au salaire, voire même qu'il constitue un juste motif de résiliation de sa mission. L'intérimaire n'est pas dans un rapport de solidarité avec le personnel de l'entreprise en grève, dans laquelle il ne fait souvent qu'un bref passage. Jamais il ne partagera les fruits d'une victoire, et il n'est pas juste qu'il participe aux risques. Il subit le conflit collectif, sans avoir aucun moyen de participer aux décisions collectives. Souvent, il n'a aucun grief à faire valoir contre l'entreprise utilisatrice. En réalité, il est un véritable tiers à cet affrontement. Pour ces raisons, l'intérimaire qui accomplit une mission dans une entreprise où éclate une grève doit pouvoir refuser en tout état de cause de prendre parti – travailler ou faire grève – dans ce conflit auquel il est étranger. Il peut exiger une nouvelle mission. L'entreprise de travail intérimaire qui ne peut ou ne veut pas la lui fournir tombe en demeure de créancier (art. 324 CO)²⁹⁵.

c) Conclusion

Premièrement, il convient de rappeler ici encore une fois que l'employeur d'un travailleur intérimaire n'est pas la société locataire de services – respectivement la société dans laquelle se déroule la grève dans notre cas –, mais le bailleur de services. Ainsi à notre avis, on doit considérer que le risque d'entreprise concerne le bailleur de services, c'est-à-dire une « autre entreprise » au sens développé ci-dessus.

Par conséquent, il nous semble que la conclusion suivante est pertinente : Une grève se déroulant dans l'entreprise locataire de services fait partie du risque d'entreprise pour le bailleur de services (le risque est à sa charge, ce qui signifie qu'il doit payer le salaire de ses employés), mais uniquement si les travailleurs intérimaires (conditions alternatives) :

- **ne retirent aucun avantage durable de la grève, par exemple une amélioration de leurs conditions de travail ou de leurs conditions salariales ;**
- **ne se sont pas expressément associés aux grévistes ;**
- **ne se sont pas expressément prononcés en faveur de la grève ;**
- **n'ont pas refusé une autre mission proposée – en raison de la grève – par le bailleur de services.**

²⁹⁴ THÉVENOZ, Le travail intérimaire, n° 791.

²⁹⁵ THÉVENOZ, Le travail intérimaire, n° 799 s.

N. L'indication de l'horaire de travail dans le contrat de mission

En matière de travail temporaire, la manière d'indiquer l'horaire de travail dans le contrat de mission est controversée. Le sujet a suscité de tels débats que le SECO a édicté une directive supposée régler la question. Selon notre analyse cependant, cette directive est excessivement restrictive pour les employeurs, et pourrait être considérée comme violant le droit fédéral et la jurisprudence du Tribunal fédéral.

La directive du SECO est intitulée « *Règlement de l'horaire de travail dans le contrat de travail et obligation du bailleur de services de payer le salaire qui lui est lié* »²⁹⁶. Le SECO a confirmé sa position restrictive au début 2010, en précisant que le terme « *environ* » ne peut pas figurer dans l'indication de l'horaire.

Selon le Tribunal fédéral

Dans un arrêt du 7 juin 2007²⁹⁷, le Tribunal fédéral a jugé une affaire dans laquelle le contrat de mission prévoyait un horaire de « *en principe 40 heures par semaine* ». La collaboratrice réclamait le paiement des heures non travaillées, soit celles comprises entre les heures réellement effectuées et celles stipulées dans le contrat de mission (environ 1.5 h/sem. pendant un an et demi). Le Tribunal fédéral a écarté l'argumentation de la collaboratrice en fondant principalement sa décision sur l'absence de réclamation de la collaboratrice, qui n'avait pas demandé à son employeur, en cours d'emploi, à effectuer davantage d'heures ; elle a ainsi perdu son droit à se prévaloir de la « *demeure de l'employeur* », selon laquelle ce dernier aurait pu être amené à payer ces heures non travaillées, à condition « *qu'il empêche par sa faute l'exécution du travail* ». Le Tribunal fédéral n'a pas critiqué la formulation de « *en principe 40 heures par semaine* », qui est identique à « *environ* ».

Dans un autre arrêt, la Haute Cour s'est prononcée favorablement au sujet de la souplesse du temps de travail : « *l'on ne voit pas pourquoi seraient en soi illicites des formes d'occupation prévoyant la mise à contribution du travailleur en fonction de la quantité du travail disponible. Cette remarque vaut tant pour les types de collaboration nécessitant un accord particulier pour chaque mission, que pour les types d'occupation permettant à l'employeur d'appeler le salarié au gré de ses besoins momentanés* »²⁹⁸.

Le Tribunal fédéral a donc examiné la possibilité de prévoir un horaire de travail irrégulier ; il a statué qu'il est tout à fait possible de le convenir dans un contrat de travail.

²⁹⁶ Directive 2009/2 du SECO, cf. site Internet : [www.espace-emploi.ch/dateien/Private_Arbeitsvermittlung/paep_directive2009_02.pdf], dernière vérification de l'adresse fin janvier 2010.

²⁹⁷ TF, arrêt du 07.06.2007, 4C_83/2007.

²⁹⁸ ATF 124 III 249, JdT 1999 I 275.

Les conventions collectives de travail

Pour prendre un exemple, la Convention nationale (ci-après : CN) pour le secteur principal de la construction en Suisse a été modifiée en 2008, afin de tenir compte de la réalité des chantiers²⁹⁹. Ces nouvelles règles étendues permettent, désormais, de modifier l'horaire en cours de saison : *« l'entreprise peut, en raison de pénurie de travail, d'intempéries ou de pannes techniques, modifier après coup le calendrier de la durée du travail [...]. Il est possible de procéder à une adaptation répétée du calendrier de la durée du travail »*.

Cette modification permet une adaptation de l'horaire aux conditions concrètes de travail en cours de saison. Il s'agit d'une évolution louable, conforme à la jurisprudence du Tribunal fédéral et aux dispositions légales en vigueur.

Conclusion

- l'horaire de travail doit être indiqué par écrit³⁰⁰ ;
- aucune disposition légale (art. 330b CO : obligation de l'employeur d'informer le collaborateur sur la durée hebdomadaire du travail ; art. 48 OSE : obligation de conclure le contrat avant le début de la mission ; art. 48a OSE : règles des CCT étendues à respecter selon l'art. 20 LSE ; art. 73 OLT 1 : documents à tenir à disposition de l'autorité de surveillance) n'interdit que l'horaire convenu soit « approximatif », « moyen », voire « minimum » ou « maximum » ;
- la manière d'indiquer l'horaire dans le contrat de mission définit les droits et les obligations de l'employeur et du collaborateur ;
- plus le temps de travail est irrégulier, plus l'employeur court des risques, d'où la nécessité de stipuler – dans le contrat – des règles qui précisent les modalités de l'horaire ;
- les règles étendues des CCT relatives à l'horaire de travail doivent être respectées.

Conseils

- **des règles claires et compréhensibles** : pour limiter ses risques, l'employeur doit bien connaître l'horaire à accomplir et en préciser les éventuelles contraintes et particularités dans le contrat de mission ;
- **une formulation « souple »** : « 40 heures par semaine » est, par exemple, préférable à « 8 h – 12 h et 13 h 30 – 17 h 30 ». Ainsi, un jour de 7 heures peut être compensé dans la même semaine avec un autre de 9 heures. S'il est encore précisé qu'il s'agit d'un « horaire moyen », la compensation pourra intervenir pendant toute la durée de la mission ;

²⁹⁹ CN pour le secteur principal de la construction en Suisse, cf. site Internet : [www.seco.admin.ch/the men/00385/00420/00430/01402/index.html?lang=fr], dernière vérification de l'adresse fin janvier 2010.

³⁰⁰ TAF, arrêt du 11.03.2009, B-3381/2008.

- **l'horaire convenu n'est pas atteint** : la question récurrente est de savoir si l'entreprise cliente n'a pas fourni suffisamment de travail, ou si le travailleur a pris des congés. Comment en apporter la preuve des mois, voire des années plus tard ? Les heures manquantes doivent-elles être payées ? Une règle stipulant que, pour pouvoir en exiger le paiement, l'employé doit, dans un délai convenu, demander à rattraper les heures non effectuées imputables à l'entreprise cliente constitue une solution claire, adéquate et qui nous paraît opportune ;
- **nouvelles règles** : l'employeur prévoyant insérera des règles particulières inspirées de ce qui précède dans le contrat-cadre de travail temporaire, le contrat de mission, les conditions générales de location de services et le contrat de location de services.

Pour plus de détails concernant l'horaire de travail, voir dès page 195.

O. Recommandations relatives à l'obligation de renseigner dans le domaine de l'assurance-chômage

Plusieurs cantons romands rappellent ce qui suit³⁰¹ :

En vertu de la LACI, l'employeur est tenu de fournir aux caisses d'assurance-chômage des renseignements dignes de foi et délivrera, sur demande de son ancien employé, le formulaire « *attestation de l'employeur* » dûment rempli et signé dans un délai d'une semaine.

Or, il appert que certaines sociétés de location de services n'invoquent pas les faits exacts qui ont provoqué la rupture des rapports de travail, mais indiquent purement et simplement comme motif « *fin de la mission* ».

Cette manière de faire s'avère souvent contraire à l'obligation faite à chaque employeur de donner des renseignements conformes à la réalité. Les autorités chargées de l'exécution de l'assurance-chômage doivent pouvoir légitimement s'y référer pour appliquer correctement la législation en la matière.

En effet, le motif qui a conduit à la résiliation du contrat de travail ou du contrat de mission, ainsi que le refus du travailleur d'accepter une nouvelle mission, sont des éléments essentiels pour déterminer le droit aux prestations des assurés revendiquant l'indemnité de chômage. Par conséquent, le Département de l'économie du canton de Neuchâtel invite expressément à communiquer aux caisses de chômage la véracité des faits qui sont à l'origine de la fin d'une mission temporaire.

L'inobservation de cette recommandation peut aboutir à des sanctions pénales. La LACI prévoit à ses articles 105 et 106 que refuser ou donner de faux renseignements constitue une infraction qu'elle qualifie, suivant les cas, de délit ou de contravention.

³⁰¹ Voir CANTON DE NEUCHÂTEL, novembre 2003, feuille n° 6.

Enfin, du point de vue de la LSE, de tels agissements peuvent entraîner jusqu'au retrait de l'autorisation de pratiquer la location de services, dans les cas extrêmes (cf. art. 16 LSE et 44 OSE).

Article 20 LSE**Conventions collectives de travail avec
déclaration d'extension****I. Dispositions légales****A. LSE****Art. 20 LSE³⁰² Conventions collectives de travail avec déclaration d'extension**

¹Lorsqu'une entreprise locataire de services est soumise à une convention collective de travail étendue, le bailleur de services doit appliquer au travailleur celles des dispositions de la convention qui concernent le salaire et la durée du travail. Si une convention collective de travail étendue prévoit une contribution obligatoire aux frais de formation continue et aux frais d'exécution, les dispositions concernées s'appliquent aussi au bailleur de services, auquel cas les contributions doivent être versées au prorata de la durée de l'engagement. Le Conseil fédéral règle les modalités.

²L'organe paritaire de contrôle prévu par la convention collective de travail étendue est habilité à contrôler le bailleur de services. En cas d'infraction grave, il doit en informer l'office cantonal du travail et peut :

- a. infliger au bailleur de services une peine prévue par la convention collective de travail ;
- b. imputer au bailleur de services tout ou partie des frais de contrôle.

³Lorsqu'une entreprise locataire de services est soumise à une convention collective de travail avec déclaration d'extension instituant un régime de retraite anticipée, le bailleur de service est également tenu de respecter ce régime envers le travailleur. Le Conseil fédéral peut fixer la durée minimale d'engagement à partir de laquelle le travailleur doit être mis au bénéfice de ce régime.

⇒ *La version adoptée était la même que celle du projet de loi. Néanmoins, une version complétée et révisée de cet article est entrée en vigueur le 1^{er} avril 2006. Les deux dernières phrases de l'alinéa 1 ainsi que les alinéas 2 et 3 ont été ajoutés par rapport au projet de loi, cela dans le cadre de la mise en place progressive de la libre circulation des personnes entre la Suisse et la Communauté européenne (ci-après : CE). Ces ajouts régissent principalement des obligations supplémentaires du bailleur de services selon le contenu des CCT applicables, ainsi qu'un régime de contrôle du bailleur de services. Les articles 48b à 48e OSE sont également entrés en vigueur le 1^{er} avril 2006.*

³⁰² Nouvelle teneur selon l'art. 2 ch. 4 de l'AF du 17 déc. 2004 portant approbation et mise en œuvre du prot. relatif à l'extension de l'ac. entre la Confédération suisse, d'une part, et la CE et ses États membres, d'autre part, sur la libre circulation des personnes aux nouveaux États membres de la CE et portant approbation de la révision des mesures d'accompagnement concernant la libre circulation des personnes, en vigueur depuis le 1^{er} avril 2006 (RO 2006 979 994 ; FF 2004 5523 6187).

B. OSE

Art. 48a OSE³⁰³

Dispositions concernant le salaire et la durée du travail

¹Les dispositions concernant le salaire sont des dispositions régissant :

- a. le salaire minimum, dans lequel ne doivent pas être incorporés d'éventuels frais; en l'absence de salaire minimum imposé, son montant ne peut être inférieur au salaire moyen dans l'entreprise ;
- b. les suppléments pour heures supplémentaires, travail posté, travail à la tâche, travail de nuit, le dimanche et les jours fériés ;
- c. la compensation des vacances pro rata temporis ;
- d. le 13^e salaire pro rata temporis ;
- e. les jours fériés et les jours de repos payés ;
- f. le salaire en cas d'empêchement du travailleur sans faute de sa part selon l'art. 324a du code des obligations³⁰⁴ (CO), notamment pour cause de maladie, accident, invalidité, service militaire, service de la protection civile, mariage, naissance, décès, déménagement, soins à un membre de la famille malade ;
- g. la part des primes à l'assurance-maladie (assurance pour perte de gain) selon l'art. 324a, al. 4, CO.

²Les dispositions concernant la durée du travail sont des dispositions régissant :

- a. le temps de travail normal ;
- b. la semaine de cinq jours ;
- c. les heures supplémentaires, le travail posté, le travail de nuit et le dimanche ;
- d. les vacances, les jours de congé et les jours fériés ;
- e. les absences ;
- f. les temps de repos et les pauses ;
- g. les temps de déplacement et d'attente.

Art. 48b OSE³⁰⁵

Contributions aux frais de formation continue et aux frais d'exécution

¹Si une convention collective de travail déclarée de force obligatoire prévoit une obligation de verser des contributions aux frais de formation continue et aux frais d'exécution, cette obligation naît le jour où un travailleur entre dans le champ d'application de cette convention collective.

²Les contributions sont payées et affectées selon les règles fixées par la convention collective.

³Le travailleur dont les services sont loués a accès au même titre que les travailleurs de la branche :

³⁰³ Introduit par le ch. I de l'O du 20 oct. 1999, en vigueur depuis le 1^{er} déc. 1999 (RO 1999 2711).

³⁰⁴ RS 220.

³⁰⁵ Introduit par le ch. 1 de l'annexe à l'O du 9 déc. 2005, en vigueur depuis le 1^{er} avril 2006 (RO 2006 965).

- a. à la formation continue financée à l'aide des contributions aux frais de formation continue ;
- b. aux autres prestations financées à l'aide des contributions aux frais d'exécution.

Art. 48c OSE³⁰⁶ Retraite anticipée

¹Si une convention collective de travail déclarée de force obligatoire prévoit une obligation de verser une contribution de retraite anticipée, cette obligation naît le jour où un travailleur entre dans le champ d'application de cette convention collective.

²Sont exemptés de l'obligation de verser la contribution les travailleurs :

- a. de moins de 28 ans ;
- b. qui suivent une formation pour une profession qui n'entre pas dans le champ d'application de la convention collective de travail, et
- c. dont la mission est limitée à trois mois.

³Les contributions sont payées et affectées selon les règles fixées par la convention collective.

Art. 48d OSE³⁰⁷ Frais de contrôle et peines conventionnelles ; contrôles

¹Les peines conventionnelles et les frais de contrôle facturés au bailleur de services sont payés et affectés selon les règles fixées par la convention collective.

²Les organes paritaires traitent le bailleur de services, lors des contrôles, comme les autres employeurs de la branche. Ils lui annoncent les contrôles dans un délai raisonnable.

³Les organes paritaires responsables des contrôles ou les services de contrôle mandatés par eux sont soumis à l'obligation de garder le secret imposée à l'art. 34 LSE. En cas d'infraction grave, ils sont tenus d'en informer l'office cantonal du travail.

⁴Le bailleur de services peut demander en tout temps à l'autorité cantonale chargée de la déclaration d'extension que le contrôle soit effectué par un organe de contrôle indépendant des parties contractantes. L'art. 6 de la loi fédérale du 28 septembre 1956 permettant d'étendre le champ d'application de la convention collective de travail³⁰⁸ est applicable par analogie.

Art. 48e OSE³⁰⁹ Obligation de rendre compte et de présenter un rapport

¹Les organes paritaires sont tenus d'informer en tout temps l'autorité de surveillance, soit le SECO, de la situation en matière de formation continue des travailleurs dont les services sont loués, d'application des régimes de retraite

³⁰⁶ Introduit par le ch. 1 de l'annexe à l'O du 9 déc. 2005, en vigueur depuis le 1^{er} avril 2006 (RO 2006 965).

³⁰⁷ Introduit par le ch. 1 de l'annexe à l'O du 9 déc. 2005, en vigueur depuis le 1^{er} avril 2006 (RO 2006 965).

³⁰⁸ RS 221.215.311.

³⁰⁹ Introduit par le ch. 1 de l'annexe à l'O du 9 déc. 2005, en vigueur depuis le 1^{er} avril 2006 (RO 2006 965).

anticipée à ces travailleurs et des peines conventionnelles et frais de contrôle imposés aux bailleurs de services fautifs. Ils établissent chaque année un rapport à l'intention de l'autorité de surveillance.

²Les associations du secteur intérimaire concernées par ces règlements sont autorisées à consulter ces rapports.

II. Travaux législatifs

A. Projet du 27 novembre 1985 (FF 1985 III 625)

Art. 20 LSE Conventions collectives de travail avec déclaration d'extension

Lorsqu'une entreprise est soumise à une convention collective de travail avec déclaration d'extension, le bailleur de services doit appliquer au travailleur les dispositions de la convention collective concernant le salaire et la durée du travail.

B. Message du 27 novembre 1985 (FF 1985 III 589)

« Selon la pratique actuelle, la convention collective à laquelle est soumise une entreprise locataire de services n'est pas applicable aux travailleurs qui louent leurs services. Une déclaration d'extension ne change rien à la situation, car l'article premier, 1^{er} alinéa (extension de la convention aux branches économiques ou professions concernées) de la loi fédérale permettant d'étendre le champ d'application de la convention collective de travail (RS 211.215.311) est appliquée de manière restrictive. Elle fait partiellement l'objet de violentes critiques. Dans certaines branches, en particulier dans la construction, cette situation provoque un climat de concurrence qui n'est favorable ni à l'employeur concerné ni aux associations de travailleurs. C'est pourquoi le projet oblige l'entreprise de location de services à respecter envers le travailleur les dispositions de la convention collective concernant les services du travailleur à une entreprise soumise à une convention collective avec déclaration d'extension.

La restriction aux conditions de salaire et à la durée du travail se justifie par le fait que dans les conventions collectives les partenaires sociaux conviennent souvent de prestations inhabituelles pour la location de services en raison de la structure particulière du contrat de travail.

La limitation aux conventions collectives de travail avec déclaration d'extension est due à des raisons de publicité. Même si le bailleur de services connaît les conventions collectives existantes, on ne peut tout de même pas s'attendre à ce qu'il étudie, avant la conclusion du contrat, l'affiliation à une association de chaque entreprise locataire de services ».

III. Jurisprudence

A. Compétence des cantons en matière de location de services après l'entrée en vigueur de la LSE en 1989 / Exhaustivité de la réglementation fédérale ? ; ATF 120 Ia 89

Le 18 décembre 1992, le Grand Conseil du canton de Genève a adopté la loi sur le service de l'emploi et la location de services (ci-après : LSELS). Cette loi est entrée en vigueur le 22 décembre 1992. À l'instar de la législation fédérale, cette loi règle le placement privé, la location de services ainsi que le service public de l'emploi.

Agissant par la voie du recours de droit public, la Fédération suisse des entreprises de travail temporaire (FSETT), Manpower SA, Adia Interim SA et Ecco SA demandèrent au Tribunal fédéral d'annuler l'article 8 LSELS. Elles invoquèrent principalement une violation du principe de la force dérogatoire du droit fédéral.

À la différence de la loi fédérale du 22 juin 1951 sur le service de l'emploi – muette sur ce point – la législation actuelle régit la location de services de manière très complète. Dès lors, rien ne permet de penser que le législateur fédéral n'entendait pas régler la matière de l'article 20 LSE de façon exhaustive et uniforme pour toutes les entreprises bailleresse de services et leurs travailleurs en Suisse.

En principe donc, l'article 20 LSE ne laisse aucune place pour une réglementation cantonale divergente.

⇒ Voir également p. 18

B. Qualification du contrat / Contrat de mandat ou contrat de location de services / Application de l'article 20 LSE ; Tribunal des prud'hommes du canton de Zurich, arrêt du 03.05.2005, JAR 2006 566

Dans cette affaire, une employée travaillait pour une entreprise de nettoyage. Dans le cadre de son emploi auprès de cette entreprise, elle a longtemps travaillé, avec un taux d'activité de 100 %, comme nettoyeuse dans un hôtel. L'hôtel étant soumis à la CCT pour les hôtels, restaurants et cafés (étendue), l'employée estimait que l'entreprise de nettoyage devait lui appliquer les dispositions étendues de la CCT, cela en vertu de l'article 20 LSE.

Sont soumis à la CCT précitée tous les employeurs et collaborateurs qui exercent une activité dans un établissement de l'hôtellerie ou de la restauration. Sont notamment concernés tous les prestataires de services d'hôtellerie et de restauration accessibles à tout un chacun contre rémunération (art. 1 CCT).

Il est clair que l'entreprise de nettoyage ne tombe pas dans le champ d'application de la CCT, à l'inverse de l'hôtel. Il reste néanmoins la possibilité que la CCT s'applique à l'entreprise de nettoyage en vertu de l'article 20 LSE. Ce dernier mentionne en effet que lorsqu'une entreprise locataire de services (l'hôtel en l'espèce) est soumise à une CCT

étendue (la CCT pour les hôtels, restaurants et cafés en l'espèce), le bailleur de services (l'entreprise de nettoyage en l'espèce) doit appliquer au travailleur celles des dispositions de la convention qui concernent le salaire et la durée du travail.

La problématique principale est ici de déterminer s'il y a un contrat de location de services entre l'entreprise de nettoyage et l'hôtel, respectivement de savoir si la LSE est applicable.

Il ressort des contrats conclus entre l'entreprise de nettoyage et l'hôtel que les contrats doivent être qualifiés de mandats au sens de l'article 394 CO. L'entreprise de nettoyage s'oblige – contre rémunération mensuelle et à travers ses employés – à nettoyer les différents locaux de l'hôtel avec toute la diligence et le savoir requis.

La qualification que font les parties du contrat n'est pas relevante pour déterminer s'il s'agit d'un contrat de location de services ou non. En effet, les caractéristiques essentielles d'un contrat de location de services sont :

- la location des services d'un ou de plusieurs travailleurs à un tiers ;
- le transfert de l'essentiel du pouvoir de direction à l'égard de ce salarié au tiers ;
- contre rémunération ;
- de manière habituelle ou régulière.

Dans le cas d'espèce, l'entreprise de nettoyage n'avait jamais transféré son pouvoir de direction à l'égard de l'employée à l'hôtel. À cela s'ajoute que même les horaires de travail de la nettoyeuse étaient déterminés par l'entreprise de nettoyage, et non par l'hôtel. Le but de l'entreprise de nettoyage était bien plus de proposer des prestations de nettoyage sous forme de personnel auxiliaire (« Hilfspersonen »). Ce personnel auxiliaire était lié contractuellement à l'entreprise de nettoyage, qui fixait les horaires et qui détenait l'essentiel du pouvoir de direction.

Par conséquent, il n'y avait pas de contrat de location de services entre l'entreprise de nettoyage et l'hôtel. La LSE n'étant pas applicable, la CCT pour les hôtels, restaurants et cafés ne l'est pas non plus à la nettoyeuse.

C. Définition de l'extension d'une CCT ; ATF 128 II 13

L'extension d'une CCT consiste en une déclaration de l'autorité compétente (Conseil fédéral ou autorité cantonale) qui rend applicable aux employeurs et aux travailleurs de la branche économique ou de la profession visée ne faisant pas partie des associations contractantes les clauses qui lient les employeurs et travailleurs conformément aux articles 341 et 357 CO ou qui obligent les employeurs et travailleurs envers la communauté conventionnelle conformément à l'article 357b CO (art. 1 al. 2 et art. 4 de la loi fédérale du 28 septembre 1956 permettant d'étendre le champ d'application de la convention collective de travail [ci-après : LECCT]³¹⁰). La décision prise au sujet de l'extension doit être motivée et notifiée par écrit aux parties et, dans la mesure où elle

³¹⁰ RS 221.215.311.

les touche, aux opposants (art. 12 al. 3 LECCT). La loi ne prévoit aucune voie de recours. La déclaration d'extension ne modifie pas le contenu de la CCT.

D. Dispositions qui concernent le salaire / Assurance perte de gain / Devoir d'assurer le travailleur / Perte d'effets d'une CCT pendant une courte période ; ATF 124 III 126, JdT 1998 I 614

Une personne (ci-après : le travailleur) a été engagée comme maçon par une agence de travail temporaire (ci-après : l'agence). Selon le contrat individuel de travail, le délai de congé était d'un mois dès le septième mois de travail, tandis que le droit aux indemnités en cas de maladie était de 180 jours.

Par suite de maladie et d'incapacité de travail du travailleur, l'agence a résilié le contrat. L'assurance, auprès de laquelle l'agence avait conclu un contrat d'assurance collective, a versé au travailleur 180 indemnités journalières.

Le travailleur a assigné l'agence en paiement d'une somme correspondant à 540 jours d'indemnité de perte de gain, soit la différence entre d'une part la couverture de 720 jours prévue par l'article 27 de la CN pour le secteur principal de la construction en Suisse, et d'autre part la couverture de 180 jours prévue par le contrat individuel de travail.

Selon l'article 27 CN, les travailleurs soumis à la CN doivent être assurés collectivement par leur employeur pour une indemnité journalière en cas d'incapacité de travail. Après un jour de carence, le travailleur a droit à une indemnité journalière de 80 % de son salaire pendant 720 jours au minimum dans un espace de 900 jours consécutifs. D'après l'article 20 de la LSE, lorsqu'une entreprise locataire de services est soumise à une CCT avec déclaration d'extension, le bailleur de services doit appliquer au travailleur celles des dispositions de la CCT qui concernent le salaire et la durée du travail.

On doit admettre, suivant en cela l'avis de l'OFIAMT (aujourd'hui le SECO) tel qu'exprimé dans le commentaire de la LSE et agréé par la doctrine, que les dispositions concernant le salaire au sens de l'article 20 LSE comprennent notamment celles relatives au salaire en cas d'empêchement de travailler dû à une maladie, à un accident, à l'invalidité, au service militaire ou civil. Il incombait donc à l'agence d'assurer le travailleur contre la perte de gain résultant d'un empêchement de travailler pour cause de maladie et de faire en sorte que la police d'assurance garantisse le versement d'indemnités journalières correspondant à 80 % du salaire pendant 720 jours dans une période de 900 jours consécutifs.

Selon la jurisprudence, d'une manière générale, le droit au salaire cesse en même temps que les rapports contractuels en cas d'incapacité de travail, sauf accord contraire exprès³¹¹. Toutefois, lorsqu'il se voit reconnaître un droit à des indemnités de perte de gain versées par une assurance pendant une longue période, sans restriction d'aucune sorte, le travailleur peut de bonne foi comprendre qu'il bénéficiera de cette couverture,

³¹¹ ATF 113 II 259, JdT 1988 I 175.

même si le contrat de travail prend fin avant l'épuisement de son droit aux indemnités³¹². Dès lors, la résiliation du contrat de travail par l'agence avec préavis d'un mois n'entame en rien le droit du travailleur d'obtenir réparation du préjudice subi.

De plus, le fait que l'extension de la CN ait perdu ses effets durant une courte période – coïncidant avec celle où le travailleur est tombé malade – est sans incidence sur les obligations de l'employeur. En effet selon la CN, l'agence était tenue d'assurer le travailleur dès le premier jour d'emploi ; c'est parce qu'elle n'a pas satisfait à cette obligation lors de l'engagement que le travailleur n'a pas pu bénéficier d'une couverture d'assurance conforme à la CN. L'omission de l'agence est donc bien en relation de causalité avec le préjudice supporté par le travailleur.

Ayant omis de conclure une assurance conférant au travailleur la couverture prévue par la CN, l'employeur doit réparer le préjudice subi par le travailleur et lui verser les montants que l'assurance aurait payés³¹³.

E. Étendue du terme « salaire » / Libre passage de l'assurance collective à l'assurance individuelle de perte de gain ; ATF 135 III 640

Dans cet arrêt, le Tribunal fédéral examine si l'obligation de garantir le libre passage de l'assurance collective à l'assurance individuelle de perte de gain en cas de maladie résulte d'une disposition concernant le salaire au sens de l'article 20 alinéa 1 LSE.

En l'espèce, l'enjeu ne porte pas sur un salaire ou une indemnité d'assurance à verser en cas de maladie, mais sur la possibilité, pour le travailleur intérimaire, de passer à l'assurance perte de gain individuelle, une fois que les rapports de travail ont pris fin et qu'il a quitté le cercle des personnes affiliées à l'assurance collective. De manière générale, le libre passage facilite le changement d'assurance. Il s'agit du droit de l'affilié de contracter une nouvelle assurance pour des prestations identiques à celles dont il bénéficiait dans l'assurance collective, sans nouvel examen de santé et sans qu'une réserve puisse être formulée ; le libre passage implique également que la nouvelle prime est calculée selon l'âge d'entrée dans l'assurance collective, mais elle sera fixée selon le tarif – plus élevé – des primes individuelles et ne sera plus payée en partie par l'employeur. Ainsi défini, le libre passage d'une assurance à une autre ne constitue manifestement pas un « salaire » pris au sens littéral.

La question se pose dès lors de savoir, lorsqu'il existe une CCT instituant un régime dérogatoire au sens de l'article 324a alinéa 4 CO, si les dispositions concernant le salaire selon l'article 20 LSE comprennent toutes les dispositions concernant l'assurance perte de gain figurant dans la CCT.

Le Tribunal fédéral rappelle que, notamment pour les cas de maladie de ses employés, l'employeur peut conclure une assurance d'indemnités journalières, au lieu de supporter

³¹² TF, arrêt du 11.09.1995, SJ 1996 373.

³¹³ ATF 115 II 251, JdT 1990 I 93.

lui-même le paiement du salaire pendant un temps limité conformément au régime de base de l'article 324a alinéas 1 et 2 CO. Ce régime dérogatoire, admis par l'article 324a alinéa 4 CO, suppose un accord des parties sur les points essentiels suivants : le pourcentage du salaire assuré ; les risques couverts ; les restrictions de couverture ; la durée des prestations ; les modalités de financement des primes ; la durée du délai d'attente. Il faut en plus que les prestations soient au moins équivalentes au régime de base. Ce sera le cas si l'assurance est financée à parts égales par employeur et travailleur et si elle prend effet dès le premier jour d'emploi, garantissant au travailleur absent pour cause de maladie des indemnités correspondant aux 80 % du salaire, versées pendant 730 jours dans une période de 900 jours consécutifs, sous déduction d'un délai d'attente de deux jours. Un éventuel libre passage de l'assurance collective à l'assurance individuelle n'apparaît ainsi ni comme un élément essentiel de l'accord des parties dérogeant au régime de base, ni comme un facteur permettant d'apprécier l'équivalence des prestations. Comme l'article 48a alinéa 1 lettre f OSE l'indique expressément, les dispositions concernant le salaire au sens de l'article 20 LSE sont notamment les dispositions régissant le salaire en cas d'empêchement du travailleur pour cause de maladie (art. 324a CO). Parmi celles-ci, l'article 324a alinéa 4 CO permet l'instauration d'un régime dérogeant au régime de base, par exemple lorsqu'une CCT impose la conclusion d'une assurance perte de gain. Dans la logique du système, les dispositions conventionnelles concernant le salaire en cas de maladie ne peuvent alors être que celles qui ont trait, directement (mode de calcul, durée, délai d'attente) ou indirectement (taux de cotisation), à l'indemnité remplaçant le salaire. Il s'ensuit qu'une disposition d'une CCT relative à l'assurance perte de gain qui n'a rien à voir avec l'indemnité elle-même, comme celle offrant sur demande le libre passage de l'assurance collective à l'assurance individuelle, ne saurait être classée dans les dispositions concernant le salaire au sens de l'article 20 LSE. Il n'y a pas de raison de s'écarter en l'espèce de l'interprétation littérale.

Par conséquent, n'est pas une disposition concernant le salaire au sens de l'article 20 alinéa 1 LSE la clause d'une CCT étendue imposant à l'employeur d'offrir le libre passage d'une assurance collective couvrant la perte de gain en cas de maladie à une assurance individuelle. Dans ces conditions, le travailleur intérimaire ne saurait prétendre à la réparation du dommage qu'il aurait subi pour n'avoir pas bénéficié d'indemnités journalières en cas de maladie faute d'avoir pu demander son transfert dans l'assurance individuelle.

**F. Équivalence des diplômes / Qualifications comparables /
Classes de salaire dans les CCT ; Cour d'appel du canton de
Bâle-Ville, arrêt du 01.06.2004, JAR 2005 322**

Savoir précisément quel est le niveau de qualification d'un travailleur étranger est important, notamment quand il s'agit de déterminer dans quelle classe de salaire – souvent définie par une CCT – il doit être placé.

Selon l'article 69 de l'ordonnance du 19 novembre 2003 sur la formation professionnelle (ci-après : OFPr)³¹⁴, l'Office fédéral de la formation professionnelle et de la technologie reconnaît les diplômes et les certificats étrangers qui sont délivrés ou reconnus par l'État d'origine, et qui présentent un niveau de qualification comparable à des certificats ou à des titres suisses.

Selon l'alinéa 2 de la disposition précitée, les diplômes et les certificats étrangers présentent un niveau de qualification comparable à des certificats ou à des titres suisses lorsque le niveau de formation est identique, la durée de la formation est équivalente, les contenus sont comparables et la filière de formation comporte des qualifications non seulement théoriques, mais aussi pratiques.

La Cour d'appel est arrivée à la conclusion qu'une « *durée de formation équivalente* » au sens de l'article 69 alinéa 2 lettre b OFPr ne signifie pas que la durée de la formation étrangère doit être – au jour près – la même que la formation correspondante en Suisse. Bien plus est pertinente l'équivalence de la durée de la formation (« Gleichwertigkeit der Bildungsdauer »). N'est pas un critère d'équivalence le fait que le travailleur a terminé sa formation étrangère par un examen final.

**G. Champ d'application des CCT avant l'entrée en vigueur de
l'actuel article 20 LSE / Compétence des commissions
paritaires ; TF, arrêt du 28.06.2007, 4C_60/2007**

Dans cette affaire, une commission professionnelle paritaire locale veut effectuer un contrôle des salaires d'une entreprise de location de services au sens de l'article 76 alinéa 3 lettre b chiffre 1 de la CN pour le secteur principal de la construction en Suisse. L'entreprise qui doit subir le contrôle s'y oppose, en argumentant que l'autorité cantonale délivrant l'autorisation d'exercer l'activité de location de services est seule habilitée à effectuer un tel contrôle. La commission paritaire est quant à elle d'avis qu'un tel refus est contraire à l'article 20 LSE.

L'autorité cantonale de dernière instance est arrivée à la conclusion que c'est l'ancien droit qui s'applique, l'article 20 LSE – dans sa teneur actuelle – n'étant en vigueur que depuis le 1^{er} avril 2006. En effet selon elle, la période qui devait faire l'objet d'un contrôle se situant entièrement avant l'entrée en vigueur du nouvel article 20 LSE, il faut appliquer l'ancien article 20 LSE et la commission paritaire n'a ainsi aucune compétence pour effectuer le contrôle des salaires. La commission paritaire est en revanche d'avis

³¹⁴ RS 412.101.

que c'est le nouveau droit qui s'applique, le contrôle devant être effectué après l'entrée en vigueur du nouveau droit.

La question principale est donc de savoir si c'est l'ancien article 20 LSE qui est applicable (la commission paritaire n'a pas de compétence), ou si c'est le nouvel article 20 LSE – entré en vigueur le 1^{er} avril 2006 – qui est applicable (la commission paritaire est compétente).

Selon le Tribunal fédéral, il est incontestable que selon l'article 20 LSE actuellement en vigueur, la commission paritaire pourrait effectuer un tel contrôle.

La LSE ne contenant pas de dispositions transitoires sur la question d'espèce, c'est les articles 1 à 4 du Titre final du CC qui sont applicables.

La question de savoir si une rétroactivité improprie (« *unechte Rückwirkung* ») doit être appliquée, ou si on doit considérer une exception à l'interdiction de l'effet *ex tunc* du nouveau droit (« *Ausnahme vom Verbot der echten Rückwirkung* »), peut rester ouverte. En effet, la question principale est bien plus de savoir si la commission paritaire avait la compétence d'effectuer un contrôle des salaires déjà avant l'entrée en vigueur de la nouvelle version de l'article 20 LSE.

Après une analyse poussée de la doctrine ainsi que des travaux préparatoires des différentes versions de la LSE, le Tribunal fédéral arriva à la conclusion que selon l'ancienne version de l'article 20 LSE (celle de 1989), si le bailleur de services doit appliquer au travailleur les dispositions concernant le salaire et la durée du travail de la CCT auxquelles est soumise l'entreprise locataire de services, alors des contrôles du respect des salaires et de la durée du travail doivent également pouvoir être effectués.

Selon l'article 6 LECCT, les employeurs et les travailleurs auxquels la convention est étendue peuvent demander en tout temps à l'autorité compétente de désigner, à la place de l'organe de contrôle institué par la convention, un organe de contrôle indépendant des parties. Cet organe peut également être désigné à la demande des parties à la convention lorsqu'un employeur ou un travailleur auquel la convention est étendue refuse de se soumettre à un contrôle de l'organe paritaire.

On ne sait pas si le bailleur de services avait fait une telle demande. Par conséquent, l'affaire a été renvoyée devant l'autorité précédente pour nouvelle décision.

H. Étendue des termes « salaire » et « durée du travail » /
Dispositions d'une CCT étendue relatives au remboursement
des frais de déplacements et de repas / Notion de « lieu
d'engagement » et notion de « lieu de travail » ; TC NE, arrêt
du 30.01.2003, RJN 2003 187

Selon l'article 20 LSE, lorsqu'une entreprise locataire de services est soumise à une CCT avec déclaration d'extension, le bailleur de services doit appliquer au travailleur celles des dispositions de la convention qui concernent le salaire et la durée du travail.

En l'espèce, le litige portait sur l'indemnisation du travailleur intérimaire pour le temps nécessaire aux déplacements, les frais de déplacement et de repas ainsi que pour un jour de maladie durant les années 2000 et 2001. Pendant ces deux années, la CN pour le secteur principal de la construction en Suisse avait été étendue par arrêté du Conseil fédéral. En vertu de l'article 20 LSE, les dispositions de cette convention qui concernent le « salaire » et la « durée du travail » étaient dès lors applicables au litige.

Selon la jurisprudence (voir ATF 124 III 126 traité p. 149), le législateur n'a pas voulu donner une définition restrictive aux termes « salaire » et « durée du travail ». Le Tribunal fédéral avait en effet relevé que durant les débats parlementaires, la proposition qui avait été faite lors de l'élaboration de cette loi d'appliquer aux travailleurs intérimaires les dispositions des CCT étendues relatives non pas seulement au salaire et à la durée du travail, mais aussi aux conditions du travail envisagées d'une manière générale, avait été rejetée, mais que l'on ne saurait déduire de ce refus que le législateur ait voulu que les termes « salaire » et « durée du travail » soient interprétés restrictivement. Le Tribunal fédéral – après avoir rappelé que selon le commentaire de la LSE édité en 1991 par l'OFIAMT (aujourd'hui le SECO), les dispositions concernant le salaire au sens de l'article 20 LSE sont notamment celles relatives au salaire en cas d'empêchement de travailler dû à une maladie, à un accident, à l'invalidité, au service militaire ou civil, et que l'opinion de l'OFIAMT était suivie sans réserve par la doctrine – avait jugé que l'avis de l'OFIAMT, agréé par la doctrine, méritait d'être approuvé (voir ATF 124 III 126 traité p. 149).

Les dispositions d'une CCT étendue relatives au remboursement des frais de déplacements et de repas doivent donc également trouver application en cas de travail intérimaire, dans la mesure où la LSE vise à protéger les travailleurs qui recourent à la location de services (art. 1 let. c LSE) et à éviter le dumping social³¹⁵.

En principe, le travailleur intérimaire bénéficie des dispositions normatives de la CCT étendue relatives notamment au temps de voyage³¹⁶. Cependant, l'application de l'article 54 CN, qui règle l'indemnisation du temps de voyage résultant de déplacements sur des chantiers extérieurs, n'a pas été étendue par l'arrêté du Conseil fédéral. Le travailleur

³¹⁵ THÉVENOZ, La nouvelle réglementation, p. 9.

