

L'application des conventions collectives de travail aux contrats de travail temporaire

Thèse présentée à la Faculté de droit
de l'Université de Neuchâtel

Pour l'obtention du titre de docteur en droit

Par

Estelle MATHIS ZWYGART

Acceptée sur proposition du jury :

Prof. Jean-Philippe DUNAND
Université de Neuchâtel
Directeur de thèse

Prof. Pierre WESSNER
Professeur honoraire
Université de Neuchâtel
Rapporteur interne

Prof. Gabriel AUBERT
Université de Genève
Rapporteur externe

Prof. Thomas GEISER
Université de Saint-Gall
Rapporteur externe

Soutenu le 6 juillet 2011

Université de Neuchâtel

2012

IMPRIMATUR POUR LA THESE

**L'application des conventions collectives de travail aux contrats de
travail temporaire (étude de l'article 20 LSE)**

Estelle MATHIS-ZWYGART

UNIVERSITE DE NEUCHATEL

FACULTE DE DROIT

La Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel,
sur le rapport des membres du jury

- M. Pascal Mahon (président)
- M. Jean-Philippe Dunand (directeur de thèse)
- M. Pierre Wessner (rapporteur interne)
- M. Gabriel Aubert (professeur à l'Université de Genève,
rapporteur externe)
- M. Thomas Geiser (professeur à l'Université de St-Gall,
rapporteur externe)

autorise l'impression de la présente thèse.

Neuchâtel, le 6 juillet 2011


Jean-Philippe Dunand, doyen

Mots-clés en français

Droit du travail ; travail temporaire ;
convention collective de travail ; location de services.

Mots-clés en anglais

Labour law ; temporary work ; collective agreement.

Résumé

Le travail temporaire a connu ces dix dernières années une augmentation massive en Suisse et en Europe. Dans le milieu des années 80, au moment de légiférer dans le domaine, le législateur fédéral avait une autre réalité devant lui : la branche n'était certes soumise à aucune loi, mais elle était peu importante, en termes de chiffres, dans la vie économique du pays.

La loi fédérale sur le service de l'emploi et la location de services (LSE) comprend de nombreux articles visant, directement ou indirectement, à la protection du travailleur temporaire. Il y a surtout l'art. 20 LSE, qui est au centre de la présente thèse de doctorat. Original par son contenu, car l'agence de travail temporaire doit respecter des CCT étendues qui ne la concernent pas, mais compliqué par son application transversale et limitée à certaines dispositions de la CCT étendue, l'art. 20 LSE a subi une importante modification en 2006 en lien avec l'entrée en vigueur du deuxième volet des mesures d'accompagnement à l'Accord sur la libre circulation des personnes.

L'ouvrage offre au lecteur un examen détaillé des nombreuses questions que peut soulever en pratique l'application de l'art 20 LSE. Sur la base de réflexions théoriques et d'exemples pratiques, l'auteur propose des solutions aux diverses problématiques abordées.

L'analyse de la notion de *travail temporaire* fait l'objet de la première partie. La deuxième partie est consacrée à l'analyse de la notion de *convention collective de travail*. La troisième partie fait le lien entre ces deux notions par l'étude approfondie de l'art. 20 LSE. Enfin, la dernière partie propose des modifications tendant à améliorer la protection des travailleurs temporaires.

À mes proches

*« Vouloir être de son temps, c'est déjà être dépassé. »**

* EUGÈNE IONESCO, Notes et Contre Notes.

Avant-propos

En premier lieu, je tiens à remercier mon directeur de thèse, M. Jean-Philippe Dunand, Professeur à la Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel, de son soutien et de son intérêt continu pour cette thèse de doctorat. Il a toujours été stimulant et de « bon conseil ». Mes années d'assistantat à ses côtés ont été une expérience enrichissante et unique. Je le remercie particulièrement pour sa confiance, sa disponibilité, son optimisme et son humour. *Grazie mille !*

Mes remerciements vont ensuite à MM. Pierre Wessner, Professeur honoraire à la Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel, rapporteur interne, Gabriel Aubert, Professeur à la Faculté de droit de l'Université de Genève et Thomas Geiser, Professeur à la Faculté de droit de l'Université de Saint-Gall, rapporteurs externes, pour l'attention et l'intérêt qu'ils ont portés à ma recherche.

Sans mes collègues de travail, la solitude du chercheur aurait probablement eu raison de moi... C'est pourquoi je tiens à remercier ma collègue Patricia qui, par son amitié, m'a toujours rassurée dans les moments de doute. Je remercie également Myriam, ma collègue de bureau, qui a supporté toutes mes humeurs au quotidien et m'a apporté un soutien considérable durant mes deux dernières années de recherches. Mes pensées amicales vont ensuite à Anne-Sophie, Camille, Manon, Eloi, Etienne, Marlène, Danilo, Rachel, Julien et Héloïse pour les nombreux moments d'amitié vécus durant ces années d'assistantat.

Mon collègue Julien Dubois mérite un double remerciement : sans son incroyable et titanesque travail de mise en page, cette thèse de doctorat n'aurait jamais pu être imprimée !

Mes remerciements vont également aux six juges du Tribunal régional du Littoral et du Val-de-Travers à Boudry, Olivier Babaianz, Isabelle Bieri, Yves Fiorellino, Nathalie Kocherhans, Laurent Margot et Cyril Thiébaud, qui m'ont soutenue durant mes dernières semaines en tant que « thésarde » et qui m'ont donné la chance d'intégrer leur équipe.

Je dédie enfin cette thèse à mes proches. À ma belle-sœur qui a vécu les mêmes années de doutes, à mon beau-papa qui s'est toujours intéressé à mon travail et à ma belle-maman qui a constamment été encourageante, disponible et extrêmement généreuse de son temps. À ma sœur qui a continuellement été présente et m'a encouragée sans relâche durant cette longue aventure. À mes parents qui m'ont donné le goût des études et la confiance pour les mener à bien. À mon fils, Guillaume, qui a égayé ces années de recherches par ses premiers sourires, ses premiers mots, ses premiers pas, ses premières bêtises, etc. À mon mari, Jérôme, qui m'a soutenue et encouragée du début à la fin.

