

## Tribunal fédéral – 2C\_543/2014

II<sup>e</sup> Cour de droit public  
Arrêt du 26 novembre 2014 (d)

### Résumé et analyse

#### Proposition de citation :

José Zilla, Activité de location de services soumise à autorisation sous l'angle de la cession des pouvoirs de direction ; analyse de l'arrêt du Tribunal fédéral 2C\_543/2014, Newsletter DroitDuTravail.ch mars 2015

## Newsletter mars 2015

Autorisation de pratiquer la location de services pour une organisation de soins à domicile et de services ménagers

**Art. 12 LSE ; 26, 29 OSE ; 321d CO**



Activité de location de services soumise à autorisation sous l'angle de la cession des pouvoirs de direction ; analyse de l'arrêt du Tribunal fédéral 2C\_543/2014

José Zilla, avocat spécialiste FSA en droit du travail

### I. Objet de l'arrêt

Le Tribunal fédéral a dû déterminer dans cet arrêt si une entreprise fournissant des soins et des services ménagers était soumise à autorisation au sens de la loi sur le service de l'emploi (LSE). Pour ce faire, le Tribunal fédéral a examiné si, dans le cas d'espèce, la société en question cédait un pouvoir de direction à ses clients.

### II. Résumé de l'arrêt

#### A. Les faits

La société A. Sàrl a été constituée et enregistrée au registre du commerce du canton d'Argovie avec comme but la fourniture de soins et de soutien aux seniors et aux personnes atteintes dans leur santé.

Plus particulièrement, A. Sàrl prévoyait plusieurs niveaux de prestations, allant des soins de base, de l'aide au ménage, de l'accompagnement hors du domicile jusqu'aux prestations de soins et des traitements tels que prévus aux articles 7 alinéa 2 lettres b et c de l'Ordonnance sur les prestations de l'assurance des soins (OPAS).

Par courrier du 28 octobre 2011, le service de l'économie et du travail du canton d'Argovie s'est adressé à A. Sàrl en l'invitant à déposer une demande d'autorisation de pratiquer la location de services et éventuellement le placement de personnel au sens de la loi sur le service de l'emploi. Selon ledit service, l'activité exercée par A. Sàrl entrait dans le champ d'application de la loi sur le service de l'emploi.

De son côté, A. Sàrl a estimé que son activité ne relevait ni de la location de services ni du placement privé.

Le 30 juillet 2012, le service de l'économie et du travail, constatant que l'activité de A. Sàrl impliquait de la location de personnel, a exigé de celle-ci qu'elle requière une autorisation de pratiquer au sens de la loi sur le service de l'emploi.

A. Sàrl a recouru contre cette décision auprès du Conseil d'Etat lequel a rejeté ce recours par décision du 13 février 2013.

A. Sàrl a une nouvelle fois recouru et le Tribunal administratif a rejeté son recours dans un arrêt du 3 avril 2014.

Finalement A. Sàrl a recouru auprès du Tribunal fédéral qui a également rejeté le recours pour les motifs qui vont suivre.

## **B. Le droit**

Dans le cadre de son recours, A. Sàrl se plaint d'une constatation arbitraire des faits et d'une violation du droit. Elle estime que l'activité qu'elle déploie n'entre pas dans le champ d'application de la loi sur le service de l'emploi (LSE).

Le Tribunal fédéral va tout d'abord définir les critères permettant de déterminer si l'activité de A. Sàrl est soumise à la LSE.

Il rappelle que, au sens de l'art. 12 LSE, l'employeur qui cède à des tiers, contre rémunération, les services de travailleurs, doit obtenir une autorisation.

En particulier, sera considéré comme bailleur de service, soumis à autorisation, celui qui loue les services d'un travailleur à une entreprise locataire laquelle reprend l'essentiel des pouvoirs de direction à l'égard du travailleur (art. 26 OSE ; cons. 2.1).

Quant à l'étendue de l'activité, le bailleur de services sera soumis à autorisation, au sens de l'art. 29 OSE, s'il exerce son activité de manière régulière dans le but de réaliser un profit ou s'il réalise un chiffre d'affaire de CHF 100'000.- au moins. Exerce de manière régulière celui qui conclut au moins 10 contrats de location de services en l'espace de 12 mois (art. 29/2 OSE).

Ainsi, le bailleur de services ne s'engage pas à faire exécuter une prestation de travail au travers d'un auxiliaire, mais il choisira avec soin un travailleur pour effectuer une mission auprès du locataire de service lequel se verra céder les pouvoirs essentiels de direction sur le travailleur (cons. 2.2).

Dans ces circonstances, il conviendra d'examiner, dans le cas d'espèce, le contenu du contrat, la description du poste et la situation concrète du travail dans l'entreprise (ATF 2A.425/2006), de même que les rapports d'activité (ATF 2C\_356/2012) (cons. 2.4).

S'agissant d'une activité impliquant un service d'assistance et d'aide au ménage, le Tribunal fédéral précise que la location de services peut prendre des formes très différentes et que ce type d'activité peut être visé par la LSE (ATF 2C\_356/2012). Dans ce cas, il convient d'examiner les activités convenues entre l'organisation fournissant les prestations de soins et d'assistance et le client (cons. 2.5).

Le Tribunal fédéral (cons. 2.6) distingue encore le pouvoir du patient de donner des instructions du pouvoir de direction cédé au locataire de services dans le cadre d'un rapport

de location de services. Ce qui doit être pris en compte pour déterminer si l'activité relève d'un rapport de location de services soumis à autorisation, est le pouvoir de donner des instructions, dans le sens entendu par le droit du travail. Il s'agit donc du pouvoir de direction permettant de concrétiser la prestation de travail, lequel est cédé à l'entreprise cliente dans un rapport de location de services.