³¹⁶ THÉVENOZ, La nouvelle réglementation, p. 32.

intérimaire ne pouvait donc prétendre au paiement du temps de voyage par le biais de l'extension de la CN.

S'agissant des frais de déplacement et de repas, le contrat-cadre conclu entre le travailleur intérimaire et le bailleur de services disposait que « *le remboursement d'éventuels frais ou dépenses (déplacement, repas ou autre) est à convenir de cas en cas, préalablement à la mission. Il sera confirmé par écrit dans le contrat de mission* ». Il résulte du dossier que de tels accords n'avaient pas été conclus par écrit. Toutefois, le bailleur de services avait plusieurs fois reconnu que des indemnités de repas avaient été payées au recourant, cela chaque fois que ce dernier n'avait pas la possibilité de retourner au siège de l'entreprise locataire de services en raison de l'éloignement des chantiers.

L'article 60 CN, dont l'application a été étendue par le Conseil fédéral, pose le principe que « *les travailleurs qui sont occupés en dehors de leur lieu de travail ont droit au remboursement des frais encourus* ». Son alinéa 2 concerne plus particulièrement le remboursement des frais de repas, tandis que son alinéa 3 traite de l'indemnité kilométrique en cas d'utilisation, par le travailleur, de son véhicule privé.

Pour savoir si, en l'espèce, le travailleur intérimaire était « occupé en dehors de son lieu de travail » au sens de l'article 60 alinéa 1 CN, il convient de se référer aux différents contrats de mission conclus en complément du contrat-cadre. En effet, contrairement à ce que soutenait le travailleur intérimaire, le « lieu de travail » n'est pas nécessairement le « lieu d'engagement », soit le siège de l'entreprise intérimaire : l'article 19 alinéa 2 LSE – qui énumère les mentions obligatoires du rapport d'obligations conclu entre le bailleur de services et le travailleur intérimaire – prévoit en effet que le contrat doit notamment indiquer « *le genre de travail à fournir* » (let. a) et « *le lieu de travail et le début de l'engagement* » (let. b), et l'article 22 alinéa 1 LSE – qui énumère les mentions obligatoires du contrat de location de services conclu entre le bailleur de services et l'entreprise locataire de services – prévoit que la convention doit indiquer la « *propre adresse* » du premier (let. a) et le « *lieu de travail du travailleur* » (let. c).

Les notions de lieu d'engagement et lieu de travail ne se recoupent donc pas.

Le dossier de première instance manque d'informations s'agissant de l'indemnisation pour frais de repas versée au recourant occupé en dehors de son lieu de travail. Un complément d'instruction est nécessaire.

I. Amende conventionnelle / Mainlevée d'opposition /
Exécutabilité d'une décision d'une commission paritaire
professionnelle / Jugement arbitral ; TC NE, arrêt du
7.02.1989, RJN 1989 334

La Société suisse des entrepreneurs, d'une part, et quatre associations de travailleurs, d'autre part, ont conclu, le 1^{er} janvier 1985, la CN de la maçonnerie et du génie civil. Par arrêté du 11 juin 1985, le Conseil fédéral a étendu le champ d'application de cette convention à tout le territoire suisse, à l'exception du canton de Bâle-Ville. L'arrêté a eu effet jusqu'au 31 décembre 1987³¹⁷.

Par une lettre datée du 29 avril 1988 et se basant sur une clause de la CN étendue jusqu'au 31 décembre 1987, la commission paritaire neuchâteloise a infligé à un employeur – auquel la CN de la maçonnerie et du génie civil était applicable par extension et non par affiliation – une amende de CHF 20'000.- pour prestations conventionnelles non versées à son personnel et une amende de CHF 5000.- pour violation par récidive de la CN, de même que CHF 450.- de frais. La commission a fait notifier à l'employeur un commandement de payer de CHF 25'450.-, auquel il a été fait opposition. La commission paritaire a alors requis la mainlevée de l'opposition, le titre de mainlevée étant sa décision.

Selon l'employeur, la décision de la commission paritaire invoquée comme fondement de la poursuite ne permet pas de prononcer la mainlevée définitive de l'opposition, car elle n'est pas un jugement exécutoire ou un autre acte qui y est assimilé au sens de l'article 80 de la loi fédérale du 11 avril 1889 sur la poursuite pour dettes et la faillite (ci-après : LP)³¹⁸.

La Cour de cassation civile neuchâteloise est arrivée à la conclusion que l'arrêté d'extension était arrivé à échéance environ 4 mois avant que la commission paritaire n'inflige l'amende à l'employeur. Ainsi, la CN n'était plus applicable à ce dernier au moment du prononcé de l'amende, d'autant plus que cet employeur n'était pas membre de l'association patronale signataire de la CN et ne s'y était pas non plus soumis individuellement.

Par chance, la Cour de cassation civile ajoute que la requête de mainlevée devait être rejetée pour un autre motif (consid. 3). Selon elle, la poursuite se fonde sur la décision de la commission paritaire infligeant des amendes à l'employeur. Interprétée raisonnablement, la requête tend au prononcé de la mainlevée définitive de l'opposition³¹⁹. Selon l'article 80 LP, seul celui qui est au bénéfice d'un jugement exécutoire peut requérir du juge la mainlevée définitive de l'opposition ; sont assimilées à des jugements les transactions ou reconnaissances passées en justice, les décisions des autorités administratives de la Confédération ordonnant le paiement d'une somme

³¹⁷ FF 1985 II 414ss.

³¹⁸ RS 281.1.

³¹⁹ PANCHAUD/CAPREZ, p. 389 n° 20.

d'argent ou la constitution de sûretés, ainsi que, dans les limites du territoire cantonal, les décisions des autorités administratives cantonales relatives aux obligations de droit public (impôts, etc.), en tant que le droit cantonal prévoit cette assimilation (teneur actuelle de l'art. 80 LP).

La Cour de cassation civile cite alors la décision RVJ 1968 22 (traitée p. 157). Selon elle, les décisions en forces d'une commission paritaire compétente en vertu d'un contrat collectif pour veiller à son exécution et en sanctionner les violations par des peines d'amendes, ne sont à l'évidence ni des jugements ni des décisions administratives qui y sont assimilées.

La Cour ajoute que la décision en cause n'est manifestement pas non plus une sentence arbitrale qui permettrait de prononcer la mainlevée de l'opposition. En effet, la commission paritaire du cas d'espèce serait sinon juge et partie, puisque c'est elle qui a prononcé l'amende contre l'employeur et qui lui en réclame ensuite le paiement en qualité de créancière. À l'évidence, la commission paritaire n'a pas pu agir en qualité de Tribunal arbitral dont elle n'avait pas les qualités d'indépendance requises³²⁰.

La Cour de cassation termine en argumentant que les sanctions en cas d'infraction prononcées par la commission paritaire chargée de l'application de la CN sont des clauses pénales (art. 160 CO) que le juge doit réduire si elles sont exagérées (art. 163 al. 3 CO). Comme l'employeur refuse de se soumettre à la sanction prononcée contre lui, la cause aurait dû être soumise au juge ordinaire pour qu'il se prononce sur le bien-fondé de celle-ci.

Ainsi, l'amende conventionnelle prononcée par une commission paritaire professionnelle ne justifie mainlevée que si elle a été confirmée par un jugement³²¹.

J. Poursuite / Décisions d'une commission paritaire / Mainlevée d'opposition ; TC VD, arrêt du 03.11.1967, RVJ 1968 22

Dans cette affaire, un entrepreneur en génie civil et travaux publics était soumis au contrat collectif du bâtiment et des travaux publics pour le canton du Valais du 4 février 1963, lequel a reçu force obligatoire. Ce contrat collectif institue une commission paritaire notamment compétente pour infliger des peines aux employeurs et travailleurs qui violeraient ses dispositions.

Cet ainsi que l'entrepreneur précité s'est vu infliger, à plusieurs reprises, des amendes dont il contesta le bien-fondé, sans toutefois déposer un recours auprès des instances prévues à cet effet par le contrat collectif.

La commission paritaire du bâtiment notifia finalement un commandement de payer à l'entrepreneur pour le montant total des amendes qu'elle avait infligées. Il y fut fait

³²⁰ ATF 113 Ia 407, JdT 1988 I 376.

³²¹ Selon l'art. 80 al. 2 ch. 4 LP toutefois, sont assimilées à des jugements les décisions définitives concernant les frais de contrôle rendues par les organes de contrôle en vertu de l'art. 16 al. 1 de la loi fédérale du 17 juin 2005 sur le travail au noir (RS 822.41).

opposition, mais la mainlevée définitive fut accordée. L'entrepreneur recourut en temps utile auprès du Tribunal cantonal.

Voici ce qui peut être retenu de la décision cantonale :

- les décisions en forces d'une commission paritaire compétente en vertu d'un contrat collectif doté de la force obligatoire générale, pour veiller à l'exécution du dit contrat et en sanctionner les violations par des peines d'amende, ne sont ni des jugements exécutoires, ni des décisions d'autorité administrative relatives à des obligations de droit public. Elles ne justifient donc pas l'octroi de la mainlevée définitive (art. 80 LP) pour les amendes prononcées (chapeau de la décision) ;
- les décisions d'amende qui sont à la base de la poursuite ne constituent pas des jugements au sens de l'article 80 LP, un jugement ne pouvant émaner que d'une autorité judiciaire reconnue officiellement, que ce soit par le droit fédéral ou par le droit cantonal (consid. 1) ;
- la commission paritaire n'est pas une autorité judiciaire ni administrative, n'étant pas un organe de l'État fondé sur le droit public ; à défaut d'une disposition légale qui le statuerait expressément, elle n'est pas non plus une organisation autonome de droit public. La commission paritaire est un organe d'une communauté professionnelle et contractuelle (consid. 2) ;
- les amendes que la commission paritaire prononce ne sauraient être considérées comme des prestations ou obligations de droit public, au sens de l'article 80 alinéa 2 LP, c'est-à-dire comme des prestations de sommes d'argent en faveur de l'État ou d'une corporation de droit public (consid. 2) ;
- la commission paritaire a le pouvoir d'exiger de l'employeur ou du travailleur qu'elle estime coupable d'avoir enfreint la CCT, le paiement d'une amende dont elle fixe le montant entre le minimum et le maximum. Le juge peut réduire l'amende qu'il tient pour excessive, c'est-à-dire modifier la décision de la commission paritaire. Cela implique nécessairement que cette décision n'est en tout cas pas un jugement exécutoire et, partant, qu'elle ne permet pas de requérir la mainlevée de l'opposition en vertu de l'article 80 alinéa 1 LP (consid. 3).

K. Poursuite / Décisions d'une commission paritaire / Mainlevée d'opposition / Jugement arbitral ; Autorité de recours en matière de faillite, arrêt du 26.04.1983, RVJ 1983 191

Voici ce qui peut être retenu de cette décision :

- en règle générale, seul est qualifié pour obtenir la mainlevée le créancier personnellement désigné par le jugement (principe de l'identité du poursuivant, consid. 2a) ;
- la sentence rendue par un tribunal arbitral – en l'espèce la Commission paritaire du Bâtiment et du Génie civil du canton du Valais – ne saurait avoir force

exécutoire à l'égard d'une personne qui ne tombe pas sous le coup de cette juridiction et qui ne s'y soumet pas volontairement (consid. 2b) ;

- selon la jurisprudence du Tribunal fédéral³²², l'exécution d'un jugement arbitral ne peut être requise que si le tribunal arbitral présente certains caractères permettant de considérer sa sentence comme le prononcé d'un juge. À cet égard, il faut avant tout qu'il offre des garanties suffisantes d'indépendance dans ses décisions. Tel n'est pas le cas s'agissant d'une sentence rendue dans un litige entre une association et un de ses membres, ou entre un membre et un non-membre, par un tribunal arbitral qui est un organe de l'association ou qui est nommé par un tel organe, même si les arbitres qui le composent sont des juges de carrière. Pour y remédier, il faut que le tribunal arbitral soit nommé par une autorité constituée ou que, dans chaque cas particulier, il invite les parties à se soumettre à sa juridiction par un compromis arbitral (consid. 2b) ;
- les décisions d'une commission paritaire compétente, en vertu d'un contrat collectif doté de la force obligatoire générale, pour veiller à l'exécution dudit contrat et en sanctionner la violation par des amendes, ne sont ni des jugements exécutoires, ni des décisions d'autorité administrative relatives à des obligations de droit public (consid. 2b).

L. Conflit de CCT / CCT sectorielles et CCT professionnelles / Règles applicables en cas de conflit ; TA VD, arrêt du 19.10.2001, JdT 2003 III 3

Dans cette affaire, un travailleur a été engagé par une agence de travail temporaire pour effectuer des travaux de machiniste auprès d'une entreprise se livrant pour l'essentiel au transport routier et accessoirement à l'exploitation d'une gravière. La rétribution était versée selon la CCT de l'industrie vaudoise des transports routiers. Le travailleur a par la suite réclamé un supplément de salaire sur la base de la CN pour le secteur principal de la construction en Suisse. La prétention a été écartée par le Tribunal de prud'hommes.

Selon la Chambre des recours, la lettre de congé adressée au travailleur précisait qu'il était mis fin à sa mission parce que « *les travaux sur le chantier pour lequel il avait été engagé allaient se terminer prochainement* ». On peut donc en conclure que la société n'exploite pas sa gravière en permanence, mais seulement dans la mesure nécessaire au maintien d'un volume de travail suffisant pour ses chauffeurs poids lourds.

En droit collectif du travail, lorsque deux CCT sont applicables directement ou par l'effet d'un arrêté d'extension à un même contrat individuel de travail, il y a conflit de CCT. Dans la mesure où aucun de ces deux textes ne prévoit une autre solution, seule est alors applicable l'une des deux conventions, à l'exclusion de l'autre, cela de façon à ce que l'équilibre de chacune des conventions ne soit pas bouleversé au préjudice de l'employeur ou du travailleur³²³.

³²² ATF 80 I 336, JdT 1955 I 217.

³²³ STÖCKLI, pp. 97 s. n° 67 ; VISCHER, ZKomm., pp. B 77 s. n° 118 s.

Si le conflit existe entre une convention sectorielle qui vise tous les travailleurs d'une branche indépendamment de leur activité concrète, et une convention professionnelle, qui ne vise que des travailleurs remplissant certaines conditions ayant trait le plus souvent à leur formation, la préférence doit – en vertu du principe dit d'unité de tarif – être donnée à la convention sectorielle, afin que tous les travailleurs d'une même entreprise de la branche relèvent de la même CCT.

En revanche, en cas de conflit entre deux conventions sectorielles, aucune règle précise ne permet de déterminer laquelle des deux conventions doit être préférée. Selon un arrêt du Tribunal fédéral³²⁴, un tel conflit ne doit pas nécessairement être résolu en application du principe dit de l'unité de tarif, si les deux conventions prévoient qu'elles peuvent être appliquées à une partie seulement de l'entreprise ; dans ce cas, une CCT propre peut être appliquée à une subdivision de l'entreprise pour autant que cette subdivision forme une unité autonome sur le plan organisationnel, en ce sens que certains travailleurs y sont clairement affectés, que le travail n'y est pas fourni à titre purement auxiliaire et que la subdivision apparaît à l'extérieur comme le véritable producteur de ses marchandises ou services.

En l'espèce, l'existence d'un conflit entre la CCT des transports routiers et la CN pour le secteur principal de la construction en Suisse n'est pas certaine, puisque l'alinéa 2 de l'article 2 de ce dernier texte ne déclare celui-ci applicable aux entreprises ou département d'entreprise d'extraction de sable et de gravier qu'à la condition qu'ils ne soient pas déjà soumis à une autre CCT.

Vu les principes qui viennent d'être rappelés, cette question peut toutefois rester indécise. En effet, dans le cas présent, seule la CCT de la construction prévoit qu'elle pourrait n'être appliquée qu'à une partie d'entreprise ; ni la CCT des transports routiers, ni l'arrêté du Conseil d'État qui en a étendu l'application ne prévoient que ce texte pourrait ne pas être appliqué à tous les travailleurs de la branche, employés de bureau exceptés. Une dérogation au principe dit de l'unité de tarif ne semble donc pas envisageable.

De plus, on ne saurait retenir que la société comprend une division autonome chargée de l'extraction du gravier. Le caractère accessoire et intermittent de cette activité, destinée à assurer un volume de travail constant aux chauffeurs poids lourds, exclut toute autonomie d'organisation des travailleurs qui y sont provisoirement affectés par rapport au reste de l'entreprise. L'application de la CN pour le secteur principal de la construction en Suisse supposant l'existence d'un département d'extraction de sable et de gravier – soit d'une entité organisée et relativement autonome au sein de l'entreprise – l'application de cette convention au recourant était dès lors exclue dès le départ.

Aussi la solution adoptée par les premiers juges (rejet de la prétention du travailleur) doit-elle être approuvée.

³²⁴ TF, arrêt du 12.03.2001, 4C_350/2000.

Au surplus, il convient de souligner qu'il ne s'agit pas ici d'appliquer directement le droit collectif du travail, mais d'appliquer l'article 20 LSE. Dans ce domaine, c'est la branche d'activité du locataire de services qui détermine le droit applicable aux travailleurs qui lui sont remis par le bailleur de services. Un traitement unitaire, en fonction du locataire, a par conséquent une justification spécifique qui ne s'impose pas nécessairement dans une application directe du droit collectif du travail ; si le principe dit de l'unité de tarif revêt déjà une grande importance dans l'application directe du droit collectif du travail, sans être circonscrit dans le texte du CO ou de la LECCT, il en a encore une plus grande, dictée par l'article 20 LSE, en matière d'application indirecte à un locataire de services.

Selon la Chambre des recours donc, lorsque deux CCT sont applicables à un même contrat individuel de travail, seule l'une d'elles est applicable à l'exclusion de l'autre. Application en l'espèce du principe d'unité de tarif, qui conduit à faire prévaloir dans ce cas une convention sectorielle visant tous les travailleurs d'une branche indépendamment de leur activité concrète, sur une convention professionnelle ne visant que les travailleurs remplissant certaines conditions, le plus souvent de formation.

M. Renvoi aux dispositions d'une CCT / Effet après l'expiration de la durée de validité de la CCT ; ATF 130 III 19

La caducité d'une CCT ne modifie pas le contenu des contrats individuels de travail lui étant soumis, sauf accord contraire.

N. Conflit entre les dispositions d'une CCT et le contrat individuel de travail ; arrêt du 16.11.2001, 4C_269/2001

Dans cette affaire, un employé réclame à son employeur une « indemnité de fin d'année » à laquelle il aurait droit selon une CCT.

L'employé a dans un premier temps été débouté par les instances cantonales, qui ont constaté qu'il touchait un salaire fixé contractuellement plus élevé que le salaire fixé par la CCT, augmenté de l'indemnité de fin d'année.

Saisi d'un recours de l'employé, le Tribunal fédéral a rappelé que l'article 357 alinéa 2 CO prévoit qu'en tant qu'ils dérogent à des clauses impératives, les accords entre employeurs et travailleurs liés par une CCT sont nuls et remplacés par ces clauses ; toutefois, les dérogations stipulées en faveur des travailleurs sont valables. Le principe du caractère impératif des dispositions collectives est ainsi limité par celui de la clause la plus favorable, qui revient à déterminer si les conditions faites au travailleur par un règlement individuel sont plus avantageuses que celles de la CCT.

Il ne faut cependant pas, lors de cet examen, comparer les deux accords de manière globale, mais par secteurs (« Gruppenvergleich »), ce qui revient à mettre en relation étroite les dispositions de la CCT et celles figurant dans le contrat individuel de travail concernant le même sujet. En revanche, les clauses ne se rapportant pas au même secteur doivent être envisagées isolément.

L'interprétation littérale et systématique de la CCT laisse apparaître que l'allocation annuelle de 8.33 % est indépendante de la fixation du salaire. Cette garantie, qui se situe

dans le chapitre consacré aux allocations et prestations sociales, doit être considérée comme celles-ci. Or, il ne viendrait pas à l'idée de refuser à un travailleur les allocations familiales prévues par la CCT, au motif que son salaire annuel a dépassé les minima fixés conventionnellement.

Le même raisonnement s'applique à l'allocation de fin d'année de 8.33 %. Elle a été conçue comme une prestation offerte en plus du salaire à tous les travailleurs, peu importe que leur rémunération dépasse le minimum garanti par la CCT.

Il ne s'agit donc pas d'une composante du salaire qui lui serait intrinsèquement liée, comme le versement d'un pourcentage calculé en fonction des prestations qui s'ajoutent à un salaire fixe, de sorte que l'autorité cantonale devait envisager isolément cette allocation annuelle dans l'application du principe de la clause la plus favorable.

Le Tribunal fédéral a ainsi jugé que l'indemnité de fin d'année ne pouvait pas être mise en comparaison avec le salaire versé contractuellement, et qu'elle devait ainsi être payée pour elle-même.

IV. Chapitres choisis

A. Primauté des conditions les plus favorables

En ce qui concerne les dispositions relatives au salaire et à la durée du travail, si les conditions fixées dans le contrat de travail intérimaire sont plus favorables au travailleur, le contrat de travail prime.

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, principe du maintien des conditions les plus favorables).

En d'autres termes, une CCT fixe des conditions minimales, et toutes les conditions plus favorables au travailleur convenues entre les parties ou en usage dans la localité et la profession priment sur ces conditions minimales.

B. La notion de CCT étendue

Selon l'article 1 LECCT, à la requête de toutes les parties contractantes, l'autorité compétente peut, par une décision spéciale (décision d'extension), étendre le champ d'application d'une CCT conclue par des associations aux employeurs et aux travailleurs qui appartiennent à la branche économique ou à la profession visée et ne sont pas liés par cette CCT. La décision d'extension ne peut porter que sur les clauses qui lient les employeurs et travailleurs conformément à l'article 323 CO, ou qui obligent les employeurs et travailleurs envers la communauté conventionnelle conformément à l'article 323^{ter} CO. Lorsqu'elle prononce l'extension, l'autorité compétente fixe le champ d'application quant au territoire, à la profession et aux entreprises, ainsi que la date d'entrée en vigueur et la durée de validité de sa décision (art. 12 al. 2 LECCT).

Les CCT étendues sont ainsi des CCT dont les règles étendues – **et seules celles-ci** – sont obligatoires pour toute une branche économique ou toute une profession, soit dans

l'ensemble de la Suisse ou dans plusieurs cantons par décision du Conseil fédéral, soit dans un canton par décision cantonale (art. 7 LECCT) ; dans ce dernier cas, l'extension est encore subordonnée à l'approbation du Département fédéral de l'économie.

Si seuls certains départements de l'entreprise cliente sont soumis à une CCT étendue, le bailleur de services ne doit appliquer ladite CCT étendue que si les travailleurs loués sont occupés dans des départements soumis à la CCT étendue. Le champ d'application des CCT étendues reprend généralement les définitions des catégories professionnelles. Cela ne pose normalement pas de problème puisque les CCT fixent des critères précis pour chaque catégorie professionnelle, mais aussi parce que le travail à exécuter doit être défini explicitement tant dans le contrat de travail que dans le contrat de location de services³²⁵.

Finalement, il convient de préciser que selon l'article 4 alinéa 2 LECCT, les clauses d'une CCT étendue l'emportent sur les clauses d'une CCT non étendue, sauf dérogations stipulées en faveur des travailleurs.

C. Champ d'application d'une CCT et lieu du travail

Introduction

Selon l'article 20 LSE, « *lorsqu'une entreprise locataire de services est soumise à une CCT étendue, le bailleur de services doit appliquer au travailleur celles des dispositions de la convention qui concernent le salaire et la durée du travail* ».

Une des problématiques de cet article concerne le lieu du travail (ou lieu du chantier). En effet, est-ce le lieu du siège de l'entreprise locataire de services qui est pertinent pour déterminer le champ d'application d'une CCT étendue, par exemple uniquement à certains cantons, ou est-ce le lieu du chantier ? Une CCT est par exemple étendue dans le canton de Vaud, mais pas dans le canton de Genève. Si un bailleur de services loue des travailleurs à une entreprise cliente qui a son siège dans le canton de Genève, mais qui envoie des travailleurs sur un chantier dans le canton de Vaud, on peut se demander si le bailleur de services doit obligatoirement appliquer les dispositions étendues de la CCT aux travailleurs loués ou non. On pourrait aussi imaginer qu'une CCT est étendue dans le canton de Genève, est qu'une autre CCT est étendue dans le canton de Vaud. La problématique reste néanmoins la même : est-ce le lieu du siège de l'entreprise locataire de services, ou est-ce le lieu du chantier qui détermine quelle CCT sera applicable ?

Selon la doctrine

GEISER est l'un des rares auteurs à s'être penché sur cette problématique. Selon ce dernier, la décision d'extension d'une CCT modifie considérablement son champ d'application : ses dispositions normatives deviennent impératives, et le respect de ces dernières peut aussi être exigé en faveur de travailleurs qui sont habituellement employés dans un autre lieu. Ainsi, les dispositions étendues et fixant des conditions de travail minimales d'une CCT cantonale doivent s'appliquer à tous les travailleurs

³²⁵ SECO, Directives et commentaires relatifs à la LSE et aux ordonnances, p. 133.

employés dans le champ d'application géographique de la CCT, et cela également si l'établissement de l'employeur est situé hors de ce champ d'application. On parle ainsi du principe de l'application des prescriptions du lieu d'exécution de la prestation (« Leistungsortsprinzip »)³²⁶.

Cet auteur est par conséquent d'avis que c'est le lieu du chantier qui détermine quelle CCT est applicable.

Selon la directive du SECO 2009/1 du 6 juillet 2009

Le SECO a édicté cette nouvelle directive à l'attention des responsables cantonaux de la LSE notamment³²⁷. Selon le SECO, on applique les dispositions des CCT étendues en vigueur au lieu de mission, à savoir le lieu de travail, excluant l'application de la CCT en vigueur au lieu du siège de l'entreprise locataire de service. L'application de la CCT en vigueur au lieu du siège de l'entreprise locataire de service constituerait, d'une part, une inégalité de traitement avec les travailleurs détachés en Suisse depuis l'étranger et, d'autre part, les travailleurs intérimaires ne seraient pas protégés par une CCT dans l'éventualité où aucune CCT ne serait applicable au siège de l'entreprise locataire de services.

La directive précise encore que lorsque le travailleur intérimaire effectue son activité en plusieurs lieux, il s'agira, s'il existe un lieu de travail principal, d'appliquer la CCT applicable à ce lieu, à moins que les CCT en vigueur aux autres lieux de mission prévoient des conditions (salariales) nettement plus avantageuses pour le travailleur. Quant aux clauses relatives aux contributions pour frais d'exécution, celles en vigueur au lieu de l'activité principale seront applicables. En revanche, s'il est impossible de déterminer un lieu de travail principal, la CCT applicable sera celle du premier lieu de mission inscrit dans le contrat.

Les auteurs estiment, de leur côté, que la solution préconisée par cette directive – en plus de présenter des problèmes quant à son application en pratique – n'est pas conforme à l'article 20 LSE et à la loi fédérale du 6 octobre 1995 sur le marché intérieur (ci-après : LMI)³²⁸.

En effet, l'article 20 LSE prévoit que lorsqu'une entreprise locataire de services est soumise à une CCT étendue, le bailleur de services doit appliquer au travailleur celles des dispositions de la convention qui concernent le salaire, la durée du travail, les contributions obligatoires aux frais de formation continue et aux frais d'exécution. Cette disposition fait ainsi référence à la CCT applicable à l'entreprise locataire de service, et non à celle applicable au lieu où la mission se déroule. Relevons au surplus que

³²⁶ GEISER, Gesamtarbeitsvertrag, p. 217 n° 2.4 (trad.) ; voir également MATHIS-ZWYGART, Application des conventions collectives de travail, n° 81ss.

³²⁷ Directive 2009/1 du SECO, cf. site Internet : [www.espace-emploi.ch/dateien/Private_Arbeitsvermittlung/Application_des_conventions_collectives_de_travail_declarees_de_force_obligatoire.pdf], dernière vérification de l'adresse fin janvier 2010.

³²⁸ RS 943.02.

l'entreprise locataire de services devra appliquer, pour son personnel fixe, la CCT en vigueur au lieu de son siège, et non au lieu où les différentes activités seraient exécutées.

Enfin, la directive du SECO pose de réels problèmes d'application en pratique, dans la mesure où elle fait référence à des critères de distinction particulièrement vagues. Le bailleur de services sera souvent bien en mal de déterminer quelle est l'activité principale ou accessoire du travailleur intérimaire, ou si les standards d'une CCT sont nettement plus avantageux par rapport à une autre CCT.

Selon le Message du Conseil fédéral

Selon le Message du Conseil fédéral, « *la limitation aux conventions collectives de travail avec déclaration d'extension est due à des raisons de publicité. Même si le bailleur de services connaît les conventions collectives existantes, on ne peut tout de même pas s'attendre à ce qu'il étudie, avant la conclusion du contrat, l'affiliation à une association de chaque entreprise locataire de services* »³²⁹.

Ainsi, par cet argument, on retiendra qu'un des buts du législateur était notamment de simplifier le travail des bailleurs de services, cela en mettant une certaine limite à ce qui peut être exigé d'eux. Dans le même ordre d'idées, il semble qu'on ne peut pas exiger du bailleur de services qu'il étudie les faits et gestes de tous les travailleurs loués à toutes ses entreprises clientes, afin de déterminer dans quels cantons ou régions ils travaillent, pour combien de temps et à quel pourcentage. On en viendrait à des situations absurdes où les bailleurs de services devraient appliquer ou non plusieurs CCT alternativement pour un même travailleur, situations qui n'ont, à notre avis, pas été voulues par le législateur et qui compliqueraient drastiquement la détermination des règles applicables en pratique.

Selon la loi fédérale sur le marché intérieur (LMI)

La LMI est conçue comme une loi-cadre. Elle se limite à définir les principes élémentaires d'un marché intérieur efficace et renonce, obéissant ainsi aux principes de subsidiarité et du fédéralisme, à une harmonisation des différentes règles matérielles cantonales et communales d'accès au marché. La réalisation d'un marché intérieur efficace doit bien plus intervenir au moyen de la reconnaissance réciproque des différentes réglementations.

Le **droit au libre accès au marché selon les prescriptions du lieu de provenance** constitue le principe central de la LMI (art. 2 al. 1, 3 et 4 LMI). La LMI fonde en outre un droit d'accès libre et non discriminatoire aux marchés publics des cantons et des communes (art. 5 LMI).

Des restrictions au libre accès au marché peuvent être admises à titre exceptionnel, pour autant qu'elles s'appliquent de la même façon aux offreurs locaux, qu'elles soient indispensables à la préservation d'intérêts publics prépondérants et qu'elles répondent au principe de la proportionnalité (art. 3 al. 1 et 3 LMI). De telles restrictions ne doivent

³²⁹ FF 1985 III 589 s.

néanmoins pas constituer une barrière déguisée à l'accès au marché destinée à favoriser des intérêts économiques locaux (art. 3 al. 3 LMI).

Afin que chaque individu puisse faire valoir ses droits, **la loi exige que toute restriction au libre accès au marché revête la forme d'une décision** (art. 9 al. 1 LMI). À cet effet, le droit cantonal doit prévoir au moins une voie de droit auprès d'une instance de recours indépendante de l'administration (art. 9 al. 2 LMI).

Selon la doctrine relative à la LMI, l'objectif principal poursuivi par l'article 3 alinéa 2 lettre d LMI est d'éviter que des offreurs externes soient favorisés par rapport à des offreurs locaux parce que le coût social de la marchandise ou du service proposé est inférieur en raison de prescription au lieu de provenance qui protègent moins efficacement les travailleurs. La LMI ne doit pas avoir pour but d'encourager le **dumping social**³³⁰. Cela étant, **l'imposition aux offreurs externes des prescriptions sociales applicables au lieu de destination ne se justifie pas systématiquement. Dans ce sens, l'obligation faite aux offreurs externes de se soumettre à une CCT ou aux prescriptions de travail qui prévalent localement dans une branche donnée n'a pas de portée générale**³³¹. **L'application aux offreurs externes des prescriptions du lieu de destination en matière de conditions de travail n'est concevable que si les prescriptions du lieu où l'offreur a son siège créent un avantage indu du fait d'une protection sociale moindre. De tels cas sont rares en Suisse**, mais pourraient justifier de favoriser l'offreur local, en particulier en matière d'adjudication de marchés publics³³².

Selon les travaux parlementaires

L'ancien Conseiller fédéral Joseph Deiss a déclaré ce qui suit lors des débats parlementaires concernant la révision de la LMI : **« Le principe d'origine [...] est le principe fondamental de l'ensemble de la loi, dans tous les domaines. J'ai mentionné une exception : celui de conventions collectives de travail cantonales où il y aurait des différences fondamentales ou importantes entre les conditions d'un lieu à l'autre »**³³³.

Selon la Commission de la concurrence (COMCO)

La problématique énoncée en introduction a été soumise au responsable LMI de la Commission de la concurrence. Voici quelques extraits de la réponse écrite :

« [...] Dans le cadre de la révision de la LMI ainsi que dans la pratique [...], la position des autorités de la concurrence a toujours été la suivante : le principe fondamental de la LMI du libre accès au marché en fonction des prescriptions du lieu de provenance trouve également application par rapport aux CCT, simples ou étendues. Ceci découle du principe d'équivalence des prescriptions cantonales désormais ancré à l'article 2 alinéa 5 LMI.

³³⁰ Référence citée par BIANCHI DELLA PORTA, p. 1291 n° 22 : BO 1995 CE 873.

³³¹ Référence citée par BIANCHI DELLA PORTA, p. 1291 n° 22 : ATF 124 I 107.

³³² BIANCHI DELLA PORTA, p. 1291 n° 22.

³³³ BO 2005 CN 880 (trad.).

*Des exceptions au principe ne sont possibles que conformément à l'article 3 LMI, qui a été durci lors de la révision. À cet égard, la **protection sociale suffisante des travailleurs constitue le seul intérêt général susceptible de justifier une restriction au sens de l'article 3 LMI**, à l'exclusion de mesures de politique économique visant à préserver des entreprises de la concurrence. Le **principe de proportionnalité prescrit dès lors l'application des prescriptions en vigueur au lieu de provenance. Une exception ne serait envisageable qu'en cas de réel dumping social, qui paraît hypothétique s'agissant du marché intérieur suisse**, qui est relativement uniforme et dans lequel le système de sécurité sociale est largement unifié [...].*

C'est donc à ce type d'exceptions, très rares en pratique, que faisait allusion M. le Conseiller fédéral Deiss lors des débats parlementaires [...] ».

Conclusion

Suite à tout ce qui précède, en vertu de l'avis très clair de la Commission de la concurrence et malgré l'avis contraire de certains auteurs de doctrine, il nous semble conforme à la volonté du législateur que le bailleur de services doit appliquer au travailleur loué la CCT qui est applicable au siège de l'entreprise locataire de services (principe du lieu de provenance), et non celle qui est applicable au lieu du chantier (principe du lieu d'exécution de la prestation).

La seule exception au principe évoqué ci-dessus concerne le dumping social, hypothétique s'agissant du marché intérieur suisse.

D. Dispositions des CCT étendues à respecter par les bailleurs de services

Introduction

Ce qui va suivre ne concerne que les cas où la CCT a été **étendue** (voir notion p. 162). En effet, selon l'article 20 LSE à contrario, le bailleur de services n'est pas tenu d'appliquer au travailleur loué les dispositions d'une CCT non étendue applicable à l'entreprise locataire de services. Ce dernier point résulte d'ailleurs expressément du Message du Conseil fédéral, selon lequel « *la limitation aux conventions collectives de travail avec déclaration d'extension est due à des raisons de publicité. Même si le bailleur de services connaît les conventions collectives existantes, on ne peut tout de même pas s'attendre à ce qu'il étudie, avant la conclusion du contrat, l'affiliation à une association de chaque entreprise locataire de services* »³³⁴.

Les bases légales principales à considérer en matière de CCT **étendues** et de travail temporaire sont les suivantes :

- l'article 17 alinéa 3 LSE, à savoir l'obligation de renseigner dans les domaines régis par une CCT étendue ;
- l'article 20 LSE, respectivement les articles 48a à 48e OSE, à savoir :

³³⁴ FF 1985 III 589 s.

- les dispositions conventionnelles étendues qui concernent le salaire (art. 20 al. 1 et art. 48a al. 1 OSE) ;
- les dispositions conventionnelles étendues qui concernent la durée du travail (art. 20 al. 1 et art. 48a al. 2 OSE) ;
- les dispositions conventionnelles étendues qui concernent les frais de formation continue et les frais d'exécution (art. 20 al. 1 et art. 48b OSE) ;
- les dispositions conventionnelles étendues qui concernent les frais de contrôle et les peines conventionnelles (art. 20 al. 2 LSE et art. 48d et e OSE) ;
- les dispositions conventionnelles étendues qui concernent la retraite anticipée (art. 20 al. 3 LSE et art. 48c OSE).

Tous ces points sont développés ci-dessous.

On précisera qu'en matière de champ d'application temporel d'une CCT, le bailleur de services n'est tenu de respecter les dispositions relatives au salaire et à la durée du travail qu'à partir de la date d'entrée en vigueur de la CCT (pas d'effet rétroactif à la date de la conclusion du contrat)³³⁵.

Obligation de renseigner dans les domaines régis par une CCT étendue (art. 17 al. 3 LSE)

L'article 17 alinéa 3 LSE est en vigueur depuis le 1^{er} avril 2006. Selon cette disposition, dans les domaines régis par une CCT **étendue**, le bailleur de services (soit l'entreprise de travail temporaire) doit présenter à l'organe paritaire compétent tous les documents permettant de vérifier que les conditions de travail sont conformes à l'usage local. En effet, le but que sous-tend l'article 20 LSE n'est atteint que si les bailleurs de services sont susceptibles d'être dûment contrôlés, comme toute entreprise soumise aux CCT³³⁶.

Dans les domaines non régis par une CCT étendue, les renseignements doivent être fournis à la commission cantonale tripartite compétente (art. 17 al. 3 in fine).

Au sujet de l'obligation de renseigner, deux notions méritent que l'on s'y arrête :

- **Présentation de tous les documents** : La question est ici de savoir ce qu'on entend par « *tous les documents* ». L'employeur doit-il par exemple présenter le contrat d'assurance perte de gain en cas de maladie, ou peut-il se satisfaire de présenter un courrier de son assurance attestant qu'il est assuré en matière de perte de gain et que les prestations conventionnelles sont garanties ? D'après nous, une attestation d'assurance bien établie est suffisante pour atteindre le but recherché, à savoir la vérification de la conformité des conditions de travail par rapport à la CCT. Le critère qui nous paraît déterminant est que le document fourni par l'entreprise de travail temporaire doit permettre à l'organe de contrôle

³³⁵ SECO, Directives et commentaires relatifs à la LSE et aux ordonnances, p. 138.

³³⁶ SECO, Directives et commentaires relatifs à la LSE et aux ordonnances, p. 136.

d'être convaincu du respect des dispositions légales. L'attestation remise ne doit ainsi pas rendre le contrôle difficile ou impossible ;

- **Conformité des conditions de travail à l'usage local** : Parfois, il apparaît que l'usage local est plus favorable que le minimum conventionnel. Ainsi, on pourrait très bien imaginer un salaire minimum conventionnel de CHF 24.-, alors que l'usage local veut que l'on offre des salaires de CHF 26.- au minimum. Dans un tel cas, l'entreprise de travail temporaire doit-elle payer un salaire de CHF 24.-, ou un salaire de CHF 26.- ?

Selon le SECO, **s'il n'existe pas de contrat individuel de travail écrit**, les conditions plus favorables convenues oralement avec le travailleur ou en usage dans la localité et la profession priment toujours sur les dispositions de la CCT étendue (art. 19 al. 3 LSE, principe du maintien des conditions les plus favorables). En l'occurrence, le salaire de CHF 26.- doit être appliqué si le travailleur apporte la preuve que ce montant est conforme à l'usage local³³⁷.

En revanche, **s'il existe un contrat individuel de travail écrit**, les conditions plus favorables en usage dans la localité et la profession ne priment pas sur les dispositions de la CCT étendue. En effet, seule la publication des dispositions conventionnelles leur donne un caractère précisément de publicité, donc connue de tous, au contraire des usages locaux qu'il n'est pas forcément aisé de découvrir. Dans un tel cas donc, le salaire de CHF 24.- au minimum convenu par écrit est suffisant³³⁸.

Les dispositions conventionnelles étendues qui concernent le salaire (art. 20 al. 1 et art. 48a al. 1 OSE)

a) Introduction

Selon l'article 48a alinéa 1 OSE, les dispositions concernant le salaire sont les dispositions qui régissent :

- le salaire minimum, dans lequel ne doivent pas être incorporés d'éventuels frais ; en l'absence de salaire minimum imposé, son montant ne peut être inférieur au salaire moyen dans l'entreprise ;
- 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 ;
- le 13^e salaire pro rata temporis ;
- les jours fériés et les jours de repos payés ;
- le salaire en cas d'empêchement du travailleur sans faute de sa part selon l'article 324a CO, notamment pour cause de maladie, accident, invalidité, service militaire,

³³⁷ SECO, Directives et commentaires relatifs à la LSE et aux ordonnances, p. 133.

³³⁸ SECO, Directives et commentaires relatifs à la LSE et aux ordonnances, p. 133.

service de la protection civile, mariage, naissance, décès, déménagement, soins à un membre de la famille malade ;

- la part des primes à l'assurance-maladie (assurance pour perte de gain) selon l'article 324a alinéa 4 CO.