Neuchâtel, juillet 2012

Table des matières

Table des matières	XV
Table des abréviations	XXIII
Bibliographie	XXXI
Introduction	1
Première partie : Le travail temporaire	5
Chapitre 1 : Cadre normatif	7
1.1. LSE.....	7
1.1.1. Généralités.....	7
1.1.2. Genèse de la LSE	8
1.1.2.1. Refonte de la LSE	8
1.1.2.2. Sujet hautement controversé sous la coupole fédérale.....	10
1.1.2.3. Objectifs de la révision de la LSE	11
1.1.3. Buts de la LSE.....	12
1.2. Les ordonnances d'application.....	13
1.2.1. L'ordonnance du 16 janvier 1991 sur le service de l'emploi et la location de services (OSE).....	14
1.2.2. L'ordonnance du 16 janvier 1991 sur les émoluments, commissions et sûretés en vertu de la loi sur le service de l'emploi (OEmol-LSE)	15
1.3. Les directives et commentaires relatifs à la LSE, l'OSE et l'OEmol-LSE du SECO	15
1.4. Les articles 319ss CO	16
Chapitre 2 : Définition et terminologie	17
2.1. Définition du travail temporaire.....	17
2.2. Travail temporaire ou location de services.....	19
2.3. Agence de travail temporaire ou bailleur de services.....	19
2.4. Travailleur ou travailleur temporaire	19
2.5. Entreprise de mission ou locataire de services	19
Chapitre 3 : Délimitations	21
3.1. Le travail intérimaire	21
3.2. La mise à disposition principale de travailleurs ou le travail en régie (<i>Leiharbeit, lavoro a prestito</i>).....	22

3.3.	La mise à disposition occasionnelle de travailleurs	23
3.4.	Le placement privé de personnel	24
3.5.	La sous-traitance	25
3.6.	Le montage.....	26
3.7.	Le travail à temps partiel	27
3.8.	Le job sharing.....	27
3.9.	Le travail sur appel	28
3.10.	Le travail en cascade	28
3.11.	Le prêt de personnel	29
3.12.	Le travail de nuit temporaire	29
3.13.	L'outsourcing	30
Chapitre 4 : Importance du travail temporaire sur le marché du travail		31
4.1.	Généralités.....	31
4.2.	La branche du travail temporaire.....	32
4.3.	Le profil des travailleurs temporaires	32
4.3.1.	Le profil démographique.....	32
4.3.2.	Le profil professionnel	33
4.4.	Le nombre de travailleurs temporaires	33
4.5.	L'utilité du travail temporaire concernant l'insertion et la réinsertion dans le monde du travail.....	34
4.6.	Le travail temporaire à l'étranger (en bref).....	35
Chapitre 5 : Qualification des trois rapports juridiques		37
5.1.	Le contrat de travail entre l'agence de travail temporaire et le travailleur.....	38
5.1.1.	Le contrat-cadre (<i>der Rahmenvertrag, il contratto quadro</i>).....	40
5.1.1.1.	Le contenu et la forme	40
5.1.1.2.	L'empêchement du travailleur	41
5.1.1.2.1.	En cas d'accident.....	41
5.1.1.2.2.	En cas de maladie	42
5.1.1.2.2.1.	Article 324a CO	42
5.1.1.2.2.2.	CCT entre Swisstaffing et SEC Suisse.....	44
5.1.1.2.3.	En cas de maternité.....	44
5.1.1.3.	Les vacances et jours fériés.....	46
5.1.1.3.1.	Les vacances.....	46
5.1.1.3.2.	Les jours fériés	48
5.1.2.	Le contrat de mission (<i>der Einsatzvertrag, il contratto d'incarico</i>)	49
5.1.3.	La responsabilité de l'agence de travail temporaire à l'égard du travailleur	52
5.1.4.	La responsabilité de l'agence de travail temporaire en tant qu'employeur à l'égard des tiers.....	53
5.1.5.	La fin des rapports de travail.....	54
5.2.	Le contrat de location de services entre l'agence de travail temporaire et l'entreprise de mission.....	56
5.2.1.	Nature juridique du contrat	56
5.2.2.	Forme juridique du contrat	58
5.2.3.	Droits et obligations des parties	60

5.2.4.	Effets d'une CCT non étendue sur le contrat de location de services	62
5.3.	Le rapport juridique entre le travailleur et l'entreprise de mission.....	65
5.3.1.	La délégation du pouvoir de direction	66
5.3.2.	La responsabilité de l'entreprise de mission à l'égard du travailleur	66
5.3.3.	La responsabilité de l'entreprise de mission à l'égard des tiers	67
5.3.4.	La responsabilité du travailleur temporaire	69
5.3.5.	Quid de la résiliation du contrat de travail par l'entreprise de mission ?	69
Chapitre 6 : Durée de l'emploi temporaire		71
6.1.	Les missions de durée déterminée.....	71
6.2.	Les missions de durée indéterminée	71
6.2.1.	La notion de « jours civils »	72
6.2.2.	La notion de « jours ouvrables ».....	72
6.2.3.	La notion d'« emploi ininterrompu ».....	74
6.3.	Le temps d'essai	76
6.3.1.	Le temps d'essai en cours de mission	78
6.3.2.	Le temps d'essai en cas d'engagement par l'entreprise de mission	79
Chapitre 7 : Cas particulier du transfert d'entreprise		81
Chapitre 8 : Autorisation administrative		83
8.1.	Genèse et but de l'article 12 LSE.....	84
8.2.	Autorisation obligatoire (art. 12 LSE).....	85
8.2.1.	Location de services « nationale »	85
8.2.2.	Location de services « internationale ».....	86
8.2.3.	Autorisation lorsque l'entreprise a une succursale ou une filiale	88
8.3.	Conditions d'octroi de l'autorisation (art. 13 LSE).....	88
8.4.	Sûretés (art. 14 LSE).....	91
8.5.	Durée et la portée de l'autorisation (art. 15 LSE)	92
8.6.	Retrait de l'autorisation (art. 16 LSE).....	93
8.7.	Obligation de renseigner (art. 17 LSE)	95
8.8.	Sanctions pénales et civiles.....	96
Deuxième partie : Les conventions collectives de travail		97
Chapitre 9 : Notions fondamentales		99
9.1.	Bref historique	99
9.2.	Définition et contenu	101
9.2.1.	Définition	101
9.2.2.	Contenu	103
9.2.2.1.	Clauses normatives.....	103
9.2.2.1.1.	Contenu de l'article 356 alinéa 1 CO	103
9.2.2.1.2.	Effets.....	104
9.2.2.2.	Clauses semi-normatives.....	107
9.2.2.2.1.	Contenu de l'article 356 alinéa 2 CO	107
9.2.2.2.2.	Effets.....	107
9.2.2.3.	Clauses obligationnelles	108