Dans le cadre de son recours, A. Sàrl estime qu'elle ne cède aucun pouvoir de direction à ses clients.

Le Tribunal fédéral va ainsi se livrer à une analyse de l'activité de A. Sàrl sur la base des faits établis devant les instances cantonales (cons. 3 et 4).

Il constate que A. Sàrl conclut une convention de services avec ses clients, fixant le niveau de prestations souhaité, les modalités de paiement et imposant au client de créer un environnement de travail sûr pour les collaborateurs. Il manque ainsi une détermination complète du contenu des prestations fournies (cons. 3.1).

Il résulte en effet de l'examen de certains documents et du site internet de A. Sàrl que les clients sont en mesure d'exiger toute une série de prestations de la part du collaborateur, qui ne sont pas planifiées à l'avance (cons. 3.2 et 3.3).

Dans la convention de services conclue avec le client sont prévues les conditions-cadre relatives à la comptabilisation des prestations de travail. Or, contrairement à ce que prétend A. Sàrl, un tel document n'exclut pas, à priori, tout pouvoir pour le client de donner des instructions au collaborateur. Le Tribunal fédéral constate ainsi que, sans tomber dans l'arbitraire, l'instance inférieure a tranché que A. Sàrl ne fournissait que les instructions essentielles et que, en même temps, des pouvoirs d'instruction considérables étaient laissés au client pour déterminer le déroulement de la journée et l'exécution des travaux (cons. 3.4.1).

Quant au travail accompli par le collaborateur, les contrats entre A. Sàrl et les employés fixent uniquement les conditions de travail générales. Les préférences des clients ne sont pas prévues, de même que les modalités de la mission.

De ce point de vue-là également, le client dispose d'un large pouvoir de direction. Il ne bénéficie pas uniquement d'une prestation spécifique mais bien d'une aide au quotidien pour laquelle il dispose d'un pouvoir de direction comprenant la manière de fixer les modalités de la mission (cons.4.1).

Selon A. Sàrl, il faut distinguer les cas soumis à autorisation (2C\_356/2012) qui ne concerneraient qu'un service 24/24H auprès des clients.

Le TF répond que ce qui importe est la prestation faite au client qui, dans le cas d'espèce, ne se limite pas à une intervention déterminée pour une courte durée (cons. 4.4).

Sur la base des considérants résumés ci-dessus, le Tribunal fédéral a rejeté le recours de A. Sàrl.

### III. Analyse

Cet arrêt reflète bien les tensions qui peuvent se produire aux frontières du champ d'application de la LSE.

En dehors du cas classique d'une entreprise de travail temporaire louant du personnel auprès de ses clients, par exemple dans l'industrie ou dans la construction, la LSE va également s'appliquer à d'autres contrats impliquant une prestation de travail chez un tiers<sup>1</sup>.

Comme nous avons pu le voir, la distinction n'est pas aisée et dans le cas d'espèce, le critère déterminant pour juger si l'activité entre dans le champ d'application de la LSE est la cession du pouvoir de direction à l'égard du collaborateur au profit de l'entreprise cliente<sup>2</sup>.

Ainsi, une entreprise qui fournit des prestations de travail auprès de tiers risque d'être soumise à la LSE si son rôle se limite à la fourniture de personnel qui sera intégré dans l'organisation du locataire de services et soumis au pouvoir de direction de celui-ci.

En pratique, le problème s'est posé avec les sociétés fournissant des services informatiques impliquant la mise à disposition d'informaticiens auprès des sociétés clientes. Si la prestation du bailleur de services se limite à la fourniture de personnel, à savoir une force de travail dont le locataire de services serait privé, ce cas de figure entre dans le champ d'application de la LSE. A l'inverse, si le bailleur de service apporte en plus une plus-value au travers de compétences particulières dont le locataire ne dispose pas, l'activité ne relève plus d'un rapport de location de services<sup>3</sup>.

Dans le domaine des soins à domicile, le critère de la plus-value n'entre guère en considération, hormis en ce qui concerne des actes médicaux. Cela étant, le critère de la transmission du pouvoir de direction reste bien présent<sup>4</sup>.

Dans son arrêt du 11 février 2013<sup>5</sup>, le Tribunal fédéral a confirmé la position des autorités administratives et, en particulier le SECO, estimant que l'entreprise qui fournit des aides logeant chez les patients 24/24h, relève de la LSE, puisqu'un large pouvoir de direction était cédé au client, les employés étant amenés à effectuer des soins de base, des tâches ménagères selon les besoins.

Dans l'arrêt dont il est question<sup>6</sup>, le Tribunal fédéral a continué sur la même logique. Il résulte en effet de l'état de fait que, même si les collaborateurs ne sont pas au service du client 24/24h, il n'en demeure pas moins qu'ils restent soumis à un large pouvoir de direction, qui lui est cédé.

---

<sup>1</sup> SECO, directives et commentaire, p.61.

<sup>2</sup> SECO, directives et commentaire, p.61.

<sup>3</sup> 2A.425/2006 (cons. 5.1).

<sup>4</sup> 2C\_543/2014 et 2C\_356/2012.

<sup>5</sup> 2C\_356/2012.

<sup>6</sup> 2C\_543/2014.

En soi, le raisonnement des autorités administratives et du TF est conforme au texte même de l'art. 26 OSE.

Un problème pratique risque cependant de se poser à moyen terme. Les entreprises concernées risquent d'inclure dans leurs conditions contractuelles une liste exhaustive de prestations soumises à l'approbation du client, de manière à ne laisser paraître aucune possibilité de cession du pouvoir de direction au profit du client.