Ces différentes notions sont développées ci-dessous.

Avant cela cependant, il convient de préciser que les dispositions d'une CCT relatives à la prévention professionnelle (2^e pilier) ne sont pas des dispositions concernant le salaire au sens de l'article 20 LSE. Les bailleurs de services ne doivent donc pas appliquer les règles concernant le 2^e pilier, et cela même si elles sont étendues. De plus, les bailleurs de services ne sont pas non plus tenus de respecter les prescriptions de contrôle que peut contenir une CCT étendue (par ex. l'obligation d'envoyer aux organes de contrôle de la CCT tous les nouveaux contrats conclus avec les travailleurs, ou des listes des travailleurs nouvellement engagés avec leurs qualifications et leur salaire). Ils ne doivent fournir ces informations aux organes de contrôle de la CCT qu'à l'occasion du contrôle³³⁹.

b) Salaire minimum (art. 48a al. 1 let. a OSE)

La règle générale est qu'il n'existe pas de salaire minimum en Suisse, celui-ci étant fixé librement entre les parties. Font exception les travailleurs détachés et les travailleurs étrangers pour lesquels une autorisation administrative doit être accordée. À cela s'ajoute que la liberté contractuelle est restreinte par les CCT, les contrats-types de travail et les dispositions de droit public³⁴⁰.

Certaines CCT définissent ainsi des salaires minimaux, en général par catégorie professionnelle. La CN pour le secteur principal de la construction en Suisse définit par exemple des salaires minimaux à son article 41, les catégories professionnelles étant définies à l'article 42.

Pour déterminer le salaire minimum, il est indispensable de prendre en considération plusieurs paramètres, dont ceux mentionnés ci-dessous :

La non-incorporation d'éventuels frais dans le salaire minimum

Les frais en général

Les frais remboursés en sus du salaire minimum doivent être indemnisés à raison de leur montant effectif, à condition qu'ils puissent être justifiés. En principe, il n'y a pas de frais pour le personnel temporaire travaillant dans l'entreprise de mission (par ex. dans un bureau ou un atelier). Toutefois, en cas de frais, ceux-ci sont rajoutés au montant du salaire. Le remboursement de frais n'est admis que lorsque les travailleurs sont occupés hors de l'entreprise de mission et uniquement pour leurs déplacements entre l'entreprise de mission et le lieu de travail extérieur, ainsi que pour les repas pris ailleurs qu'au lieu de l'entreprise de mission (voir RJN 2003 187 traité p. 154).

³³⁹ SECO, Directives et commentaires relatifs à la LSE et aux ordonnances, pp. 135 s.

³⁴⁰ WYLER, p. 175.

Les autorités en charge des assurances sociales n'acceptent en aucun cas que les entreprises de travail temporaire imputent un pourcentage sur leur volume brut de salaire à titre d'indemnité pour frais. En revanche, une indemnisation forfaitaire des frais peut être convenue expressément (par ex. 60ct du kilomètre professionnel parcouru avec un véhicule privé) ou fixée par une CCT étendue. Une indemnisation forfaitaire des frais peut également être admise par les assurances sociales en cas de mise à disposition de travailleurs à titre principal (travail en régie)³⁴¹.

La non-incorporation de frais dans le salaire minimum

Selon l'article 48a alinéa 1 lettre a OSE, les éventuels frais ne doivent pas être inclus dans le salaire minimum. Le SECO confirme cela en indiquant que les éventuelles indemnités forfaitaires pour frais ne peuvent être incluses dans le salaire minimum prévu par la CCT étendue, mais doivent s'y ajouter³⁴².

Dans un passé pas si éloigné, il était en effet fréquent de voir des entreprises de travail temporaire – alors que le salaire minimum était par exemple de CHF 24.- – prévoir un salaire de CHF 22.- et CHF 2.- de frais. Cette manière de procéder permettait à l'employeur de limiter le paiement de charges sociales sur une partie du salaire conventionnel minimum. Cette pratique a aujourd'hui disparu, suite notamment à des directives très claires émises par l'AVS.

Par conséquent, les indemnités forfaitaires de frais ne doivent en aucun cas servir à masquer un salaire inférieur au salaire minimum. Salaire et indemnité de frais sont deux notions distinctes à séparer clairement : le premier est la rémunération d'une prestation de travail, la seconde la compensation de débours effectifs. Une confusion de ces notions peut en effet entraîner, pour le travailleur temporaire, une réduction de ses droits aux prestations sociales³⁴³.

Le paiement du salaire moyen dans l'entreprise en l'absence d'un salaire conventionnel minimum

Selon l'article 48a alinéa 1 lettre a OSE, en l'absence de salaire minimum imposé, son montant ne peut être inférieur au salaire moyen dans l'entreprise. Le salaire moyen dans l'entreprise ne doit donc servir de barème que et uniquement si la CCT étendue ne fixe pas de salaire minimum.

Il y avait autrefois des CCT qui stipulaient, par exemple, des salaires minimums pour les travailleurs qualifiés, mais non pour ceux non qualifiés. Cette façon de procéder posait un problème d'application des CCT. En effet, il fallait alors déterminer le salaire moyen dans l'entreprise, mais dans laquelle ? L'entreprise de travail temporaire ou l'entreprise cliente ? On touchait là une notion sensible, qui est la protection des données. À notre connaissance cependant, il n'y a plus de CCT qui contiennent de telles lacunes.

³⁴¹ SECO, Directives et commentaires relatifs à la LSE et aux ordonnances, pp. 93 s. et 134.

³⁴² SECO, Directives et commentaires relatifs à la LSE et aux ordonnances, p. 134.

³⁴³ SECO, Directives et commentaires relatifs à la LSE et aux ordonnances, p. 134.

Les catégories professionnelles

Un autre paramètre pour déterminer le salaire minimum est d'examiner les catégories professionnelles définies par les CCT étendues afin de déterminer dans laquelle le travailleur doit être incorporé.

L'annexe II de la CCT romande du second œuvre – à nouveau en vigueur depuis le 1^{er} avril 2008 – prévoit par exemple des minimums non seulement par catégories professionnelles (peintres / plâtriers / menuisiers / ébénistes / charpentiers / poseurs de revêtements de sols / parqueteurs / techniverriers, etc.), mais également par années d'expérience et par canton. On retrouve également des salaires minimaux par catégories professionnelles aux articles 41 et 42 de la CN pour le secteur principal de la construction en Suisse.

Avant de fixer un salaire, il convient donc toujours de se référer d'abord aux textes mêmes des CCT étendues, cela afin de déterminer sans risque d'erreurs quel salaire minimum doit être payé.

L'incorporation d'un travailleur dans une catégorie professionnelle est un acte important pour l'employeur. En effet, certaines CCT étendues ont des règles particulières à ce sujet ; on peut notamment citer les règles suivantes :

- l'incorporation d'un travailleur dans une catégorie professionnelle doit être faite par écrit dans un délai maximum, par exemple un mois ;
- un travailleur incorporé dans une catégorie professionnelle ne peut plus être rétrogradé, même s'il est engagé par un nouvel employeur.

L'entreprise dans laquelle le travailleur temporaire est placé

Le système légal prévoit que l'on respecte la CCT étendue applicable à l'entreprise dans laquelle le travailleur est placé (locataire de services). Cela demande quelquefois des investigations, notamment pour déterminer précisément à quelle CCT étendue l'entreprise cliente est soumise.

Se renseigner directement auprès de l'entreprise cliente permet un gain de temps important pour le bailleur de services, mais n'apporte parfois aucune certitude à ce sujet. En effet, l'employeur peut ignorer de bonne foi qu'il est soumis à une CCT étendue. Dans ce cas, il convient de déterminer le secteur d'activité réel de l'entreprise cliente et de contrôler si l'employeur entre dans le champ d'application d'une CCT étendue. Il arrive également qu'une entreprise ait plusieurs secteurs d'activité (catégories professionnelles) et que le client affirme que le travailleur temporaire sera occupé dans le secteur A, non soumis à une CCT, et non dans le secteur B, lui soumis à une CCT étendue. Dans cette hypothèse et par précaution, on ne peut que questionner le travailleur sur son activité réelle.

L'augmentation conventionnelle

Certaines CCT prévoient une augmentation des salaires des travailleurs, en général au changement d'année ; elle peut, par exemple, être de CHF 1.- à l'heure. Dans un tel cas, l'augmentation conventionnelle est due même si le salaire de base payé au travailleur est supérieur au salaire conventionnel minimum. Par exemple si le salaire conventionnel minimum est de CHF 25.-, alors que l'employé reçoit CHF 26.-, doit-on augmenter son salaire à CHF 27.- ? La réponse est oui dans la mesure où il s'agit d'une augmentation individuelle qui est due à chaque travailleur, et non pas de la modification du salaire de base.

À ce propos, il convient toujours de se référer aux textes officiels, car on peut rencontrer plusieurs hypothèses :

- le salaire de base conventionnel demeure inchangé, mais les partenaires sociaux prévoient une augmentation conventionnelle du salaire de chaque travailleur. L'augmentation doit être accordée aux travailleurs sous contrat quelque soit le montant de leur salaire ;
- cas plus rare, les salaires de base sont augmentés, mais il n'y a pas d'augmentation conventionnelle. Il suffira alors de contrôler que les salaires payés sont au moins égaux aux nouveaux salaires de base étendus.
- les partenaires sociaux peuvent prévoir une augmentation à la fois des salaires de base et des salaires individuels. Dans cette hypothèse, il convient d'accorder à chaque travailleur sous contrat l'augmentation individuelle, et en outre de contrôler qu'elle est au moins égale au salaire de base.

Au sujet de l'augmentation individuelle, il est possible que des conventions prévoient un montant fixe qui doit être accordé obligatoirement, et une partie dépendante de la prestation. Cela a été le cas dans le secteur principal de la construction, où les clauses étendues stipulaient ceci :

- **Montants fixes :** L'employeur doit accorder [...] à chaque travailleur soumis à la CN [...] une adaptation générale de salaire de CHF 0.90 à l'heure [...]
- **Partie dépendante de la prestation :** L'employeur doit de plus augmenter [...] la masse salariale existante des travailleurs soumis à la CN de CHF 0.20 à l'heure.

On constate donc qu'au total, c'était CHF 1.10 qui devait être accordé. Pour la location de services, la partie de l'augmentation dépendante de la prestation est difficile à prouver, à moins d'accorder à chaque collaborateur au minimum CHF 1.10. En effet, pour déterminer si les 20 centimes ont bien été octroyés, on devra prendre l'ensemble des collaborateurs à une date déterminée et vérifier si, en moyenne, les 20 centimes ont été accordés. Dans la pratique, on a souvent constaté que les entreprises accordaient une augmentation de CHF 1.10 dans l'exemple précité.

Les CCT peuvent en outre prévoir une augmentation dans certaines circonstances ou au cas par cas, comme une requalification obligatoire des travailleurs dans une catégorie professionnelle supérieure après deux ans d'activité.

c) **Suppléments salariaux (art. 48a al. 1 let. b OSE)**

Selon l'article 48a alinéa 1 chiffre 2 OSE, les dispositions concernant le salaire sont des dispositions régissant les suppléments pour heures supplémentaires, travail posté, travail à la tâche, travail de nuit, le dimanche et les jours fériés. On ajoutera encore à cette énumération le supplément pour travail supplémentaire (il ne s'agit pas d'un supplément pour le service de piquet, mais d'une indemnité pour inconvénient).

Heures supplémentaires

La notion d'heures supplémentaires est à priori simple et est déterminée par le CO, celle du travail supplémentaire par la LTr (voir pp. 176ss).

Notion d'heures supplémentaires

Les heures supplémentaires sont définies comme les heures effectuées au-delà de l'horaire contractuel, de l'horaire convenu. En d'autres termes, les heures supplémentaires sont celles qui sont effectuées au-delà de la durée normale de travail, que celle-ci soit convenue de manière contractuelle, tacite, par une CCT ou encore par ce qui est usuel au sein de l'entreprise³⁴⁴. Lorsque le contrat de travail ne définit pas la durée contractuelle du travail, il convient de se référer à l'horaire usuel pris comme référence (ou moyen en fonction de la pratique suivie par les parties).

À cela s'ajoutent les règles des CCT étendues, qui doivent toujours être respectées. La notion d'heures supplémentaires devient notamment plus complexe dans les cas où il y a annualisation du temps de travail, mais ce point n'est pas traité dans le présent ouvrage³⁴⁵.

Admissibilité des heures supplémentaires par le travailleur

Selon l'article 321c alinéa 1 CO (règle absolument impérative selon l'art. 361 CO, c'est-à-dire à laquelle il n'est pas possible de déroger, même en faveur du travailleur), le travailleur est tenu d'exécuter des heures de travail plus nombreuses que celles convenues de manière contractuelle, tacite, par une CCT ou encore par ce qui est usuel au sein de l'entreprise, à la double condition³⁴⁶ :

- qu'il puisse s'en charger personnellement ;
- que les règles de la bonne foi (art. 2 al. 1 CC) permettent de l'exiger de lui.

Il doit s'agir avant tout de circonstances momentanées, dues à des événements inhabituels qui ne tiennent pas à une mauvaise organisation. Il est essentiel que l'employeur informe son employé en temps utile³⁴⁷. Par exemple, dans le cas où l'employeur demande à son employé, en fin d'après-midi, d'effectuer des heures de

³⁴⁴ WYLER, pp. 116 et 122 ; JAR 2005 391.

³⁴⁵ WYLER, pp. 116 et 122 ; JAR 2005 391.

³⁴⁶ WYLER, p. 122.

³⁴⁷ WYLER, p. 122.

travail plus nombreuses le soir même, le travailleur est en droit de refuser de les accomplir.

Les limites sont notamment la capacité de travail, la protection de la personnalité du travailleur (art. 328 CO) ou encore sa santé³⁴⁸.

Le travailleur est en demeure d'effectuer des heures supplémentaires si, tout en étant en mesure de les effectuer, il refuse de le faire. Il y a alors violation du contrat de travail, exposition à des dommages-intérêts (art. 321e CO), voire justes motifs de résiliation avec effet immédiat (art. 337 CO) dans les cas les plus graves.

Compensation des heures supplémentaires par un congé

Selon l'article 321c alinéa 2 CO, les heures supplémentaires reconnues peuvent être compensées par un congé d'une durée égale aux heures supplémentaires effectuées (une heure pour une heure), ce qui signifie que le travailleur a droit à un congé qu'il peut faire valoir plus tard, pendant le temps de travail. Pour ce qui est de la compensation, le consentement des deux parties est absolument nécessaire, aussi bien sur le principe même de la compensation que sur sa date. Si la compensation se fait de manière unilatérale, il y a violation du contrat de travail³⁴⁹. L'accord entre les parties sur la compensation des heures supplémentaires par un congé ne nécessite néanmoins aucune forme particulière, et peut même être tacite. Finalement, l'employeur ne peut imposer unilatéralement la compensation des heures supplémentaires³⁵⁰.

La compensation d'heures supplémentaires par un congé suppose l'accord du travailleur, même après la résiliation des rapports de travail par l'employeur, lorsque le travailleur est libéré de l'obligation de travailler pendant le délai de congé³⁵¹. Une compensation en nature ne peut être ordonnée unilatéralement par l'employeur. Toutefois, si la libération de l'obligation de travailler se prolonge, le refus du travailleur de compenser ses heures supplémentaires pendant la libération de l'obligation de travailler peut constituer un abus de droit. En effet, le travailleur a une obligation générale de réduire le dommage qu'il pourrait faire subir à son employeur (art. 324 al. 2 CO)³⁵².

Ainsi, il convient de retenir que faute d'un accord avec le travailleur sur le principe de la compensation des heures supplémentaires pendant la libération de l'obligation de travailler, l'employeur risque pratiquement de devoir payer le travailleur deux fois, c'est-à-dire une fois pendant la libération de l'obligation de travailler, et une fois pour les heures supplémentaires effectuées auparavant.

Comme vu ci-dessus, la compensation en temps des heures supplémentaires doit faire l'objet d'un accord entre les parties. Il n'est pas nécessaire que cela soit formalisé par écrit, mais ceci est vivement conseillé pour des considérations évidentes de pouvoir en

³⁴⁸ WYLER, p. 122.

³⁴⁹ FAVRE/MUNOZ/TOBLER, p. 37 n° 2.3 et les références citées : ATF 126 III 337 ; ATF 123 III 469.

³⁵⁰ FAVRE/MUNOZ/TOBLER, p. 37 n° 2.3 et les références citées : ATF 123 III 84, JdT 1998 I 121.

³⁵¹ FAVRE/MUNOZ/TOBLER, p. 37 n° 2.3 et les références citées : ATF 123 III 84, JdT 1998 I 121.

³⁵² FAVRE/MUNOZ/TOBLER, p. 37 n° 2.3 ; WYLER, p. 131 ; ATF 123 III 84, JdT 1998 I 121.

apporter la preuve. Il est possible de prévoir une telle règle dans le contrat-cadre de travail temporaire.

Compensation des heures supplémentaires par une rétribution

Si les heures supplémentaires ne sont pas compensées par un congé d'une durée équivalente (ou majorée de 25 % par ex.), l'article 321c alinéa 3 CO dispose que l'employeur est tenu de rétribuer ces heures supplémentaires en versant le salaire normal majoré d'un quart au moins. L'article 321c alinéa 3 CO étant de droit dispositif sur ce point précis, les parties peuvent déroger au principe de rétribution des heures supplémentaires à 125 % – en faveur ou en défaveur du travailleur –, mais uniquement dans le cadre d'un contrat de travail écrit, d'un contrat-type de travail ou d'une CCT³⁵³.

La règle de base du CO est donc que l'employeur est tenu de rétribuer les heures supplémentaires à 125 %, mais un contrat de travail écrit, un contrat-type de travail ou une CCT peut très bien prévoir qu'elles seront payées au salaire de base sans supplément ou, comme mentionné ci-dessus, compensées en temps une heure pour une heure.

Travail supplémentaire

Notion de travail supplémentaire

Le travail supplémentaire se définit comme le travail dont la durée excède le maximum légal. La base légale de la notion de travail supplémentaire se trouve à l'article 12 LTr. Cette disposition se combine avec l'article 9 LTr, qui fixe de manière impérative (c'est-à-dire qu'on ne peut y déroger) la durée maximale de la semaine de travail à 45 heures pour les travailleurs occupés dans les entreprises industrielles, pour le personnel de bureau, le personnel technique et les autres employés, y compris le personnel de vente des grandes entreprises de commerce de détail. La durée maximale de la semaine de travail est fixée à 50 heures pour tous les autres travailleurs. Ces durées maximales ne s'appliquent néanmoins qu'aux travailleurs et entreprises qui entrent dans le champ d'application de la LTr (art. 1 à 5 LTr). Elles ne s'appliquent notamment pas aux travailleurs qui exercent une fonction dirigeante élevée ou aux travailleurs à domicile, cas de toute façon peu fréquents en matière de travail temporaire. Finalement, les durées maximales ci-dessus peuvent temporairement être prolongées par autorisation ou par ordonnance pour certaines catégories d'entreprises ou de travailleurs (art. 9 al. 3 et 4 LTr).

L'autonomie des parties est donc restreinte par l'article 9 LTr, de sorte qu'un contrat individuel de travail ne saurait prévoir une durée excédant les limites fixées par la LTr au sujet de la durée du travail. Si le contrat de travail fixe une durée normale de travail supérieure à ce que prévoit l'article 9 LTr, cette durée est impérativement ramenée à la durée maximale de 45 heures, respectivement 50 heures par semaine.

³⁵³ ATF 124 III 469 ; WYLER, pp. 128 s. ; SECO, Directives et commentaires relatifs à la LSE et aux ordonnances, pp. 96 s.

Par conséquent, toutes les heures de travail qui excèdent la durée maximale hebdomadaire (45 ou 50 heures) doivent être considérées comme du travail supplémentaire.

Selon l'article 12 LTr, à titre exceptionnel, la durée maximum de la semaine de travail peut être dépassée :

- en cas d'urgence ou de surcroît extraordinaire de travail ;
- pour dresser un inventaire, arrêter des comptes ou procéder à une liquidation ;
- pour prévenir ou supprimer des perturbations dans l'entreprise, si l'on ne peut attendre de l'employeur qu'il recoure à d'autres moyens.

Le travail supplémentaire ne peut dépasser 2 heures par travailleur et par jour, sauf les jours chômés ou en cas de nécessité, ni le nombre d'heures suivant par année civile :

- 170 heures pour les travailleurs dont la durée maximale de la semaine de travail est de 45 heures ;
- 140 heures pour les travailleurs dont la durée maximale de la semaine de travail est de 50 heures.

Distinction entre les heures supplémentaires et le travail supplémentaire

La distinction entre les heures supplémentaires et le travail supplémentaire est essentielle pour les employés soumis à la LTr. Le droit public (art. 12 LTr) limite la liberté des parties conférée par le droit privé (art. 321c CO). Cette dualité peut être résumée en ce sens que l'obligation d'effectuer des heures supplémentaires et leur rémunération est régie par l'article 321c CO, mais dès que ces dernières dépassent le maximum légal (art. 9 LTr), elles constituent du travail supplémentaire au sens de l'article 12 LTr – dont les limites doivent le cas échéant être respectées – et doivent faire l'objet d'une compensation par un congé ou par paiement conformément à l'article 13 LTr.

Compensation du travail supplémentaire par une rétribution

Selon l'article 13 LTr, pour le travail supplémentaire, l'employeur verse au travailleur un supplément de salaire d'au moins 25 %, supplément qui n'est toutefois dû aux employés de bureau, aux techniciens et aux autres employés, y compris le personnel de vente des grands établissements de commerce de détail qu'à partir de la 61^{ème} heure supplémentaire accomplie dans l'année civile (art. 13 al. 1 LTr). Pour ces travailleurs spécialement donc, les 60 premières heures de travail supplémentaire sont soumises au régime de l'article 321c alinéas 2 et 3 CO (la rémunération ou la majoration de 25 % peuvent donc être supprimées aux conditions de cet article)³⁵⁴.

³⁵⁴ WYLER, pp. 119ss.

Compensation du travail supplémentaire par un congé

Toutefois, le travail supplémentaire ne donne droit à aucun supplément de salaire lorsqu'il est compensé – avec l'accord du travailleur et dans un délai convenable – par un congé de même durée (art. 13 al. 2 LTr). Selon l'article 25 alinéa 2 de l'ordonnance 1 du 10 mai 2000 relative à la loi sur le travail (ci-après : OLT 1)³⁵⁵, cette compensation doit intervenir dans un délai de 14 semaines, à moins que l'employeur et le travailleur ne conviennent d'un délai plus long, qui ne peut toutefois excéder une année. Si la compensation en nature convenue entre les parties n'intervient pas dans le délai légal ou contractuel de l'article 25 alinéa 2 OLT 1, cela signifie que le travailleur peut exiger le paiement du supplément de salaire prévu par l'article 13 alinéa 1 LTr³⁵⁶.

Le travail supplémentaire effectué de nuit, le dimanche ou un jour férié en sus de la durée légale du travail quotidien dans le cadre des « *circonstances exceptionnelles* » prévues par l'article 26 alinéa 1 OLT 1 doit obligatoirement être compensé en temps par un congé de même durée dans un délai de 6 semaines (art. 26 al. 2 OLT 1). Sont considérés comme circonstances exceptionnelles les cas d'urgence survenant indépendamment de la volonté des personnes concernées. Les lettres a à g de l'article 26 alinéa 1 OLT 1 donnent quelques exemples, qui ne sont pas exhaustifs³⁵⁷ :

- menace pour le produit du travail, risquant d'entraîner un dommage disproportionné ;
- nécessité de pratiquer des interventions dans le cadre du service de piquet en vue de la prévention ou de l'élimination de dommages ;
- nécessité de remettre en état des machines de travail, appareils, dispositifs de transport ou véhicules indispensables au maintien de l'exploitation et ayant subi des pannes graves ou des dommages ;
- nécessité de parer ou de remédier à des perturbations dans la marche de l'entreprise, directement provoquées par un cas de force majeure ;
- nécessité de parer ou de remédier à des perturbations dans l'approvisionnement en énergie ou en eau ainsi que dans la circulation des transports publics ou privés ;
- nécessité de prévenir une avarie inévitable de biens, notamment de matières premières ou de denrées alimentaires, pour autant que ne soit pas visée une augmentation de la production ;
- activités indispensables et impossibles à différer visant à sauvegarder la vie et la santé des personnes et des animaux et à prévenir les atteintes à l'environnement.

Lorsque le travail supplémentaire réservé aux circonstances exceptionnelles a lieu le dimanche, le délai de compensation est de 2 semaines conformément à l'article 20 alinéa

³⁵⁵ RS 822.111.

³⁵⁶ WYLER, p. 120.

³⁵⁷ SECO, Commentaire de la LTr et des ordonnances, p. 126-1.

2 LTr. En cas de travail supplémentaire pendant la demi-journée de congé hebdomadaire, ce dernier doit être accordé ultérieurement, dans un délai de 4 semaines (art. 21 LTr).

La plupart des CCT ne contiennent aucune référence au travail supplémentaire. Les dispositions générales citées ci-dessus sont ainsi applicables, pour autant que les employés concernés tombent sous le champ d'application de la LTr.

Travail posté

En premier lieu, il faut savoir ce que signifie le travail posté : le travail posté est le travail en équipe. Selon l'article 34 alinéa 1 OLT 1, il y a travail en équipe lorsque deux ou plusieurs groupes de travailleurs se relayent dans un ordre échelonné et alternant à un même poste de travail d'après un horaire déterminé. Certaines CCT prévoient des règles particulières ou des suppléments pour le travail en équipe qu'il convient de respecter.

Selon l'article 25 alinéas 6 et 7 de la CN pour le secteur principal de la construction en Suisse par exemple, le travail en équipe est autorisé à condition :

- que l'entreprise (ou le consortium) ait déposé une demande écrite et fondée à la commission professionnelle paritaire compétente, en règle générale au moins deux semaines avant le début du travail,
- qu'il y ait une nécessité due à la spécificité de l'objet,
- qu'un plan de travail par équipe ait été établi et
- que les dispositions légales et conventionnelles soient respectées.

Dans la pratique, c'est l'entreprise cliente qui doit entreprendre les démarches administratives pour exécuter du travail posté.

En ce qui concerne les suppléments, l'article 25 alinéa 8 CN prévoit par exemple *« qu'un bonus de temps de 20 minutes est porté au compte du travailleur qui travaille en équipe ; à la place du bonus de temps, le travailleur peut tout au plus recevoir une prime de 1 franc par heure de travail. La réglementation de l'indemnité doit être indiquée dans la demande d'autorisation pour le travail par équipe »*.

Les primes d'équipe prévues par des CCT étendues doivent ainsi obligatoirement être payées.

Travail à la tâche

Le travail à la tâche est peu fréquent dans le travail temporaire, et il est souvent purement et simplement interdit par les CCT. Selon l'article 33 alinéa 1 de la CCT romande du second œuvre par exemple, *« le travail aux pièces ou à la tâche ou celui qui n'est pas rémunéré en fonction des heures travaillées est interdit »*. Des dérogations sont néanmoins possibles (al. 2 et 3).

Certaines CCT le soumettent à des règles particulières, comme un accord écrit entre les parties. Selon l'article 46 CN pour le secteur principal de la construction en Suisse par exemple, *« l'employeur et le travailleur peuvent convenir par écrit d'inclure les prétentions découlant des dispositions de la CN dans la rémunération du travail à la tâche ou dans les primes de rendement. Si un tel accord écrit fait défaut, les dispositions*

contenues dans la CN concernant le 13^e mois de salaire, les vacances, l'indemnité de jours fériés et l'assurance d'indemnité journalière en cas de maladie s'appliquent également aux travailleurs occupés à la tâche par l'employeur et à ceux qui touchent des primes de rendement en plus de leur salaire fixe ».

Travail du soir

En premier lieu, il convient de préciser les notions suivantes :

- travail de jour : de 06h00 à 20h00 ;
- travail du soir : de 20h00 à 23h00 ;
- travail de nuit : de 23h00 à 06h00.

Le travail de jour et le travail du soir ne sont pas soumis à autorisation. Le travail du soir peut être introduit par l'employeur après audition de la représentation des travailleurs dans l'entreprise, ou à défaut, des travailleurs concernés (art. 10 LTr).

Toujours selon la disposition légale précitée, avec l'accord des représentants des travailleurs, le début et la fin du travail de jour et du soir de l'entreprise peuvent être fixés différemment entre 05h00 et 24h00 (ou 00h00). Dans ce cas également, le travail de jour et du soir doit être compris dans un espace de dix-sept heures (al. 2). Le travail de jour et du soir de chaque travailleur doit être compris dans un espace de quatorze heures, pauses et heures de travail supplémentaire incluses (al. 3).

Les jeunes travailleurs n'ont pas le droit d'exécuter du travail du soir jusqu'à l'âge de 16 ans révolus, et les jeunes travailleurs entre 16 et 18 ans n'en ont le droit que jusqu'à 22 heures (art. 31 al. 2 LTr). L'article 15 de l'ordonnance 5 du 28 septembre 2007 relative à la loi sur le travail (ci-après : OLT 5)³⁵⁸ fixe néanmoins un certain nombre de dérogations, notamment pour les manifestations qui n'ont lieu que le soir (ou le dimanche).

La plupart des CCT ne contiennent aucune référence au travail du soir. Cela peut s'expliquer par le fait que le travail du soir n'est pas soumis à autorisation, et qu'il peut être introduit par l'employeur après audition de la représentation des travailleurs dans l'entreprise ou, à défaut, des travailleurs concernés. Les dispositions générales sont ainsi applicables (art. 10 LTr).

Travail de nuit

En général

Le travail de nuit induit dans l'ensemble plus de nuisances que le travail de jour, d'où la nécessité de le soumettre à des limites temporelles pour en prévenir les répercussions néfastes sur les plans de la sécurité et de la santé. Avec la réglementation du travail de nuit donc, le législateur a tenu compte du fait qu'il est reconnu que le travail effectué la nuit, ou tout au moins en partie, représente une charge plus importante pour les personnes concernées que le travail de jour³⁵⁹.

³⁵⁸ RS 822.115.

³⁵⁹ SECO, Commentaire de la LTr et des ordonnances, p. 016-1 ; STÖCKLI/SOLTERMANN, pp. 263 et 268ss.

Le travail de nuit est principalement régi par les articles 16ss LTr et 27ss OLT 1. La règle générale est que le travail de nuit est interdit, sauf autorisation. De plus, le consentement du travailleur concerné est toujours nécessaire (art. 17 al. 6 LTr).

La nuit est définie comme étant la période située en dehors des limites fixées par l'article 10 LTr pour le travail de jour et le travail du soir de l'entreprise ; elle se situe donc entre 23 h et 6 h. Ainsi, le travail de nuit se voit délimité aux 7 heures entre 23 h et 6 h, période pendant laquelle toute occupation est interdite, sauf autorisation. Ce même article 10 LTr permettant d'avancer ou de repousser d'une heure le début et la fin du travail de jour et du travail du soir, la nuit peut débuter aussi bien à 22 h qu'à 24 h³⁶⁰.

Le travail de nuit régulier ou périodique

Il y a travail de nuit régulier ou périodique lorsqu'il est convenu initialement, ou ensuite par modification du contrat, que l'horaire du collaborateur inclut de manière régulière ou périodique du travail de nuit. Est réputé travail de nuit à caractère régulier ou périodique l'activité d'un travailleur occupé pendant un minimum de 25 nuits par année civile (art. 31 al. 1 OLT 1)³⁶¹.

À ce jour, la pratique a admis l'existence de travail de nuit régulier sur la base du critère temporel lorsqu'il dépasse la durée de deux à trois mois. Toutefois, ce n'est pas la durée de l'autorisation demandée qui est en premier lieu décisive, mais la durée des besoins invoqués et motivés³⁶².

Selon l'article 17 alinéa 2 LTr, le travail de nuit régulier ou périodique est autorisé lorsque des raisons techniques ou économiques le rendent indispensable. Il est soumis à autorisation de l'office fédéral, qui est le SECO en l'espèce (art. 17 al. 5 Tr).

Dans la pratique, c'est l'entreprise cliente (entreprise locataire de services) qui demande une telle autorisation, et non – comme on pourrait le penser – l'entreprise de travail temporaire.

Le travail de nuit temporaire

Il y a travail temporaire de nuit lorsque le collaborateur est engagé pour travailler de jour ou le soir, et que – exceptionnellement – il est appelé à travailler de nuit. Est réputé travail de nuit temporaire l'activité d'un travailleur qui n'atteint pas un maximum de 25 nuits par année civile³⁶³.

Du point de vue temporel, le travail de nuit est temporaire lorsque, conformément à l'article 40 alinéa 1 OLT 1, lors d'engagements sporadiques ou périodiques il ne dépasse pas trois mois par entreprise et par année ou, en cas d'engagements limités dans le temps jusqu'à six mois, lorsqu'il a un caractère unique. En conséquence, il s'agit des cas dans lesquels il faut pouvoir tenir compte d'une situation exceptionnelle et limitée dans

³⁶⁰ SECO, Commentaire de la LTr et des ordonnances, p. 016-1.

³⁶¹ SECO, Commentaire de la LTr et des ordonnances, p. 017-2 ; STÖCKLI/SOLTERMANN, p. 272.

³⁶² STÖCKLI/SOLTERMANN, pp. 268 ss.

³⁶³ SECO, Commentaire de la LTr et des ordonnances, p. 131-1 ; STÖCKLI/SOLTERMANN, p. 270.

le temps au sein d'une exploitation, comme pour la liquidation d'un contrat urgent qui n'a pas pu être mieux planifié ou en cas de surcharge de travail en raison d'une restructuration nécessaire de l'exploitation³⁶⁴.

Selon l'article 17 alinéas 3 et 5 LTr, le travail de nuit temporaire est autorisé en cas de besoin urgent dûment établi et est soumis à autorisation des autorités cantonales.

Ici également, une définition plus précise du besoin urgent ne se trouve qu'au niveau de l'ordonnance (art. 27 al. 1 OLT 1), qui énumère exhaustivement trois cas dans lesquels un tel besoin est établi. Il s'agit premièrement des travaux supplémentaires imprévus, deuxièmement des travaux qui pour des raisons de sécurité ne peuvent être effectués que la nuit, et troisièmement des travaux dans le domaine culturel, social ou sportif.

Majoration de salaire

Travail de nuit régulier ou périodique

Le travailleur qui effectue un travail de nuit régulièrement ou périodiquement a droit à une compensation en temps équivalant à 10 % de la durée de ce travail (art. 17b al. 2 LTr), et cela dès la première nuit pour les heures travaillées de nuit. Ce temps de repos compensatoire doit être accordé dans le délai d'une année. Il convient encore de préciser que les pauses pour lesquelles le travailleur dispose librement de son temps ne sont pas comptées comme temps de travail et ne donnent par conséquent pas droit au salaire, ni à la compensation en temps (art. 31 al. 2 OLT 1)³⁶⁵.

Exemple : 23 h - 6 h = 7 heures de travail de nuit, auxquelles on soustrait par exemple 30 minutes de pause, ce qui fait 6 heures 30 minutes de travail de nuit. 6h30 = 390 minutes. 10 % de 390 minutes = 39 minutes par jour de congé compensatoire qui doivent être cagnotées et accordées dans un délai d'une année.

À condition que le travail n'excède pas une heure dans l'horaire de nuit, la compensation est accordée sous forme d'un supplément salarial de 10 % au collaborateur dont le travail est régulièrement fourni au début ou à la fin de nuit³⁶⁶.

Comme pour toutes les autres règles mentionnées ci-dessus, il faut vérifier si la CCT applicable contient des règles étendues particulières. Si c'est le cas, ces dispositions doivent obligatoirement être appliquées. Il convient aussi de définir l'horaire de nuit, qui peut être décalé de plus ou moins une heure selon les entreprises. Enfin, les suppléments conventionnels peuvent être plus élevés que le supplément légal qui doit obligatoirement être payé (voir par ex. les art. 55 ou 59 de la CN pour le secteur principal de la construction en Suisse, ou l'art. 16 de la CCT romande du second œuvre).

³⁶⁴ STÖCKLI/SOLTERMANN, p. 270.

³⁶⁵ STÖCKLI/SOLTERMANN, pp. 280ss.

³⁶⁶ STÖCKLI/SOLTERMANN, pp. 280ss.

Travail de nuit temporaire

Selon l'article 17b alinéa 1 LTr, l'employeur doit accorder une majoration de salaire de 25 % au moins au travailleur qui effectue un travail de nuit à titre temporaire. Ce supplément de salaire doit être accordé indépendamment du fait qu'une autorisation pour le travail de nuit ait été obtenue ou non. Il s'agit là d'une prescription de droit impératif, qui prévaut sur le droit conventionnel ; l'employeur est ainsi tenu de verser au travailleur ce supplément de salaire de 25 % pour le travail de nuit à caractère temporaire, même lorsqu'un pourcentage inférieur a été fixé par contrat³⁶⁷.

Travail dominical

En général

Le travail dominical est principalement régi par les articles 18ss LTr et 21ss OLT 1. D'autres dispositions légales régissent des cas particuliers, comme les cliniques et les hôpitaux (ordonnance 2 du 10 mai 2000 relative à la loi sur le travail [ci-après : OLT 2]³⁶⁸). Comme pour le travail de nuit, la règle générale est que le travail dominical est interdit, sauf autorisation et accord des travailleurs concernés (art. 18 al. 1 et 19 al. 5 LTr)³⁶⁹.

Par travail dominical, on entend le travail effectué entre le samedi à 23h00 et le dimanche à 23h00 (art. 18 al. 1 LTr). Comme c'est le cas pour le travail de nuit, la loi ouvre aussi la possibilité de décaler la période prévue par la loi en l'avancant ou en la reculant d'une heure. Un décalage nécessite cependant l'accord de la majorité des travailleurs concernés ou de leur représentation (art. 18 al. 2 LTr).

Le travail dominical régulier ou périodique

Selon l'article 19 alinéa 2 LTr, le travail dominical régulier ou périodique est autorisé lorsque des raisons techniques ou économiques le rendent indispensable, et est soumis à l'autorisation de l'office fédéral, qui est le SECO en l'espèce (art. 19 al. 4 LTr).

Par travail dominical régulier ou périodique, l'on désigne du point de vue temporel, d'après l'article 40 alinéa 4 OLT 1, tout travail dominical qui dépasse le cadre temporel du travail dominical temporaire au sens de l'article 40 alinéa 3 OLT 1 (voir ci-dessous). Selon l'article 19 alinéa 2 LTr, le travail dominical régulier ou périodique est autorisé de manière identique au travail de nuit correspondant, lorsque des raisons techniques ou économiques le rendent indispensable. Ces deux formes d'indispensabilité sont en principe à comprendre comme en matière de travail de nuit. Néanmoins, les exigences en matière de respect des conditions de l'article 28 OLT 1 sont ici plus sévères que dans le cadre du travail de nuit, notamment en ce qui concerne la nécessité de l'existence d'une indispensabilité économique et de besoins de consommation³⁷⁰.

³⁶⁷ STÖCKLI/SOLTERMANN, p. 279 ; SECO, Commentaire de la LTr et des ordonnances, p. 017b-1.

³⁶⁸ RS 822.112.

³⁶⁹ STÖCKLI/SOLTERMANN, p. 297.

³⁷⁰ STÖCKLI/SOLTERMANN, p. 302.

Le travail dominical temporaire

Selon l'article 19 alinéa 3 LTr, le travail dominical temporaire est autorisé en cas de besoin urgent dûment établi, et est soumis à l'autorisation des autorités cantonales (art. 19 al. 4 LTr). En ce qui concerne la définition du besoin urgent, cette dernière correspond exactement à celle valant pour le travail de nuit (voir ci-dessus, ainsi que l'art. 27 OLT 1)³⁷¹.

Par travail temporaire au sens de l'article 40 alinéa 3 OLT 1, il faut comprendre celui qui – jours fériés légaux compris – n'excède pas six dimanches par an, par entreprise et par année civile, en cas d'interventions sporadiques, ou qui présente un caractère exceptionnel, en cas d'interventions de durée limitée n'excédant pas trois mois. Ces dimanches de travail ne sont pas nécessairement consécutifs, mais peuvent être répartis sur l'année civile. Par « caractère exceptionnel », on entend une situation véritablement exceptionnelle, que l'entreprise ne saurait faire valoir chaque année³⁷².

Majoration du salaire

Les dispositions légales exigent 50 % de majoration de salaire au minimum en cas de travail dominical temporaire (art. 19 al. 3 LTr), montant qui est parfois repris par les CCT (voir par ex. l'art. 56 CN pour le secteur principal de la construction en Suisse). Certaines CCT peuvent néanmoins prévoir une majoration de salaire supérieure à 50 %.

Ce supplément de salaire existe cumulativement à l'octroi de temps libre compensatoire ou du jour de repos compensatoire prévu par l'article 20 alinéa 2 LTr, puisque la loi ne prévoit pas qu'il s'agit de possibilités alternatives³⁷³.

Par ailleurs, si le travail du dimanche est usuel, par exemple dans les hôpitaux, les homes ou encore l'hôtellerie, aucun supplément n'est dû (voir notamment les art. 15ss OLT 2).

Jours fériés

En général

Exception faite de la fête nationale, les cantons sont seuls compétents pour légiférer en matière de jours fériés. C'est ainsi que l'article 20a alinéa 1 LTr habilite les cantons – et non pas la Confédération – à assimiler au maximum 8 jours fériés au dimanche et à fixer ces jours différemment selon les régions.