9.2.2.3.1.	Contenu de l'article 356 alinéa 3 CO.....	108
9.2.2.3.2.	Effets	109
9.2.2.4.	Délimitations entre les différents types de clauses.....	109
9.2.2.5.	Obligation de respect du droit impératif	110
Chapitre 10 : Conclusion d'une CCT		113
10.1.	Généralités.....	113
10.2.	Les parties à la CCT	115
10.2.1.	Les syndicats et autres organisations de salariés	117
10.2.2.	Les associations patronales et les employeurs.....	118
10.2.3.	L'obligation d'admettre des parties non contractantes dans une CCT.....	118
10.2.4.	Le droit d'adhérer à une CCT.....	119
10.2.5.	Le droit de négocier une CCT	121
10.2.6.	L'obligation d'entrer en négociations en vue de conclure une CCT.....	122
10.2.7.	Le cas de la soumission individuelle au sens de l'article 356b CO	124
Chapitre 11 : Champ d'application d'une CCT		127
11.1.	Champ d'application territorial.....	128
11.1.1.	Règle du lieu de travail habituel.....	128
11.1.2.	En cas de détachement du travailleur	128
11.1.3.	Lien avec la loi sur le marché intérieur	129
11.2.	Champ d'application temporel	133
11.2.1.	Généralités	133
11.2.2.	Effet posthume de la CCT.....	134
11.3.	Champ d'application matériel	137
11.4.	Champ d'application personnel	139
11.4.1.	Par rapport aux entreprises.....	139
11.4.1.1.	Généralités.....	139
11.4.1.2.	Cas des entreprises dissidentes	140
11.4.1.2.1.	Généralités.....	140
11.4.1.2.2.	Entreprise dissidente depuis toujours.....	140
11.4.1.2.3.	Démission de l'association	141
11.4.2.	Par rapport aux travailleurs	144
11.4.2.1.	En principe.....	144
11.4.2.2.	Cas des travailleurs non syndiqués	145
Chapitre 12 : Conflit de CCT		149
12.1.	Conflit entre deux CCT professionnelles.....	150
12.2.	Conflit entre une CCT professionnelle et une CCT sectorielle.....	151
12.3.	Conflit entre deux CCT sectorielles.....	153
12.4.	Conflit entre une CCT non étendue et une CCT étendue.....	155
12.5.	Conflit entre deux CCT étendues	156
12.6.	Quid des CCT d'entreprise ?	158
Chapitre 13 : Interprétation de la CCT		159
Chapitre 14 : Fin d'une CCT		163

14.1.	En vertu de la CCT (art. 356c al. 1 CO).....	163
14.2.	En vertu de la dénonciation par l'une des parties (art. 356c al. 2 CO)	163
14.3.	En cas de révocation de la soumission	164
14.4.	En cas de transfert d'entreprise.....	164
Chapitre 15 : Extension d'une CCT		167
15.1.	Cadre normatif.....	167
15.1.1.	Les prémisses	167
15.1.2.	La base constitutionnelle	169
15.1.3.	La genèse et les buts de la LECCT	169
15.2.	La procédure d'extension.....	171
15.2.1.	Généralités.....	171
15.2.2.	La qualification de la décision d'extension.....	172
15.2.3.	Les conditions.....	173
15.2.4.	Les effets	174
Troisième partie : L'application des CCT aux contrats de travail temporaire		177
Introduction		179
Chapitre 16 : L'article 20 LSE d'origine		181
16.1.	Généralités.....	181
16.2.	L'origine et la <i>ratio legis</i> de l'article 20 LSE	182
16.2.1.	Message du Conseil fédéral.....	182
16.2.2.	Débats parlementaires.....	183
16.2.2.1.	Devant le Conseil national	183
16.2.2.2.	Devant le Conseil des États	186
16.3.	Le salaire	187
16.4.	La durée du travail	190
Chapitre 17 : Le nouvel article 20 LSE		193
17.1.	Généralités.....	193
17.2.	La contribution obligatoire aux frais de formation continue et aux frais d'exécution (alinéa 1)	194
17.2.1.	La contribution obligatoire aux frais de formation continue.....	195
17.2.2.	La contribution obligatoire aux frais d'exécution.....	196
17.3.	Le régime de retraite anticipée (alinéa 3).....	198
17.3.1.	Généralités.....	198
17.3.2.	Prévoyance professionnelle et travail temporaire	200
17.3.2.1.	Situation avant modification de l'OPP 2	201
17.3.2.2.	Modification de l'OPP 2	203
17.4.	Le rôle de l'organe paritaire de la CCT étendue (alinéa 2)	205
17.5.	L'obligation de rendre compte et de présenter un rapport.....	208
Chapitre 18 : L'impact de l'ALCP		209
18.1.	Contexte général	209
18.2.	Les mesures d'accompagnement.....	209

18.3.	Le renforcement des mesures d'accompagnement	210
18.3.1.	La Loi fédérale sur les travailleurs détachés (LDét)	211
18.3.2.	L'extension facilitée des CCT (LECCT)	213
18.3.2.1.	Article 1a LECCT	213
18.3.2.2.	Article 2, ch. 3 ^{bis} LECCT	214
18.3.2.3.	Article 6 LECCT	217
18.3.2.4.	Article 20 al. 2 LECCT	218
18.3.3.	La loi sur le service de l'emploi et la location de services (LSE)	218
18.3.3.1.	Article 17 al. 3 LSE	219
18.3.3.2.	Article 20 LSE	219
18.3.4.	Les commissions tripartites et paritaires	219
18.3.4.1.	L'application concrète des mesures d'accompagnement par les cantons	220
18.3.4.2.	L'observation du marché du travail	221
18.3.4.3.	Les ressources	222
18.3.4.4.	L'information et la communication	222
18.3.5.	L'impact concret de l'ALCP sur le travail temporaire	223
18.3.5.1.	Maintien de l'interdiction de location de services à partir de l'étranger	223
18.3.5.2.	Admission des ressortissants des pays de l'UE et de l'AELE en qualité de salariés d'entreprises de location de services	223

Chapitre 19 : L'application des CCT aux contrats de travail temporaire 227

19.1.	L'application quant au territoire	227
19.1.1.	Généralités	228
19.1.2.	Lieu de l'engagement et lieu de travail : deux notions distinctes	231
19.1.3.	Article 20 LSE	231
19.1.4.	Directive 2009/1 du SECO (6 juillet 2009)	233
19.1.4.1.	Règle générale	233
19.1.4.2.	Lieu de travail principal	234
19.1.4.3.	Aucun lieu de travail principal	235
19.1.5.	Conclusion	235
19.2.	L'application quant au temps	236
19.2.1.	Détermination de la durée de la CCT étendue	236
19.2.2.	Effet rétroactif	237
19.2.3.	Trois cas de figure	238
19.2.3.1.	Contrat de travail conclu – CCT déjà étendue	238
19.2.3.1.1.	Salaire et durée de travail	239
19.2.3.1.2.	Contributions aux frais de formation continue et d'exécution	239
19.2.3.1.3.	Retraite anticipée	239
19.2.3.2.	Contrat de travail conclu – extension de la CCT prend fin en cours de contrat	240
19.2.3.2.1.	Généralités	240
19.2.3.2.2.	Modification du contrat de travail	241
19.2.3.3.	Contrat de travail conclu – extension de la CCT prend effet en cours de contrat	243
19.2.3.3.1.	Salaire et durée de travail	243
19.2.3.3.2.	Contributions aux frais de formation continue et d'exécution	244

19.2.3.3.3.	Retraite anticipée	244
19.2.3.3.4.	Conclusion	245
19.3.	L'application quant aux entreprises	245
19.3.1.	Règles de la LECCT	245
19.3.2.	Cas de l'entreprise à un secteur d'activité	246
19.3.3.	Cas de l'entreprise mixte	247
19.3.3.1.	Entreprise mixte avec secteurs d'activité distincts	247
19.4.	L'application quant aux collaborateurs	248
19.4.1.	Entreprise à personnel mixte	249
19.4.2.	Soumission de tous les collaborateurs	249
19.4.3.	Soumission d'une partie des collaborateurs.....	250
19.4.4.	Principe de l'unité du contrat de travail	251
Quatrième partie : Proposition de réforme		253
Introduction		255
Chapitre 20 : Statu quo		257
20.1.	Loi genevoise sur le service de l'emploi et la location de services	257
20.2.	Les diverses réactions des parlementaires.....	258
20.2.1.	Postulat du conseiller national Meinrado Robbiani le 16.06.2005	258
20.2.2.	Question du conseiller national Didier Berberat le 13.12.06	260
20.3.	La conclusion d'une CCT pour la branche du travail temporaire.....	262
Chapitre 21 : L'application de toutes les CCT		263
21.1.	Généralités	263
21.2.	Proposition initiale.....	264
21.3.	En chiffres	265
21.4.	Analyse de la proposition initiale en fonction de la situation actuelle.....	266
21.4.1.	La recrudescence de conflits de CCT	267
21.4.1.1.	Généralités	267
21.4.1.2.	Solutions proposées et modifications subséquentes.....	268
21.4.2.	Le manque de publicité des CCT non étendues	269
21.4.2.1.	Généralités	269
21.4.2.2.	Le SECO en tant que coordinateur	270
21.4.2.3.	Modification de l'article 22 LSE.....	272
21.4.2.4.	Modification de l'article 19 LSE.....	273
21.4.3.	Conclusion.....	274
Chapitre 22 : La conclusion d'une CCT pour la branche du travail temporaire		275
22.1.	Généralités	275
22.2.	Conclusion de la CCT.....	276
22.3.	Contenu de la CCT	278
22.3.1.	Salaires minimaux et durée du travail.....	279
22.3.2.	Contributions professionnelles	280
22.3.3.	Droit au salaire en cas de maladie	280
22.3.4.	Interaction avec les autres CCT	281

22.4. Conclusion.....	283
Conclusion	285
La problématique liée à l'application concrète de l'article 20 LSE.....	285
Les propositions de modification de l'article 20 LSE	286

Table des abréviations

a	ancien
ad	à
al.	alinéa(s)
AELE	Association européenne de libre-échange
Ager	Arbeitsgericht
AJP	Aktuelle Juristische Praxis (cf. PJA)
ALCP	Accord entre la Confédération suisse et la Communauté européenne et ses États membres sur la libre circulation des personnes, conclu le 21 juin 1999, entré en vigueur le 1 ^{er} juin 2002 (RS 0.142.112.681)
ArbR	Mitteilungen des Instituts für Schweizerisches Arbeitsrecht
art.	article(s)
ARV	Zeitschrift für Arbeitsrecht und Arbeitslosenversicherung
ATF	Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral suisse
BezG	Bezirksgericht
BerK	Berner Kommentar
BJM	Basler Juristische Mitteilungen
BO	Bulletin officiel de l'Assemblée fédérale
BO CE	Bulletin officiel du Conseil des États
BO CN	Bulletin officiel du Conseil national
BSK	Basler Kommentar
c.	considérant(s)
CA	Cour d'appel / Chambre d'appel

CAPH	Cour d'appel des prud'hommes de Genève
CC	Code civil suisse du 10 décembre 1907 (RS 210) (= ZGB)
CCC	Cour de cassation civile
CCNT	Convention collective nationale de travail
CCRA	CCT pour la retraite anticipée dans le second œuvre romand
CCT	Convention collective de travail
CCT RA	CCT pour la retraite anticipée dans le secteur principal de la construction
CE	Conseil des États
CF	Conseil fédéral
cf.	<i>confer</i> (= se référer à)
CFST	Commission fédérale de coordination pour la sécurité au travail
ch.	chiffre(s)
CJ	Cour de Justice
CJCE	Cour de justice des Communautés européennes
CN	Conseil national
CNA	Caisse nationale suisse d'assurance en cas d'accidents
CO	Loi fédérale du 30 mars 1911 complétant le code civil suisse (Livre cinquième : Droit des obligations) (RS 220) (= OR)
<i>contra</i>	d'un avis contraire
CP	Code pénal suisse du 21 décembre 1937 (RS 311.0)
CPC	Code de procédure civile du 19 décembre 2008 (RS 272)
CR	Commentaire romand
Cst.	Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (RS 101)
CTT	Contrat-type de travail
DFJP	Département fédéral de justice et police

DTA	Revue de droit du travail et d'assurance-chômage
éd.	édition/éditeur(s)
<i>et al.</i>	<i>et alia</i> (= et d'autres)
ESPA	Enquête suisse sur la population active
etc.	<i>et caetera</i> (= et les autres choses manquent)
ex.	exemple
FF	Feuille fédérale
FOSC	Feuille officielle suisse du commerce
FJS	Fiches juridiques suisses
FTMH	Fédération suisse des travailleurs de la métallurgie et de l'horlogerie (actuellement UNIA)
GS	Gewerbliches Schiedsgericht
<i>Ibid.</i>	Renvoi à la note précédente
<i>in</i>	dans
<i>infra</i>	ci-dessous
JAAC	Jurisprudence des autorités administratives de la Confédération
JAR	Jahrbuch des Schweizerischen Arbeitsrechts
JdT	Journal des Tribunaux
JU-TRAV	Recueil de jurisprudence en matière de droit du travail publié par l'Union patronale suisse
KG	Kantonsgericht
LACI	Loi fédérale du 25 juin 1982 sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité (RS 837.0)
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 (Loi sur les allocations pour perte de gain) (RS 834.1)
LAVS	Loi fédérale du 20 décembre 1946 sur l'assurance-veillesse et survivants (RS 831.10)

LCD	Loi fédérale du 19 décembre 1986 contre la concurrence déloyale (RS 241)
LDét	Loi fédérale du 8 octobre 1999 sur les conditions minimales de travail et de salaire applicables aux travailleurs détachés en Suisse et sur les mesures d'accompagnement (Loi sur les travailleurs détachés) (RS 823.20)
LDIP	Loi fédérale du 18 décembre 1987 sur le droit international privé (RS 291)
LECCT	Loi fédérale du 28 septembre 1956 permettant d'étendre le champ d'application de la convention collective de travail (RS 221.215.311)
LETr	Loi fédérale du 16 décembre 2005 sur les étrangers (RS 142.20)
LFPr	Loi fédérale du 13 décembre 2002 sur la formation professionnelle (RS 412.10)
LMI	Loi fédérale du 6 octobre 1995 sur le marché intérieur (RS 943.02)
LPGA	Loi fédérale du 6 octobre 2000 sur la partie générale du droit des assurances sociales (RS 830.1)
LPO	Loi fédérale du 30 avril 1997 sur la poste (RS 783.0)
let.	lettre
lit.	lettre(s)
LPP	Loi fédérale du 25 juin 1982 sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants invalidité (RS 831.40)
LSE	Loi fédérale du 6 octobre 1989 sur le service de l'emploi et la location de services (RS 823.11)
LTr	Loi fédérale du 13 mars 1964 sur le travail dans l'industrie, l'artisanat et le commerce (Loi sur le travail) (RS 822.11)
Message LECCT	Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale à l'appui du projet LECCT (Du 29 janvier 1954) (FF 1954 I 125)