Selon l'article 20a LTr donc, les jours fériés légalement reconnus sont assimilés au dimanche, et l'article 19 LTr est applicable. Comme pour le travail dominical, une autorisation de travailler le dimanche doit par conséquent être obtenue.

³⁷¹ SECO, Commentaire de la LTr et des ordonnances, p. 140-2.

³⁷² STÖCKLI/SOLTERMANN, pp. 302 s.

³⁷³ STÖCKLI/SOLTERMANN, pp. 302 s.

Rémunération des jours fériés

Le 1^{er} août est, en réalité, le seul jour férié légal devant obligatoirement être rémunéré, en vertu de l'article 1 alinéa 3 de l'ordonnance du 30 mai 1994 sur la fête nationale (ci-après : ordonnance sur la fête nationale)³⁷⁴. Cela vaut également pour les travailleurs payés à l'heure ou à la pièce, ainsi que pour les travailleurs qui ne sont pas soumis à la LTr. Dès lors, les travailleurs temporaires devront recevoir pour ce jour le salaire correspondant à l'horaire qui aurait normalement été travaillé dans l'entreprise au sein de laquelle ils sont en mission³⁷⁵.

Bien qu'il n'existe aucune obligation légale de les rémunérer, les autres jours fériés ne donnent, en principe, pas lieu à déduction salariale pour le travailleur payé au mois (d'ailleurs, les usages voulant que les jours fériés soient payés au travailleur effectuant un travail régulier, il faut impérativement veiller, si l'employeur désire ne pas les rémunérer, à ce que le contrat le prévoit expressément)³⁷⁶.

Il n'en va pas de même pour le travailleur payé à l'heure, au jour ou à la tâche. Le CO ne réglant pas explicitement la question, c'est généralement dans les contrats de travail individuels, les CCT ou les contrats-types que l'on trouvera des dispositions y relatives (si par ex. la branche dans laquelle le travailleur temporaire est en mission est soumise à une CCT étendue, celui-ci aura droit au paiement des jours fériés selon les modalités fixées dans ladite CCT en vertu des art. 20 LSE et 48a OSE). À défaut, on appliquera l'usage local (art. 322 al. 1 CO). À défaut d'usage, le travailleur ne pourra prétendre à aucune rémunération³⁷⁷.

En revanche, un jour férié ne peut être considéré comme étant un jour de vacances. L'employeur doit dès lors, s'il coïncide avec la prise des vacances du travailleur, lui accorder un jour de vacances supplémentaires³⁷⁸.

En général, les CCT prévoient un supplément pour les jours fériés travaillés (voir par ex. l'art. 15 let. b de la CCT romande du second œuvre).

Dans le canton de Neuchâtel par exemple, la CCT romande du second œuvre a stipulé, à l'Annexe III, les neuf jours fériés et payés suivants :

- 1^{er} janvier ;
- 1^{er} mars ;
- Vendredi Saint ;
- Lundi de Pâques ;
- Ascension ;

³⁷⁴ RS 116.

³⁷⁵ CANTON DE NEUCHÂTEL, novembre 2003, feuille n° 2.

³⁷⁶ CARRUZZO et al, chapitre VI, p. A9.

³⁷⁷ PORTMANN/PETROVIC, p. 319 ; CANTON DE NEUCHÂTEL, novembre 2003, feuille n° 2.

³⁷⁸ CARRUZZO et al, chapitre VI, p. A9.

- Lundi de Pentecôte ;
- 1^{er} août ;
- Lundi du Jeûne ;
- Noël.

Au sujet des jours fériés, les CCT ont deux manières de procéder :

- on indique le nombre de jours fériés, par exemple « *au minimum 8 jours fériés par année, pour autant qu'ils tombent sur un jour normalement travaillé* » (art. 38 al. 1 CN pour le secteur principal de la construction en Suisse). Dans la CN précitée, on renvoie de plus aux CCT locales ;
- on énumère les jours fériés, comme c'est le cas dans la CCT romande du second œuvre (énumération pour chaque canton, voir l'Annexe III de la CCT précitée).

Jours fériés dans les cantons romands et dans le canton de Berne

Les jours fériés payés se réfèrent à l'endroit où la mission est effectuée. Pour toute la Suisse, les jours fériés suivants sont payés :

- 1^{er} janvier, Nouvel An ;
- 1^{er} août, Fête Nationale ;
- Vendredi Saint (sauf dans le canton du Tessin et du Valais) ;
- L'Ascension ;
- 25 décembre, Noël.

Les jours fériés ci-dessous, variant d'un canton à l'autre, sont également payés :

Fribourg

- 1^{er} mai, Fête du travail
- 15 août, Assomption
- 1^{er} novembre, Toussaint
- 8 décembre, Immaculée Conception

Genève

- Lundi de Pâques
- Lundi de Pentecôte
- Jeûne genevois
- 31 décembre, Restauration de la République

Jura

- 2 janvier
- Lundi de Pâques
- 1^{er} mai, Fête du travail

- Lundi de Pentecôte
- Fête-Dieu
- 23 juin, Commémoration du plébiscite jurassien
- 15 août, Assomption
- 1^{er} novembre, Toussaint
- Lundi de Saint-Martin³⁷⁹

Neuchâtel³⁸⁰

- 2 janvier³⁸¹
- 1^{er} mars, Instauration de la République
- 1^{er} mai, Fête du travail
- Fête-Dieu³⁸²
- 26 décembre, Saint Etienne³⁸³

Valais³⁸⁴

- 19 mars, Saint-Joseph
- Fête-Dieu
- 15 août, Assomption
- 1^{er} novembre, Toussaint
- 8 décembre, Immaculée Conception

Vaud

- 2 janvier
- Lundi de Pâques
- Lundi de Pentecôte
- Lundi du Jeûne fédéral

³⁷⁹ Uniquement dans le district de Porrentruy.

³⁸⁰ Le 27 janvier 2009, le Grand Conseil neuchâtelois a accepté une modification légale qui instaure le 1^{er} mai comme jour de repos assimilé au dimanche. À notre connaissance, l'introduction du 1^{er} mai férié est effective depuis 2010.

³⁸¹ Le 2 janvier est considéré comme jour férié légalement reconnu et assimilé à un dimanche uniquement s'il tombe un lundi.

³⁸² Uniquement dans la commune du Landeron.

³⁸³ La Saint-Etienne est considérée comme jour férié légalement reconnu et assimilé à un dimanche uniquement si elle tombe un lundi.

³⁸⁴ Vendredi Saint n'est pas un jour férié dans le canton du Valais.

Berne

- 2 janvier
- Lundi de Pâques
- Lundi de Pentecôte
- 26 décembre, Saint-Etienne

Service de piquet

Le service de piquet est principalement régi par les articles 14 et 15 OLT 1.

Selon l'article 14 OLT 1, « *est réputé service de piquet le temps pendant lequel le travailleur se tient, en sus du travail habituel, prêt à intervenir, le cas échéant, pour remédier à des perturbations, porter secours en cas de situation d'urgence, effectuer des visites de contrôle ou faire face à d'autres situations particulières analogues* ».

Selon l'article 15 OLT 1, « *l'intégralité du temps mis à la disposition de l'employeur au cours d'un service de piquet effectué dans l'entreprise compte comme durée du travail. Le temps consacré à un service de piquet effectué en dehors de l'entreprise compte comme durée du travail dans la mesure de l'activité effectivement déployée pour l'employeur. Dans ce cas, le trajet pour se rendre sur le lieu de travail et en revenir compte comme durée du travail* ».

Ainsi, le temps pendant lequel le travailleur doit se tenir prêt pour ses éventuelles mises à contribution doit être rémunéré. Lorsqu'il est tenu de le faire à l'intérieur de l'entreprise, ce service de piquet compte comme temps de travail normal et, en l'absence d'un accord contraire, doit être rémunéré. Lorsque le travailleur se tient prêt à l'extérieur de l'entreprise, cette simple disponibilité à travailler profite à la satisfaction des besoins de l'employeur. Par conséquent, un tel service de mise à disposition appelle également une rémunération (art. 320 al. 2 CO), car le travailleur ne le fournit pas de manière altruiste, mais en vue de la prestation principale (rémunérée). Toutefois, la disponibilité externe ne doit pas être rémunérée au même tarif que l'activité principale (c'est-à-dire que le service de piquet externe à l'entreprise qui n'engendre aucune activité réelle pour cette dernière devra être rémunéré à un tarif moindre)³⁸⁵. Si le montant de cette indemnité ne ressort ni du contrat individuel de travail, ni d'une CCT, l'employeur devra payer l'indemnité usuelle (art. 322 al. 1 CO). Si celle-ci ne se laisse pas déterminer, le juge la fixera en équité³⁸⁶; pour déterminer le taux de rémunération, il convient de prendre en compte l'intensité du travail demandé et la liberté de repos laissée au travailleur³⁸⁷.

Enfin, il est possible d'intégrer l'indemnité pour le service de piquet dans le taux de salaire pour l'activité principale, soit par le contrat individuel de travail, soit par une

³⁸⁵ WYLER, pp. 71 s. et la référence citée par cet auteur : JAR 2003 160.

³⁸⁶ WYLER, pp. 71 s. et les références citées par cet auteur : ATF 124 III 249, JdT 1999 I 275.

³⁸⁷ WYLER, pp. 71 s.

CCT³⁸⁸. La mention d'une telle intégration n'est pas seulement une exigence de forme, mais doit correspondre à une réalité matérielle³⁸⁹.

Les CCT étendues peuvent prévoir des dispositions qui dérogent à celles reproduites ci-dessus, mais uniquement en faveur du travailleur.

d) Vacances (art. 48a al. 1 let. c OSE)

Les vacances incluent deux notions :

- la durée des vacances d'une part ;
- le salaire afférent aux vacances ou versé durant les vacances d'autre part.

Durée des vacances

La durée des vacances est fixée dans les CCT étendues. Le minimum légal est de quatre semaines de vacances au moins et de cinq semaines au moins pour les travailleurs jusqu'à l'âge de 20 ans révolus (art. 329a al. 1 CO), mais les CCT étendues fixent en général une durée supérieure. La CN pour le secteur principal de la construction en Suisse fixe par exemple six semaines jusqu'à 20 ans et après 50 ans, et cinq semaines entre 20 et 50 ans (art. 34 CN). La CCT romande du second œuvre a des dispositions analogues (art. 20). Certaines CCT fixent non seulement une durée, mais également le taux de salaire à accorder (voir par ex. l'art. 20 ch. 2 de la CCT romande du second œuvre, ou encore l'art. 17 ch. 6 de la CCT pour les hôtels, restaurants et cafés).

Il est bien évident que les vacances sont payées proportionnellement à la durée des rapports de travail (vacances *prorata temporis*). La loi prévoit d'ailleurs expressément cette règle (art. 329a al. 3 CO), ainsi que la plupart des CCT (voir par ex. l'art. 35 CN pour le secteur principal de la construction en Suisse).

Salaire afférent aux vacances

En ce qui concerne la pratique qui consiste à inclure le salaire afférent aux vacances directement dans le salaire courant, se référer aux pages 125 et suivantes, ainsi qu'à la doctrine et à la jurisprudence citée³⁹⁰.

Les CCT prévoient généralement des taux pour indemniser les vacances. La CN pour le secteur principal de la construction en Suisse prévoit par exemple un taux de 10.6 % pour cinq semaines de vacances, et un taux de 13 % pour six semaines de vacances.

Certaines CCT locales – qui ne sont pas étendues – prévoient des taux conventionnels qui incluent les vacances et les jours fériés. Il n'y a néanmoins pas d'obligation légale de respecter ces taux, dans la mesure où ces règles ne sont pas étendues.

³⁸⁸ WYLER, pp. 71 s. et les références citées par cet auteur : ATF 124 III 249, JdT 1999 I 275.

³⁸⁹ WYLER, pp. 71 s.

³⁹⁰ Principalement ATF 129 III 493, JdT 2004 49 ; ATF 118 I 136, JdT 1993 I 660 ; REHBINDER, BeKomm., 1. Abschnitt, p. 479 n° 1 ; STAEHELIN, p. A 374 n° 1 ; WYLER, p. 352.

Païement du salaire vacances

Comme cela a été vu ci-dessus, la pratique qui consiste à inclure le salaire afférent aux vacances directement dans le salaire mensuel n'est admissible qu'à titre exceptionnel et uniquement si la nécessité d'inclure le salaire afférent aux vacances dans le salaire courant est objectivement due à l'activité très irrégulière du travailleur ou aux rapports de travail de très courte durée. L'article 34 alinéa 2 CN pour le secteur principal de la construction en Suisse interdit par exemple expressément cette pratique.

Ainsi, si l'horaire n'est pas très irrégulier ou que le rapport de travail n'est pas de très courte durée, les entreprises de travail temporaire doivent cagnoter le salaire afférent aux vacances et payer le salaire vacances conformément à la durée réelle des vacances, au moment où elles sont réellement prises ou à la fin des rapports de travail.

e) Jours fériés et jours de repos payés

La question des jours fériés payés a déjà été traitée ci-dessus dès page 184.

En ce qui concerne les jours de repos, si par exemple le 1^{er} août tombe un jeudi et que l'entreprise cliente ferme le vendredi (pont), l'entreprise de travail temporaire a-t-elle l'obligation de payer le salaire pour le vendredi ?

Normalement, la notion de pont n'est pas étendue car elle fait l'objet de l'horaire annuel de travail, qui lui n'est pas étendu. Cependant, l'horaire annuel de travail prend en compte le pont en exigeant un rattrapage de temps, cela afin qu'il n'y ait pas de perte de salaire pour le travailleur, ni d'heure de travail pour l'employeur sur une année civile.

Sur le plan juridique, il s'agit d'une situation délicate. Si le contrat-cadre de travail ou le contre de mission ne contient aucune règle à ce sujet, il est en effet imaginable qu'un travailleur qui exigerait le paiement d'un pont obtienne gain de cause.

f) Les congés usuels (art. 329 al. 3 CO)

En général

L'employeur doit accorder au travailleur les heures et jours de congé usuels (art. 329 al. 3 CO). Les congés usuels sont ceux occasionnés par des événements personnels particuliers. C'est en tenant compte des circonstances du cas particulier qu'il faut examiner ce qui est usuel dans l'entreprise, dans la branche ou dans le lieu de travail considéré. La plupart du temps cependant, ces congés sont réglementés par CCT ou conditions-cadres de travail³⁹¹.

Pouvant varier d'un à plusieurs jours, les congés usuels portent notamment sur les congés octroyés en cas d'événements familiaux (mariage, naissance, adoption, décès), de soins urgents à donner à un proche (enfant, parent à charge), de déménagement ou encore de consultations d'ordre médical ou juridique³⁹².

³⁹¹ CARRUZZO et al., chapitre VI, p. A4ss.

³⁹² CARRUZZO et al., chapitre VI, p. A4ss.

Des jours de congé sont usuellement donnés dans les cas suivants :

- mariage : 1 à 3 jours ;
- naissance : 1 jour ;
- décès en fonction du lien de parenté et du lieu des funérailles : 1 à 3 jours ;
- déménagement : 1 jour.

La LTr offre également une protection particulière au travailleur ayant des responsabilités familiales, en ce sens qu'elle lui permet, sur présentation d'un certificat médical, d'obtenir congé de son employeur pour le temps nécessaire à la garde d'un enfant malade jusqu'à concurrence de trois jours (art. 36 al. 3 LTr)³⁹³.

Si le travailleur est empêché de prendre son congé, notamment lorsqu'il est malade ou lorsque congés usuels et congés hebdomadaires coïncident, il ne peut prétendre à sa restitution, ces jours de congé étant seulement attribués en fonction des événements qui y donnent droit³⁹⁴.

Les congés usuels ne doivent, au demeurant, pas être considérés comme étant des jours de vacances, puisqu'ils n'ont pas pour but premier de permettre au travailleur de se reposer. Ils ne peuvent, dès lors, être portés en compte et doivent être pris en relation directe avec l'événement considéré³⁹⁵.

Rémunération

Le salaire n'est dû qu'en vertu d'un accord ou de l'usage (art. 322 CO). La doctrine considère que les congés usuels doivent être payés aux travailleurs réguliers, mais cette présomption n'est pas absolue. Si elle s'applique sans autre aux causes de mariage, de naissance, d'adoption ou de décès, le Tribunal fédéral a précisé qu'il n'y avait pas de raison de l'appliquer à tous les autres cas, par exemple lorsqu'un travailleur entend revoir son beau-frère gravement malade et que le congé est rendu nécessaire (ou se trouve prolongé) en raison du domicile éloigné des membres de la famille. Dans un tel cas, le versement du salaire doit être dicté par l'usage dans la branche ou dans l'entreprise concernée. La Haute Cour a néanmoins ajouté que l'employeur reste tenu de payer le salaire du travailleur qui doit prendre soin d'un proche malade à raison d'une obligation légale, à tout le moins pendant le temps nécessaire à la recherche d'une solution de substitution, mais jusqu'à trois jours au maximum. Il convient, à ce sujet, de se référer à l'article 324a CO³⁹⁶.

Certaines CCT stipulent le droit d'obtenir un congé payé dans les cas énumérés ci-dessus (voir l'art. 39 CN pour le secteur principal de la construction en Suisse par ex.). D'autres CCT, comme la CCT romande du second œuvre (art. 25), offrent des motifs de congé plus

³⁹³ CARRUZZO et al., chapitre VI, p. A4ss.

³⁹⁴ CARRUZZO et al., chapitre VI, p. A4ss.

³⁹⁵ CARRUZZO et al., chapitre VI, p. A4ss.

³⁹⁶ CARRUZZO et al., chapitre VI, p. A4ss.

large ou des jours de congé supplémentaires. Quant au partenariat enregistré, il est désormais assimilé au mariage.

- g) Salaire en cas d'empêchement de travailler sans faute de la part du travailleur temporaire (art. 324a CO)

Maladie

Régime général

En règle générale et selon l'article 324a CO, si le travailleur est empêché de travailler sans faute de sa part pour des causes inhérentes à sa personne, telles que maladie, accident, accomplissement d'une obligation légale ou d'une fonction publique, l'employeur lui verse le salaire pour un temps limité, y compris une indemnité équitable pour le salaire en nature perdu, dans la mesure où les rapports de travail ont duré plus de trois mois ou ont été conclus pour plus de trois mois. Sous réserve de délais plus longs fixés par accord, contrat-type de travail ou convention collective, l'employeur paie pendant la première année de service le salaire de trois semaines et, ensuite, le salaire pour une période plus longue fixée équitablement, compte tenu de la durée des rapports de travail et des circonstances particulières (se référer à cet effet à l'échelle correspondante, l'échelle bernoise étant la plus utilisée).

Selon l'article 324a alinéa 4 CO, un accord écrit, un contrat-type de travail ou une convention collective peut déroger aux dispositions ci-dessus, à condition d'accorder au travailleur des prestations au moins équivalentes³⁹⁷ (voir régime spécial ci-dessous). En l'occurrence, la loi fédérale du 18 mars 1994 sur l'assurance-maladie (ci-après : LAMal)³⁹⁸ prévoit, à ses articles 67ss, la possibilité pour l'employeur de conclure une assurance facultative d'indemnités journalières pour ses employés (assurance perte de gain). En général, les indemnités journalières sont versées pendant 720 jours et correspondent à 80 % du gain assuré. Les CCT reprennent généralement ces obligations (voir par ex. l'art. 35 de la CCT romande du second œuvre, ou encore l'art. 64 de la CN pour le secteur principal de la construction en Suisse). À ce sujet, voir également l'ATF 124 III 126 traité page 149.

En vertu de l'article 324b CO, l'employeur est généralement libéré de son obligation de continuer à verser le salaire dès l'intervention de l'assurance obligatoire. Cependant, il peut être amené à verser la différence jusqu'à hauteur de 80 % du salaire assuré pendant la période limitée visée à l'article 324a CO si les prestations de l'assurance obligatoire sont inférieures.

³⁹⁷ Dans la pratique, les tribunaux ont jugé que 80 % du salaire versé pendant 720 jours avec trois jours d'attente et une participation du travailleur pour moitié à l'assurance pouvaient être considérés comme des prestations équivalentes.

³⁹⁸ RS 832.10.

Régime spécial propre au travail temporaire

Comme vu ci-dessus, le salaire dû par l'employeur en cas d'empêchement de travailler du salarié est fonction de la durée des rapports de travail (art. 324a CO). Cette durée ne se confond pas toujours avec la durée d'une mission, car plusieurs missions sont considérées comme une unité de rapports de travail (interdiction des « contrats en chaîne », voir ATF 117 V 248 traité p. 93 et les arrêts qui suivent)³⁹⁹ :

- elles se suivent ;
- les interruptions entre les missions sont dues uniquement à l'exercice d'un droit (vacances, maladie, accident) ou à l'accomplissement d'une obligation légale ;
- les périodes sans travail (jours ou semaines) entre deux missions sont uniquement imputables à la nature des rapports de travail temporaire.

Comme vu ci-dessus, l'article 324a alinéa 4 CO prévoit qu'un accord écrit, un contrat-type de travail ou une CCT peut déroger au régime général, à condition d'accorder au travailleur des prestations au moins équivalentes⁴⁰⁰.

La question de l'équivalence des prestations sera examinée globalement à la lumière de **l'ensemble des circonstances et des prestations**. Par exemple, des jours d'attente sont admis lorsqu'en cas de maladie d'une certaine durée, les prestations versées sont supérieures à celles prévues par le CO. Les parties peuvent également convenir librement d'un montant inférieur à celui prévu légalement (désavantage pour le travailleur) si, en contrepartie, le travailleur touche des prestations supplémentaires en cas d'incapacité prolongée⁴⁰¹.

Les contrats-cadres de travail temporaire stipulent généralement le régime hybride suivant :

« La durée maximale des prestations correspond, par cas et dans une période de 360 jours, au maximum à :

- 60 jours jusqu'à 3 mois d'activité ininterrompue ;
- 120 jours entre le 4^e et le 6^e mois d'activité ininterrompue ;
- 180 jours dès le 7^e mois d'activité ininterrompue.

En cas de maladie préexistante, la durée maximale des prestations d'assurance est de 30 jours.

Le délai de carence de 2 jours est déduit de la durée maximale des prestations ».

³⁹⁹ SECO, Directives et commentaires relatifs à la LSE et aux ordonnances, pp. 99 s.

⁴⁰⁰ SECO, Directives et commentaires relatifs à la LSE et aux ordonnances, pp. 99 s.

⁴⁰¹ SECO, Directives et commentaires relatifs à la LSE et aux ordonnances, pp. 100 s.

Accident

En vertu de l'article 66 alinéa 1 lettre o de la loi fédérale du 20 mars 1981 sur l'assurance-accidents (ci-après : LAA)⁴⁰² et de l'article 85 de l'ordonnance du 20 décembre 1982 sur l'assurance-accidents (ci-après : OLAA)⁴⁰³, **les entreprises de travail temporaire ont l'obligation d'assurer leurs travailleurs (leur propre personnel et celui dont elles louent les services) contre les accidents auprès de la SUVA.**

Selon l'article 13 alinéa 1 OLAA, les travailleurs à temps partiel occupés chez un même employeur au moins huit heures par semaine sont également assurés contre les accidents non professionnels. Pour les travailleurs à temps partiel dont la durée hebdomadaire de travail n'atteint pas huit heures chez un même employeur, les accidents subis pendant le trajet entre leur domicile et leur lieu de travail sont réputés accidents professionnels (art. 13 al. 2 OLAA).

Les primes de l'assurance obligatoire contre les accidents et maladies professionnels sont à la charge de l'employeur (art. 91 al. 1 LAA). Les primes de l'assurance obligatoire contre les accidents non professionnels sont à la charge du travailleur. Les conventions contraires en faveur du travailleur sont réservées (art. 91 al. 2 LAA).

Il n'y a que peu de CCT qui contiennent des règles particulières relatives à l'assurance-accidents. Comme vues ci-dessus, les entreprises de travail temporaire sont en effet obligatoirement assurées à la SUVA. Néanmoins, si une CCT contient des règles particulières, ces dernières doivent être respectées.

Maternité

En ce qui concerne la maternité, voir page 134.

Service militaire, service de protection civile

En matière de service militaire et de service de protection civile, il convient de respecter les règles des CCT étendues.

Prime à l'assurance maladie perte de gain

Il y a deux catégories de CCT :

- celles qui stipulent la part de prime à charge du travailleur ou de l'entreprise (voir par ex. l'art. 35 ch. 2 de la CCT romande du second œuvre, ou encore l'art. 23 ch. 2 de la CCT pour les hôtels, restaurants et cafés) ;
- celles qui sont muettes.

Il convient de respecter les règles particulières concernant la répartition des primes lorsqu'elles sont étendues. Lorsque la CCT est muette, l'employeur peut répartir les primes en deux parts égales, sans toutefois être obligé de prendre à sa charge une part plus importante.

⁴⁰² RS 832.20 ; l'art. 44 LAA a été abrogé par le ch. 12 de l'annexe à la LF du 6 oct. 2000 sur la partie générale du droit des assurances sociales (RS 830.1).

⁴⁰³ RS 832.202.

Les dispositions conventionnelles étendues qui concernent la durée du travail (art. 20 al. 1 et art. 48a al. 2 OSE)

a) Introduction

Précédemment, on a examiné certaines notions sous l'aspect du salaire. Quelques notions seront maintenant reprises en matière de durée du travail, mais des renvois seront systématiquement effectués avec l'aspect du salaire traité ci-dessus. En effet, de nombreux aspects de la durée du travail ont déjà été développés précédemment.

Selon l'article 48a alinéa 2 OSE, les **dispositions concernant la durée du travail** sont les dispositions qui régissent :

- le temps de travail normal ;
- la semaine de cinq jours ;
- les heures supplémentaires, le travail posté, le travail de nuit et le dimanche ;
- les vacances, les jours de congé et les jours fériés ;
- les absences ;
- les temps de repos et les pauses ;
- les temps de déplacement et d'attente.

Ces différentes notions sont développées ci-dessous.

b) Temps de travail normal

Horaire hebdomadaire fixe

Prévoir un horaire hebdomadaire fixe est la solution la plus simple. En effet, l'entreprise détermine par exemple 40 heures de travail hebdomadaire, respectivement 8 heures de travail par jour.

C'est la LTr qui fixe – de manière impérative (c'est-à-dire qu'on ne peut y déroger) – la durée maximale de la semaine de travail. Comme déjà précisé ci-dessus, cette durée est fixée à :

- 45 heures pour les travailleurs occupés dans les entreprises industrielles ainsi que pour le personnel de bureau, le personnel technique et les autres employés, y compris le personnel de vente des grandes entreprises de commerce de détail ;
- 50 heures pour tous les autres travailleurs.

Horaire hebdomadaire annuel moyen

Le marché du travail demande toujours plus de souplesse dans l'horaire de travail, cela afin de s'adapter aux besoins du marché, aux conditions climatiques, ainsi qu'aux absences non prévisibles de collaborateurs. Dans de tels cas, l'horaire peut fluctuer (horaire mobile ou à la carte), mais en moyenne, il doit être conforme à l'horaire convenu.

Ces besoins accrus de flexibilité engendrent le fait que l'horaire mobile ou à la carte est de plus en plus fréquent dans les entreprises. Dans ces systèmes, les travailleurs peuvent fixer individuellement et différemment selon les jours, la répartition des heures de travail et même la durée du travail dans les limites d'un cadre général prescrit. La durée du travail sera donc généralement répartie d'une manière inégale selon les semaines.

L'horaire convenu est **par exemple** de 40 heures de travail hebdomadaire. Si le collaborateur effectue 41 heures, 1 heure supplémentaire sera cagnottée. S'il effectue 39 heures, il pourra compenser avec l'heure supplémentaire cagnottée précédemment, le but étant toujours d'arriver à 40 heures hebdomadaires en moyenne sur une année. En revanche, si le collaborateur effectue 39 heures parce que son employeur n'a pas été en mesure de lui fournir du travail pour 40 heures, bien que 40 heures de travail lui aient été promises, alors l'employeur devra payer 40 heures de travail.

Néanmoins, le temps de travail doit toujours se situer dans les limites de la LTr. En cas de fluctuation de l'horaire, l'article 12 LTr sur les conditions et la durée du travail supplémentaire doit notamment être respecté. Ainsi, le travail supplémentaire ne peut dépasser deux heures par travailleur et par jour, sauf les jours chômés ou en cas de nécessité, ni le nombre d'heures suivant par année civile :

- 170 heures pour les travailleurs dont la durée maximale de la semaine de travail est de quarante-cinq heures ;
- 140 heures pour les travailleurs dont la durée maximale de la semaine de travail est de cinquante heures.

Le Tribunal fédéral a eu l'occasion de préciser que lorsque l'employeur laisse au travailleur le soin d'organiser son horaire de travail, un surplus d'horaire variable ne représente pas des heures supplémentaires au sens de l'article 321c CO. Par le biais de directives de l'employeur, le travailleur peut être obligé, dans un délai utile, à rattraper les heures manquantes par rapport au nombre d'heures convenues et à compenser les surplus. Une indemnité pour des crédits d'horaire variable est par principe exclue, la compensation des heures supplémentaires devant être assurée par un congé⁴⁰⁴.

Pour plus de détails, se référer aux notions d'heures supplémentaires et de travail supplémentaire ci-dessus dès page 174.

Horaire hebdomadaire de l'entreprise cliente en cas d'annualisation du temps de travail

Certaines CCT prévoient expressément une annualisation du temps de travail. C'est typiquement le cas de la CN pour le secteur principal de la construction en Suisse, où l'horaire peut varier par exemple entre 37.5 h en hiver et 48 h en été (voir les art. 23ss CN).

La LSE impose à l'entreprise cliente d'indiquer l'horaire de travail du collaborateur (art. 19 al. 2 let. d et art. 22 al. 1 let. e LSE). Indiquer l'horaire hebdomadaire moyen est

⁴⁰⁴ ATF 123 III 466.

fortement déconseillé. En revanche, il est recommandé d'indiquer l'horaire de travail au moment de la prise d'emploi, en précisant ensuite que c'est l'horaire conventionnel annuel qui a été remis expressément au collaborateur qui est applicable.

Pouvoir de représentation de l'entreprise cliente

On peut se demander si le bailleur de services peut donner les pouvoirs de représentation au sens des articles 32ss CO à l'entreprise cliente, cela afin qu'elle indique au travailleur l'horaire de travail à effectuer.

Selon le SECO, le bailleur de services peut donner à l'entreprise cliente une procuration expresse l'autorisant à résilier le rapport de travail en son nom⁴⁰⁵. Selon l'adage « qui peut le plus peut le moins », une telle procuration est à notre avis également possible pour l'horaire de travail. De plus, il ne s'agit pas d'un acte juridique strictement personnel excluant toute représentation (fiançailles, mariage, dispositions pour cause de mort), et le droit des obligations admet le principe de la représentation.

Si un tel procédé est choisi, le bailleur de services établira – en faveur de l'entreprise de mission et dans les conditions générales de location de services – une procuration expresse l'habilitant à indiquer l'horaire de travail au travailleur temporaire au nom du bailleur. Cette procuration peut ainsi faire partie intégrante du contrat de location de services.

Dans la pratique, le SECO a accepté l'article suivant, inséré dans les conditions générales de location de services : « *Subordination : Pendant le détachement, le travailleur temporaire exécute les travaux que lui assigne l'entreprise cliente selon ses instructions et sous la direction, le contrôle, la surveillance et la seule responsabilité de celle-ci. C'est cette dernière aussi qui détermine la cadence et l'horaire de travail et qui fournit outils, matériaux et le matériel de sécurité* ».

Pour plus de détails concernant l'indication de l'horaire de travail dans le contrat de mission, voir dès page 138.

c) Semaine de 5 jours

En général

Les CCT mentionnent en règle générale expressément la durée moyenne de la semaine de travail et le nombre de jours de repos hebdomadaire. Se référer par exemple aux articles 15 à 17 de la CCT pour les hôtels, restaurants et cafés, qui prévoient notamment deux jours de repos hebdomadaire et une durée moyenne de la semaine de travail (y compris le temps de présence) d'au maximum 42 heures pour cinq semaines de vacances et de 41 heures pour quatre semaines de vacances.

⁴⁰⁵ SECO, Directives et commentaires relatifs à la LSE et aux ordonnances, p. 144.

Semaine de 4 jours selon la LTr et l'OLT 1

Selon l'article 17b alinéa 2 LTr, le travailleur qui effectue un travail de nuit régulièrement ou périodiquement a droit à une compensation en temps équivalant à 10 % de la durée de ce travail. Ce temps de repos compensatoire doit être accordé dans le délai d'une année.

Selon les articles 17b alinéa 3 LTr et 32 alinéa 1 OLT 1 néanmoins, le temps de repos compensatoire ne doit pas être accordé lorsque :

- la durée moyenne du travail par équipe dans l'entreprise n'excède pas sept heures, pauses incluses ;
- le travailleur de nuit n'est occupé que quatre nuits par semaine (semaine de quatre jours) ;
- des temps de repos compensatoires équivalents sont accordés aux travailleurs dans un délai d'une année, par convention collective de travail ou par une application par analogie de dispositions de droit public ;
- la durée maximale du travail hebdomadaire fixée par le système d'organisation du temps de travail propre à l'entreprise n'excède pas, pour un emploi à temps complet, 35 heures, pauses comprises, en cas de durée de poste réduite à 7 heures en moyenne ;
- la durée maximale du travail hebdomadaire fixée par le système d'organisation du temps de travail propre à l'entreprise n'excède pas, pour un emploi à temps complet, 36 heures, pauses déduites, en cas de semaine de quatre jours.

Les cas énumérés ci-dessus ne sont pas fréquents.

d) Heures supplémentaires et travail supplémentaire

En ce qui concerne l'admissibilité des heures supplémentaires et du travail supplémentaire, ainsi que de la compensation des heures supplémentaires et du travail supplémentaire, se référer aux pages 174 et suivantes ci-dessus.

Il convient néanmoins de toujours se référer d'abord au contenu des CCT, qui peuvent limiter les heures supplémentaires ou prévoir d'autres règles.

e) Travail posté

Voici ci-dessous un certain nombre de points à prendre en considération en ce qui concerne le travail posté (travail en équipe) :

- le temps de repos compensatoire prévu à l'article 17b alinéa 2 LTr ne doit pas être accordé lorsque la durée moyenne du travail par équipe dans l'entreprise n'excède pas sept heures, pauses incluses (art. 17b al. 3 let. a LTr) ;
- le temps de travail doit être organisé de telle sorte qu'aucun travailleur ne soit occupé plus de six semaines consécutives dans la même équipe. En cas de travail de jour ou du soir à deux équipes, le travailleur doit participer dans une proportion égale aux deux équipes et, en cas de travail de nuit, au travail de jour ou du soir et au travail de nuit. Avec l'accord des travailleurs concernés et pour

autant que les charges et conditions fixées dans l'ordonnance soient observées, la période de six semaines peut être prolongée, ou l'alternance des équipes supprimée (art. 25 LTr) ;

- la semaine au sens de la loi (semaine de travail) commence la nuit du dimanche au lundi pour les systèmes d'organisation du travail en plusieurs équipes, et se termine le dimanche. Sont réservées les dispositions concernant le travail continu (art. 16 al. 1 OLT 1) ;
- se référer finalement aux articles 34 et 35 OLT 1 (travail en équipe et rotation des équipes ; suppression de l'alternance des équipes en cas de travail du matin ou du soir), dispositions qui concernent spécialement le travail en équipe, aux règles particulières des CCT ainsi qu'à la page 179 ci-dessus.

f) Travail à la tâche

Il n'y a pas de prescriptions légales particulières en matière de travail à la tâche et de durée de travail. Se référer néanmoins aux dispositions particulières des CCT ainsi qu'à la page 179 ci-dessus.

g) Travail du soir

Le travail du soir peut être introduit par l'employeur après audition de la représentation des travailleurs dans l'entreprise ou, à défaut, des travailleurs concernés. Les dispositions générales sont ainsi applicables (art. 10 LTr).

Comme vu ci-dessus page 180, le travail du soir n'est pas soumis à autorisation de l'autorité, et est donc à considérer comme du travail de jour en ce qui concerne la durée du travail.

h) Travail de nuit

Pour des considérations générales sur le travail de nuit, voir ci-dessus dès page 180.

Selon l'article 17a LTr, la durée du travail de nuit du travailleur n'excédera pas neuf heures, ou dix heures, pauses incluses. Si le travailleur est occupé trois nuits au plus sur sept nuits consécutives, la durée du travail quotidien peut s'élever à dix heures pour autant que les conditions fixées dans l'OLT 1 soient observées ; toutefois, la durée du travail, pauses incluses, doit être comprise dans un espace de douze heures.

Selon l'article 29 OLT 1 (prolongation du travail de nuit), une durée de 10 heures de travail comprise dans un intervalle de 12 heures est admise en cas de travail de nuit à **caractère régulier ou périodique**, pour autant que (conditions cumulatives) :

- le travailleur ne soit exposé à aucun risque accru d'ordre chimique, biologique ou physique ;
- le travailleur ne soit soumis à aucune pression excessive d'ordre physique, psychique ou mental ;
- le poste soit organisé de façon à prévenir chez le travailleur toute diminution de sa capacité fonctionnelle, susceptible de présenter un danger ;

- le travailleur ait été déclaré apte à ce travail après examen médical ;
- la durée effective du travail n'excède pas 10 heures dans un intervalle de 24 heures.

Toujours selon cette disposition, une durée de 10 heures de travail comprise dans un intervalle de 12 heures au sens de l'article 17a alinéa 2 LTr est admise en cas de travail de nuit à **caractère temporaire**, pour autant que (conditions cumulatives) :

- le poste soit organisé de façon à prévenir chez le travailleur toute diminution de sa capacité fonctionnelle, susceptible de présenter un danger ;
- la durée effective du travail n'excède pas 10 heures dans un intervalle de 24 heures ;
- le travailleur y consent.

Il convient de noter que l'article 29 OLT 1 prévoit des conditions différentes pour une prolongation, suivant que celle-ci intervienne dans le cadre de travail de nuit à caractère régulier ou périodique, ou à caractère uniquement temporaire. Néanmoins et comme déjà soulevé plus haut, c'est à l'entreprise cliente de demander les différentes autorisations.

i) Travail dominical

Pour des considérations générales sur le travail dominical, voir ci-dessus dès page 183.

Dimanche libre

Selon l'article 20 alinéa 1 LTr, le jour de repos hebdomadaire doit, une fois toutes les deux semaines au moins, coïncider avec un dimanche complet et suivre ou précéder immédiatement le temps de repos quotidien. D'après l'article 21 alinéa 2 OLT 1, la durée cumulée de ce jour de repos et du repos quotidien doit être d'au moins 35 heures. En outre, en vertu de l'article 18 alinéa 1 LTr, ce jour de repos doit impérativement couvrir la durée entre le samedi 23 h et le dimanche 23 h. Toutefois, il existe ici aussi la possibilité d'avancer ou de retarder cette période d'une heure, pour autant que les travailleurs concernés ou leur représentation au sein de l'entreprise soient d'accord. Enfin, l'article 20 alinéa 1 LTr contient une réserve expresse (exception) en faveur du travail continu, admissible à certaines conditions (art. 24 LTr)⁴⁰⁶.

Droit au repos compensatoire

Selon l'article 20 alinéa 2 LTr, le travail dominical dont la durée n'excède pas cinq heures doit être compensé par du temps libre équivalant à la durée du travail effectué. D'après l'article 21 alinéa 7 OLT 1, ce repos compensatoire doit être accordé dans un délai de quatre semaines⁴⁰⁷.

Si le travail dominical dure plus de cinq heures, le travailleur concerné doit se voir accorder un jour de repos compensatoire pendant la semaine précédente ou suivante

⁴⁰⁶ STÖCKLI/SOLTERMANN, pp. 306ss.

⁴⁰⁷ STÖCKLI/SOLTERMANN, pp. 306ss.

(art. 20 al. 2 LTr). Ce jour de repos compensatoire doit intervenir directement après le temps de repos quotidien, ce qui conduit à une durée totale de repos de 35 heures. De plus, l'article 21 alinéa 5 OLT 1 prévoit que ce jour de repos compensatoire doit contenir la période comprise entre 6 h et 20 h. En vertu de l'article 21 alinéa 3 OLT 1, chaque travailleur doit pouvoir bénéficier d'au minimum un jour de repos par période de sept jours, sous réserve des dispositions spéciales en matière de travail continu au sens de l'article 24 LTr. Sur ce point également, l'OLT 2 prévoit aux articles 7, 12 et 13 des exceptions (prolongation de la semaine de travail, nombre de dimanches de congé, repos compensatoire pour le travail effectué les jours fériés)⁴⁰⁸.

Travail pendant le repos compensatoire

Pendant le repos compensatoire au sens de l'article 20 alinéa 2 LTr, l'employeur ne peut occuper les travailleurs qu'exceptionnellement, lorsqu'il s'agit d'éviter des perturbations dans l'entreprise ou la détérioration de biens. Il ne peut dès lors s'agir que de travail temporaire dans des situations d'urgence. À noter qu'un tel emploi temporaire de forces de travail ne nécessite aucune autorisation. Selon l'article 20 alinéa 3 in fine, le repos compensatoire dû doit dans un tel cas être accordé au plus tard pendant la semaine suivante⁴⁰⁹.

j) Vacances

Ce point a déjà été traité ci-dessus page 189.

k) Congés usuels (mariage, décès, déménagement, soin à un membre de la famille)

Ce point a déjà été traité ci-dessus page 190.

l) Jours fériés

Le jour de la fête nationale

Le 1^{er} août est le seul jour férié fédéral. Il est assimilé au dimanche et est rémunéré s'il tombe sur un jour normalement travaillé. Conformément à l'article 2 alinéa 1 de l'ordonnance sur la fête nationale, l'occupation des travailleuses et des travailleurs le jour de la fête nationale est régie par les prescriptions relatives au travail dominical (voir ci-dessus)⁴¹⁰.