Message LSE	Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale concernant la révision de la LSE (Du 27 novembre 1985) (FF 1985 III 524)
Message LPO	Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale concernant révision de la LPO (Du 20 mai 2009) (FF FF 2009 4649)
n.	note
N ^o /n ^o	numéro(s)
OEMol-LSE	Ordonnance du 16 janvier 1991 sur les émoluments LSE (823.113)
Odét	Ordonnance du 21 mai 2003 sur les travailleurs détachés en Suisse (RS 823.201)
OFAS	Office fédéral des assurances sociales
OFIAMT	Office fédéral de l'industrie des arts et métiers et du travail (actuellement SECO)
OFS	Office fédéral de la statistique
OG	Obergericht
OLAA	Ordonnance du 20 décembre 1982 sur l'assurance-accidents (RS 832.202)
OLE	Ordonnance du 6 octobre 1986 limitant le nombre des étrangers (RS 823.21)
OLT 1	Ordonnance du 10 mai 2000 relative à la loi sur le travail (RS 822.111)
OLT 3	Ordonnance du 18 août 1993 relative à la loi sur le travail (Hygiène, OLT 3) (RS 822.113)
OPA	Ordonnance du 19 décembre 1983 sur la prévention des accidents et des maladies professionnelles (Ordonnance sur la prévention des accidents) (RS 832.30)
OPP 2	Ordonnance du 18 avril 1984 sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (RS 831.441.1)
OSE	Ordonnance du 16 janvier 1991 sur le service de l'emploi et la location de services (Ordonnance sur le service de l'emploi) (RS 823.111)

p.	page(s)
PA	Loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative (RS 172.021)
par.	paragraphe(s)
PJA	Pratique juridique actuelle
RBGO	Rechenschaftsbericht des Obergerichts des Kantons Thurgau
RC	Registre du commerce
RDS	Revue de droit suisse
resp.	respectivement
RJB	Revue de la Société des juristes bernois
RJ	Revue de jurisprudence neuchâteloise
RO	Recueil officiel du droit fédéral
RS	Recueil systématique du droit fédéral
RSJ	Revue suisse de jurisprudence
RVJ	Revue valaisanne de jurisprudence
s./ss	et suivante/et suivantes
SARB	Schweizerisches Arbeitsrecht
SEC Suisse	Société suisse des employés de commerce
SECO	Secrétariat d'État à l'économie
SGK	Entscheide des Kassationsgerichts des Kantons Sankt-Gallen
SGGVP	St. Gallische Gerichts- und Verwaltungspraxis
SJ	Semaine judiciaire
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung
ss	suyvants
SUVA	Schweizerische Unfallversicherungsanstalt
SWISSSTAFFING	Union suisse des services de l'emploi
TA	Tribunal administratif
TAF	Tribunal administratif fédéral
TC	Tribunal cantonal
TE-LSE	= OEmol-LSE

TF	Tribunal fédéral
TFA	Tribunal fédéral des assurances
TPH	Tribunal des prud'hommes
UE	Union européenne
USS	Union syndicale suisse
v.	<i>versus</i> (= contre)
Vol.	Volume
ZK	Zürcher Kommentar
ZR	Blätter für Zürcherische Rechtsprechung

Bibliographie

- ALIPRANTIS NIKITAS/KESSLER FRANCIS, *Le droit collectif du travail*, questions fondamentales-évolutions récentes, études en hommage à Madame le Professeur Hélène Sinay, Frankfurt am Main 1994
- AMUEDA-DORANTES CATALINA, *The role of temporary help agencies on workers' career advancement*, Mimeo 2005
- ANDERMATT ET AL., *Droit collectif du travail*, Bâle 2010
- ANNAHEIM-BUTTIKER ESTHER, *Die Stellung des Aussenseiter-Arbeitsnehmers im System des Gesamtarbeitsvertragsrechts*, Bâle 1990
- ARROWSMITH JAMES, *Temporary agency work in an enlarged European Union*, Dublin 2006,
- AUBERT GABRIEL, *L'obligation de paix du travail : étude de droit suisse et comparé*, Genève 1981
- AUBERT GABRIEL, *Quatre cents arrêts sur le contrat de travail*, Lausanne 1984
- AUBERT GABRIEL, *L'extension « de facto » des conventions collectives de travail*, in : Revue de droit administratif et de droit fiscal et revue genevoise de droit public, Lausanne, Genève 1984, p. 52-58
- AUBERT GABRIEL, *Le droit de négocier ou d'adhérer à une convention collective de travail*, in : Mélanges Robert Patry, Lausanne 1988, p. 21-39
- AUBERT GABRIEL, *Soumissions publiques et conventions collectives de travail*, in : Les instruments d'action de l'Etat, Bâle 1991, pp. 147-176
- AUBERT GABRIEL, *Les conventions collectives et la paix du travail en Suisse*, in : Etude de droit du travail, Zurich 1995, p. 99-117

- AUBERT GABRIEL, *Droit collectif du travail et protection contre le licenciement*, in : *Etude de droit du travail*, Zurich 1995, p. 141-161
- AUBERT GABRIEL, *L'usage en droit du travail*, in : ARV 2001, p. 95-102
- AUBERT GABRIEL, *Commentaire des articles 319-362 CO*, in : *Commentaire romand, Code des obligations I*, de LUC THÉVENOZ/Franz WERRO, Genève 2003
- AUBERT GABRIEL, *Convention collective et contrat-type de travail : survol d'un siècle*, in : *Le contrat dans tous ses états*, Berne 2004, p. 3-15
- AUBERT MAURICE E., *Les conflits de conventions collectives de travail*, Thèse, Lausanne 1957
- AUBERT JEAN-FRANÇOIS/MAHON PASCAL, *Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999*, Zürich, Bâle, Genève 2003
- AUER PETER/BERG JANINE/COULIBALY IBRAHIM, *Une main d'œuvre stable est-elle bonne pour la compétitivité ?* in : *Revue internationale du travail du travail*, Genève 2005, vol. 144, n° 3
- AUER PETER/CAZES SANDRINE, *Employment stability in an age of flexibility*, BIT, Genève 2002
- BERENSTEIN ALEXANDRE, *Exclusivité syndicale et champ d'application des conventions collectives en Suisse*, in : *Revue internationale du travail*, Genève 1962, vol. 85, n° 2
- BERENSTEIN ALEXANDRE, *L'application des conventions collectives en dehors du cercle des parties contractantes (Clause de fidélité et contribution de solidarité)*, in : *Rivista di diritto internazionale e comparato del lavoro*, Padova Anno V, 1966, N. 3, p. 211-229
- BERENSTEIN ALEXANDRE, *La « protection paritaire contre le congé » dans le contrat de travail*, in : SJZ 1984, p. 108-112
- BEYELER JEAN-MARC, *Les conflits de conventions collectives de travail*, in : *Questions de droit*, Lausanne 2005
- BIANCHI DORIS/LAMPART DANIEL, *Le travail temporaire en Suisse, Résumé et propositions de réforme extraits du rapport de l'USS*, Berne 2007

- BIANCHI DORIS/LAMPART DANIEL, *Temporärarbeit in der Schweiz*, Dossier n° 48 de l'USS, Berne 2007
- BIANCHI DORIS, Commentaire des articles 356a et 356b CO in *Droit collectif du travail*, Bâle 2010
- BIANCHI DELLA PORTA MANUEL, Commentaire des articles 8 LCart, 11 LCart, 1 à 4 LMI et 6 LMI in Commentaire romand du droit de la concurrence, Ed. TERCIER PIERRE et BOVET CHRISTIAN, Bâle 2002
- BOIS PHILIPPE, *Le champ d'application des conventions collectives de travail*, in : *Erhaltung und Entfaltung des Rechts in der Rechtsprechung des Schweizerischen Bundesgerichts*, Bâle 1975, p. 443-449
- BOIS PHILIPPE, *Conflits collectifs de travail et condition du salarié*, in : 18^{ème} journée juridique novembre 1978, Genève 1979, p. 79-126
- BOIS PHILIPPE, *Le champ d'application des conventions collectives de travail*, in : *Études de droit social*, Zurich 1991
- BOOS Roman, *Der Gesamtarbeitsvertrag nach schweizerischem Recht (Obl. R. Art. 322 und 323) : deutsche Geistesformen, deutschen Arbeitslebens*, Thèse Zurich, Munich 1914
- BRANDLI THOMAS, *Outsourcing, Vertrags-, Arbeits- un Bankrecht*, Berne 2001
- BREHM ROLAND, *Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht*, Band VI, art. 41-61 CO, Berne 2005
- BRUCHEZ CHRISTIAN, Commentaire des articles 356 et 358 CO in *Droit collectif du travail*, Bâle 2010
- BRUNNER CHRISTIANE/BÜHLER JEAN-MICHEL/WAEBER JEAN-BERNARD/BRUCHEZ CHRISTIAN, *Commentaire du contrat de travail*, 3^{ème} édition, Berne 2004
- BRÜHWILER JÜRIG, *Auswirkungen des Bundesgesetzes über die Arbeitsvermittlung und den Personalverleih vom 6. Oktober 1989 (AVG) auf den temporären Arbeitsvertrag*, in : SJZ 87 (1991), p. 221-229
- BRÜHWILER JÜRIG, *Kommentar zum Einzelarbeitsvertrag*, Berne, Stuttgart 1996

- BRÜHWILER JÜRIG, *Gesamtarbeitsvertrag im öffentlichen Dienst*, in : ARV 2001, p. 171-178
- BUREAU INTERNATIONAL DU TRAVAIL, *Les conventions collectives*, Genève 1936
- CAIRE GUY, *Les marchands d'hommes ? Étude du travail intérimaire*, Paris 1973
- CAIRE GUY, *Le travail intérimaire*, Paris 1993
- CARITAS SUISSE, *Rapports de travail précaires en Suisse*, Lucerne 2001
- CARRUZZO PHILIPPE, *Les conséquences de l'empêchement non fautif de travailler : questions choisies*, in : SJ 2008 p. 283-330
- CARRUZZO PHILIPPE, *Le contrat individuel de travail, Commentaire des articles 319 à 341 du Code des obligations*, Zürich 2009
- CIAGENCES TEMPORAIRES (International Confederation of Temporary Agency Work Businesses), *Rationale of agency work*, Rotterdam 2002
- CLERC LUCIEN, *Essai sur le contrat collectif de travail*, Thèse, Lausanne 1922
- COMMISSION DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES, *Livre vert, Moderniser le droit du travail pour relever les défis du XXI^e siècle*, Bruxelles 2006
- CONSEIL FÉDÉRAL, *Rapport sur la situation dans le domaine de la location de services*, Berne 2006
- DEN OTTER MATTHÄUS, *Das kollektive Arbeitsrecht im schweizerischen Bankwesen*, Berne 1986
- DE ROUGEMONT YVES, *L'application des conventions collectives de travail*, in : Journée 1991 de droit du travail et de sécurité social, Zürich 1991, p. 39-68
- DUC JEAN-LOUIS/SUBILIA OLIVIER, *Commentaire du contrat individuel de travail*, Lausanne 1998
- ENGEL PIERRE, *Contrats de droit suisse*, 2^{ème} édition, Berne 2000
- ENGEL PIERRE, *Traité des obligations en droit suisse*, 2ème édition, Berne 1997
- EYRENCI ONER, *Die Solidarnormen im deutschen und schweizerischen kollektiven Arbeitsrecht*, Thèse, Freiburg/Br. 1975

- FAVRE CHRISTIAN/MUNOZ CHARLES/TOBLER ROLF A., *Le contrat de travail, Code annoté de la jurisprudence fédérale et cantonale*, Lausanne 2001
- FAVRE CHRISTIAN/MUNOZ CHARLES/TOBLER ROLF A., *Le contrat de travail : code des obligations (art. 319-362 CO), loi sur l'égalité, loi sur le travail, loi sur le service de l'emploi et la location de services : code annoté de la jurisprudence fédérale et cantonale*, Lausanne 2010
- FAVRE MOREILLON MARIANNE, *Droit du travail, Aspects juridiques et pratiques*, 2^{ème} édition, Bâle, Genève, Munich 2006
- FÉDÉRATION SUISSE DES ENTREPRISES DE TRAVAIL TEMPORAIRE, *Vademecum du travail temporaire*, Berne 1984
- FIORE FABIO/GFELLER PIERRE/MEYER ALEXANDRE, *Evolution du travail intérimaire en Suisse romande*, in : Observatoire romand et tessinois de l'emploi (www.observatoire-orte.ch), Lausanne 2006
- FREIVOGEL LISBETH, *Ersatzlos abgelaufener Gesamtarbeitsvertrag (GAV) : Vertragsloser Zustand*, in : Plädoyer 1983 n° 4, p. 5-6
- GABATHULER THOMAS, Commentaire de l'article 356c CO in *Droit collectif du travail*, Bâle 2010
- GAUCH PETER/AEPLI VIKTOR/STOECKLI HUBERT, *Präjudizienbuch zum OR, Rechtsprechung des Bundesgerichts*, 6^{ème} édition, Zürich 2006
- GEISER THOMAS, *Haftung beim neuen Arbeitsformen (Job Sharing, Computer-Arbeitsplätze, Personalverleih)* in : AJP/PJA 1997 n° 7, p. 787-796
- GEISER THOMAS, *Die Änderungskündigung im schweizerischen Arbeitsrecht*, in : AJP/PJA 1999, 1, p. 60-70
- GEISER THOMAS/UHLIG KAI-PETER, *Der Gesamtarbeitsvertrag im Konzern*, in : ZBJV 2003, p. 757-801
- GEISER THOMAS, *Probleme des Gesamtarbeitsvertragsrechts in der Schweiz*, in : *Droits fondamentaux et modernisation du droit suisse du travail*, Dossier 36 de l'USS, Berne, 2005, p. 35, <http://www.sgb.ch/d-download/05-36fd-rm-Conf040323-droit%20du%20travail.pdf> (17.11.08)
- GEISER THOMAS, *Probleme des Gesamtarbeitsvertragsrechts in der Schweiz*, in : *Revue de droit du travail et d'assurance-chômage*, Zürich 2004, n° 3, p. 137-153