En raison de son assimilation au dimanche, il y a lieu d'admettre que le jour de la fête nationale est soumis à une interdiction d'occupation. Celle-ci peut recevoir les exceptions prévues par la LTr, qui valent également pour le jour de la fête nationale. Dès lors, les entreprises soumises à la LTr doivent obtenir une « *autorisation de travailler le dimanche* » selon l'article 19 alinéa 1 LTr, si elles entendent occuper des travailleurs le 1^{er}

⁴⁰⁸ STÖCKLI/SOLTERMANN, pp. 306ss.

⁴⁰⁹ STÖCKLI/SOLTERMANN, pp. 306ss.

⁴¹⁰ PORTMANN/PETROVIC, pp. 316 à 326.

août. Le cas échéant, elles doivent éventuellement obtenir en sus une autorisation de police, conformément à la législation cantonale sur le repos dominical⁴¹¹.

Les travailleurs non soumis à la LTr ou à une autre règle sur le travail du dimanche peuvent être occupés le jour de la fête nationale, si les besoins de l'entreprise l'exigent (art. 2 al. 2 de l'ordonnance sur la fête nationale). Lorsque la durée du travail ne dépasse pas cinq heures, elle est compensée par un temps libre d'égale durée. Lorsque sa durée dépasse cinq heures, elle est compensée par un jour de repos. Ne sont notamment pas soumis à la LTr les travailleurs qui exercent une fonction dirigeante élevée (notion développée à l'art. 9 OLT 1), les travailleurs à domicile ou encore les voyageurs de commerce selon la législation fédérale⁴¹².

Jours fériés cantonaux assimilés au dimanche

L'article 20a alinéa 1 LTr autorise les cantons à assimiler huit autres jours fériés par an au dimanche (voir p. 186). Il s'agit là de jours fériés qui ne tombent jamais ou pas systématiquement sur un dimanche. Il convient de préciser que le premier août n'est pas imputé sur le maximum de huit jours fériés que les cantons peuvent assimiler au dimanche (art. 20a al. 2 LTr). Le jour de la fête nationale constitue donc un jour férié supplémentaire, qui s'ajoute aux huit jours fériés évoqués. Les cantons peuvent prévoir une réglementation différente des jours fériés selon les régions, afin de tenir compte des différentes majorités religieuses. Les jours fériés ainsi définis s'appliquent alors à toutes les entreprises situées dans la région concernée, indifféremment de l'appartenance religieuse de l'employeur ou des travailleurs⁴¹³.

L'interdiction d'occuper des travailleurs le dimanche s'étend logiquement aux huit jours fériés maximums que les cantons peuvent assimiler au dimanche, en application de l'article 20 alinéa 1 LTr. Dès lors, si des entreprises soumises à la LTr entendent occuper des travailleurs durant les jours fériés assimilés au dimanche, elles doivent obtenir « l'autorisation de travailler le dimanche » prévue par l'article 19 alinéa 1 LTr. Le cas échéant, elles devront éventuellement obtenir en sus une autorisation de police, conformément à la législation cantonale sur le repos dominical. Par ailleurs, les articles 15ss OLT 2 définissent des exceptions à cette règle (notamment pour les cliniques et hôpitaux, les internats et les homes, les entreprises de soins à domicile, les cabinets médicaux et dentaires, les pharmacies, ainsi que les hôtels, restaurants et cafés)⁴¹⁴.

Il se pose la question de savoir si l'employeur peut exiger la compensation du temps perdu à l'occasion des jours fériés cantonaux. La réponse devrait être apportée par le droit privé, mais vu que le droit privé n'offre aucun fondement légal pour une telle compensation (exception faite de l'obligation générale de diligence et de fidélité en cas d'urgence), elle doit donc être autorisée par le contrat de travail individuel ou une CCT pour être possible. Pour qu'une compensation soit possible, il faut donc non seulement

⁴¹¹ PORTMANN/PETROVIC, pp. 316 à 326.

⁴¹² PORTMANN/PETROVIC, pp. 316 à 326.

⁴¹³ PORTMANN/PETROVIC, pp. 316 à 326.

⁴¹⁴ PORTMANN/PETROVIC, pp. 316 à 326.

qu'elle soit prévue par le contrat de travail ou une CCT, mais également que le temps de travail normal soit inférieur à la durée maximum du travail, cette dernière ne devant pas être dépassée par un rattrapage ou une anticipation. Le temps perdu doit être réparti sur les autres jours de la même semaine (art. 16 al. 3 OLT 1)⁴¹⁵.

Certaines CCT peuvent donner d'autres règles, mais jamais en défaveur des travailleurs.

Jours fériés résultant de la législation cantonale sur le repos dominical

En sus des huit jours fériés assimilables au dimanche, les cantons sont libres d'ériger en jours fériés officiels ou chômés autant de jours importants sur le plan confessionnel, politique, historique ou calendaire qu'ils le souhaitent. L'article 71 lettre c LTr réserve expressément la possibilité de définir des jours fériés cantonaux et communaux sur la base de la législation sur le repos dominical. Ainsi, la législation de police cantonale peut soumettre un nombre indéfini de jours au repos dominical (voir par ex. les art. 1ss de la loi jurassienne sur les jours fériés officiels et le repos dominical)⁴¹⁶. Au regard de l'article 73 alinéa 1 lettre a LTr, les cantons ne peuvent pas édicter une interdiction générale d'occupation durant les jours fériés cantonaux et communaux fondés sur leur législation sur le repos dominical. Seuls les travaux perturbant directement la quiétude des tiers peuvent être interdits. L'employeur ne peut toutefois occuper ses travailleurs que dans la mesure où il respecte la réglementation du contrat de travail⁴¹⁷.

Les jours fériés consacrés par la législation cantonale sur le repos dominical ne sont pas assimilés au dimanche, ce qui signifie que le travail accompli ces jours n'est pas soumis à l'obtention d'une dérogation à l'interdiction de travailler selon l'article 19 alinéa 1 LTr. Certaines législations cantonales sur le repos dominical le soumettent toutefois à l'obtention d'une autorisation de police⁴¹⁸.

Il relève du droit privé de déterminer si un employeur peut demander la compensation du temps perdu à l'occasion d'un jour férié cantonal. Si le contrat individuel de travail ou une CCT le prévoit, la compensation peut même permettre à l'employeur de dépasser la durée maximale du travail hebdomadaire pour compenser des jours fériés cantonaux non assimilés au dimanche. Ces derniers, au contraire des jours fériés assimilés au dimanche, tombent en effet dans le champ d'application de l'article 11 LTr, qui stipule que « *lorsque le travail est suspendu pour un temps relativement court [...], l'employeur peut faire compenser le temps perdu dans un délai convenable et, à cet effet, dépasser la durée maximum de la semaine de travail. Il est interdit de compenser plus de deux heures par jour et par travailleur, y compris le travail supplémentaire, sauf pendant les jours ou demi-journées ordinairement chômés* »⁴¹⁹.

⁴¹⁵ PORTMANN/PETROVIC, pp. 316 à 326.

⁴¹⁶ RSJU 555.1.

⁴¹⁷ PORTMANN/PETROVIC, pp. 316 à 326.

⁴¹⁸ PORTMANN/PETROVIC, pp. 316 à 326.

⁴¹⁹ PORTMANN/PETROVIC, pp. 316 à 326.

m) Temps de repos et pauses

Temps de repos

En général c'est une notion qui ressort de la LTr. On pourrait cependant imaginer que certaines CCT aient des règles étendues à ce propos.

Le repos sert au délassement et à l'alimentation des travailleurs. Contrairement aux pauses, s'il s'agit toutefois ici d'une durée plus longue. En règle générale, le repos quotidien comprend le temps hors du travail de jour et du soir au sens de l'article 10 LTr, c'est-à-dire la nuit⁴²⁰.

Selon l'article 15a LTr, le travailleur doit bénéficier d'une durée de repos quotidien d'au moins onze heures consécutives. Pour le travailleur adulte, la durée du repos peut être réduite à huit heures une fois par semaine, pour autant que la moyenne sur deux semaines atteigne onze heures. Il convient de préciser qu'en vertu de l'article 13 alinéa 3 OLT 1, le trajet de retour à partir d'un autre lieu de travail que le lieu habituel peut excéder les limites du travail quotidien ou la durée maximale du travail hebdomadaire ; dans ce cas, le repos quotidien de 11 heures ne commence qu'à l'arrivée du travailleur à son domicile⁴²¹.

L'article 19 OLT 1 traite des cas particuliers dans lesquels il est possible de déroger à la réglementation ordinaire sur le repos quotidien au sens de l'article 15a LTr ou fixe des conditions-cadres supplémentaires. Les articles 60 et 61 OLT 1 contiennent des dispositions spéciales pour les femmes enceintes et les mères durant la période d'allaitement (durée du travail en cas de grossesse et de maternité, temps consacré à l'allaitement et allègement de la tâche de travail). Finalement, la nouvelle OLT 5 contient des dispositions particulières pour les jeunes⁴²².

Pauses

Les pauses ont pour but de permettre le repos à court terme du travailleur et visent à lui assurer la possibilité de s'alimenter. Les pauses doivent protéger le travailleur contre les surcharges et éviter ainsi le danger d'accidents de travail en résultant⁴²³.

En premier lieu, il convient de relever que la pause au sens de la LTr n'est pas comptée comme temps de travail et doit obligatoirement être respectée (voir par ex. l'art. 23 al. 2 let. b de la CN pour le secteur principal de la construction en Suisse). Si la pause ne compte pas comme temps de travail, qu'il a été convenu un horaire hebdomadaire de 40 heures et qu'il y a ¼ d'heure de pause chaque jour, la disponibilité du travailleur est en fait égale à 41 heures ¼⁴²⁴.

⁴²⁰ MÜLLER ROLAND A. (GUËX DOMINIQUE), p. 255.

⁴²¹ SECO, Commentaire de la LTr et des ordonnances, p. 015a-1.

⁴²² SECO, Commentaire de la LTr et des ordonnances, p. 119-1.

⁴²³ MÜLLER ROLAND A. (GUËX DOMINIQUE), p. 255.

⁴²⁴ SECO, Commentaire de la LTr et des ordonnances, p. 015-2.

Les pauses comptent néanmoins comme travail lorsque le travailleur n'est pas autorisé à quitter sa place de travail, ou lors d'interruptions de travail pour des raisons techniques qui ne permettent pas de se reposer⁴²⁵.

Selon l'article 15 LTr, le travail sera interrompu par des pauses d'au moins :

- un quart d'heure, si la journée de travail dure plus de cinq heures et demie ;
- une demi-heure, si la journée de travail dure plus de sept heures ;
- une heure, si la journée de travail dure plus de neuf heures.

L'article 18 alinéa 1 OLT 1 contient des règles de détail quant à la question de savoir envers qui la pause peut être ordonnée (travailleurs individuels ou groupe de travailleurs) et si elle doit être fixée uniformément (pour tous en même temps ou décalée dans le temps). L'alinéa 2 règle quant à lui la question du moment de la pause (milieu du temps de travail).

n) Temps de déplacement et d'attente

Temps de déplacement

Selon l'article 13 alinéa 1 OLT 1, le temps que le travailleur consacre au trajet pour se rendre sur son lieu de travail et en revenir n'est pas réputé durée du travail, sous réserve du temps consacré au trajet en cas de service de piquet et, en cas de maternité, du trajet effectué par les mères qui allaitent (art. 60 al. 2 OLT 1)⁴²⁶.

Certaines CCT prévoient expressément un temps de déplacement journalier à charge du travailleur. C'est par exemple le cas de la CN pour le secteur principal de la construction en Suisse, qui prévoit à l'article 54 que le temps de déplacement doit être indemnisé au salaire de base individuel pour la partie qui dépasse 30 minutes par jour.

Temps d'attente

En principe, selon la LTr (art. 13 al. 3 et 18 al. 5 OLT 1), tout le temps que le travailleur met à disposition de son employeur, pendant lequel il ne peut pas disposer librement et faire ce qu'il veut, est considéré comme du temps de travail et doit donc être rémunéré (par ex. l'attente qu'une machine de chantier se libère ou que le supérieur ouvre le chantier).

⁴²⁵ MÜLLER ROLAND A. (GUÉX DOMINIQUE), p. 256 ; SECO, Commentaire de la LTr et des ordonnances, p. 015-2.

⁴²⁶ SECO, Commentaire de la LTr et des ordonnances, p. 113-1.

Les dispositions conventionnelles étendues qui concernent les frais de formation continue et les frais d'exécution (art. 20 al. 1 et art. 48b OSE)

Selon l'article 48b OSE – en vigueur depuis le 1^{er} avril 2006 –, si une CCT déclarée de force obligatoire prévoit une obligation de verser des contributions aux frais de formation continue et aux frais d'exécution, cette obligation naît le jour où un travailleur entre dans le champ d'application de cette CCT. Les contributions sont payées et affectées selon les règles fixées par la CCT, au prorata de la durée de l'engagement.

Le travailleur dont les services sont loués devrait ainsi avoir accès, au même titre que les travailleurs de la branche :

- à la formation continue financée à l'aide des contributions aux frais de formation continue ;
- aux autres prestations financées à l'aide des contributions aux frais d'exécution.

Les dispositions conventionnelles étendues qui concernent les frais de contrôle et les peines conventionnelles (art. 20 al. 2 LSE ainsi que art. 48d et e OSE)

a) En général

Selon l'article 20 alinéa 2 LSE – en vigueur depuis le 1^{er} avril 2006 –, l'organe paritaire de contrôle prévu par une CCT **étendue** est habilité à contrôler le bailleur de services. En cas d'infraction grave, il doit en informer l'office cantonal du travail et peut :

- infliger au bailleur de services une peine prévue par la CCT ;
- imputer au bailleur de services tout ou partie des frais de contrôle.

Les peines conventionnelles et les frais de contrôle facturés au bailleur de services sont payés et affectés selon les règles fixées par la CCT.

Les organes paritaires traitent le bailleur de services, lors des contrôles, comme les autres employeurs de la branche et doivent lui annoncer les contrôles dans un délai raisonnable (art. 48d al. 2 OSE). Selon le SECO, il est recommandé d'annoncer le contrôle au bailleur de services en tout cas trois semaines avant le contrôle, en indiquant le nom des contrôleurs et la CCT à laquelle se réfère le contrôle⁴²⁷.

Si un bailleur de services refuse de se laisser contrôler et qu'il ne demande pas ensuite d'être contrôlé par un organe de contrôle indépendant (voir ci-dessous), il se rend inapte à assurer une location de services satisfaisant aux règles de la profession et ne remplit plus dès lors la condition d'autorisation requise par l'article 13 alinéa 2 lettre b LSE. Il risque, après sommation, le retrait de son autorisation de pratiquer la location de services (art. 16 LSE)⁴²⁸.

⁴²⁷ SECO, Directives et commentaires relatifs à la LSE et aux ordonnances, pp. 137 s.

⁴²⁸ SECO, Directives et commentaires relatifs à la LSE et aux ordonnances, pp. 137 s.

b) Le cas particulier du contrôle indépendant ; cas tiré de la pratique

Dans un cas réel, une entreprise de location de services X se demandait si elle était autorisée à solliciter d'être contrôlée par une instance indépendante, en lieu et place d'une commission paritaire qui ne possédait pas, selon elle, l'indépendant et l'impartialité nécessaire. En effet, la commission paritaire avait des liens institutionnels étroits avec la société de placements temporaires Y, concurrente de l'entreprise X. De plus, c'était en grande partie les mêmes personnes qui dirigeaient la commission paritaire et la société Y, lesquelles avaient d'ailleurs leur siège à la même adresse.

L'entreprise X estimait ainsi que si le contrôle devait être effectué par la commission paritaire précitée, cela permettrait à une, voire plusieurs personnes exerçant une fonction dirigeante dans une entreprise concurrente, d'avoir accès à une quantité importante de ses données commerciales confidentielles.

Le bailleur de services peut demander en tout temps à l'autorité cantonale chargée de la déclaration d'extension que le contrôle soit effectué par un organe de contrôle **indépendant** des parties contractantes, l'article 6 LECCT étant applicable par analogie (art. 48d al 4 OSE).

L'autorité compétente fixe l'objet et l'étendue du contrôle après avoir entendu les parties et le bailleur de services (art. 6 al. 2 LECCT). Selon l'article 6 alinéa 3 LECCT, les frais de contrôle sont en principe supportés par l'employeur ou le travailleur qui a demandé la désignation d'un organe de contrôle spécial ou qui a refusé de se soumettre à un contrôle de l'organe paritaire. Toutefois et toujours selon cette disposition, lorsque des **circonstances particulières** le justifient, l'autorité compétente peut mettre les frais entièrement ou partiellement à la charge des parties à la convention.

Le but de l'article 6 LECCT est de protéger les « dissidents » en prévoyant qu'ils ne sont pas tenus de tolérer un contrôle de la part des associations contractantes⁴²⁹. En l'espèce, l'entreprise X précitée ne peut en aucun cas être assimilée à un « dissident » puisqu'elle n'a, par définition, pas le droit d'adhérer ni à la CN ni à la CCT, ne faisant pas partie de la branche concernée. Elle est ainsi exclue des négociations de ces conventions et n'a aucune possibilité de se faire représenter dans les commissions paritaires. Elle a donc un statut essentiellement différent des véritables dissidents, qui ont eux choisis en toute liberté de ne pas être parties à la convention collective. C'est dire qu'il convient d'interpréter de manière large les « circonstances particulières » justifiant que l'employeur « dissident » sollicite l'intervention d'un organe spécial, et par voie de conséquence que les frais de contrôle soient mis à la charge des parties à la convention.

Dans le cas d'espèce, il existe manifestement des circonstances particulières justifiant que l'entreprise X ne souhaite pas subir des contrôles de la part de la commission paritaire, et qu'elle sollicite que ces contrôles soient effectués par une instance indépendante, aux frais des parties à la convention. Il serait abusif de considérer que la

⁴²⁹ SCHWEINGRUBER/BIGLER, pp. 94 s.

commission paritaire puisse contrôler un bailleur de services en toute indépendance et en toute impartialité.

Au vu de ce qui précède, il paraît indiqué que la commission paritaire confie à une entité tierce le contrôle des bailleurs de services de l'entreprise X. Dans la mesure où la requête de Tempo SA est parfaitement légitime, s'agissant de « circonstances particulières », les frais de contrôle devraient être supportés par les parties à la CCT⁴³⁰.

Les dispositions conventionnelles étendues qui concernent la retraite anticipée (art. 20 al. 2 LSE et art. 48d et e OSE)

Selon l'article 20 alinéa 3 LSE – en vigueur depuis le 1^{er} avril 2006 –, lorsqu'une entreprise locataire de services est soumise à une CCT avec déclaration d'extension instituant un régime de retraite anticipée, le bailleur de services est également tenu de respecter ce régime envers le travailleur. Toujours selon cet alinéa, le Conseil fédéral peut fixer la durée minimale d'engagement à partir de laquelle le travailleur doit être mis au bénéfice de ce régime.

En l'occurrence, le Conseil fédéral a adopté l'article 48c OSE, qui indique que si une CCT déclarée de force obligatoire prévoit une obligation de verser une contribution de retraite anticipée, cette obligation naît le jour où un travailleur entre dans le champ d'application de cette CCT. En exception à ce principe général, sont exemptés de l'obligation de verser la contribution les travailleurs (conditions cumulatives) :

- de moins de 28 ans ;
- qui suivent une formation pour une profession qui n'entre pas dans le champ d'application de la CCT, et ;
- dont la mission est limitée à trois mois.

Pour un exemple, se référer à la CCT pour la retraite anticipée dans le second œuvre romand, convention étendue depuis le 9 juin 2004. En ce qui concerne l'affiliation des travailleurs temporaires à la LPP, voir dès page 131.

Conclusion

La multitude de CCT ainsi que le nombre très important de règles à respecter multiplient de manière exponentielle le risque d'erreurs. Les entreprises de travail temporaire sont particulièrement exposées dans ce domaine, puisqu'elles doivent appliquer plusieurs CCT différentes. De plus, le système d'extension des CCT par le Conseil fédéral ne simplifie pas les choses. En effet, les CCT ne sont en général que partiellement étendues, l'extension n'est souvent valable qu'une année et certaines règles sont régulièrement modifiées, particulièrement en ce qui concerne les salaires.

Pour toutes ces raisons, il est recommandé de s'entourer d'un mandataire.

⁴³⁰ Avis de droit de Jean-Philippe DUNAND, Professeur ordinaire de droit du travail à l'Université de Neuchâtel.

E. Une CCT indépendante pour le travail temporaire

Introduction

L'article 20 LSE règle la question de savoir si et dans quelle mesure une CCT liant l'entreprise locataire s'applique à l'entreprise bailleuse de services.

La plupart des bailleurs de services ne louent pas des travailleurs temporaires dans une seule branche professionnelle particulière, mais dans de multiples branches. De plus, les bailleurs de services ont souvent des activités dans plusieurs régions et cantons de la Suisse. Cet état de fait a une influence sur les CCT applicables. Ainsi, selon la réglementation en vigueur, le bailleur de services doit appliquer, le cas échéant, plusieurs CCT.

L'organisation des entreprises de travail intérimaire envisage de conclure une CCT indépendante pour la branche de la location de services. Dans sa contribution, GEISER examine si cette démarche est possible et s'interroge sur les rapports entre une telle CCT et celle applicable à l'entreprise locataire de services⁴³¹.

Résumé de la problématique

La particularité de la location de services est que les travailleurs loués le sont régulièrement dans des branches et des cantons différents. De plus, le champ d'application des CCT en Suisse est en règle générale déterminé géographiquement et selon les branches professionnelles. Il s'ensuit que chaque fois qu'un travailleur intérimaire change d'entreprise locataire de services, une CCT presque toujours différente lui est applicable. Ces changements de règles applicables compliquent passablement le déroulement de la relation de travail. À cela s'ajoute que pour le travailleur intérimaire, il devient relativement difficile d'avoir une certaine constance dans ses revenus ainsi que dans ses conditions de travail. Dans de telles conditions, il serait souhaitable d'adopter une CCT pour la branche du travail temporaire⁴³².

Selon l'auteur précité, la problématique principale d'une telle CCT réside dans le fait que le domaine de la location de services n'est pas une branche économique au sens traditionnel du terme. L'activité des bailleurs de services constitue bien une activité économique clairement définie, mais pas l'activité des travailleurs loués dans les différentes branches professionnelles. Le point commun de ces derniers réside bien plus dans la manière dont ils sont engagés et placés. Le champ d'application d'une telle CCT pourrait ainsi être déterminé par la manière dont est engagé et placé le travailleur⁴³³.

Si la branche du travail temporaire adopte une CCT applicable aux travailleurs intérimaires, cette dernière devra encore se concilier avec la CCT applicable à la branche

⁴³¹ GEISER, Gesamtarbeitsvertrag, pp. 213ss (trad.).

⁴³² GEISER, Gesamtarbeitsvertrag, pp. 213ss (trad.).

⁴³³ GEISER, Gesamtarbeitsvertrag, pp. 213ss (trad.).

de l'entreprise locatrice de services. Cela pose notamment la question du conflit de CCT (voir p. 163, ainsi que la décision publiée aux JdT 2003 III 3 et traitée p. 159)⁴³⁴.

Pour plus de détails sur la faisabilité et les problèmes posés par une telle CCT, nous vous renvoyons à la contribution de GEISER précitée.

La CCT de la branche du travail temporaire

a) Introduction

Fin juin 2008 et après presque une année d'intenses négociations, la nouvelle CCT pour le travail temporaire a reçu le feu vert du comité central d'Unia (représentant aussi Syna, SEC Suisse et Employés Suisse). Elle a aussi été approuvée par les membres de Swisstaffing, l'Union suisse des services de l'emploi, qui représente 70 % du chiffre d'affaires des agences en Suisse.

Le texte, prévu pour trois ans, **doit encore être déclaré de force obligatoire par le Conseil fédéral**. Les partenaires sociaux ont demandé l'extension du champ d'application en 2009 (demande publiée dans la Feuille officielle suisse du commerce le 30 juillet 2009). Cette demande d'extension a fait l'objet de nombreuses oppositions⁴³⁵.

Jusqu'à présent, seul un tiers environ des intérimaires travaillaient sous le régime d'une CCT étendue en vigueur. Les CCT sans extension du champ d'application n'étaient pas applicables aux travailleurs temporaires. Ceci pourrait changer avec la nouvelle CCT pour le travail temporaire, qui prescrit en principe le maintien de toutes les CCT déterminantes. La CCT négociée présente donc un côté résolument novateur dans le paysage des CCT suisses. Jusqu'ici, les CCT se limitaient à une branche ou à une entreprise. En revanche, la CCT pour le travail temporaire couvre plusieurs branches, respectivement toutes les branches qui recourent au travail temporaire.

Il conviendra ainsi d'être particulièrement attentif au moment de l'extension et de l'entrée en vigueur de la CCT de la branche du travail temporaire. Cette dernière profitera en effet à de très nombreux travailleurs, qui jusqu'ici n'étaient pas soumis à une CCT, et des salaires minimaux seront notamment introduits. Bien que les règles en place dans les branches dotées d'une CCT resteront prioritaires dans la majorité des cas, la CCT de la branche du travail temporaire s'appliquera partiellement ou intégralement dans d'autres⁴³⁶.

⁴³⁴ GEISER, Gesamtarbeitsvertrag, pp. 213ss (trad.).

⁴³⁵ CCT location de services, état actuel, cf. site Internet : [www.swisstaffing.ch/standard.aspx?key=395&l=fr], dernière vérification de l'adresse fin janvier 2010.

⁴³⁶ CCT location de services, downloads, cf. site Internet : [www.swisstaffing.ch/standard.aspx?key=396], dernière vérification de l'adresse fin janvier 2010.

b) Le contenu de la nouvelle CCT

Les salaires minimaux fixés dans les CCT avec extension du champ d'application continueront à être applicables aux employés temporaires de la branche en question. Les salaires de certaines CCT non étendues – mais figurant dans une liste annexe à la CCT de la branche du travail temporaire – seront applicables aux travailleurs concernés. Pour tous les intérimaires qui travaillent dans des branches sans CCT ou dont la CCT ne figure pas dans la liste susmentionnée, des salaires minimums régionalisés et différenciés en fonction de la qualification seront introduits. Les travailleurs avec formation obtiennent selon la région entre CHF 4'000.- et CHF 4'300.- de salaire mensuel, et ceux qui n'ont pas de formation entre CHF 2'700.- (régions frontalières dans le canton du Tessin et dans le canton du Jura) et CHF 3'200.-.

Les contributions professionnelles pour la formation continue des travailleurs temporaires ainsi que pour l'exécution de la CCT seront uniformisées dans l'ensemble de la branche des services de l'emploi et s'élèvent à 0.7 % du salaire pour les travailleurs, à 0.3 % du salaire pour les employeurs. Près de deux tiers des travailleurs temporaires pourraient obtenir de ce fait de nouveaux droits à des bons de formation continue et à une garantie sociale étendue via la nouvelle CCT.

Le droit au salaire en cas de maladie sera également réglé de façon uniforme. Tous les travailleurs temporaires dont les engagements dépassent au total la durée de trois mois auraient droit à 720 indemnités journalières maladie. En cas d'engagements de moindre durée du travailleur temporaire, une solution différenciée sera appliquée selon la branche concernée.

Article 21 LSE**Travailleurs étrangers en Suisse****I. Dispositions légales****Art. 21 LSE⁴³⁷ Travailleurs étrangers en Suisse**

¹Le bailleur de services n'engage en Suisse que des étrangers qui sont admis en vue de l'exercice d'une activité lucrative et autorisés à changer d'emploi.

²Des exceptions sont possibles pour protéger des intérêts économiques particuliers.

⇒ *La version adoptée était la même que celle du projet de loi. Néanmoins, une version complétée et révisée de cet article est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2008. L'alinéa 2 a été ajouté, conférant au Conseil fédéral la compétence d'édicter une réglementation plus différenciée dans certains cas.*

II. Travaux législatifs**A. Projet du 27 novembre 1985 (FF 1985 III 625)****Art. 21 LSE Travailleurs étrangers en Suisse**

Le bailleur de services n'engagera en Suisse que des étrangers qui sont en possession d'une autorisation leur permettant d'exercer une activité lucrative et de changer d'emploi et de profession.

B. Message du 27 novembre 1985 (FF 1985 III 590)

« Cet article repose sur l'idée que les étrangers ne devraient pas être autorisés à entrer en Suisse dans le but d'y louer leurs services. Toutefois, les étrangers qui sont déjà disponibles sur le marché suisse du travail doivent pouvoir travailler dans des entreprises de location de services. C'est pourquoi le projet fait dépendre la permission d'engager des étrangers dans la location de services de l'autorisation permettant à l'étranger d'exercer une activité lucrative et de changer d'emploi et de profession. Les personnes au bénéfice d'un permis d'établissement sont ainsi assimilées aux Suisses, car elles ont de manière générale le droit de changer d'emploi et de profession ; les personnes au bénéfice d'un permis de séjour peuvent louer leurs services après une année, et les saisonniers sont exclus de la location de services, car ils ne sont par principe pas autorisés à changer d'emploi et de profession. Pour les frontaliers, le changement d'emploi et de profession n'est pas réglé par la législation fédérale ; la compétence en matière d'autorisation appartient dans ce cas aux cantons qui peuvent régler la location des services des frontaliers en fonction de leurs propres besoins. Les frontaliers ne peuvent travailler que dans des entreprises locataires de services situées dans la zone frontalière (ordonnance limitant le nombre des étrangers qui exercent une activité lucrative, art. 17, 3^e al.)⁴³⁸.

⁴³⁷ Nouvelle teneur selon le ch. II 8 de l'annexe à la LF du 16 déc. 2005 sur les étrangers, en vigueur depuis le 1^{er} janv. 2008 (RS 142.20).

⁴³⁸ RS 823.21 [Remarque des auteurs : abrogée par l'OASA, RS 142.201].

Un étranger qui, sans en avoir encore acquis le droit, a été autorisé par le canton à changer d'emploi pour des raisons particulières, peut exceptionnellement aussi travailler pour un bailleur de services. Cette possibilité peut s'avérer judicieuse dans le cas notamment des travailleurs à l'année (au cours des douze premiers mois) et des saisonniers qui ont droit aux indemnités de l'assurance-chômage, ainsi que dans le cas des requérants d'asile et des personnes internées ».

C. Message du 8 mars 2002 (FF 2002 3594)

« La réglementation actuelle de l'art. 21 de la loi fédérale sur le service de l'emploi et la location de services, selon laquelle le bailleur de services ne peut engager une personne qui n'a pas déjà été autorisée à exercer une activité lucrative, se révèle aujourd'hui trop restrictive et dépassée par le développement de l'économie. Pour cette raison, il s'agit d'introduire une disposition spéciale (al. 2) conférant au Conseil fédéral la compétence d'édicter une réglementation plus différenciée dans les cas importants ».

III. Jurisprudence

A. Travailleurs étrangers / Autorisations nécessaires à employer des personnes étrangères / Diligence de l'employeur de fait et de l'employeur de droit ; TF, arrêt du 16.11.2009, 2C_357/2009

L'article 91 LEtr exige de l'employeur et du destinataire de services transfrontaliers un devoir de diligence : avant d'engager un étranger, l'employeur doit s'assurer qu'il est autorisé à exercer une activité lucrative en Suisse en examinant son titre de séjour ou en se renseignant auprès des autorités compétentes. De même, quiconque sollicite, en Suisse, une prestation de services transfrontaliers doit s'assurer que la personne qui fournit la prestation de services est autorisée à exercer une activité en Suisse en examinant son titre de séjour ou en se renseignant auprès des autorités compétentes.

Le devoir de diligence de l'employeur prévu par l'article 91 LEtr et les sanctions administratives instituées par l'article 122 LEtr correspondent à la réglementation antérieure. En revanche, l'obligation de diligence du bénéficiaire de prestations de services transfrontaliers est nouvelle⁴³⁹.

Selon la jurisprudence rendue sous l'empire de la LSEE, qui garde, pour l'essentiel, sa valeur sous l'empire de la LEtr, la notion d'employeur est une notion autonome qui vise l'employeur de fait et ne se limite pas à celle du droit des obligations⁴⁴⁰.

Dans l'arrêt attaqué, l'autorité précédente a notamment constaté que la recourante exerçait une activité de location de services soumise à autorisation au sens de l'article 12 LSE, qu'elle avait loué les services de deux travailleurs à deux entreprises, qu'à cet effet, elle les avait engagés sans avoir examiné leur permis de séjour ni s'être renseignée

⁴³⁹ FF 2002 3575 s. et FF 2002 3405.

⁴⁴⁰ Cf. ATF 128 IV 170 et ATF 99 IV 110.

auprès des autorités compétentes. En l'espèce, le Tribunal fédéral a jugé que c'est à bon droit que l'autorité précédente a constaté que la recourante était un employeur et qu'en cette qualité, elle avait violé le devoir de diligence qui lui incombait en application de l'article 91 LEtr.

L'article 91 LEtr ne limite en effet pas le devoir de diligence à un seul employeur dans l'hypothèse, comme en l'espèce, d'une chaîne de contrats de location. Au contraire, le législateur a clairement voulu renforcer la lutte contre le travail au noir, dont l'engagement de travailleurs étrangers dépourvus de titre de séjour et d'autorisation de travail constitue un segment important⁴⁴¹. Ainsi, l'obligation de diligence qu'impose l'article 91 LEtr au bailleur de services au sens de l'article 12 LSE ne préjuge en rien de l'éventuelle obligation pour les autres parties aux contrats en chaîne de respecter un même devoir de diligence également fondé sur l'article 91 LEtr.

Au surplus, un employeur ne peut s'exonérer de l'obligation de diligence de l'article 91 LEtr en se réfugiant derrière une éventuelle tromperie de tiers. En effet, il appartient à chaque employeur de procéder au contrôle. La simple omission de procéder à l'examen du titre de séjour ou de se renseigner auprès des autorités compétentes constitue déjà une violation du devoir de diligence.

Pour davantage de jurisprudence sur les autorisations nécessaires à employer des personnes étrangères, se référer aux pages 56 et suivantes.

B. Permis de frontalier / Travailleurs étrangers ; Service juridique de la police des étrangers du canton d'Argovie, arrêt du 24.11.2000, AGVE 2000 545

Dans cette affaire, un bailleur de services domicilié en Suisse a sollicité un permis de frontalier pour un travailleur domicilié à Mulhouse (France).

Ce permis lui a été refusé. En effet selon l'article 21 LSE, un bailleur de services ne peut engager en Suisse que des étrangers qui sont admis en vue de l'exercice d'une activité lucrative et autorisés à changer d'emploi. En l'espèce, le travailleur français n'était ni admis en vue de l'exercice d'une activité lucrative en Suisse, ni autorisé à changer d'emploi.

Il convient de préciser que selon la nouvelle teneur de l'article 21 LSE, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2008, des exceptions sont maintenant possibles pour protéger des intérêts économiques particuliers (voir le Message du Conseil fédéral ci-dessus).

⁴⁴¹ FF 2002 3406.

C. Autorisations nécessaires à employer des personnes étrangères / Sanction de l'Office cantonal ; TA VD, arrêt du 09.01.2007, PE.2006.0493

Selon l'article 21 alinéa 1 LSE, le bailleur de services n'engage en Suisse que des étrangers qui sont admis en vue de l'exercice d'une activité lucrative et autorisés à changer d'emploi.

Aux termes de l'article 1 LSEE⁴⁴², tout étranger a le droit de résider sur le territoire suisse s'il est au bénéfice d'une autorisation de séjour ou d'établissement. L'article 3 alinéa 3 LSEE⁴⁴³ indique que l'étranger qui ne possède pas de permis d'établissement ne peut prendre un emploi – et un employeur ne peut l'occuper – que si l'autorisation de séjour lui en donne la faculté.

En l'espèce, une entreprise de travail temporaire a employé trois personnes étrangères, titulaires d'un permis F, sans être au bénéfice des autorisations nécessaires.

L'Office cantonal de la main-d'œuvre et du placement (ci-après : OCMP) a dénoncé le 21 août 2006 l'entreprise de travail temporaire auprès de la préfecture de Lausanne sur la base des articles 39 alinéa 1 LSE et 23 alinéa 4 LSEE⁴⁴⁴.

Par décision du 21 août 2006, l'OCMP a signifié à l'entreprise de travail temporaire qu'il n'entrerait plus en matière, à compter de cette date, sur toute demande de main-d'œuvre étrangère qu'elle serait amenée à formuler pour une durée de deux mois. Cette décision précisait en outre qu'en cas de récidive dans le délai d'une année, la sanction serait doublée.

Le Tribunal administratif vaudois a ramené la sanction de 2 à 1 mois à l'encontre de l'entreprise de travail temporaire. Il a été tenu compte des antécédents relativement anciens (2000 et 2002), de la négligence de l'employée de cette entreprise (qui a été licenciée), du fait que les étrangers concernés ne se trouvaient pas en situation irrégulière en Suisse et que la prise d'emploi a été autorisée après le prononcé de la sanction, ainsi que du fait que l'entreprise de travail temporaire est particulièrement sensible aux effets de la sanction.

Pour davantage de jurisprudence sur les autorisations nécessaires à employer des personnes étrangères, se référer aux pages 56 et suivantes.

⁴⁴² Actuellement loi fédérale du 16 décembre 2005 sur les étrangers (LEtr), RS 142.20.

⁴⁴³ Actuellement loi fédérale du 16 décembre 2005 sur les étrangers (LEtr), RS 142.20.

⁴⁴⁴ Actuellement loi fédérale du 16 décembre 2005 sur les étrangers (LEtr), RS 142.20.

IV. Informations supplémentaires

Le domaine de la mobilité professionnelle transfrontalière est relativement complexe et évolue rapidement sur un plan juridique. Ainsi, nous vous renvoyons, pour des informations supplémentaires et actualisées, au Portail Suisse ch.ch⁴⁴⁵.

⁴⁴⁵ Portail Suisse, Travailleurs étrangers en Suisse, cf. site Internet : [www.ch.ch/private/00054/00055/00543/00561/index.html?lang=fr], dernière vérification de l'adresse fin janvier 2010.

Article 22 LSE**Contrat de location de services****I. Dispositions légales****A. LSE****Art. 22 LSE Contrat de location de services**

¹Le bailleur de services doit conclure un contrat écrit avec l'entreprise locataire de services. Il y indiquera :

- a. sa propre adresse et celle de l'autorité qui délivre l'autorisation ;
- b. les qualifications professionnelles du travailleur et le genre de travail ;
- c. le lieu de travail du travailleur ainsi que le début de l'engagement ;
- d. la durée de l'engagement ou les délais de congé ;
- e. l'horaire de travail du travailleur ;
- f. le coût de la location de services, y compris les prestations sociales, les allocations, les indemnités et les prestations accessoires.

²Sont nuls et non avenus les accords qui entravent ou empêchent l'entreprise locataire de services de conclure un contrat de travail avec le travailleur une fois que le contrat de location de services arrive à son terme.

³Sont toutefois admissibles les accords selon lesquels le bailleur de services peut exiger de l'entreprise locataire de services le versement d'une indemnité lorsque la location de services a duré moins de trois mois et que le travailleur a repris son activité au sein de l'entreprise locataire de services moins de trois mois après la fin de la location de ses services à cette entreprise.

⁴L'indemnité atteindra au maximum le montant que l'entreprise locataire de services aurait eu à payer au bailleur de services à titre de frais d'administration et de bénéfice pour un engagement de trois mois. Le bailleur de services doit imputer sur l'indemnité le montant déjà versé au titre de frais d'administration et de bénéfice.

⁵Si le bailleur de services ne possède pas l'autorisation nécessaire, le contrat de location de services est nul et non avenue. Dans ce cas, les dispositions du code des obligations⁴⁴⁶ concernant les actes illicites et l'enrichissement illégitime sont applicables.

⇒ *La version adoptée précise que le contrat doit indiquer les délais de congé, à défaut d'une durée d'engagement (al. 1 let. d).*

⁴⁴⁶ RS 220.

B. OSE

Art. 50 OSE **Contrat de location de services**

Le contrat de location de services doit en principe être conclu avant l'entrée en fonctions, à moins que l'urgence de la situation ne permette plus la conclusion d'un contrat écrit. Dans de tels cas, le contrat devra être rédigé par écrit dans les plus brefs délais.

II. Travaux législatifs

A. Projet du 27 novembre 1985 (FF 1985 III 625)

Art. 22 LSE **Contrat de location de services**

¹Le bailleur de services doit conclure un contrat écrit avec l'entreprise locataire de services. Il y indiquera :

- a. Sa propre adresse et celle de l'autorité qui délivre l'autorisation ;
- b. Les qualifications professionnelles du travailleur et le genre de travail ;
- c. Le lieu de travail du travailleur ainsi que le début et la durée de l'engagement ;
- d. L'horaire de travail du travailleur ;
- e. Le coût de la location de services, y compris les prestations sociales, les allocations, les frais et les prestations accessoires.

²Les arrangements qui entravent ou empêchent l'entreprise locataire de services de conclure un contrat de travail avec le travailleur après le terme de location de ses services sont nuls et non avenues.

³Sont toutefois admissibles les arrangements selon lesquels le bailleur de services peut exiger de l'entreprise locataire de services le versement d'une indemnité lorsque la location de services a duré moins de trois mois et que le travailleur a ensuite passé à l'entreprise locataire de services moins de trois mois après la fin de la location de ses services à cette entreprise.

⁴L'indemnité atteindra au maximum le montant que l'entreprise locataire de services aurait eu à payer au bailleur de services à titre de frais d'administration et de bénéfice pour un engagement de trois mois. Le bailleur de services doit imputer sur l'indemnité le montant déjà versé au titre de frais d'administration et de bénéfice.

⁵Si le bailleur de services ne possède pas l'autorisation nécessaire, le contrat de location de services est nul et non avenue. Le cas échéant, les dispositions du code des obligations⁴⁴⁷ concernant les activités illicites et l'enrichissement illégitime sont applicables.

⁴⁴⁷ RS 220.

B. Message du 27 novembre 1985 (FF 1985 III 591)

« 1^{er} alinéa : Le contrat de location de services est très souvent conclu oralement, par téléphone. Les placeurs sérieux confirment pour le moins par écrit l'entretien et fixent également dans leur communication les conditions générales. C'est cette pratique que l'article 22 s'attache à réformer en exigeant la forme écrite pour la conclusion du contrat. Ainsi, le contrat de location se voit indirectement attribuer des fonctions sur le plan de l'administration de la preuve et de la protection du travailleur dont les services sont loués, notamment en ce qui concerne le transfert du travailleur à l'entreprise tierce. Comme c'est le cas pour le contrat de travail, la loi fixe les conditions générales essentielles devant figurer dans le contrat. Si le contrat de location n'est pas conclu en la forme écrite ou si ses clauses sont incomplètes l'autorisation est retirée (art. 16, let. b).

2^e et 3^e alinéa : Les rapports triangulaires existant entre le travailleur, le bailleur de services et l'entreprise tierce comportent le danger que le travailleur et l'entreprise tierce nouent des rapports de travail directs. Ce danger est particulièrement grand étant donné que tant le contrat de travail que le contrat de location de services sont en règle générale dénonçables à court terme et que le passage du travailleur dans l'entreprise tierce permet d'économiser les indemnités assez importantes à verser au bailleur de services. C'est la raison pour laquelle pratiquement tous les bailleurs de services insèrent soit dans le contrat de travail, soit dans le contrat de location de services ou dans l'un et l'autre une clause y relative. En règle générale, une telle clause stipule que le travailleur ne peut directement conclure avec l'entreprise tierce un contrat de travail qu'après avoir été occupé durant une période minimum, le plus souvent trois mois. Lorsque cette période n'est pas écoulée, le travailleur ou l'entreprise tierce, voire les deux, sont tenus de payer une amende conventionnelle. Nous avons déjà exposé dans les remarques relatives à l'article 19, 3^e alinéa, que de telles interdictions de concurrence imposées au travailleur ne sont pas autorisées en vertu du Code des obligations. C'est pourquoi l'article 19, 3^e alinéa, interdit les arrangements à l'entreprise tierce (entreprise locataire de services). Au reste, il n'y a pas en principe d'objections à ce que le bailleur de services et l'entreprise tierce conviennent d'une indemnité en cas de transfert du travailleur. Nous avons renoncé à établir une interdiction générale de tels arrangements, comme on le prévoyait initialement, pour la simple raison que cette mesure ne satisferait pas au principe de la proportionnalité.

Les contacts noués entre le travailleur et l'entreprise tierce peuvent éventuellement aboutir à l'établissement de rapports contractuels directs non pas immédiatement, mais après quelque temps. Même lorsque le travailleur ne passe qu'après un certain temps dans l'entreprise tierce, il y a lieu d'admettre que le contrat de travail a été conclu à la faveur du travail accompli par le bailleur de services. Aussi une « indemnité de placement » est-elle également due en pareil cas. Le 3^e alinéa limite à trois mois le délai à respecter, cela compte tenu de réglementations déjà appliquées.

En formulant le 4^e alinéa, nous avons voulu tenir aussi bien compte de l'intérêt du bailleur de services, qui ne doit pas être traité comme un placeur à bon marché, que de l'intérêt public à assurer la protection du travailleur et à maintenir la souplesse voulue sur le marché du travail. Sur la base de résultats de relevés, on a calculé qu'après un emploi de

trois mois en tout du travailleur le placeur peut couvrir les dépenses administratives causées par la location des services du travailleur et réaliser un bénéfice convenable. C'est sur ce fait que repose la nouvelle disposition. Il convient de remarquer que cette réglementation exclut tout arrangement fixant une peine conventionnelle.

Le but visé par la présente disposition n'est pas de plafonner le bénéfice du placeur, mais plutôt de permettre à celui-ci de bénéficier d'une « indemnité » lorsque le résultat de son activité débouche sur un placement. Pour cette raison, une indemnité doit également être versée par l'entreprise au titre du transfert d'un travailleur dans son exploitation, même lorsque ce salarié y a déjà été occupé à plusieurs reprises et que le bailleur de services a régulièrement réalisé un bénéfice pour son activité.

En vertu du 4^e alinéa, un contrat de travail est nul et non avenu lorsque le bailleur de services ne dispose pas de l'autorisation requise. Il s'agit ainsi d'empêcher que ce bailleur de services puisse imposer l'exécution d'un contrat de location de services. Toutefois, l'entreprise tierce ne doit pas pouvoir se référer à un contrat de location de services lorsqu'elle sait pertinemment qu'elle a travaillé avec un bailleur de services qui n'a pas l'autorisation nécessaire. En revanche, l'entreprise tierce qui a agi de bonne foi peut demander réparation du dommage subi en raison de la nullité du contrat. Lorsque l'autorisation arrive à terme pendant la durée d'un contrat de location de services, celui-ci reste valable jusqu'au moment où il se révèle juridiquement impossible de continuer à exécuter le contrat. Il y a lieu de régler le cas en vertu de l'article 2, 2^e alinéa, du code civil au sens d'une adaptation des conditions contractuelles aux circonstances (résiliation avec effet immédiat du contrat, droit à une prestation au pro rata) ».

III. Jurisprudence

A. Privilège de responsabilité de l'employeur / Application par analogie à l'entreprise locataire de services ? ; ATF 123 III 280

Aux termes de l'ancien article 44 LAA – actuellement article 75 de la loi fédérale du 6 octobre 2000 sur la partie générale du droit des assurances sociales (ci-après : LPG)⁴⁴⁸ –, la personne assurée à titre obligatoire et ses survivants ne peuvent faire valoir de prétentions civiles contre le conjoint de l'assuré, ses parents en ligne ascendante ou descendante ou les personnes vivant en communauté domestique avec lui que s'ils ont provoqué l'accident intentionnellement ou par une négligence grave. L'alinéa 2 de cette disposition limite dans la même mesure les prétentions civiles existant en raison d'un accident professionnel contre l'employeur, les membres de sa famille et les travailleurs de son entreprise.

L'article 75 LPG indique aujourd'hui que l'assureur n'a un droit de recours contre le conjoint de l'assuré, ses parents en ligne ascendante et descendante ou les personnes qui font ménage commun avec lui que s'ils ont provoqué l'événement assuré intentionnellement ou par négligence grave. Selon l'alinéa 2, si les prétentions

⁴⁴⁸ RS 830.1.

récursoires découlent d'un accident professionnel, la même limitation est applicable à l'employeur de l'assuré, aux membres de sa famille et aux travailleurs de son entreprise.

Il est manifeste que l'article 44 alinéa 2 LAA ne fournit pas une réponse immédiate à la question de savoir si l'entreprise locataire de services bénéficie ou non du privilège de l'employeur. La doctrine étant relativement partagée sur cette question, il convient dès lors d'interpréter cette disposition.

La LAA ne définit pas la notion d'employeur utilisée notamment à son article 44 alinéa 2. En droit privé, l'employeur est celui qui est lié au travailleur par un contrat de travail (cf. art. 319 al. 1 CO). Cette définition se révèle toutefois trop étroite pour cerner l'employeur auquel l'article 44 alinéa 2 LAA fait référence. En effet, les administrations publiques peuvent également être des employeurs au sens de cette disposition, quand bien même elles n'ont pas conclu de contrat de travail avec leurs fonctionnaires (cf. art. 66 al. 1 let. p et q LAA).

Il n'en demeure pas moins qu'un lien doit exister entre l'assuré victime d'un accident et la personne recherchée en responsabilité qui entend se prévaloir du privilège de l'employeur. Contrairement aux textes français et italien de l'article 44 alinéa 2 LAA, qui font seulement mention de « l'employeur » (« il datore di lavoro »), la version allemande précise à cet égard qu'il s'agit bien de l'employeur de l'assuré (« den Arbeitgeber des Versicherten »). N'importe quel employeur ne peut donc invoquer le bénéfice de l'article 44 alinéa 2 LAA à l'égard de n'importe quel travailleur.

Pour déterminer la nature du lien entre travailleur et bénéficiaire du privilège de responsabilité, il convient de rechercher la *ratio legis* de l'article 44 alinéa 2 LAA. Le privilège accordé par cette disposition est motivé avant tout par le fait que les primes de l'assurance obligatoire contre les accidents et les maladies professionnels sont à la charge de l'employeur ; ce dernier, finançant le système d'assurance, n'a pas à réparer en sus, en vertu d'un chef de responsabilité, le dommage subi par un travailleur occupé à son service. Le maintien de la paix du travail a également été avancé comme fondement de l'article 44 alinéa 2 LAA ; il s'agirait d'éviter les affrontements entre employeur et travailleur au sein de l'entreprise⁴⁴⁹.

Comme sous l'empire de la loi fédérale du 13 juin 1911 sur l'assurance en cas de maladie et d'accidents (ci-après : LAMA)⁴⁵⁰, la justification principale du privilège de l'employeur réside ainsi dans le paiement des primes de l'assurance-accidents. Il s'ensuit qu'en principe, seul l'employeur qui a la charge des primes afférentes au travailleur lésé peut opposer à ce dernier la limitation de responsabilité instituée par l'article 44 alinéa 2 LAA (cf. art. 91 al. 1 LAA).

En matière de location de personnel, c'est l'entreprise de travail temporaire qui paie les primes des travailleurs dont les services sont loués à autrui⁴⁵¹. La question se pose

⁴⁴⁹ En lieu et place de nombreuses citations, cf. ATF 123 III 280 ainsi que la doctrine et la jurisprudence citées à cet endroit.

⁴⁵⁰ FF 1911 815, abrogée par la LAMal.

⁴⁵¹ Art. 66 al. 1 let. o LAA et art. 85 OLAA ; THÉVENOZ, Le travail intérimaire, n° 924ss.

néanmoins de savoir si le bénéfice de l'article 44 alinéa 2 LAA est réservé au débiteur formel des primes d'assurance ou si, comme le soutient THÉVENOZ⁴⁵², l'entreprise « utilisatrice » est également légitimée à invoquer le privilège de l'employeur, dans la mesure où elle supporte en fait le coût de l'assurance-accidents, ce dernier étant inclus avec le salaire et les autres charges sociales dans les honoraires versés à l'agence intérimaire.

Comme déjà relevé, l'article 44 alinéa 2 LAA, contrairement à l'article 129 alinéa 2 LAMA⁴⁵³, ne contient pas la condition selon laquelle l'employeur doit avoir payé les primes auxquelles il est astreint dans l'assurance obligatoire. La suppression de cette exigence n'a toutefois pas une portée fondamentale.

En soi, l'argument économique n'emporte pas non plus la conviction. D'une part, l'entreprise, qu'elle emploie ou non du personnel intérimaire, reporte, d'une manière ou d'une autre, le coût de l'assurance-accidents sur le prix de ses produits. Or, il n'a jamais été question de mettre les acheteurs au bénéfice du privilège de l'article 44 alinéa 2 LAA. D'autre part, l'octroi du privilège de l'employeur à l'entreprise locataire de services ne supprimerait pas le bénéfice de l'article 44 alinéa 2 LAA pour l'agence intérimaire, dont la qualité d'employeur de l'assuré au sens de cette disposition ne saurait être niée. Dans un cas comme celui d'espèce, les deux entreprises pourraient ainsi voir leur responsabilité limitée grâce à l'article 44 alinéa 2 LAA. Rien ne permet d'admettre que tel était le but recherché par le législateur.

De manière générale, il convient de souligner le caractère exceptionnel de la limitation de la responsabilité de l'employeur dans le droit suisse de la responsabilité civile. En effet, hormis l'hypothèse rare de la faute grave, le privilège institué par l'article 44 alinéa 2 LAA s'applique à tout le dommage pour lequel existe une prestation d'assurance correspondante, y compris celui qui n'est pas couvert par ladite prestation. Dans bien des cas, le travailleur lésé ou les survivants d'un travailleur tué dans un accident professionnel ne pourront dès lors pas obtenir pleine réparation de leur préjudice. C'est l'une des raisons pour lesquelles plusieurs auteurs critiquent le privilège de responsabilité de l'employeur. Du reste, la commission d'étude pour la révision totale du droit de la responsabilité civile propose d'abolir ce privilège, tout en maintenant le privilège récursoire également déduit de l'article 44 alinéa 2 LAA⁴⁵⁴.

Dans ces conditions, il n'y a pas lieu d'étendre la portée de l'article 44 alinéa 2 LAA. L'employeur dont il est question à cette disposition ne peut correspondre qu'à celui qui est lié juridiquement au travailleur et qui, conformément à l'article 91 alinéa 1 LAA, doit s'acquitter des primes de l'assurance obligatoire contre les accidents et maladies professionnels.

⁴⁵² THÉVENOZ, *Le travail intérimaire*, n° 927ss.

⁴⁵³ Abrogée par la LAMal.

⁴⁵⁴ En lieu et place de nombreuses citations, cf. ATF 123 III 280 ainsi que la doctrine et la jurisprudence citées à cet endroit.

L'entreprise locataire de services ne peut donc se prévaloir de l'article 44 alinéa 2 LAA lorsqu'un travailleur intérimaire est victime d'un accident professionnel. Certes, en pareil cas, le travailleur temporaire se trouve avantagé par rapport au travailleur fixe ; il n'y a toutefois là rien d'inéquitable, étant donné le statut précaire du travailleur intérimaire.

B. Privilège de responsabilité de l'employeur / Application par analogie à l'entreprise locataire de services ? ; TF, arrêt du 09.05.2008, 4A_187/2007, JAR 2009 250

Le privilège de responsabilité de l'ancien article 44 LAA – actuellement article 75 LPGa – ne s'applique qu'à l'employeur (le cas échéant au bailleur de services), à savoir celui qui, sur la base d'un contrat de travail, s'acquitte des primes de l'assurance obligatoire contre les accidents et maladies professionnels (art. 91 al. 1 LAA). L'entreprise cliente qui loue les services d'un travailleur intérimaire en est donc exclue.

C. Transformation d'un contrat de travail ordinaire en contrat de location de services / Transformation effectuée à l'occasion d'un transfert d'entreprise ; ATF 132 III 32

Dans un groupe de sociétés, il est possible qu'une société apparaisse comme l'employeur et qu'elle prête ses employés à d'autres sociétés du même groupe⁴⁵⁵. Un tel procédé est admissible, pour autant qu'il ait été prévu expressément ou tacitement dans le contrat de travail (art. 333 al. 4 CO). Il est par ailleurs évident que les modifications survenant au sein de l'entreprise locataire n'ont pas d'incidence sur les rapports de travail des personnes qui sont mises à la disposition de cette entreprise, partant qu'il n'en résulte aucun changement d'employeur. À supposer que ladite entreprise soit transférée à un tiers, c'est donc le bailleur de services qui conservera la qualité d'employeur et non le reprenant qui l'acquerra.

Dans le cas d'espèce néanmoins, il est soutenu qu'à la suite de la scission ayant engendré un groupe de sociétés, la société qui employait le travailleur temporaire avant la scission serait devenue le bailleur de services. Aussi convient-il d'examiner si un contrat de travail ordinaire peut être transformé en un contrat de location de services à l'occasion d'un transfert d'entreprise.

En principe, la liberté contractuelle régit aussi le droit du travail, et les parties sont libres de modifier leurs rapports contractuels. Il est donc possible de mettre un terme – par résiliation ou accord – au contrat de travail existant et d'en conclure un nouveau avec une autre société, quand bien même les services continueraient à être fournis à la même place de travail. Les anciens rapports de travail seront ainsi transformés en rapports de location de services. Rien ne s'oppose, en théorie, à ce qu'une telle transformation intervienne à l'occasion de la cession d'une entreprise. Encore faut-il que cette manière de procéder n'aboutisse pas à contourner les règles régissant le transfert d'entreprise.

⁴⁵⁵ En lieu et place de nombreuses citations, cf. ATF 123 III 280 ainsi que la doctrine et la jurisprudence citées à cet endroit.

Il va de soi que, si le prétendu bailleur de services est l'ancien employeur, la transformation envisagée ne peut être opérée avant le transfert de l'entreprise. Dans le cas contraire, le bailleur et le locataire de services seraient identiques. Or, la location de services suppose l'existence d'un contrat liant le bailleur de services à l'entreprise locataire (art. 22 LSE), et personne ne peut conclure un contrat avec soi-même. Pour la période postérieure au transfert de l'entreprise, il est en revanche tout à fait possible qu'un tel contrat soit conclu entre l'ancien employeur et l'acquéreur. Il est donc aussi concevable de transformer les rapports de travail, avec le consentement du travailleur, en rapports de location de services. Les rapports de travail n'en auront pas moins passé d'abord à l'acquéreur et fait naître la responsabilité solidaire de celui-ci à l'égard du travailleur (art. 333 al. 3 CO). De fait, ce n'est qu'ensuite que les rapports de travail pourront être transformés en rapports de location de services. À cette occasion, il ne sera pas possible d'exclure conventionnellement cette responsabilité solidaire, car un accord allant dans ce sens ne pourrait tendre à autre chose qu'à contourner l'article 333 alinéa 3 CO, disposition dont le caractère impératif n'est pas sujet à discussion.

D. Étendue de la responsabilité du bailleur de services ; TF, arrêt du 30.04.2007, 2A_425/2006

Dans le cas d'espèce, les contrats conclus avec l'entreprise cliente prévoyaient l'obligation, pour la société « bailleresse de services », d'indemniser sa cliente des dommages que ses employés pourraient occasionner dans l'exercice de leur activité professionnelle, notamment en cas de perte de données.

Il faut voir dans cette responsabilité encourue par la société « bailleresse de services » un indice excluant la simple location de services. La responsabilité du bailleur de services est en effet limitée au choix diligent du personnel délégué.

En s'engageant contractuellement à réparer tout dommage causé par ses employés, notamment en cas de perte de données, la société « bailleresse de services » a assumé une responsabilité plus étendue. De la même manière, les dispositions prises par cette société pour remédier à ses frais aux conséquences de l'incapacité de travail dont un de ses collaborateurs a été victime pendant sa mission ne peuvent s'expliquer que par le souci de cette société de répondre à une obligation de résultat, préoccupation généralement étrangère à la simple mise à disposition de forces de travail.

Il faut par conséquent admettre qu'au vu de l'ensemble des circonstances, les prestations offertes par la société « bailleresse de services » ont dépassé celles offertes par un bailleur de services ordinaire. Par conséquent, les relations contractuelles établies avec l'entreprise cliente ne justifient pas l'assujettissement de la société à la LSE.

⇒ Voir également pp. 19, 22 et 231

- E. Qualification du contrat / Distinction entre le contrat de location de services et le contrat de mandat / Responsabilité du bailleur de services / Choix diligent du travailleur temporaire / Relations quasi contractuelles ; Cour de Justice du canton de Genève, Chambre civile, arrêt du 19.01.2007, JAR 2008 370

⇒ Voir p. 22

IV. Chapitres choisis

A. La forme du contrat de location de services

Le contrat de location de services lie le bailleur de services au locataire de services uniquement. Il doit impérativement répondre à la forme écrite (art. 22 al. 1 LSE)⁴⁵⁶ et doit, de ce fait, être signé par le bailleur comme par le locataire de services. Le fait d'obtenir la signature est en principe de la responsabilité du bailleur de services. La signature doit, au plus tard, être obtenue avant le début de la mission, sauf si l'urgence ne le permet pas. Dans un tel cas, le contrat devra être rédigé par écrit dans les plus brefs délais (art. 50 OSE).

Le contrat de location de services doit être signé par les deux parties (bailleur de services et locataire de services). Il ne suffit pas que le bailleur de services communique les conditions générales de l'entreprise à l'entreprise de mission ou lui confirme la mission. L'article 22 alinéa 1 LSE exige que tout le contrat soit contresigné, les conditions générales de l'entreprise pouvant en faire partie intégrante⁴⁵⁷.

L'obligation de conclure un contrat de location de services est valable pour tout bailleur de services, qu'il soit ou non assujéti à l'autorisation au sens de l'article 12 LSE. Ainsi, un contrat de location de services doit être conclu dans tous les cas, à savoir également en cas de mise à disposition occasionnelle de travailleurs⁴⁵⁸.

Selon THÉVENOZ, alors que l'article 19 alinéa 3 LSE ne sanctionne pas de nullité l'informalité du contrat de travail, aucune disposition équivalente ne vient atténuer la nullité prescrite par l'article 11 alinéa 2 CO lorsque le contrat de location de services n'obéit pas aux conditions de forme de l'article 22 alinéa 1 LSE. Si ce contrat ne revêt pas la forme légale, il ne saurait donner lieu à rémunération, le bailleur ne disposant à l'encontre du locataire que d'une prétention en enrichissement illégitime pour les services que celui-ci a reçus en vertu d'un contrat nul. Toujours selon cet auteur, il conviendrait à tout le moins de distinguer entre bailleurs « professionnels » et « occasionnels » de services : la nullité (art. 11 al. 2 CO en lien avec l'art. 22 al. 1 LSE) du

⁴⁵⁶ STREIFF/VON KAENEL, pp. 96ss n° 21.

⁴⁵⁷ SECO, Directives et commentaires relatifs à la LSE et aux ordonnances, p. 143.

⁴⁵⁸ SECO, Directives et commentaires relatifs à la LSE et aux ordonnances, p. 143.

contrat paraît une sanction disproportionnée pour le second relativement à une exigence qui ne devrait poursuivre ici qu'un but de preuve⁴⁵⁹.

Si le bailleur de services enfreint de manière répétée ou grave l'obligation de conclure des contrats de locations de services par écrit, son autorisation de pratiquer peut lui être retirée (art. 16 al. 1 let. b LSE) et il encourt des sanctions pénales, à savoir une amende de CHF 40'000.- au maximum (art. 39 al. 2 let. c LSE).

Le SECO met à disposition un modèle de contrat de location de services, modèle qui contient cependant une erreur. En effet, dans un contrat de location de services, la seconde partie est l'entreprise locataire de services (art. 22 al. 1 LSE), et non le travailleur⁴⁶⁰.

B. Le contenu du contrat de location de services

Le contrat de location de services doit contenir les informations suivantes⁴⁶¹ :

- l'adresse du bailleur de services et l'autorité qui lui a délivré l'autorisation de pratiquer ;
- les qualifications professionnelles du travailleur et le genre de travail ;
- la date du début de l'engagement ;
- la durée de l'engagement ;
- les délais de congé ;
- l'horaire de travail appliqué au travailleur ;
- le coût de la location de services, y compris les prestations sociales, les allocations, les indemnités et les prestations accessoires.

Le contrat de location peut se référer à une ou plusieurs missions. Toutefois, des indications suffisamment précises doivent y figurer concernant les qualifications requises du collaborateur, le genre de travail, l'horaire de travail ainsi que de la durée de la mission et la rémunération. Le contrat englobe généralement des conditions générales qui doivent notamment préciser les suppléments dus en cas d'heures supplémentaires, travail de nuit ou du dimanche.

De plus, la loi déclare nulle toute clause du contrat interdisant à l'entreprise cliente de conclure un contrat de travail avec le travailleur qu'elle a loué, **une fois que le contrat de location de services arrive à son terme** (art. 22 al. 2 LSE).

Le bailleur de services peut toutefois prévoir, dans le contrat de location de services, que l'entreprise cliente devra payer une indemnité si au terme de la mission ou dans les trois mois qui suivent, cette dernière embauche directement le travailleur loué. L'indemnité

⁴⁵⁹ THÉVENOZ, La location de services dans le bâtiment, pp. 70 s.

⁴⁶⁰ SECO, Directives et commentaires relatifs à la LSE et aux ordonnances, pp. 148ss.

⁴⁶¹ Dans la pratique, les entreprises qui font commerce de la location de services (travail temporaire et travail en régie) utilisent des formules préimprimées auxquelles elles ajoutent les spécifications de la mission. Il appartient au locataire de services de signer et retourner le document qui lui a été soumis.

ne peut néanmoins être exigée que si la mission a duré elle-même moins de trois mois (art. 22 al. 3 LSE)⁴⁶².

L'indemnité atteindra au maximum le montant que l'entreprise locataire de services aurait eu à payer au bailleur de services à titre de frais d'administration et de bénéfice pour un engagement de trois mois. Le bailleur de services doit imputer sur l'indemnité le montant déjà versé au titre de frais d'administration et de bénéfice (art. 22 al. 4 LSE).

C. La qualification du contrat de location de services

La doctrine est partagée sur la question de savoir si le contrat conclu entre le bailleur de services et le locataire de services doit être qualifié de contrat *sui generis*, ou s'il doit être qualifié de contrat de mandat au sens des articles 394ss CO. La distinction est notamment pertinente en ce qui concerne l'article 404 CO, qui stipule que le mandat peut être révoqué ou répudié en tout temps⁴⁶³.

Selon THÉVENOZ, le contrat de location de services ne relève pas du contrat d'entreprise. En revanche, les dispositions qui concernent le mandat lui offrent un cadre parfaitement approprié. On retiendra donc qu'à défaut de dispositions contraires stipulées entre les parties, le contrat de location de services est un contrat *sui generis* régi principalement par les articles 394ss CO, 22 LSE et 50 OSE⁴⁶⁴.

En ce qui concerne la qualification du contrat de location de services, voir également les pages 22 et 120.

D. Les obligations réciproques des parties au contrat de location de services

La LSE ne règle pas explicitement les obligations réciproques du bailleur et du locataire de services. En particulier, elle ne se prononce pas sur la nature exacte ni sur l'intensité de l'obligation du bailleur de services. Plus vraiment innommé puisqu'il reçoit désormais un embryon de réglementation légale, le contrat de location de services reste un contrat dont il faut rechercher, dans les usages commerciaux, les obligations caractéristiques (voir la décision publiée dans JAR 2008 370 et traitée p. 22)⁴⁶⁵.

Ainsi et comme cela a été vu ci-dessus, le contrat de location de services est un mandat (art. 394ss CO) dont l'objet n'est pas l'exécution par le bailleur de certains travaux au profit du locataire – pour lequel le premier recourrait à un ou plusieurs auxiliaires –, mais bien la mise à disposition de travailleurs pendant une certaine durée, pour que ceux-ci accomplissent leur activité sous la direction et la responsabilité du locataire de services⁴⁶⁶. À cela s'ajoute que la responsabilité du bailleur de services est limitée au

⁴⁶² SECO, Directives et commentaires relatifs à la LSE et aux ordonnances, p. 143 ; THÉVENOZ, La nouvelle réglementation, p. 16 ; BÖHRINGER, p. 371.

⁴⁶³ GEISER, Haftung bei neuen Arbeitsformen, p. 795 n° 4.6 ; THÉVENOZ, Le travail intérimaire, n° 304ss.

⁴⁶⁴ THÉVENOZ, Le travail intérimaire, n° 340 et 357.

⁴⁶⁵ THÉVENOZ, La location de services dans le bâtiment, pp. 70 s. ; FLÜTSCH, p. 199 n° 2.3.

⁴⁶⁶ THÉVENOZ, La location de services dans le bâtiment, pp. 70 s. ; FLÜTSCH, p. 199 n° 2.3.

choix diligent du personnel loué (voir arrêt 2A_425/2006 traité p. 19 et p. 226, ainsi que la décision publiée dans JAR 2008 370 et traitée p. 22)⁴⁶⁷.

Il convient d'ajouter que l'entreprise locataire de services est responsable du respect des dispositions de protection des travailleurs (art. 328 CO, LTr, etc.), l'élément déterminant étant le rapport de subordination entre l'employeur de fait (l'entreprise locataire de services) et le travailleur. Le SECO recommande d'ailleurs de rappeler ce principe dans le contrat de location de services⁴⁶⁸.

E. La durée du contrat de location de services

Les modalités de résiliation du contrat au sens de la LSE ne sont pas soumises aux mêmes règles que le contrat de travail ordinaire. Même si le contrat de location de services est qualifié de contrat de mandat, ou de contrat *sui generis*, les modalités de résiliation et les délais de congé sont réglés par les parties, de sorte qu'il n'est pas forcément soumis aux règles générales établies par l'article 404 CO (fin du contrat de mandat). Le législateur a voulu permettre aux parties de stipuler que le contrat se termine aux mêmes conditions que le contrat de travail intérimaire. À défaut, la fin du contrat de location de services est soumise aux règles générales établies par l'article 404 CO (fin du contrat de mandat). Dans un tel cas toutefois, la résiliation du contrat de location de services n'a pas de conséquences directes sur le contrat de travail intérimaire. En effet, le bailleur de services devra alors à son tour résilier le contrat de travail le liant au travailleur⁴⁶⁹.

F. La cession à l'entreprise locataire de services du droit de résilier le rapport de travail

Si l'entreprise locataire de services n'est pas satisfaite du travailleur loué, elle doit s'adresser au bailleur de services et lui réclamer un autre travailleur (voir arrêt 4C_245/2006 traité p. 90).

On peut cependant admettre que le bailleur de services donne à l'entreprise locataire une procuration l'autorisant à résilier le rapport de travail en son nom. Selon le droit de la représentation en effet (art. 32ss CO), l'octroi d'une telle procuration est admis, étant donné qu'il ne s'agit pas d'un acte juridique strictement personnel excluant toute représentation (fiançailles, mariage ou encore dispositions pour cause de mort)⁴⁷⁰.

Si une telle procuration est choisie, le bailleur de services établira en faveur de l'entreprise locataire une **procuration expresse** l'habilitant à résilier le rapport de travail **au nom du bailleur**. Cette procuration peut faire partie intégrante du contrat de location de services. Les dispositions de protection contre les licenciements en faveur du travailleur demeurent néanmoins applicables, et le bailleur de services répond des

⁴⁶⁷ FLÜTSCH, pp. 199 s. n° 2.4.

⁴⁶⁸ SECO, Directives et commentaires relatifs à la LSE et aux ordonnances, p. 145.

⁴⁶⁹ THÉVENOZ, Travail intérimaire et location de services, pp. 5 s. et les références citées par cet auteur : *contra* : JAR 1984 113 ; *indécis* : RJN 1989 79.

⁴⁷⁰ SECO, Directives et commentaires relatifs à la LSE et aux ordonnances, p. 144.

erreurs commises par l'entreprise locataire de services. Dans ces conditions, il n'est pas recommandé de donner une telle procuration à l'entreprise locataire de services⁴⁷¹.

Pour plus de détails, voir également page 9.

G. Disposition contractuelle excluant la responsabilité du bailleur de services ; clause insolite ?

Introduction

Dans les conditions générales d'un contrat de location de services – conclu entre le bailleur de services et l'entreprise cliente – on trouve parfois une clause qui traite de la responsabilité de l'entreprise cliente. Cette clause stipule généralement que « *le bailleur de services ne répond pas des dommages ou malfaçons que le travailleur temporaire pourrait causer. Il ne répond également d'aucune façon de l'exécution dudit travail ni de tout dommage que le travailleur temporaire pourrait causer en l'accomplissant. Le travailleur temporaire travaille sous la responsabilité de l'entreprise cliente qui conclut les assurances nécessaires à la couverture de ces différents risques (art. 55 et 101 CO). L'article 321e alinéa 1 et 2 CO est applicable pour le surplus* ».

Suite à un dommage commis par le travailleur temporaire dans l'exécution de son travail, l'entreprise cliente peut-elle invoquer que la clause d'exclusion de responsabilité du bailleur de services est une clause contractuelle insolite, et donc inapplicable ?

Bases légales

En ce qui concerne la base légale, l'article 8 de la loi fédérale du 19 décembre 1986 contre la concurrence déloyale (ci-après : LCD)⁴⁷² est la plus pertinente (sans compter l'art. 256 al. 2 let. a CO en matière de bail à loyer). Selon cet article (utilisation de conditions commerciales abusives), agit de façon déloyale celui qui, notamment, utilise des conditions générales préalablement formulées qui sont de nature à provoquer une erreur au détriment d'une partie contractante et qui dérogent notablement au régime légal applicable directement ou par analogie, ou qui prévoient une répartition des droits et des obligations s'écartant notablement de celle qui découle de la nature du contrat.

Il faut néanmoins relever que la notion de clause insolite résulte d'abord et surtout de la doctrine et de la jurisprudence.

Selon la doctrine

Selon TERCIER, le motif d'invalidité des conditions générales qu'est la clause insolite ne peut être invoqué qu'en cas d'intégration globale. On parle d'intégration globale lorsqu'une partie accepte les conditions générales sans les discuter – en bloc – voire sans en prendre connaissance. Le procédé est licite et il n'est pas nécessaire que les parties aient pris connaissances du contenu des conditions générales. La seule exigence est que

⁴⁷¹ SECO, Directives et commentaires relatifs à la LSE et aux ordonnances, p. 144.

⁴⁷² RS 241.

le texte soit disponible et accessible aux parties⁴⁷³. L'intégration globale est le procédé utilisé dans la grande majorité des cas.

Selon les règles de la bonne foi (art. 2 CC) et du principe de la confiance, la partie qui s'est soumise aux conditions générales sans en prendre connaissance doit pouvoir admettre qu'elle n'y trouvera pas de clauses dérogeant sans motif au régime normalement applicable. Celui qui veut intégrer à son contrat des conditions générales comprenant des clauses insolites doit obtenir le consentement exprès (écrit) de l'autre partie, ou du moins l'y rendre clairement attentive. À défaut, ces clauses ne seront pas comprises dans l'accord général et ne pourront donc être opposées à la partie qu'elles défavorisent. Néanmoins, le problème est de déterminer ce qu'est une clause insolite ou non⁴⁷⁴.

De manière générale selon l'auteur précité, sont insolites notamment les règles qui modifient les exigences de forme, le régime des pouvoirs de représentation, l'équilibre contractuel initial, celui de l'inexécution et de la responsabilité, ainsi que les droits procéduraux⁴⁷⁵.

Selon DESSEMONDET, par l'article 8 LCD, le Parlement a voulu confirmer la jurisprudence du Tribunal fédéral dans la mesure où elle applique la règle de l'insolite pour procéder à un contrôle du contenu des conditions générales⁴⁷⁶. La notion de clause insolite est donc intimement liée à l'article 8 LCD, et vis versa.

Au sens de l'article 8 LCD comme ailleurs dans la loi, l'erreur est une notion plus vaste que la « tromperie » au sens courant de ce terme. Il n'est pas nécessaire qu'il y ait intention de surprendre le cocontractant ou de l'induire en erreur. Il suffit que l'erreur puisse se produire. Il n'est pas nécessaire qu'elle se soit produite en fait, puisque **la loi exige seulement que les conditions générales soient de nature à provoquer une erreur au détriment du cocontractant**. Cette précision est importante, car la LCD suppose un contrôle abstrait des conditions générales, non pas un contrôle concret des connaissances réelles de telle ou telle partie lors de la conclusion d'un contrat passé sous l'empire de ces conditions. L'auteur cite ici VON BÜREN : « *Pour juger du risque d'erreur, c'est le consommateur moyen qui est déterminant, non le lecteur spécialement inintelligent* »⁴⁷⁷.

Dès lors selon DESSEMONDET, il ne paraît pas justifié de prendre en considération, pour juger de l'erreur éventuelle, « *un partenaire type réputé structurellement faible* ». **Seuls des motifs d'ordre général pourront conduire à admettre l'erreur : défaut de clarté des clauses, défaut de leur présentation ou encore impossibilité de les consulter en temps opportun.**

⁴⁷³ TERCIER, n° 875 et les références citées par cet auteur : TF, arrêt du 15.12.2003, 4C_282/2003 ; ATF 119 II 443, SJ 1994 634.

⁴⁷⁴ TERCIER, n° 875 et 880ss.

⁴⁷⁵ TERCIER, n° 883.

⁴⁷⁶ DESSEMONDET, p. 63.

⁴⁷⁷ DESSEMONDET, pp. 70 s.

Selon THÉVENOZ⁴⁷⁸, par ses conditions générales, le bailleur de services décline toujours sa responsabilité quant à la qualité du travail fourni. En effet, l'agence ne s'engage qu'à sélectionner soigneusement le personnel qu'elle détache. Selon cet auteur donc, une clause d'exclusion de responsabilité est courante, voire même usuelle.

Par le contrat de location de services, le bailleur de services s'engage à procurer à l'utilisateur la disponibilité d'un ou de plusieurs travailleurs pendant une certaine durée. Ce contrat doit absolument être distingué d'autres contrats – comme la sous-traitance ou le contrat de montage – par lesquels une entreprise s'engage à réaliser une tâche chez un client sous sa propre responsabilité et au moyen de ses propres travailleurs, dont elle répond conformément à l'article 101 CO. La location de services s'en distingue par le fait que **le bailleur de services promet certes des services (embaucher, rémunérer et gérer le personnel mis à disposition), mais non de réaliser lui-même l'activité qui, au sein de l'entreprise cliente, fera l'objet de la mission.** Pendant toute la durée de celle-ci, le travailleur temporaire travaille sous les ordres et la surveillance de l'entreprise cliente, qui emploie et tire profit de sa force de travail comme de celle des salariés dont elle est elle-même l'employeur⁴⁷⁹.

C'est pourquoi la perturbation de la prestation de travail au détriment de l'entreprise cliente – c'est-à-dire l'inexécution, la mauvaise exécution ou le retard dans l'exécution du travail confié au travailleur temporaire – n'entraîne pas la responsabilité du bailleur de services. Celui-ci n'en répond pas sur la base de l'article 101 CO⁴⁸⁰.

Pour exiger du bailleur de services, son partenaire contractuel, réparation du dommage qu'elle subit en raison d'une malfaçon, d'un délit ou de tout autre fait de l'intérimaire, **l'entreprise cliente doit démontrer que le bailleur de services a violé l'une des obligations découlant du contrat de location de services. Elle pourra en particulier apporter la preuve qu'il a mal choisi le travailleur temporaire en fonction de la mission prévue**⁴⁸¹.

L'entreprise cliente ne peut pas non plus invoquer l'article 55 alinéa 1 CO pour exiger du bailleur de services qu'il l'indemnise du préjudice subi. En effet, comme l'a précisé le Tribunal fédéral, est « employeur » au sens de cette disposition non pas nécessairement celui auquel l'article 319 CO attribue cette qualité, mais bien « *celui qui, en vertu de sa position, a, en principe, le pouvoir d'empêcher par ses instructions le subordonné de causer par des actes illicites dommage à autrui* ». Le bailleur de services n'a évidemment pas ce pouvoir, puisqu'il ne peut exercer aucun contrôle sur l'exécution du travail. C'est bien l'entreprise cliente qui s'en charge⁴⁸².

⁴⁷⁸ THÉVENOZ, Le travail intérimaire, n° 240ss.

⁴⁷⁹ THÉVENOZ, Le travail intérimaire, n° 950 à 954.

⁴⁸⁰ THÉVENOZ, Le travail intérimaire, n° 950 à 954 et les références citées par cet auteur : ATF 91 II 291, JdT 1966 I 184.

⁴⁸¹ THÉVENOZ, Le travail intérimaire, n° 950 à 954.

⁴⁸² THÉVENOZ, Le travail intérimaire, n° 950 s.

Selon la jurisprudence

a) ATF 119 II 443

Selon le Tribunal fédéral, il est de jurisprudence que celui qui signe un texte comportant une référence expresse à des conditions générales est lié au même titre que celui qui appose sa signature sur le texte même des conditions générales. Il importe peu à cet égard qu'il ait réellement lu les conditions générales en question.

La validité des conditions générales d'affaires préformées doit être limitée par la règle dite de l'inhabituel, ou de l'insolite. En vertu de cette règle sont soustraites de l'adhésion censée donnée globalement à des conditions générales toutes les **clauses inhabituelles**, sur l'existence desquelles l'attention de **la partie la plus faible** ou **la moins expérimentée en affaires** n'a pas été spécialement attirée. La partie qui incorpore des conditions générales dans le contrat doit s'attendre, d'après le principe de la confiance, à ce que son partenaire contractuel inexpérimenté n'adhère pas à certaines clauses insolites. Il en découle a contrario que la partie la moins expérimentée ne peut invoquer le caractère insolite de la clause, lorsque son cocontractant l'a mise en évidence.

Pour déterminer si une clause est insolite, **il faut se placer du point de vue de celui qui y consent**, au moment de la conclusion du contrat. **La réponse est individuelle**, une clause usuelle dans une branche de l'économie pouvant être insolite pour qui n'est pas de la branche. Eu égard au principe de la confiance, on se fondera sur les conceptions personnelles du contractant dans la mesure où elles sont reconnaissables pour l'autre partie. **Il ne suffit pas que le contractant soit inexpérimenté dans la branche économique en question. Il faut en plus de ce critère subjectif que, par son objet, la clause considérée soit étrangère à l'affaire, c'est-à-dire qu'elle en modifie de manière essentielle la nature ou sorte notablement du cadre légal d'un type de contrat.** Plus une clause porte atteinte aux intérêts juridiques du contractant, plus il se justifie de la considérer comme insolite.

b) ATF 109 II 452, JdT 1984 I 470

[...] L'important est avant tout de savoir si [le cocontractant] avait quelque expérience des affaires [...].

c) ATF 122 III 373

[...] Une clause dérogeant au régime légal applicable, même si les dérogations deviennent la règle, ne tombe pas nécessairement de ce simple fait sous le coup de l'article 8 LCD ou du principe de la clause insolite [...].