- GEISER THOMAS, Commentaire de l'article 1 LTr in Commentaire de la Loi sur le travail, Ed. GEISER THOMAS, VON KAENEL ADRIAN, WYLER RÉMY, Berne 2005
- GEISER THOMAS, *Gesamtarbeitsvertrag im Bereich des Arbeitsverleihs-Möglichkeiten und Grenzen*, in : ARV/DTA 2007, p. 213-229
- GEISER THOMAS/UHLIG KAI-PETER, *Der Gesamtarbeitsvertrag im Konzern*, in : ZBJV 2010, p. 1ss
- GEISER THOMAS/MÜLLER ROLAND, *Arbeitsrecht in der Schweiz – Unterlagen zum Selbststudium mit Fragensammlung*, Berne 2005
- GERHARDS GEHARD, *Repertorium zum Schweizerischen Arbeitsrecht*, Berne 1996
- GLOOR WERNER, *Le conge-modification et l'acceptation de l'offre modificative abusive*, in : ARV/DTA 2008, p. 249
- GUEX DOMINIQUE, Commentaire de l'article 17 LTr in Commentaire de la Loi sur le travail, Ed. GEISER THOMAS, VON KAENEL ADRIAN, WYLER RÉMY, Berne 2005
- GUHL THEO/MERZ HANS/KUMMER MAX, *Das Schweizerische Obligationenrecht : mit Einschluss des Handels-und Wertpapierrechts*, Zürich 1980
- GUISAN LOUIS, *La place du contrat collectif de travail dans le système de droit Suisse*, Thèse, Lausanne 1936
- GUTZWILLER MAX/VISCHER FRANK, *Schweizerisches Privatrecht*, vol. VII/1, Bâle/Stuttgart 1977
- GYSIN ARNOLD, *Arbeitsrecht : mit einer Übersicht über Lösungsversuche des Auslands*, Zürich 1943
- HÄFELIN ULRICH/HALLER WALTER, *Schweizerisches Bundesstaatsrecht*, Zürich 2008
- HAUSHEER HEINZ/JANN MANUEL, *Die privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahre 2000*, in : ZBJV 2001, p. 928-935
- HELBLING PETER, *Gesamtarbeitsverträge (GAV) für den Staatsdienst*, in : AJP/PJA 1998, p. 899-916

- HOHL FABIENNE, *Commentaire des articles 68-83 CO*, in : Commentaire romand, Code des obligations I, de Luc Thévenoz/Franz Werro, Genève 2003
- HOHLER CHRISTOPH, *Kündigungsschutz durch Gesamtarbeitsvertrag*, Thèse, Zürich 1981
- HUSSON MICHEL, *Travail flexible, salariés jetables. Fausses questions et vrais enjeux de la lutte contre le chômage*, Paris 2006
- HUBER MARTIN, *Rechtliche Aspekte der Personalberatung*, Zurich 1989
- KOLLER THOMAS, *Die miet- und arbeitsrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahr 2003*, in : ZBJV 2004, p. 483-542
- KUHN RENÉ/KOLLER GERHARD L., *Aktuelles Arbeitsrecht für die betriebliche Praxis*, 4 Loseblattordner, Zürich
- MAHON PASCAL, *Règlementation du travail*, Lausanne, 1984
- MARCHAND DANIEL, *Le travail temporaire*, Paris 1993
- MATILE PIERRE/ZILLA JOSÉ, *Travail temporaire, Commentaire pratique des dispositions fédérales sur la location de services (art. 12-39 LSE)*, Genève, Zurich, Bâle 2010
- MEIER KURT, *Beitritts- und Verhandlungsanspruch im Gesamtarbeitsvertragsrecht*, FS VSAM, Berne, 1993
- MERZ HANS, *Die privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahre 1990*, in : ZBJV 1992, p. 202-220
- Message du Conseil fédéral concernant la révision de la loi fédérale sur le service de l'emploi et la location de services du 27 novembre 1985*
- Message du Conseil fédéral l'appui d'un projet de loi sur la convention collective de travail et l'extension de son champ d'application du 29 janvier 1954*
- MESSINA ALDO/TISSOT GEORGES, *Les conventions collectives et la paix du travail*, in : Journée 1991 de droit du travail et de sécurité social, Zürich 1991, p. 69-79
- MEYER EMANUEL, *Der vertragslose Zustand im schweizerischen kollektiven Arbeitsrecht*, in : ArbR 1999, p. 71-114

- NEF URS CHRISTOPH, *Temporäre Arbeit*, Berne 1971
- NEF URS CHRISTOPH, *Aktuelle Probleme im arbeitsrechtlichen Kündigungsschutz*, in : SJZ 88 (1992) p. 97-106
- NEUGART MICHAEL/STORRIE DONALD, *Temporary Work Agencies and Equilibrium Unemployment*. Discussion Paper FS I 02-203, Wissenschaftszentrum Berlin für Sozialforschung (WZB), Berlin 2002
- OFFICE FÉDÉRAL DE LA STATISTIQUE, *Les conventions collectives de travail en Suisse*, Neuchâtel 2004
- OFFICE FÉDÉRAL DES ASSURANCES SOCIALES, Bulletin de prévoyance professionnelle n° 91, Berne 2006
- OFFICE FÉDÉRAL DES ASSURANCES SOCIALES, Analyse de solutions éventuelles en vue d'améliorer l'assujettissement au régime obligatoire LPP des travailleurs atypiques, conformément à l'art. 2, al. 4, 1^{ère} phrase, LPP, Rapport du 11 mars 2008, Berne, 2008
- OFFICE FÉDÉRAL DES MIGRATIONS, Directives concernant l'Ordonnance sur l'introduction de la libre circulation des personnes, OLCP, Berne 2008
- ODM et SECO, Directive commune du 1^{er} juillet 2008 sur les incidences de l'Accord sur la libre circulation des personnes avec l'UE et de l'Accord AELE sur les prescriptions régissant le placement et la location de services, Berne 2008
- OSER HUGO/SCHOENENBERGER WILHELM, *Die einzelnen Vertragsverhältnisse, Teil I, Bis und mit Mäklervertrag : Art. 184-418 OR*, Zürich 1936 (cité ZK 1936)
- PIEGAI JÉRÔME, *Deuxième pilier et travail atypique*, in Plädoyer 4/08 pp. 52ss
- PORTMANN WOLFGANG, *Einzelvergleich oder Gruppenvergleich? Eine Standortbestimmung zu einem Problem des kollektiven Arbeitsrechts*, in : ARV 2009, p. 185-198
- PORTMANN WOLFGANG ET AL., *Bilaterale Verträge I & II, Schweiz – EU*, Zürich 2007
- PORTMANN WOLFGANG, *Der Arbeitsvertrag, art. 319-362 OR*, in Basler Kommentar, Bâle 2007