Conclusion

En ce qui concerne le contrat de location de services, nous nous rallions à l'avis de THÉVENOZ selon lequel, par le contrat de location de services, le bailleur de services ne s'engage qu'à sélectionner soigneusement et de manière diligente le personnel qu'il loue, ainsi qu'à le rémunérer et à le gérer. Dans un tel cas, une clause d'exclusion de la responsabilité du bailleur de services pour le travail effectué par son personnel loué nous paraît même superflue.

Si on devait néanmoins retenir une règle générale concernant les clauses insolites, on considérerait ce qui suit.

Il y a clause insolite si plusieurs des conditions suivantes son remplies :

- la partie qui invoque la clause insolite est inexpérimentée en affaire (se juge de cas en cas) ;
- la clause litigieuse est étrangère à l'affaire, c'est-à-dire qu'elle en modifie de manière essentielle la nature ou sort notablement du cadre légal d'un type de contrat (elle porte une atteinte excessive aux intérêts de l'autre partie) ;
- la clause litigieuse modifie les exigences de forme, le régime de la représentation, celui de la responsabilité et les principaux droits procéduraux ;
- la clause litigieuse prévoit une répartition des droits et des obligations s'écartant notablement de celle qui découle de la nature du contrat ;
- la clause litigieuse est surprenante et ne se voit pratiquement jamais dans ce genre de contrat ;
- les conditions générales ont été intégrées de manière globale ;
- la clause litigieuse est de nature à provoquer une erreur au détriment d'une partie contractante ;
- les conditions générales n'ont pas pu être consultées en temps opportun ;
- la clause litigieuse est illisible et/ou incompréhensible.

Il n'y a pas clause insolite si plusieurs des conditions suivantes sont remplies :

- la partie qui invoque la clause insolite est expérimentée en affaire ;
- la partie qui invoque la clause insolite a l'habitude de conclure ce genre de contrat ;
- la clause litigieuse est une clause typique de ce genre de contrat ;
- la partie qui invoque la clause insolite devait s'attendre à trouver une telle clause dans les conditions générales ;
- la clause litigieuse prévoit une répartition des droits et des obligations qui ne s'écarte pas notablement de celle qui découle de la nature du contrat ;
- les conditions générales ont été intégrées de manière individuelle, bien qu'une intégration globale soit tout à fait possible ;
- la clause litigieuse est lisible, facilement compréhensible et/ou mise en évidence.

Section 3

Procédure⁴⁸³

Article 23 LSE

I. Dispositions légales

Art. 23 LSE

¹ ...⁴⁸⁴

²Les cantons sont tenus de soumettre à une procédure simple et rapide tous les litiges relevant du contrat de travail passé entre le bailleur de services et le travailleur dont la valeur litigieuse ne dépasse pas 30 000 francs. La créance réclamée détermine la valeur litigieuse, sans égard aux conclusions reconventionnelles⁴⁸⁵.

³Le juge établit les faits d'office et apprécie librement les preuves.

⁴Dans les cas de litige dont traite l'al. 2, les parties n'ont à supporter ni émoluments ni frais judiciaires ; toutefois, le juge peut infliger une amende à la partie téméraire et mettre à sa charge tout ou partie des émoluments et frais judiciaires.

II. Travaux législatifs

A. Projet du 27 novembre 1985 (FF 1985 III 626)

Art. 23 LSE For et procédure

¹Les litiges opposant le bailleur de services au demandeur d'emploi et relevant du contrat de placement seront portés, à choix, devant le for du domicile du défendeur ou du lieu où le bailleur de services, qui est partie au contrat, a son siège commercial. Les parties ne peuvent renoncer par avance au choix d'un de ces deux fors ni convenir de la compétence d'un tribunal arbitral.

²Les cantons sont tenus de soumettre à une procédure simple et rapide tous les litiges relevant du contrat de placement dont la valeur litigieuse ne dépasse pas 10 000 francs. Le montant de la demande détermine la valeur litigieuse, sans égard aux conclusions reconventionnelles.

³Le juge établit d'office les faits et apprécie librement les preuves.

⁴Dans les litiges au sens du 2^e alinéa, les parties n'ont à supporter ni émoluments ni frais judiciaires ; toutefois, le juge peut infliger une amende à la partie téméraire et mettre à sa charge tout ou partie des émoluments et frais judiciaires.

⇒ *La version adoptée a remplacé les termes « demandeur d'emploi » et « contrat de placement » par « travailleur » et « contrat de travail ». Ce premier alinéa a été abrogé*

⁴⁸³ Nouvelle teneur selon le ch. 25 de l'annexe à la loi du 24 mars 2000 sur les fors, en vigueur depuis le 1^{er} janv. 2001 (RS 272).

⁴⁸⁴ Abrogé par le ch. 25 de l'annexe à la loi du 24 mars 2000 sur les fors (RS 272).

⁴⁸⁵ Nouvelle teneur selon le ch. I de la LF du 21 juin 2002, en vigueur depuis le 1^{er} déc. 2002 (RO 2002 3666 3667; FF 2002 1190).

par la loi fédérale du 24 mars 2000 sur les fors en matière civile (ci-après : LFors)⁴⁸⁶, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2001 (art. 24 LFors). En ce qui concerne le deuxième alinéa, la version adoptée prévoyait CHF 20'000.- par rapport aux CHF 10'000.- du projet de loi, somme qui a été corrigée à CHF 30'000.- dès le 1^{er} décembre 2001 pour s'adapter à la hausse des prix et des salaires.

B. Message du 27 novembre 1985 (FF 1985 III 593)

« L'article 23 correspond quant à sa forme et à sa teneur à l'article 10. On trouve dans le 1^{er} alinéa les mêmes raisons (interdiction de clauses touchant le for qui rendent difficile au travailleur l'accès aux tribunaux) justifiant l'adoption d'une disposition sur le for (cf. les remarques relatives à l'art. 10, 1^{er} al.). Ces derniers temps surtout, diverses entreprises de location de services ont établi leur siège au Liechtenstein à la faveur d'un arrêt du Tribunal fédéral⁴⁸⁷ qui leur était favorable et ont par la suite désigné Vaduz comme seul for judiciaire bien qu'elles n'exercent guère d'activité de location de services dans ce pays. Nous voulons mettre fin à cette pratique. C'est pourquoi le 1^{er} alinéa prescrit que les parties ne peuvent renoncer par avance au choix du for judiciaire.

Selon la disposition du titre du code des obligations traitant du contrat de travail relative à la détermination du for (art. 343, 1^{er} al., CO), le plaignant peut choisir entre le for du domicile du défendeur et le lieu de l'exploitation où il travaille. En raison des conditions particulières existant dans le domaine de la location de services, on ne peut déterminer aisément s'il faut considérer comme lieu de l'exploitation celui où le contrat a été conclu, celui de l'entreprise tierce ou celui du siège principal du bailleur de services. C'est pourquoi le projet prévoit en place du lieu de travail prévu dans le code des obligations le lieu du siège commercial comme l'un des fors pouvant être choisis. C'est en ce lieu que le travailleur entretient aussi d'étroites relations avec son employeur, le bailleur de services. En revanche, il serait problématique de se référer au lieu de travail. Selon les circonstances, le travailleur peut changer très fréquemment de lieu de travail ; lors de litiges ne portant pas sur un certain point de l'exécution du contrat, mais sur des questions générales, toute possibilité de référence ferait défaut ».

Remarques relatives à l'article 10 alinéa 1 (FF 1985 III 579)⁴⁸⁸ :

« Les clauses d'attribution de juridiction dictées dans les dispositions générales du contrat empêchent souvent la partie au contrat la plus faible de recourir à un for. Le 1^{er} alinéa remédie à cette situation en prescrivant que les parties ne peuvent renoncer par avance au choix du for. Ainsi, la pratique qui veut que les conditions générales relèguent le for à un siège-boîte aux lettres (p. ex. à Vaduz) afin de rendre plus difficile son accès à la partie lésée, pourra être efficacement combattue. Quant au fond, le terme « siège commercial » utilisé ici correspond dans une large mesure à celui du lieu d'exploitation dans la réglementation du for selon le droit en matière de contrats de travail (art. 343, 1^{er} al.,

⁴⁸⁶ RS 272.

⁴⁸⁷ Jugement du Tribunal fédéral du 29 juillet 1981, 1^{er} Chambre civile en la cause H. R. contre T. (P 1204/81/cs).

⁴⁸⁸ Remarque des auteurs : le Message du Conseil fédéral renvoie expressément aux explications relatives à cette disposition. Ces dernières doivent ainsi être considérées par analogie.

CO)⁴⁸⁹. Cet alinéa ne concerne donc pas seulement le siège principal ou des succursales largement autonomes du point de vue juridique, mais également chaque agence, filiale ou local à usage du bureau ».

C. Message du 9 janvier 2002 (FF 2002 1191)

« La nouvelle version de l'art. 343, al. 2, du code des obligations (CO) est entrée en vigueur le 1^{er} juin 2001, augmentant de 20 000 à 30 000 francs la valeur litigieuse donnant droit à une procédure simple, rapide et gratuite. Cette révision répond à l'initiative parlementaire Thanei 97.417 : Droit du travail. Augmentation de la valeur litigieuse pour les procédures gratuites (Thanei). L'initiative se fondait sur le fait que la valeur litigieuse, fixée à 5000 francs en 1972 et augmentée à 20 000 francs douze ans plus tard, n'avait plus été adaptée et qu'elle était par conséquent complètement dépassée par la hausse des prix et des salaires. Il était donc urgent de l'adapter et de la fixer à 30 000 francs au moins.

Or, ni l'auteur de l'initiative, ni le législateur, ni même l'administration n'avaient pensé à la loi fédérale du 6 octobre 1989 sur le service de l'emploi et la location de services (LSE ; RS 823.11) qui fixe elle aussi, à ses art. 10 et 23, la valeur litigieuse donnant droit à une procédure judiciaire gratuite.

Madame Thanei a par la suite corrigé le tir dans sa question ordinaire 01.1027 en demandant au Conseil fédéral de porter également de 20 000 à 30 000 francs la valeur litigieuse visée aux art. 10 et 23 LSE ; le Parlement n'avait en effet jamais eu l'intention de défavoriser les travailleurs temporaires et les demandeurs d'emploi dans les procédures judiciaires.

Dans sa réponse, le Conseil fédéral admettait qu'il fallait supprimer cette différence et s'engageait à soumettre une modification formelle de la loi au Parlement ».

⁴⁸⁹ Voir Cours d'appel de Lucerne, jugement du 4 mars 1980, dans JAR 1982, p. 293ss.

Art. 29 LSE**Obligation des employeurs de déclarer les licenciements et fermetures d'entreprise****I. Dispositions légales****A. LSE****Art. 29 LSE Obligation des employeurs de déclarer les licenciements et fermetures d'entreprise**

¹L'employeur est tenu d'annoncer à l'office du travail compétent tout licenciement d'un nombre important de travailleurs ainsi que toute fermeture d'entreprise ; il doit l'annoncer dès que possible, au plus tard au moment où les congés sont donnés.

²Le Conseil fédéral fixe les dérogations à l'obligation d'annoncer.

⇒ *La version adoptée ne retient pas la version du projet de loi, qui prévoyait que les entreprises qui licencient six travailleurs ou plus doivent systématiquement annoncer les licenciements à l'office du travail compétent. En effet, cette tâche a été déléguée au Conseil fédéral, qui a fixé à dix le nombre minimum de licenciements, en précisant que les cantons peuvent abaisser ce nombre à six si la dimension et les structures du marché du travail local le requièrent.*

B. OSE**Art. 53 OSE Obligation des employeurs de déclarer les licenciements et les fermetures d'entreprises**

¹L'employeur a l'obligation de déclarer les licenciements et les fermetures d'entreprises touchant au moins dix travailleurs.

²Là où la dimension et les structures du marché du travail local le requièrent, les cantons peuvent abaisser à six le nombre des travailleurs déterminant l'obligation de déclarer les licenciements et les fermetures d'entreprises⁴⁹⁰.

³L'employeur soumis à cette obligation doit communiquer à l'autorité compétente les indications suivantes :

- a. nombre, sexe et nationalité (suisse ou étrangère) des travailleurs touchés ;
- b. le motif de la fermeture ;
- c. la branche à laquelle appartient l'entreprise qui licencie des employés ;
- d. le moment à partir duquel le congé prend effet (mois de référence ou date ultérieure)⁴⁹¹.

⁴⁹⁰ Nouvelle teneur selon le ch. I de l'O du 20 oct. 1999, en vigueur depuis le 1^{er} déc. 1999 (RO 1999 2711).

⁴⁹¹ Nouvelle teneur selon le ch. I de l'O du 20 oct. 1999, en vigueur depuis le 1^{er} déc. 1999 (RO 1999 2711).

II. Travaux législatifs

A. Projet du 27 novembre 1985 (FF 1985 III 628)

Art. 29 LSE Obligation des employeurs de déclarer les licenciements et fermetures d'entreprise

¹L'employeur est tenu d'annoncer à l'office du travail compétent tout licenciement d'un nombre important de travailleurs ainsi que toute fermeture d'entreprise ; il doit l'annoncer dès que possible, mais au plus tard au moment où les congés sont donnés.

²Les entreprises qui occupent moins de six travailleurs ne sont pas soumises à cette disposition.

B. Message du 27 novembre 1985 (FF 1985 III 598)

« L'obligation d'annoncer les licenciements importants par le nombre des personnes touchées ainsi que les fermetures d'entreprise que prescrit le 1^{er} alinéa a été examinée de manière approfondie dans le cadre des travaux préparatoires exigés par l'établissement de la loi actuelle sur le service de l'emploi. Pour finir, on y a renoncé à l'époque « en tout cas en période de degré de l'emploi élevé ou moyen » parce que l'on a estimé que l'instauration de conditions de travail libérales devait avoir le pas sur l'intérêt public que présente un tel régime.

Or, ces dernières années, on s'est nettement rendu compte du rôle important que joue une information rapide des autorités dont relève le marché de l'emploi (ex. : Firestone, l'horlogerie). Une telle information est également dans l'intérêt des entreprises touchées qui, en raison d'une communication faite assez tôt – et d'un placement rapide – peuvent s'épargner la peine et les frais causés par l'application de plans sociaux.

En vertu du chiffre V de l'arrêté fédéral instituant dans le domaine de l'assurance-chômage et du marché du travail des mesures propres à combattre le fléchissement de l'emploi et des revenus⁴⁹², le législateur a déjà, pour tenir compte de ces considérations, obligé en 1975 les employeurs à annoncer régulièrement à l'office du travail compétent le nombre de travailleurs touchés par le chômage partiel ainsi que le nombre des licenciements exigés par la situation économique. Aux termes de l'article 119 de la loi sur l'assurance-chômage, la validité de ce chiffre V est prolongée jusqu'à l'entrée en vigueur de la nouvelle loi sur le service de l'emploi. D'après les informations recueillies, il nous semble indiqué d'insérer dans le présent projet de loi une disposition obligeant les employeurs à annoncer les licenciements d'un nombre important de travailleurs ainsi que les fermetures d'entreprise. Lors de l'examen de l'avant-projet, on a constaté que les employeurs approuvent, à la différence de l'obligation d'annoncer les places vacantes, le principe énoncé dans le 1^{er} alinéa, mais rejettent la prétention des offices du travail d'être informés en premier lieu. En revanche, les représentants des travailleurs ont demandé que la déclaration obligatoire – portant également sur les places vacantes – soit réglée de

⁴⁹² RS 837.10 en relation avec l'O du 9 juillet 1975 sur l'extension de la statistique du marché du travail (RS 431.823).

manière très large dans la loi. Ils ont exigé que les licenciements soient en tout cas annoncés avant que l'employeur donne le congé. Le texte du projet constitue donc un compromis ; l'annonce doit autant que possible avoir lieu avant que le congé soit donné, mais au plus tard en même temps.

L'expression « importante par le nombre » de personnes touchées indique un nombre de congédiements intervenant dans un certain laps de temps qui est capable d'exercer des effets sur le marché de l'emploi. La réglementation actuelle ne prévoit une déclaration obligatoire qu'en cas de licenciements pour causes d'ordre économique ; d'après le projet, la raison du licenciement n'aura plus d'importance.

Le 2^e alinéa règle les exceptions au régime de déclaration. Les petites entreprises occupant moins de six personnes ne sont pas soumises comme jusqu'ici à cette obligation⁴⁹³ parce qu'il n'existe dans ce cas aucun danger que les autorités se trouvent subitement exposées à de grandes difficultés du fait qu'elles n'ont pas été averties à temps. Cela vaut aussi pour le licenciement de quelques travailleurs dans une grande entreprise lorsque celle-ci ne procède pas dans un laps de temps très bref (un mois p. ex.) à des licenciements individuels successifs.

Le projet de loi n'institue pas, en vertu du droit fédéral, d'obligation d'annoncer les places vacantes, bien que cette mesure puisse contribuer à compléter les statistiques du marché de l'emploi. Une telle obligation serait également dans l'intérêt de l'assurance-chômage parce que la durée du chômage dit « frictionnel » (brève période de chômage entre deux emplois) serait raccourcie et que les dépenses causées par l'assurance-chômage pourraient ainsi être réduites. Quelques cantons (Uri, Grisons, Neuchâtel, Valais et Genève) obligent déjà depuis 1975 les employeurs à annoncer les places vacantes. Une telle obligation a déjà été prescrite par l'arrêté fédéral du 29 octobre 1919 concernant le soutien des chômeurs⁴⁹⁴. Son application s'est toutefois heurtée à des difficultés à divers égards (manque de possibilités de contrôle et de sanctions pénales). Lors des délibérations qui ont eu lieu au sein de la Commission fédérale pour le marché de l'emploi sur le présent projet de loi, les représentants des employeurs ont fait valoir qu'une déclaration obligatoire des places vacantes constituerait une intervention de l'État dans l'économie privée contraire à notre ordre politique et économique ; cela marquerait un premier pas dans la direction d'un contrôle dirigiste des emplois vacants et de l'obligation de contracter. L'obligation d'annoncer les places vacantes pourrait en outre conduire à une contrainte morale exigeant que les places vacantes soient rapidement occupées par des chômeurs inscrits auprès des offices du travail.

Compte tenu de ces considérations ainsi que de la situation actuelle de l'économie et du marché de l'emploi, il est recommandable de s'en tenir à la réglementation actuelle. Au sens d'une solution fédéraliste, il doit appartenir comme jusqu'ici aux cantons de décider s'ils veulent instituer la déclaration obligatoire pour les places vacantes ou la maintenir. Cette réglementation permet d'intervenir de manière spécifique dans les cantons touchés

⁴⁹³ Art. 2, 2^e al., de l'O sur l'extension de la statistique du marché du travail (RS 431.823).

⁴⁹⁴ RO 1919 915.

par la crise sans porter inutilement atteinte à la structure du marché du travail d'autres cantons ».

III. Jurisprudence : Licenciement collectif / Omission de notification à l'office cantonal du travail / Conséquences juridiques ; ATF 132 III 406, SJ 2007 I 129

Selon l'article 335g alinéa 1 CO, l'employeur est tenu de notifier par écrit à l'office cantonal du travail tout projet de licenciement collectif et de transmettre à la représentation des travailleurs ou, à défaut, aux travailleurs une copie de cette notification.

Selon l'article 29 alinéa 1 LSE, l'employeur est tenu d'annoncer à l'office du travail compétent tout licenciement d'un nombre important de travailleurs ainsi que toute fermeture d'entreprise ; il doit l'annoncer dès que possible, au plus tard au moment où les congés sont donnés.

Selon l'article 39 alinéa 2 lettre b LSE, sera puni d'une amende de CHF 40'000.- au maximum celui qui, intentionnellement, aura enfreint l'obligation d'annoncer et de renseigner (art. 6, 7, 17, 18 et 29 LSE).

Le moment de l'annonce à l'office cantonal du travail au sens de l'article 335g CO peut entraîner une prolongation du délai de résiliation, respectivement une prorogation du terme du contrat de travail.

La doctrine est partagée quant aux conséquences – sur la fin des rapports de travail – de l'omission d'informer l'office cantonal du travail. Une partie de la doctrine soutient que la loi ne prévoit aucune sanction, hormis l'amende éventuellement prononcée sur la base de l'article 39 alinéa 2 lettre b LSE⁴⁹⁵. La majorité de la doctrine estime en revanche que l'omission d'informer l'office cantonal du travail s'apparente à un retard dans l'annonce. L'omission de l'avis à l'office cantonal du travail entraîne donc, selon ces auteurs, une continuation des rapports de travail, et ce de manière indéterminée au-delà du délai de résiliation contractuel et légal, sous réserve de quelques limites⁴⁹⁶.

Dans la présente affaire, il a été tranché que si la notification à l'office cantonal du travail, prévue par l'article 335g CO, n'a pas été faite, il faut admettre que le contrat se poursuit jusqu'au moment où une intervention de l'office cantonal ne pourrait plus être exécutée utilement. En l'espèce, il a été admis que le contrat s'était prolongé jusqu'à ce que le travailleur ait pris un nouvel emploi.

⁴⁹⁵ En lieu et place de nombreuses citations, cf. ATF 132 III 406 ainsi que la doctrine et la jurisprudence citées à cet endroit.

⁴⁹⁶ En lieu et place de nombreuses citations, cf. ATF 132 III 406 ainsi que la doctrine et la jurisprudence citées à cet endroit.

IV. Chapitre choisi : Le licenciement collectif

A. Introduction

Selon l'article 335d CO, on entend par licenciement collectif les congés donnés dans une entreprise par l'employeur dans un délai de 30 jours pour des motifs non inhérents à la personne du travailleur et dont le nombre est :

- au moins de 10 dans les établissements employant habituellement plus de 20 et moins de 100 collaborateurs ;
- de 10 % du nombre des collaborateurs dans les établissements employant habituellement au moins 100 et moins de 300 collaborateurs ;
- égal à 30 dans les établissements employant habituellement au moins 300 collaborateurs.

B. Détail des conditions prévues par le CO

Condition 1 : Délai de 30 jours

La date décisive pour déterminer si un licenciement entre dans le champ d'application de l'article 335d CO n'est pas celle de la fin du contrat, mais celle de la notification du congé, soit celle à laquelle les congés sont parvenus à leur destinataire, le congé étant un acte soumis à réception. La date d'expédition des lettres de résiliation ne joue donc aucun rôle⁴⁹⁷. Certains auteurs considèrent cependant qu'il y a lieu de prendre en compte non pas le moment de la réception du congé par les travailleurs, mais le moment de l'envoi des résiliations⁴⁹⁸.

Cette petite controverse n'est dans la grande majorité des cas pas pertinente, puisqu'un délai de un, voire deux jours sépare en général l'expédition du congé de la réception de ce dernier.

La période de trente jours ne correspond pas à un mois civil. Il faut, pour juger si la condition est remplie un jour donné, prendre en compte les résiliations notifiées antérieurement ou postérieurement, chaque fois dans une période totale de trente jours, ce qui représente donc au total 60 jours. Lorsque l'employeur prononce des résiliations successives n'atteignant pas le seuil légal dans une période de trente jours, ces résiliations échappent à la réglementation prévue par les articles 335dss CO. Selon AUBERT, on ne saurait reprocher à l'employeur d'éluder la loi, car cette dernière pose des critères numériques clairs et permet l'étalement des congés dans le temps ; un tel étalement favorise d'ailleurs la réinsertion des salariés dans le marché du travail⁴⁹⁹.

En résumé, il faut déplacer une fourchette de trente jours dans la période pendant laquelle un licenciement collectif est soupçonné, et déterminer si à au moins un moment donné, le nombre minimum de licenciements mentionné à l'article 335d CO a été notifié.

⁴⁹⁷ AUBERT, CoRo, p. 1764 n° 4.

⁴⁹⁸ Voir par ex. WYLER, p. 470.

⁴⁹⁹ AUBERT, CoRo, p. 1764 n° 5.

Suite à cela, il faut étudier si les points suivants permettent de ne pas compter certains licenciements dans le nombre total de licenciements obtenus.

Condition 2 : Motif non inhérent à la personne du travailleur

Premièrement, n'entrent dans le nombre de licenciements que les licenciements qui sont intervenus pour des motifs non inhérents à la personne du travailleur. Les motifs non inhérents à la personne du travailleur se rapportent à la situation économique de l'entreprise qui rend nécessaire la suppression ou la modification de postes de travail. En revanche, sont inhérents à la personne du salarié les motifs relatifs à l'attitude de ce dernier (notamment l'indiscipline) ou à son inaptitude à remplir ses obligations contractuelles⁵⁰⁰.

Deuxièmement, une démission, un départ décidé d'un commun accord entre les parties ou l'expiration d'un contrat de durée déterminée ou maximale ne constitue pas un congé, sous réserve des contrats de durée déterminée ou maximale auxquels il est mis fin de façon anticipée.

En résumé donc, les licenciements intervenus pour des raisons inhérentes à la personnalité du collaborateur, les démissions, les départs décidés d'un commun accord ou encore l'expiration d'un contrat de durée déterminée ou maximale ne comptent pas dans le nombre de licenciements pouvant constituer un licenciement collectif.

Lorsque le congé est donné à la fois pour des motifs inhérents à la personne et pour d'autres raisons, il faut déterminer lesquels ont été prépondérants pour le licenciement.

Condition 3 : Emplois habituels

La loi ne dit pas combien de temps doivent durer des rapports de travail pour entrer dans le nombre des « emplois habituels » de l'établissement. La doctrine majoritaire est néanmoins claire à ce sujet :

- selon AUBERT, il doit s'agir d'un poste de travail existant dans l'entreprise depuis au moins six mois pour que ce dernier puisse être considéré comme devenu habituel, sous réserve des postes créés à titre auxiliaire ou temporaire, même si le titulaire est engagé par un contrat de durée indéterminée⁵⁰¹. Ce délai est tiré de la méthode dite « relative » retenue par le Parlement suisse, méthode qui vise à laisser davantage de flexibilité aux entreprises⁵⁰² ;
- selon WYLER, l'avis d'AUBERT est pertinent sur ce point et doit être privilégié. WYLER se rallie donc à l'auteur précité et considère également qu'un poste de travail doit exister dans l'entreprise depuis au moins six mois pour que ce dernier puisse être considéré comme devenu habituel⁵⁰³ ;

⁵⁰⁰ AUBERT, CoRo, p. 1765 n° 6 à 8.

⁵⁰¹ AUBERT, CoRo, p. 1765 n° 6 à 8.

⁵⁰² AUBERT, La nouvelle réglementation, p. 95 / FF 1993 I 830.

⁵⁰³ WYLER, p. 469.

- CARRUZZO et al. reprennent l'avis des auteurs précités, ce qui permet de partir du principe qu'ils y adhèrent⁵⁰⁴ ;
- BRÜHWILER est également d'avis que le poste de travail doit exister depuis au moins six mois. Cet auteur ajoute encore que non seulement le poste doit exister depuis au moins six mois, mais qu'en vertu du développement prévu de l'entreprise, on puisse envisager que le poste aurait encore existé 6 mois après le congé⁵⁰⁵.

Pour le calcul du nombre minimum, il convient également de faire abstraction des personnes affectées à temps partiel à des activités accessoires, telles que les femmes de ménage⁵⁰⁶. Il convient néanmoins de fixer un seuil d'abstraction pour les emplois à temps partiel, que WYLER propose d'arrêter à 50 %. Ainsi, toute personne employée au sein de l'entreprise pour un taux qui n'est habituellement pas inférieur à 50 % doit être comptée dans le calcul du nombre de personnes. En cas de travail sur appel ou à temps irrégulier, ce calcul se fera sur les six mois précédant le délai de trente jours fixé à l'article 335d alinéa 1 CO⁵⁰⁷.

En conclusion, il doit être retenu que, selon la doctrine majoritaire, un poste de travail doit exister dans l'entreprise depuis au moins six mois pour que ce dernier puisse être considéré comme devenu habituel au sens de l'article 335d CO. Ainsi, les travailleurs licenciés qui ne travaillaient pas dans l'entreprise depuis au moins 6 mois n'entrent pas en considération.

Condition 4 : Au moins 10 licenciements si l'établissement emploie habituellement entre 21 et 99 collaborateurs / Licenciement d'au moins 10 % du nombre des travailleurs dans les établissements employant habituellement au moins 100 et moins de 300 travailleurs / 30 licenciements ou plus dans les établissements employant habituellement au moins 300 travailleurs

A titre préalable donc, il faut que l'entreprise occupe plus de 20 collaborateurs, de sorte que les articles 335dss CO sont inapplicables aux entreprises employant jusqu'à 20 travailleurs.

En ce qui concerne spécialement le travail temporaire, l'employeur est le bailleur de services et non pas l'entreprise locataire de services, laquelle conclut un contrat de location de services avec le bailleur de services. Les travailleurs au bénéfice d'un contrat de travail temporaire ne doivent ainsi, dans le cadre d'un licenciement collectif, être pris en compte que si ce dernier a lieu dans l'entreprise bailleresse de services, et non pas s'il a lieu dans l'entreprise locataire de services.

⁵⁰⁴ CARRUZZO et al., chapitre XI p. A5.

⁵⁰⁵ BRÜHWILER, Kommentar zum Einzelarbeitsvertrag, p. 322.

⁵⁰⁶ WYLER, pp. 469 s. et la référence citée par cet auteur : JAR 1998 239.

⁵⁰⁷ WYLER, pp. 469 s.

Pour déterminer le nombre de personnes qui sont habituellement employées dans l'entreprise, la moyenne arithmétique mensuelle du nombre de travailleurs d'une « période de référence représentative » doit être considérée. Une période d'une demi-année est considérée comme convenable par PORTMANN, bien que la tendance soit à la hausse selon lui⁵⁰⁸. Pour STREIFF/VON KAENEL, une courte période représentative n'est en tout cas pas imaginaire, et une période de référence d'une année est convenable⁵⁰⁹.

Dans un arrêt rendu en 1998⁵¹⁰, la Cour de cassation civile du canton de Neuchâtel a admis que, pour calculer le nombre de travailleurs habituellement occupés dans une entreprise, il faut retenir la moyenne arithmétique mensuelle des personnes employées dans l'entreprise considérée pendant une certaine période précédant les licenciements. En l'espèce, la Cour a donné raison aux premiers juges qui, prenant comme référence l'année précédant les licenciements, étaient arrivés à la conclusion que les articles 335dss CO étaient applicables, l'entreprise en question ayant occupé 20.17 travailleurs au cours des douze derniers mois. Elle a cependant précisé que la période de référence ne saurait être schématiquement limitée à l'année précédant les licenciements, mais doit s'apprécier de cas en cas.

C. L'annonce des licenciements selon la LSE

Selon les articles 29 LSE et 53 OSE et indépendamment des prescriptions du CO ci-dessus concernant le licenciement collectif, l'employeur est tenu d'annoncer à l'office du travail compétent (art. 24ss LSE) **tout licenciement d'un nombre important de travailleurs** ainsi que **toute fermeture d'entreprise** ; il doit l'annoncer dès que possible, au plus tard au moment où les congés sont donnés.

Spécialement en matière de fermeture d'entreprise, il y a fermeture lorsque⁵¹¹ :

- une entreprise cesse ses activités volontairement ou par suite de faillite ;
- un établissement ou une entreprise transfère ses activités à l'étranger ou dans un autre canton plus éloigné ;
- en cas de transfert d'un établissement ou d'une entreprise au sein d'un même canton, les travailleurs restant dans l'établissement sont contraints de changer de domicile ;
- une entreprise produisant différents groupes de biens ou de services cesse complètement ses activités dans un de ces groupes.

Selon l'article 53 OSE, l'employeur a l'obligation de déclarer les licenciements et les fermetures d'entreprises **touchant au moins dix travailleurs** (nombre absolu, c'est-à-dire quelque soit le nombre de collaborateurs que l'établissement emploie).

⁵⁰⁸ PORTMANN, pp. 1981 s. n° 9.

⁵⁰⁹ STREIFF/VON KAENEL, pp. 634 s. n° 7.

⁵¹⁰ RJN 1998 89.

⁵¹¹ SECO, Directives et commentaires relatifs à la LSE et aux ordonnances, p. 170.

Là où la dimension et les structures du marché du travail local le requièrent, les cantons peuvent **abaisser à six le nombre des travailleurs** déterminant l'obligation de déclarer les licenciements et les fermetures d'entreprises⁵¹². L'employeur soumis à cette obligation doit communiquer à l'autorité compétente les indications suivantes :

- nombre, sexe et nationalité (suisse ou étrangère) des travailleurs touchés ;
- le motif de la fermeture ;
- la branche à laquelle appartient l'entreprise qui licencie des employés ;
- le moment à partir duquel le congé prend effet (mois de référence ou date ultérieure).

Il convient de garder à l'esprit que les règles légales précitées s'appliquent uniquement en ce qui concerne l'obligation d'annoncer les licenciements au service de l'emploi, et non pour la procédure à suivre en cas de licenciements collectifs au sens du CO. **Ainsi, il faut faire une claire distinction entre d'une part l'obligation d'annoncer les licenciements au service public de l'emploi (art. 29 LSE et 53 OSE), et d'autre part l'obligation de suivre la procédure instituée par le CO aux articles 335dss CO.** Se référer à cet effet au chapitre « Les trois classes de licenciements » ci-dessous.

La LSE ne précise rien quant à la période et aux circonstances des licenciements. L'OSE prévoit néanmoins que l'employeur doit préciser à quel moment les licenciements collectifs prennent effet, c'est-à-dire soit dans le mois de référence, soit ultérieurement (art. 53 al. 3 let. d OSE). La période de référence est donc le mois civil⁵¹³.

D. Les trois catégories de licenciements, respectivement fermetures d'entreprises

Pour résumer et sur la base du critère arithmétique, on peut répartir les licenciements (ou fermetures d'entreprises) en trois catégories :

- les petits licenciements, soit ceux de moins de 6 salariés (ou fermetures qui touchent moins de 6 salariés), qui ne sont soumis à aucune procédure particulière ;
- les licenciements moyens, soit ceux de 6 à 9 salariés (ou fermetures qui touchent de 6 à 9 salariés), qui sont soumis à la procédure d'annonce selon la LSE dans les cantons qui ont adopté le seuil de 6 travailleurs conformément à ladite loi ;
- les grands licenciements (ou grandes fermetures), soit ceux dont le nombre est égal ou supérieur à celui mentionné par l'article 335d CO, qui sont soumis :
 - à la procédure d'annonce selon la LSE ;
 - aux procédures d'annonce et de consultation prévues par le CO aux articles 335dss CO.

⁵¹² En Suisse romande, les cantons de Genève, Fribourg, Jura, Valais et Neuchâtel ont abaissé le seuil à six travailleurs.

⁵¹³ AUBERT, La nouvelle réglementation, p. 97.

E. Conséquences de la violation de la procédure pour licenciement collectif

Selon le CO

La violation de la procédure décrite aux articles 335d à 335g CO n'est assortie d'aucune sanction particulière. Toutefois, si l'employeur ne respecte pas la procédure prévue en cas de licenciement collectif :

- les licenciements intervenus suite à un congé-modification seront considérés comme abusifs, conformément à l'article 336 alinéa 2 lettre c CO ;
- dans une telle hypothèse, l'employeur court le risque de devoir verser à chaque travailleur licencié une indemnité pouvant correspondre au maximum à deux mois de salaire (art. 336a al. 3 CO) ;
- par ailleurs, si l'employeur omet d'adresser à l'office cantonal compétent copie de la communication prévue à l'article 335f alinéa 3 CO, il peut encourir des sanctions pénales et administratives, prévues par le droit cantonal.

Même si elle est abusive, que ce soit sur la base des articles 336 CO ou 2 alinéa 2 CC, la résiliation n'en demeure pas moins valable, les rapports de travail prenant généralement fin après l'écoulement du délai de congé (sur ce point précise, voir néanmoins l'ATF 132 III 406 traité p. 244).

Selon la LSE

La violation du devoir d'annonce constitue une infraction pénale (art. 39 al. 2 let. a LSE). À teneur de cette disposition, sera puni d'une amende de CHF 40'000.- au maximum celui qui, intentionnellement, aura enfreint l'obligation d'annoncer et de renseigner. L'amende est toutefois réduite à CHF 20'000.- au maximum en cas d'infraction commise par négligence.

CHAPITRE 6 LSE

AUTORITÉS

Article 31 LSE**Autorité fédérale dont relève le marché du travail****I. Dispositions légales****A. LSE****Art. 31 LSE Autorité fédérale dont relève le marché du travail**

¹Le SECO est l'autorité fédérale dont relève le marché du travail.

²Il surveille l'exécution de la présente loi par les cantons et encourage la coordination intercantonale du service public de l'emploi.

³Il surveille le placement privé de personnel intéressant l'étranger et la location de services vers l'étranger.

⁴Il peut organiser, avec la collaboration des cantons, des cours de formation et de perfectionnement pour le personnel des autorités dont relève le marché du travail.

⇒ Par rapport au projet de loi, « l'OFIAMT » est devenu « le SECO ».

B. OSE**Art. 54 OSE Formation**

¹Les cours de formation et de perfectionnement subventionnés par le SECO et organisés à l'intention du personnel des organes dont relève le marché du travail sont également ouverts, dans la mesure du possible, aux placeurs privés et aux bailleurs de services.

²Le SECO peut financer tout ou partie de ces cours. Les frais de projet y relatifs sont également imputables comme frais de cours.

Art. 62 OSE Organe de contrôle

Le SECO surveille l'exécution de la présente ordonnance.

II. Travaux législatifs**A. Projet du 27 novembre 1985 (FF 1985 III 628)****Art. 31 LSE Autorité fédérale dont relève le marché du travail**

¹L'OFIAMT⁵¹⁴ est l'autorité fédérale dont relève le marché du travail.

²Il surveille l'exécution de la présente loi par les cantons et encourage la coordination intercantonale du service public de l'emploi.

³Il surveille le placement privé de personnel intéressant l'étranger et la location de services vers l'étranger.

⁵¹⁴ Remarque des auteurs : aujourd'hui le SECO.

⁴Il peut organiser, avec la collaboration des cantons, des cours de formation et de perfectionnement pour le personnel des autorités dont relève le marché du travail.

B. Message du 27 novembre 1985 (FF 1985 III 601)

« La loi actuelle statue que l'OFIAMT⁵¹⁵ exerce les fonctions d'un « bureau central fédéral » (art. 3, 3^e al.) et que les cantons s'efforcent d'équilibrer l'offre et la demande d'emplois, au besoin avec l'aide de l'OFIAMT (art. 4, 1^{er} al.). Cependant, les tâches de la Confédération sont plus étendues dans la pratique actuelle. Il est donc indispensable, sur le plan législatif, d'adapter les compétences de la Confédération aux conditions réelles.

Le premier alinéa désigne l'OFIAMT comme l'autorité fédérale dont relève le marché du travail. Les alinéas 2 et 3 précisent ses tâches en matière de placement public et privé.

L'activité de placement exige un personnel qualifié. Jusqu'ici, des cours de formation et de perfectionnement ont été mis sur pied sporadiquement par quelques cantons ou par l'Association des offices suisses du travail. Du fait de l'importance de ces cours, l'OFIAMT devrait également pouvoir les encourager ou les organiser avec l'aide des cantons (4^e al.) ».

III. Jurisprudence : Compétence pour accorder une autorisation de location de services ; Commission de recours du Département fédéral de l'économie, arrêt du 10.09.1996, JAAC 61.38

L'Office fédéral de l'industrie, des arts et métiers et du travail (OFIAMT, aujourd'hui le SECO) n'est pas compétent pour décider si un requérant a besoin d'une autorisation cantonale pour la location de services.

⁵¹⁵ Remarque des auteurs : aujourd'hui le SECO.

Article 32 LSE**Cantons****I. Dispositions légales****Art. 32 LSE Cantons**

¹Les cantons règlent la surveillance du service public de l'emploi et du placement privé ainsi que de la location de services.

²Ils assurent le fonctionnement d'au moins un office cantonal du travail.

⇒ *La version adoptée supprime l'obligation, pour les cantons, d'établir des offices communaux et régionaux du travail là où le besoin s'en fait sentir*

II. Travaux législatifs**A. Projet du 27 novembre 1985 (FF 1985 III 628)****Art. 32 LSE Cantons**

¹Les cantons règlent la surveillance du service public de l'emploi et du placement privé ainsi que de la location de services.

²Ils entretiennent au moins un office cantonal du travail et veillent à établir des offices communaux et régionaux du travail là où le besoin s'en fait sentir.

B. Message du 27 novembre 1985 (FF 1985 III 601)

« En principe, le service public de l'emploi incombe, comme jusqu'ici, aux cantons (cf. art. 3, 2^e al., LSE).

Conformément à l'article 3, 2^e alinéa, de la loi actuelle, le 2^e alinéa prescrit à chaque canton d'instituer et de maintenir les organes nécessaires à l'administration du marché du travail. Afin de pouvoir assumer ses tâches d'exécution, chaque canton entretient au moins un office du travail ainsi que des offices communaux et régionaux partout où le besoin s'en fait sentir ».

Article 38 LSE

I. Dispositions légales**Art. 38 LSE**

¹Les décisions prises en vertu de la présente loi peuvent faire l'objet de recours.

²Les autorités de recours sont :

a. une autorité cantonale au moins pour les décisions prises par les offices du travail ;

b. ⁵¹⁶ le Tribunal administratif fédéral pour les décisions prises en première instance par des autorités fédérales ;

c. ⁵¹⁷ le Tribunal fédéral conformément à la loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral ⁵¹⁸.

d. ... ⁵¹⁹

³La procédure devant les autorités cantonales est régie par le droit cantonal, pour autant que le droit fédéral n'en dispose pas autrement. La procédure devant les autorités fédérales est régie par les dispositions générales de la procédure fédérale ⁵²⁰.

⇒ *La version adoptée était la même celle du projet de loi. Néanmoins, l'entrée en vigueur – le 1^{er} janvier 2007 – de la loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral (LTF) et de la loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal administratif fédéral (LTAF), a impliqué une révision des alinéas 2 et 3.*

II. Travaux législatifs**A. Projet du 27 novembre 1985 (FF 1985 III 630)****Art. 38 LSE**

¹Les décisions prises en vertu de la présente loi sont susceptibles de recours.

²Les autorités de recours sont :

a. Au moins une autorité cantonale de recours pour les décisions prises par les offices du travail ;

⁵¹⁶ Nouvelle teneur selon le ch. 101 de l'annexe à la loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal administratif fédéral, en vigueur depuis le 1^{er} janv. 2007 (RS 173.32).

⁵¹⁷ Nouvelle teneur selon le ch. 101 de l'annexe à la loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal administratif fédéral, en vigueur depuis le 1^{er} janv. 2007 (RS 173.32).

⁵¹⁸ RS 173.110.

⁵¹⁹ Abrogée par le ch. 101 de l'annexe à la loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal administratif fédéral, avec effet au 1^{er} janv. 2007 (RS 173.32).

⁵²⁰ Nouvelle teneur de la phrase selon le ch. 101 de l'annexe à la loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal administratif fédéral, en vigueur depuis le 1^{er} janv. 2007 (RS 173.32).

b. La commission de recours du Département fédéral de l'économie publique pour les décisions de l'OFIAMT⁵²¹ ;

c. Le Tribunal fédéral pour les décisions sur recours des autorités cantonales de dernière instance ou du Département fédéral de l'économie publique, pour autant que la voie du recours de droit administratif au Tribunal fédéral soit ouverte ;

d. Le Conseil fédéral pour les décisions sur recours des autorités cantonales de dernière instance ou du Département fédéral de l'économie publique lorsque la voie du recours de droit administratif au Tribunal fédéral n'est pas ouverte.

³La procédure devant les autorités cantonales suit le droit cantonal de procédure, pour autant que le droit fédéral n'en dispose pas autrement. Pour la procédure devant les autorités fédérales, les dispositions de la loi fédérale sur la procédure administrative⁵²² et de la loi fédérale d'organisation judiciaire⁵²³ sont applicables.

B. Message du 27 novembre 1985 (FF 1985 III 606)

« L'article 12 de la loi en vigueur sur le service de l'emploi stipule que, dans le domaine du placement privé, le recours de droit administratif est recevable contre le refus ou le retrait de l'autorisation. Toutefois, cette règle de procédure ne s'applique qu'à une partie de l'action administrative dans le domaine du service public de l'emploi. Le nouveau régime assure une meilleure protection juridique en statuant que les décisions prises en vertu de cette loi sont en règle générale susceptibles de recours (1^{er} al.).

Le 2^e alinéa désigne les instances de recours.

Le 3^e alinéa définit les procédures applicables en ce qui concerne les autorités fédérales et cantonales. À relever que la loi fédérale sur la procédure administrative peut s'appliquer, sur certains points, aux décisions des autorités cantonales de dernière instance ».

⁵²¹ Remarque des auteurs : aujourd'hui le SECO.

⁵²² RS 172.021.

⁵²³ RS 173.110.

Article 39 LSE**I. Dispositions légales****Art. 39 LSE**

¹Sera puni d'une amende de 100 000 francs au maximum celui qui, intentionnellement,

a. aura procuré du travail ou loué des services sans posséder l'autorisation nécessaire ;

b. aura placé des étrangers ou les aura engagés pour en louer les services sans observer les prescriptions légales en matière de main-d'œuvre étrangère. Est réservée une sanction supplémentaire en application de l'art. 23 de la loi fédérale du 26 mars 1931 sur le séjour et l'établissement des étrangers⁵²⁵.

²Sera puni d'une amende de 40 000 francs au maximum celui qui, intentionnellement,

a. aura recouru en sa qualité d'employeur, aux services d'un placeur ou d'un bailleur de services qu'il savait ne pas posséder l'autorisation requise ;

b. aura enfreint l'obligation d'annoncer et de renseigner (art. 6, 7, 17, 18 et 29) ;

c. n'aura pas communiqué par écrit, en sa qualité de bailleur de services, la teneur essentielle du contrat de travail ou ne l'aura fait qu'incomplètement ou encore aura conclu un arrangement illicite (art. 19 et 22) ;

d. aura contrevenu, en sa qualité de placeur, aux dispositions concernant le calcul de la commission de placement (art. 9) ou, en sa qualité de bailleur de services, aura exigé du travailleur le paiement d'émoluments ou de prestations financières préalables (art. 19, al. 5) ;

e. se sera livré à une propagande fallacieuse en matière d'émigration de personnes actives (art. 30) ;

f. aura enfreint l'obligation de garder le secret (art. 7, 18 et 34).

³Sera puni d'une amende de 20 000 francs au maximum celui qui, par négligence, aura enfreint l'al. 1 ou 2, let. b à f. Dans les cas de peu de gravité, la peine pourra être remise.

⁴Sera puni d'emprisonnement ou d'une amende de 40 000 francs au maximum celui qui aura obtenu une autorisation en donnant des indications inexactes ou fallacieuses ou en taisant des faits importants.

⁵Si des infractions sont commises dans la gestion d'entreprises ou d'autres établissements analogues, les art. 6 et 7 de la loi fédérale du 22 mars 1974 sur le droit pénal administratif sont applicables.

⁵²⁴ À partir du 1^{er} janv. 2007, les peines et les délais de prescription doivent être adaptés selon la clé de conversion de l'art. 333 al. 2 à 6 du code pénal (RS 311.0), dans la teneur de la LF du 13 déc. 2002 (RO 2006 3459).

⁵²⁵ RS 142.20.

⁶La poursuite pénale incombe aux cantons.

⇒ *La version adoptée précise qu'est réservée une sanction supplémentaire en application de l'article 23 LSEE⁵²⁶. De plus, depuis le 1^{er} janvier 2007, les peines et les délais de prescription doivent être adaptés selon la clé de conversion de l'article 333 alinéa 2 à 6 du Code pénal suisse du 21 décembre 1937⁵²⁷.*

II. Travaux législatifs

A. Projet du 27 novembre 1985 (FF 1985 III 631)

Art. 39 LSE

¹Sera puni d'amende jusqu'à 100 000 francs celui qui, intentionnellement,

- a. Procure du travail ou loue des services sans y être autorisé ;
- b. Place des étrangers ou les engage pour en louer les services sans observer les prescriptions légales en matière de main-d'œuvre étrangère.

²Sera puni d'amende jusqu'à 40 000 francs celui qui, intentionnellement :

- a. Obtient une autorisation en donnant des indications inexacts ou fallacieuses ou en taisant des faits importants ;
- b. À recours, en sa qualité d'employeur, aux services d'un placeur ou d'un bailleur de services, qu'il sait ne pas posséder l'autorisation nécessaire ;
- c. Enfreint l'obligation d'annoncer et de renseigner (art. 6, 7, 17, 18 et 29) ;
- d. Ne communique pas par écrit, en sa qualité de bailleur de services, la teneur essentielle du contrat de travail ou ne le fait qu'incomplètement ou encore conclut un arrangement illicite (art. 19 et 22) ;
- e. Contrevient, en sa qualité de placeur, aux dispositions concernant le calcul de la commission de placement (art. 9) ou, en sa qualité de bailleur de services, exige du travailleur le paiement d'émoluments ou de prestations financières préalables (art. 19, 3^e al.) ;
- f. Se livre à une propagande fallacieuse en matière d'émigration de personnes actives (art. 34) ;
- g. Enfreint son devoir de discrétion (art. 7, 18 et 34).

³Sera puni d'amende jusqu'à 20 000 francs celui qui, par négligence, enfreint le 1^{er} alinéa, lettre a, ou le 2^e alinéa, lettres c à g.

⁴Si des infractions sont commises dans la gestion des entreprises ou d'autres établissements analogues, les articles 6 et 7 de la loi fédérale sur le droit pénal administratif⁵²⁸ sont applicables.

⁵La poursuite pénale incombe aux cantons.

⁵²⁶ Actuellement loi fédérale du 16 décembre 2005 sur les étrangers (LEtr), RS 142.20.

⁵²⁷ RS 311.0.

⁵²⁸ RS 313.0.

B. Message du 27 novembre 1985 (FF 1985 III 606)

« Le 1^{er} alinéa désigne les infractions qualifiées. La poursuite pénale s'adresse aux personnes responsables de la gestion de l'entreprise.

Le 2^e alinéa concerne les infractions simples contre les dispositions de la présente loi ; celles-ci seront punissables de l'amende jusqu'à 40'000 francs.

Aussi bien en ce qui concerne le premier que le deuxième alinéa, le juge n'est pas lié au montant maximum de l'amende lorsque l'auteur de l'infraction a agi par esprit de lucre (cf. art. 106, 2^e al.)⁵²⁹.

Les personnes morales ou sociétés commerciales sans personnalité juridique ne sont pas passibles de poursuites pénales selon la doctrine et la jurisprudence dominantes⁵³⁰. Si la personne morale ne peut pas être poursuivie, les dispositions pénales sont applicables aux membres de l'organisation ou aux sociétaires qui ont agi ou qui auraient du agir en son nom. Toutefois, il est souvent impossible ou très difficile de les identifier. C'est la raison pour laquelle, comme c'est le cas en droit pénal administratif, l'alinéa 4 prévoit que la société peut être condamnée, à leur place, au paiement d'une amende allant jusqu'à 5'000 francs ».

III. Jurisprudence

- A. Licenciement collectif / Omission de notification à l'office cantonal du travail / Conséquences juridiques ; ATF 132 III 406, SJ 2007 I 129

⇒ Voir p. 244

- B. Autorisations nécessaires à employer des personnes étrangères / Sanction de l'Office cantonal ; TA VD, arrêt du 09.01.2007, PE.2006.0493

⇒ Voir pp. 56 et 216

IV. Chapitre choisi : Sanctions civiles

En matière civile et en plus des sanctions pénales, tous les contrats de location de services conclus par un bailleur de services ne disposant pas d'une autorisation valable sont frappés de nullité (art. 22 al. 5 LSE). Il s'ensuit qu'un bailleur de services dépourvu d'autorisation a uniquement droit à la restitution des salaires payés aux travailleurs et des cotisations sociales y afférentes (art. 62ss CO), mais non au paiement des frais administratifs et du bénéfice. Si l'entreprise de mission a déjà réglé sa facture, elle peut réclamer au bailleur de services le remboursement des montants indus. Comme le

⁵²⁹ RS 311.0.

⁵³⁰ En lieu et place de nombreuses citations, cf. ATF 85 IV 95 à 100 ainsi que la doctrine et la jurisprudence citées à cet endroit.

bailleur de services dépourvu d'autorisation agit de surcroît de manière illicite, il est tenu de réparer les éventuels dommages causés à l'entreprise de mission (art. 41ss CO)⁵³¹.

La même nullité frappe le contrat de travail (art. 19 al. 6 LSE), avec les conséquences prévues à l'article 320 alinéa 3 CO, ce qui est d'ailleurs critiquable selon la doctrine⁵³².

⁵³¹ SECO, Directives et commentaires relatifs à la LSE et aux ordonnances, p. 188.

⁵³² THÉVENOZ, Travail intérimaire et location de services, pp. 4 s.

INDEX ALPHABÉTIQUE

A

abréviations · XXV

absence d'autorisation (j) · 32, 33, 56, 57, 58, 104, 214

accident · 194

activité

- irrégulière · 126
- soumises à autorisation · 27

admission des étrangers · 59

afférent aux vacances · *Voir* salaire

agences de location de services, statistiques · 15

allocations

- de maternité · 134, 194
- familiales · 134

amende · 257

- conventionnelle · 145, 206
- conventionnelle (j) · 156, 157

annonce d'un travailleur étranger (j) · 57

annonces publiées dans la presse · 77

annualisation du temps de travail · 196

APG · *Voir* assurance perte de gain

aptitude au placement (j) · 97, 99

arbitral · *Voir* jugement arbitral

assurance perte de gain (j) · 149, 150

assurance-accidents · 194

assurance-chômage

- et travail intérimaire (j) · 97
- obligation de renseigner · 140

assurance-maladie · 192

- perte de gain · 194

attente · *Voir* temps d'attente

augmentation conventionnelle du salaire · 173

autorisation · 33

- absence d'autorisation (j) · 32, 33, 56, 57, 104, 214

- activités soumises à · 27

- alors que l'activité a déjà débuté (j) · 56, 57

- compétence pour l'octroyer (j) · 32, 252

- condition de l'octroi · 37

- condition de l'octroi (j) · 41

- condition de l'octroi pour pratiquer la location de services vers l'étranger · 38

- de travailler en Suisse (j) · 56, 57, 58, 214

- demande · 38

- durée · 49

- émoluments perçus pour l'octroi · 49

- et bonne réputation (j) · 41

- et dépôt de sûretés · 43

- et obligation d'annoncer les changements dans l'entreprise · 49

- et violation de dispositions légales impératives · 59

- forme de l'autorisation · 49

- formes de location de services qui y sont soumises · 28

- obligatoire · 27, 33

- portée · 49

- pour employer des personnes étrangères (j) · 214, 216

- retrait · 53, 58

- suppression · 53

autorité dont relève le marché de l'emploi · 251

autres modes d'organisation du travail · 13

- consortium d'entreprises · 14

- contrat de montage · 14

- groupes de travail · 14

- location de matériel avec son personnel · 15

- sous-traitance · 13

- travail à temps partiel · 13

avant-propos · V

B

bailleur de services

- clause contractuelle d'exclusion de responsabilité · **231**
- définition · **27, 33**
- dispositions étendues qu'il doit respecter · **167**
- et locataire de services · **8**
- et privilège de responsabilité de l'employeur (j) · **222, 225**
- et protection des données · **69**
- et travailleur intérimaire · **8, 106**
- étendue de sa responsabilité (j) · **19, 22, 226**
- liberté d'affiliation à plusieurs bailleurs de services (j) · **85**
- modification des contrats · **114**
- obligation de renseigner · **61**
- obligation de verser le salaire (j) · **92**
- obligations propres · **69**
- obligations réciproques des parties · **229**
- obligations réciproques des parties (j) · **22, 214**
- ratification tacite du licenciement (j) · **90, 230**
- responsabilité (j) · **19, 22, 227**

bases légales

- location de services · **3**
- proportionnalité · **63**
- traitement des données · **72**

bibliographie · XXXI

bonne réputation (j) · 41

buts de la LSE · 4, 25

C

cadre · *Voir* contrat-cadre calcul

- du délai de congé lorsqu'il est fixé en jours · **114**
- du gain assuré (j) · **101**

cantons

- compétences en matière de location de services (j) · **17**
- surveillance du service public · **253**

catégories professionnelles · 172

cautionnement

- des prétentions salariales · **46**
- étendue · **46**
- exemple pratique · **46**

CCT · *Voir* convention collective de travail

champ d'application

- d'une convention collective de travail · **163**
- d'une convention collective de travail (j) · **152**
- temporel · **168**

chapitre introductif · 1

chiffre d'affaire et soumission du bailleur de services à la LSE (j) · 32

chiffres · *Voir* statistiques

choix diligent du travailleur

temporaire (j) · 22, 227

chômage

- devoir d'éviter ou d'abrégier (j) · **100**
- droit aux indemnités (j) · **98, 99**
- fixation de l'indemnité (j) · **101**
- indemnités (j) · **93**
- moment et nombre de recherches d'emplois (j) · **100**

clause

- de non-débauchage (j) · **102**
- de prohibition de concurrence (j) · **86, 102**
- excluant la responsabilité du bailleur de services · **231**
- insolite · **231**

COMCO · 166

commandement de payer (j) · 157

commerce, définition de faire

commerce de location de services · 28

commission de la concurrence · Voir COMCO**commission paritaire**

- amende · **145, 206**
- compétences (j) · **152**
- exécutabilité d'une décision (j) · **156, 157, 158**
- frais de contrôle · **145, 206**
- obligation de rendre compte et de présenter un rapport · **145**
- peine · **145, 206**

compétence

- cantonale et force dérogatoire du droit fédéral (j) · **17, 18, 147**
- des commissions paritaires (j) · **152**
- pour accorder une autorisation (j) · **32, 252**

concurrence

- clause de prohibition (j) · **86, 102**
- commission de la · *Voir* COMCO

conditions de l'octroi · Voir autorisation**conditions générales**

- conseils pratiques · **121**
- de recherche, sélection et placement de personnel fixe · **122**
- définition · **120**
- modification · **120, 121**

conditions les plus favorables, primauté · 162**conflit**

- collectif de travail · *Voir* grève
- de conventions collectives de travail (j) · **159**
- entre une CCT et un contrat de travail (j) · **161**

congé

- délai de congé · **82**
- en compensation de travail supplémentaire · **178**
- en compensation d'heures supplémentaires · **175**

congé-modification · 116

- conseils pratiques · **119**
- et licenciement collectif · **118**

- improprement dit (au sens large) · **118**
- proprement dit (au sens étroit) · **117**

congés usuels · 190, 201

- rémunération · **191**

conseils pratiques

- congé-modification · **119, 121**
- licenciement collectif · **119**
- modification des contrats · **119**

consortium d'entreprises · 14**contenu**

- du contrat de location de services · **228**
- du contrat de travail intérimaire · **108**

contrat

- conflit avec une CCT (j) · **161**
- de durée déterminée ou indéterminée (j) · **96**
- de durée déterminée, prolongation · **122**
- de montage · **14**
- de montage (j) · **19**
- de travail ferme (j) · **98**
- déclaré nul (j) · **33, 104**
- modification · **114**
- qualification (j) · **22, 147, 227**
- responsabilité contractuelle et civile à l'égard des tiers · **123**
- transformation d'un contrat de travail ordinaire en contrat de location de services (j) · **225**

contrat de location de services · 219

- conseils pratiques en cas de modification · **121**
- contenu · **228**
- durée · **230**
- forme · **227**
- modification · **120**
- obligations des parties · **229**
- obligations des parties (j) · **22, 214**
- qualification · **229**
- qualification (j) · **22**

- transformation d'un contrat de travail ordinaire en contrat de location de services (j) · **225**
- contrat de mandat**
 - et location de services · **6**
 - et location de services (j) · **19, 22, 147, 227**
- contrat de mission**
 - et contrat-cadre (j) · **85**
 - horaire de travail · **138**
- contrat de travail intérimaire** · 79
 - contenu · **108**
 - forme · **107**
- contrat de travail temporaire**
 - horaire de travail · **138**
 - inobservation de la forme (j) · **90, 105**
 - inobservation du contenu (j) · **90**
 - modification · **115**
 - renvoi aux dispositions d'une CCT (j) · **161**
 - résiliation du rapport de travail · **230**
- contrat d'entreprise**
 - et distinction avec le contrat de location de services et de montage (j) · **19**
 - et location de services · **6**
- contrat intérimaire** · *Voir* **contrat de travail intérimaire**
- contrat-cadre**
 - conformité au CO (j) · **93**
 - et contrat de mission (j) · **85**
 - portée (j) · **85**
 - recommandation de clause contractuelle · **113**
- contrats en chaîne**
 - délai de résiliation (j) · **96**
 - interdiction (j) · **93, 97**
- contrats successifs** · *Voir* **contrats en chaîne**
- contribution**
 - aux frais de formation continue · **144, 206**
 - aux frais d'exécution · **144, 206**
- contrôle paritaire**

- disproportionné · **66**
- frais · **145, 206**
- proportionnalité · **62**
- proportionné · **67**
- convention collective de travail** · 143
 - amende · **145, 206**
 - champ d'application · **163, 168**
 - champ d'application (j) · **152**
 - classes de salaire (j) · **152**
 - conflit (j) · **159**
 - de la branche du travail temporaire · **209**
 - définition de l'extension · **162**
 - définition de l'extension (j) · **148**
 - dispositions étendues à respecter · **167**
 - effet après expiration de sa durée de validité (j) · **161**
 - et lieu du chantier · **163**
 - frais de contrôle · **145, 206**
 - peine · **145, 206**
 - perte d'effets (j) · **149**
 - primauté des conditions les plus favorables · **162**
 - sectorielle et professionnelle, distinction (j) · **159**

D

- débauchage, clause de non-débauchage (j)** · 102
- décision**
 - arbitrale · *Voir* jugement
 - d'une commission paritaire (j) · **156, 157, 158**
- déclaration**
 - des licenciement collectif (j) · **244**
 - des licenciements et fermetures d'entreprise · **241**
 - d'extension · **143**
 - omission de déclarer un licenciement collectif (j) · **244**
- définition**
 - bailleur de services · **27, 33**

- conditions générales · **120**
- congé-modification · **116**
- dispositions qui concerne la durée du travail · **144, 195**
- dispositions qui concerne le salaire · **144, 169**
- emploi ininterrompu · **112**
- extension d'une convention collective de travail · **162**
- extension d'une convention collective de travail (j) · **148**
- faire commerce de location de services · **28**
- heures supplémentaires · **174**
- lieu de travail (j) · **105, 154**
- lieu d'engagement (j) · **105, 154**
- location de services · **5**
- mise à disposition occasionnelle de travailleurs · **12, 27**
- risque d'entreprise · **136**
- salaire (j) · **150, 154**
- travail en régie · **11, 27**
- travail supplémentaire · **176**
- travail temporaire · **27**
- délai**
 - de congé · **82**
 - de congé lorsqu'il est fixé en jours · **114**
 - de résiliation après le temps d'essai · **112**
 - de résiliation en cas de contrats en chaîne (j) · **96**
 - de résiliation pendant le temps d'essai · **111**
- déplacement · Voir temps de déplacement**
- devoir**
 - d'assurer le travailleur (j) · **149**
 - de diligence (j) · **22, 86, 214, 227**
 - de renseigner (j) · **71**
- diligence (j) · 22, 86, 214, 227**
- dimanche · Voir travail dominical**
- disposition**
 - étendues à respecter · **167**
 - impérative de protection des travailleurs · **59**
 - qui concerne la durée du travail · **144, 195**
 - qui concerne la retraite anticipée · **145, 208**
 - qui concerne le salaire · **144, 169**
 - qui concerne le salaire (j) · **149, 150**
 - qui concerne le salaire minimum · **170**
 - qui concerne les frais de formation continue et les frais d'exécution · **144, 206**
 - qui concerne les suppléments salariaux · **174**
 - qui concerne les vacances · **189, 201**
- dispositions pénales · 257**
 - licenciement collectif (j) · **244**
- distinction**
 - congé-modification proprement dit et improprement dit · **118**
 - contrat de location de services et contrat de mandat (j) · **22, 147, 227**
 - contrat de location de services et contrat d'entreprise ou de montage (j) · **19**
 - contrat de travail temporaire et contrat de mandat (j) · **19**
 - conventions collectives de travail sectorielles et professionnelles (j) · **159**
 - exécution d'une location de services et exécution d'un contrat d'entreprise · **6**
 - exécution d'une location de services et exécution d'un mandat · **6**
 - heures supplémentaires et travail supplémentaire · **177, 198**
 - lieu d'engagement et lieu de travail (j) · **105, 154**
 - location de services et autres modes d'organisation du travail · **13**
 - travail intérimaire proprement dit et improprement dit · **10**

- travail temporaire, travail en régie et mise à disposition occasionnelle de travailleurs (j) · **24**

dominical · Voir travail dominical données

- protection · **69**
- protection (j) · **71**
- traitement · **72**

droit fédéral, force dérogatoire du droit fédéral (j) · 17, 18, 147

durée

- contrat de durée déterminée · **122**
- de l'autorisation · **49**
- des vacances · **189**
- déterminée ou indéterminée (j) · **96**
- du contrat de location de services · **230**
- du travail · **144, 195**
- mission de durée déterminée ou indéterminée · **109**
- rapports de travail très courts · **126**
- semaine de cinq jours · **197**
- semaine de quatre jours · **198**

E

émoluments perçus pour l'octroi de l'autorisation · 49

empêchement de travailler et paiement du salaire · 192

emploi

- des sûretés · **44**
- ininterrompu · **112**
- stable (j) · **92**

entreprise · Voir contrat d'entreprise entreprise de location de services ·

Voir bailleur de services

équipe · Voir travail en équipe

équivalence des diplômes (j) · 152

essai · Voir temps d'essai

établissement des étrangers · 59

étendue

- de la responsabilité du bailleur de services (j) · **226**

- du cautionnement · **46**
- du terme "durée du travail" (j) · **154**
- du terme "salaire" (j) · **150, 154**

étranger

- admission · **59**
- équivalence des diplômes (j) · **152**
- et location de services · **35**
- informations actualisées · **217**
- LEtr · **59**
- qualifications comparables (j) · **152**
- travailleurs étrangers · **213**
- travailleurs étrangers (j) · **214, 215, 216**

excès · Voir pouvoir de direction

exclusion de responsabilité · 231

exécutabilité d'une décision d'une

commission paritaire (j) · 156, 157, 158

exécution, contribution aux frais · 144, 206

exemples pratiques

- cautionnement · **46**
- proportionnalité · **64**

exercice à titre professionnel · Voir

location de services

exhaustivité de la réglementation

fédérale ? (j) · 18, 147

extension

- dispositions à respecter · **167**
- d'une convention collective de travail · **143, 162**
- d'une convention collective de travail (j) · **148**

F

férié · Voir jours fériés

fermeture d'entreprise · 241, 245

- conditions fixées par la LSE · **248**
- conditions fixées par le CO · **245**
- les trois catégories · **249**
- obligation de déclarer · **248**
- violation de la procédure · **250**

fête nationale · 184, 201

fixation de l'indemnité de chômage (j) · 101

force dérogatoire du droit fédéral (j) · 17, 18, 147

formation · 251

- continue, contribution aux frais · **144, 206**

forme

- de l'autorisation · **49**
- de location de services soumises à autorisations · **28**
- des sûretés · **43, 46**
- différentes formes de location de services · **27**
- du contrat de location de services · **227**
- du contrat de travail intérimaire · **107**
- écrite (j) · **105**
- inobservation (j) · **90**

frais

- de contrôle · **145, 206**
- de déplacement (j) · **154**
- de formation continue · **144, 206**
- de repas (j) · **154**
- d'exécution · **144, 206**
- et salaire minimum · **171**
- remboursés en général · **170**
- salaire minimum · **170**

frontalier (j) · 215

G

gain assuré (j) · 101

grève · 135

groupes de travail · 14

H

heures de travail, statistiques · 16

heures supplémentaires

- admissibilité · **174**
- compensation par un congé · **175**
- compensation par une rétribution · **176**

- définition · **174**

- et travail en régie (j) · **104**

- et travail supplémentaire · **177, 198**

horaire

- annualisation · **196**
- de travail dans le contrat de mission · **138**
- hebdomadaire annuel moyen · **195**
- hebdomadaire fixe · **195**
- pouvoir de représentation · **197**

I

improprement dit · *Voir travail*

intérimaire

indemnités de chômage (j) · 93, 101

inobservation de la forme écrite (j) · 105

insolite · *Voir clause*

instructions (j) · 86

interdiction

- contrats en chaîne (j) · **93, 97**
- retenues de salaire · **129**

international · *Voir étranger*

introduction · 1

J

jours de repos · 190

jours fériés · 184, 190, 201

- cantonaux assimilés au dimanche · **202**
- dans les cantons romands et dans le canton de Berne · **186**
- législation cantonale sur le repos dominical · **203**
- rémunération · **185**

jugement arbitral (j) · 156, 158

K

Kettenverträge · *Voir* **contrats en chaîne**

L

LECCT · *Voir* **extension**

LEtr · 59

libération des sûretés · 43

liberté d'affiliation (j) · 85

libre circulation des personnes (j) · 56

libre passage (j) · 150

licenciement

- d'une employée temporaire enceinte (j) · **88**
- immédiat injustifié (j) · **90**
- immédiat justifié (j) · **104**
- les trois catégories · **249**
- obligation de déclarer · **241, 248**

licenciement collectif · 245

- conditions fixées par la LSE · **248**
- conditions fixées par le CO · **245**
- conseils pratiques · **119**
- dispositions pénales (j) · **244**
- et congé-modification · **118**
- et importance de la distinction entre congé-modification proprement dit et improprement dit · **118**
- violation de la procédure · **250**

lieu de travail

- définition (j) · **105, 154**
- et lieu d'engagement (j) · **154**

lieu d'engagement

- définition (j) · **105, 154**
- et lieu de travail (j) · **154**

LMI · 165

locataire de services

- et bailleur de services · **8**
- et droit de résilier le rapport de travail · **230**
- et privilège de responsabilité de l'employeur (j) · **222, 225**

- et travailleur intérimaire · **9**
- obligations réciproques des parties · **229**
- obligations réciproques des parties (j) · **22, 214**
- pouvoir de représentation concernant l'horaire de travail · **197**

location de matériel · 15

location de services

- autorisation de pratiquer · **27**
- bases légales · **3**
- compétence pour accorder l'autorisation (j) · **252**
- contrat de location de services · **219**
- convention collective de travail indépendante · **209**
- définition · **5**
- différentes formes · **27**
- et absence d'autorisation (j) · **32**
- et autres modes d'organisation du travail · **13**
- et contrat de mandat · **6**
- et contrat de mandat (j) · **19, 22, 227**
- et contrat d'entreprise · **6**
- et contrat d'entreprise ou de montage (j) · **19**
- et exercice à titre professionnel (j) · **33**
- et l'étranger · **35**
- et traitement des données · **72, 75**
- et TVA (j) · **32**
- formes soumises à autorisation · **28**
- nouveautés apportées par la LSE · **2**
- schéma · **7**

LPP · *Voir* **prévoyance professionnelle**

LSE

- application (j) · **33**
- buts · **4, 25**
- et chiffre d'affaire (j) · **32**
- force dérogatoire du droit fédéral (j) · **17, 18, 147**
- nouveautés · **2**

LSEE (j) · 214, 216

M

mainlevée d'opposition (j) · 156, 157, 158

majoration du salaire

- travail de nuit · **182**
- travail dominical · **184**

maladie · 192

mandat · *Voir* **contrat de mandat**

marché de l'emploi · 69, 251

marché intérieur · *Voir* **LMI**

matériel · *Voir* **location de matériel**

maternité · 194

- allocation · **134**

- licenciement (j) · **88**

matières · IX

mise à disposition de travailleurs à

titre principal · 11

mise à disposition occasionnelle de travailleurs

- définition · **12, 27**
- et distinction avec le travail temporaire et le travail en régie (j) · **24**

mission

- de durée déterminée · **109**
- de durée indéterminée · **111**

modification

- conditions générales · **120, 121**
- conditions générales de recherche, sélection et placement de personnel fixe · **122**
- conseils pratiques · **119, 121**
- contrat de location de services · **120**
- des contrats du bailleur de services · **114**
- du contrat de travail temporaire · **115**
- d'un contrat de travail ordinaire en contrat de location de services (j) · **225**
- par congé-modification · **116**
- par convention écrite · **116**

montage · *Voir* **contrat de montage**

montant des sûretés · 44

N

nouveautés apportées par la LSE · 2

nouvelle LSE · 2

nouvelle mission et temps d'essai (j) · 93

nuit · *Voir* **travail de nuit**

nullité du contrat (j) · 33, 104

O

obligation

- d'annoncer les changements dans l'entreprise · **49**
- de déclarer les licenciements et fermetures d'entreprise · **241**
- de déclarer les succursales · **28**
- de protéger les données · **69**
- de rendre compte et de présenter un rapport · **145**
- de renseigner · **61, 168**
- de renseigner dans l'assurance-chômage · **140**
- de verser le salaire (j) · **92**
- des parties au contrat de travail temporaire (j) · **22**
- des parties du contrat de location de services · **229**
- des parties du contrat de location de services (j) · **22, 214**
- d'obtenir une autorisation · **27, 33**
- observation du marché du travail · **69**
- propres au bailleur de services · **69**
- réciproque des parties au contrat de location de services · **229**
- réciproque des parties au contrat de location de services (j) · **22, 214**
- réciproque des parties au contrat de travail temporaire (j) · **22**

observation

- des instructions (j) · 86
- du marché du travail · 69
- offres d'emplois dans la presse** · 77
- opposition, mainlevée (j)** · 156, 157, 158
- organe de contrôle** · 251
- organe paritaire** · *Voir* commission paritaire

P

- paiement du salaire vacances** · 190
- pauses** · 204
- peine** · 257
 - conventionnelle · 145, 206
- pénale** · *Voir* dispositions pénales
- perfectionnement** · *Voir* formation
- permis de frontalier (j)** · 215
- personnes engagées, statistiques** · 16
- perte de gain** · 194
- perte de travail (j)** · 99
- piquet** · *Voir* service de piquet
- placement, aptitude (j)** · 97, 99
- portée**
 - autorisation · 49
 - contrat-cadre (j) · 85
- pourparlers contractuels (j)** · 71
- poursuite (j)** · 156, 157, 158
- pouvoir**
 - de direction, excès (j) · 90, 230
 - de représentation, horaire de travail · 197
- préambule** · VII
- prêt d'un travailleur (j)** · 87
- prétentions salariales** · *Voir* cautionnement
- prévoyance professionnelle** · 131
- primauté des conditions les plus favorables** · 162
- principe**
 - de proportionnalité · 63
 - en matière de traitement des données · 72
- privilège de responsabilité de l'employeur (j)** · 222, 225

- procédure** · 237
 - en cas de fermeture d'entreprise · 245, 250
 - en cas de licenciement collectif · 245, 250
- progression, statistiques** · 16
- prohibition de concurrence** · *Voir* clause
- prolongation du contrat de durée déterminée** · 122
- proportionnalité**
 - bases légales · 63
 - contrôle paritaire · 62
 - exemples pratiques · 64
 - principe · 63
- proprement dit** · *Voir* travail
- intérimaire**
- protection**
 - civile · 194
 - des données · *Voir* traitement des données
 - des travailleurs · 59
- publication d'annonces dans la presse** · 77

Q

- qualification**
 - contrat de location de services · 229
 - contrat de location de services (j) · 22
- qualification du contrat (j)** · 19, 22, 147, 227
- qualifications comparables (j)** · 152

R

- rapports de travail de très courte durée** · 126
- ratification tacite (j)** · 90, 230
- recours, voies** · 255
- références bibliographiques** · XXXI
- régie** · *Voir* travail en régie

relations

- bailleur de services et locataire de services · **8**
- bailleur de services et travailleur intérimaire · **8, 106**
- locataire de services et travailleur intérimaire · **9**
- quasi contractuelles (j) · **22, 227**
- triangulaires · **7**

remboursement des frais de**déplacements et de repas (j) · 154****rémunération**

- congés usuels · **191**
- jours fériés · **185**

renseigner

- obligation de · **61, 168**
- protection des données (j) · **71**

repos

- compensatoire · **200, 201**
- jours de repos · **190**
- temps de repos · **204**

requalification des contrats successifs (j) · 97**résiliation**

- délai après le temps d'essai · **112**
- délai en cas de contrats en chaîne (j) · **96**
- délai pendant le temps d'essai · **111**
- des rapports de travail · **230**
- recommandation de clause contractuelle · **113**

responsabilité

- clause d'exclusion · **231**
- contractuelle et civile à l'égard des tiers · **123**
- contractuelle et civile à l'égard des tiers (j) · **22**
- contractuelle ou délictuelle (j) · **86**
- du bailleur de services (j) · **19, 22, 226, 227**
- du travailleur "prêté" (j) · **87**
- du travailleur temporaire (j) · **22, 86**

retenues de salaire · Voir salaire**retrait**

- de l'autorisation · **53, 58**

- de l'autorisation pour violation de dispositions impératives · **59**

retraite anticipée · 145, 208**rétribution**

- en compensation de travail supplémentaire · **177**
- en compensation d'heures supplémentaires · **176**

risque d'entreprise · 136

S**salaire**

- afférent aux vacances · **125, 189, 190**
- afférent aux vacances (j) · **103**
- cautionnement · **46**
- classes de (j) · **152**
- conventionnel minimum · **171**
- disposition contractuelle (j) · **149, 150**
- dispositions qui concernent le salaire · **144**
- dispositions qui le concerne · **169**
- en cas d'accident · **194**
- en cas de maladie · **192**
- en cas de maternité · **194**
- en cas de service militaire ou protection civile · **194**
- en cas d'empêchement de travailler · **192**
- étendue du terme (j) · **150, 154**
- majoration en cas de travail de nuit · **182**
- majoration en cas de travail dominical · **184**
- moyen dans l'entreprise · **171**
- obligation du versement (j) · **92**
- retenues · **129**
- suppléments · **174**

salaire minimum · 170

- non-incorporation d'éventuels frais · **170, 171**

sanctions civiles · 259**schéma · 7**

SECO · 15, 251
 – formation subventionnée · **251**
 – organe de contrôle · **251**
séjour des étrangers · 59
semaine
 – de cinq jours · **197**
 – de quatre jours · **198**
service de piquet · 188
service militaire · 194
service public de l'emploi, surveillance
 · 253
soir · *Voir* travail du soir
sous-traitance · 13
statistiques · 15
 – agences de location de services · **15**
 – autres statistiques · **16**
 – divers · **16**
 – heures de travail · **16**
 – personnes engagées · **16**
 – progression · **16**
succursale · 28
 – obligation de déclarer · **28**
suppléments salariaux · 174
suppression de l'autorisation · 53
sûretés · 43
 – emploi · **44**
 – forme · **43, 46**
 – libération · **43**
 – lieu de dépôt · **43**
 – montant requis · **44**
systématique de l'ouvrage · 1

T

table des abréviations · XXV
table des matières · IX
tâche · *Voir* travail à la tâche
temps d'attente · 205
temps de déplacement · 205
temps de travail normal · 195
temps d'essai
 – et délais de résiliation après · **112**
 – et délais de résiliation pendant · **111**

– et mission de durée déterminée · **110**
 – et mission de durée indéterminée · **111**
 – et nouvelle mission (j) · **93**
 – passage d'un travail temporaire à un emploi stable (j) · **92**
 – recommandation de clause contractuelle · **113**
temps partiel · *Voir* travail à temps partiel
traitement des données · 69, 72
 – après les rapports de travail · **76**
 – bases légales · **72**
 – devoir de renseigner (j) · **71**
 – et location de services · **75**
 – et publication d'annonces · **77**
 – pendant les rapports de travail · **75**
transfert d'entreprise (j) · 225
transformation d'un contrat (j) · 225
transfrontalier · *Voir* étranger
travail
 – pendant le repos compensatoire · **201**
 – temps de travail normal · **195**
travail à la tâche · 179, 199
travail à temps partiel · 13
travail de nuit · 180, 199
 – majoration de salaire · **182**
 – régulier ou périodique · **181**
 – temporaire · **181**
travail dominical · 183, 200
 – dimanche libre · **200**
 – droit au repos compensatoire · **200**
 – jours fériés résultant de la législation cantonale · **203**
 – majoration de salaire · **184**
 – régulier ou périodique · **183**
 – temporaire · **184**
travail du soir · 180, 199
travail en équipe · *Voir* travail posté
travail en régie
 – définition · **11, 27**
 – distinction avec travail temporaire et mise à disposition occasionnelle de travailleurs (j) · **24**

- et chômage (j) · **99**
- heures supplémentaires (j) · **104**
- travail intérimaire**
 - et assurance-chômage (j) · **97**
 - improprement dit · **10, 11**
 - improprement dit (j) · **97**
 - proprement dit · **10, 11**
 - proprement dit (j) · **97**
- travail posté** · 179, 198
- travail supplémentaire**
 - compensation par un congé · **178**
 - compensation par une rétribution · **177**
 - définition · **176**
 - et heures supplémentaires · **177, 198**
- travail temporaire** · 11
 - convention collective de travail indépendante · **209**
 - définition · **27**
 - et empêchement de travailler · **193**
 - et grève · **135**
 - et mise à disposition occasionnelle de travailleurs (j) · **24**
 - et salaire afférent aux vacances · **125**
 - et salaire afférent aux vacances (j) · **103**
 - et travail en régie (j) · **24**
 - passage à un emploi stable (j) · **92**
- travailleur "prêté" (j) · 87**
- travailleur intérimaire**
 - et bailleur de services · **8, 106**
 - et locataire de services · **9**
- travailleur temporaire**
 - devoir de l'assurer (j) · **149**
 - et locataire de services · **172**

- heures supplémentaires · **174**
- licenciement d'une employée enceinte (j) · **88**
- montant de l'indemnité de chômage (j) · **101**
- prévoyance professionnelle · **131**
- prohibition de concurrence (j) · **86, 102**
- responsabilité (j) · **22, 86**
- salaire en cas d'empêchement de travailler · **192**
- travailleurs étrangers** · 213
 - absence d'autorisation de travail (j) · **56, 58, 214**
 - annonce (j) · **57**
 - autorisation tardive de travail (j) · **56, 57**
 - autorisations nécessaires (j) · **214, 216**
 - permis de frontalier (j) · **215**
- triangulaires, relations** · 7

V

- vacances** · 188, 189, 201
 - durée · **189**
 - paiement du salaire vacances · **190**
 - salaire afférent · **125, 189, 190**
 - salaire afférent (j) · **103**
- violation**
 - de conclure le contrat par écrit (j) · **105**
 - de dispositions légales impératives de protection des travailleurs · **59**
- voies de recours** · *Voir recours*