- PORTMANN WOLFGANG/STOECKLI JEAN-FRITZ, *Kollektives Arbeitsrecht*, Zürich 2004
- PRINCE JEAN-CLAUDE, *Les conventions collectives de travail en Suisse : ambitions et réalités : analyses et comparaisons*, Delémont, Genève 1992
- PRINCE JEAN-CLAUDE, *L'impact des conventions collectives de travail en Suisse*, Zürich 1994
- QUIQUEREZ FRÉDÉRIC/CORPATAUX JOSÉ/CREVOISIER OLIVIER/MOINE ALEXANDRE/SIGNORET PHILIPPE, *Impact de l'accord bilatéral relatif à la libre circulation des personnes sur la région transfrontalière du canton de Neuchâtel et du Département du Doubs*, Neuchâtel 2006
- REHBINDER MANFRED, *AVG – Arbeitsvermittlungsgesetz*, Zürich 1992
- REHBINDER MANFRED, *Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band VI/2/2/1, Art. 319-330a OR*, Berne 1985, Band VI/2/2/2, Art. 331-355 OR, Berne 1992
- REHBINDER MANFRED, *Schweizerisches Arbeitsrecht*, Berne 1997
- REHBINDER MANFRED, *Schweizerisches Arbeitsrecht*, Berne 2002
- REHBINDER MANFRED/PORTMANN WOLFGANG, *Kommentar zu den Art. 319-362 OR*, in : Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, de Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt, Wolfgang Wiegand, 3^{ème} édition, Bâle 2003
- RITTER ANDREAS, *Das revidierte Arbeitsvermittlungsgesetz*, Berne 1994
- RONCORONI GIACOMO, *Commentaire de la LECCT in Droit collectif du travail*, Bâle 2010
- SCHMID PETER, *Commentaire de l'article 357 CO in Droit collectif du travail*, Bâle 2010
- SCHOOP RENÉ, *Der Gesamtarbeitsvertrag*, Flawil 1969
- SCHURER HANS-UELI, *Arbeit und Recht*, 8^{ème} édition, Zürich 2004
- SCHWEINGRUBER EDWIN/BIGLER WALTER, *Commentaire de la convention collective de travail*, 2^{ème} édition (mise à jour), Berne 1973

- SCHWEINGRUBER EDWIN/BIGLER WALTER, *Kommentar zum Gesamtarbeitsvertrag mit Einschluss der Allgemeinverbindlichkeitserklärung*, 3^{ème} édition, Zürich 1985
- SCHWENZER INGEBOG, *Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil*, Berne 1998
- SECO, *Directives et commentaires relatifs à la LSE, à l'OSE et à la TE-LSE*, Berne 2003
- SECO, *Commentaire des mesures d'accompagnement à la libre circulation des personnes*, Berne 2008
- SENTI CHRISTOPH, *Untypischer Personalverleih*, in : AJP/PJA 12/2008 p. 1498ss
- SIAU BRUNO, *Le travail temporaire en droit comparé européen et international*, Paris 1996
- STAEHELIN ADRIAN, *Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band V : Das Obligationenrecht, Teil 2c, Der Einzelarbeitsvertrag, Lieferung 1 (Art. 319-330a OR) Zürich 1984, Lieferung 2-4 (Art. 331-355 OR, Zürich 1996*
- STOECKLI HUBERT, « *Ménage à trois* » *bei der Temporärarbeit*, in : *Recht* 2010, p. 137-143
- STOECKLI JEAN-FRITZ, *Lehrlinge im Gesamtarbeitsvertrag*, in : *ArbR* 1989, p. 71-85
- STOECKLI JEAN-FRITZ, *Der Inhalt des Gesamtarbeitsvertrages*, Berne 1990
- STOECKLI JEAN-FRITZ, *Berner Kommentar, Art. 356-360 OR*, Berne 1999
- STOECKLI JEAN-FRITZ/SOLTERMANN DANIEL, *Commentaire de l'article 6 LTr in Commentaire de la Loi sur le travail*, Ed. GEISER THOMAS, VON KAENEL ADRIAN, WYLER RÉMY, Berne 2005
- STORRIE DONALD, *Temporary agency work in the European Union*, Dublin 2002
- STREIFF ULLIN/VON KAENEL ADRIAN, *Arbeitsvertrag*, 6ème édition, Zürich, Bâle, Genève 2006
- SUBILIA OLIVIER/DUC JEAN-LOUIS, *Commentaire du contrat individuel de travail*, Lausanne 2010

- SWISSSTAFFING, *Rétrospective 2006*, Dübendorf 2006
- TERCIER PIERRE, *La partie spéciale du Code des obligations*, Zurich 1988
- TERCIER PIERRE, *Le droit des obligations*, 3^{ème} édition, Genève, Zurich, Bâle 2004
- TERCIER PIERRE, *Le droit des obligations*, 4^{ème} édition, Genève, Zurich, Bâle 2009
- TERCIER PIERRE, *Les contrats spéciaux*, 4^{ème} édition, Genève Zurich, Bâle 2009
- THEURILLAT ISABELLE, *Personalverleih aus dem Ausland*, in *Chancen und Risiken rechtlicher Neuerungen 2006/2007*, p. 151-160
- THÉVENOZ LUC, *Le travail intérimaire*, thèse, Lausanne 1987
- THÉVENOZ LUC, *Travail intérimaire et location de services*, in : FJS n° 772, 1991
- THÉVENOZ LUC, *La nouvelle réglementation du travail intérimaire*, in : Journée 1992 de droit du travail et de la sécurité sociale, Zurich 1993, p. 7-34
- THEVENOZ LUC, *La location de services dans le bâtiment*, in : *Droit de la construction*, Fribourg 1994, N° 3, p. 68-73
- THEVENOZ LUC, *Commentaire de l'article 101 CO*, in : *Commentaire romand, Code des obligations I*, de LUC THÉVENOZ/Franz WERRO, Genève 2003
- TRIPONEZ PIERRE ANTOINE, *Arbeitsvermittlung und Personalverleih*, in : *ArbR* 1983, p. 60-70
- TSCHUDI HANS PETER, *Neue Probleme im schweizerischen Arbeitsrechts*, in : *SJZ* 1982, p. 85-96
- TSCHUDI HANS PETER, *Schweizerisches Arbeitsschutzrecht*, Berne 1985
- TSCHUDI HANS PETER, *Geschichte des schweizerischen Arbeitsrecht*, Bâle, 1987
- UNION SYNDICALE SUISSE, *Les mesures d'accompagnement à la libre circulation des personnes : un bilan*, Berne 2006
- VEUVE DANIEL, *Mesures d'accompagnement à la libre circulation des personnes / Extension aux nouveaux pays membres*, Argumentaire, SECO, Berne 2005

- VISCHER FRANK, *Zum Gesamtarbeitsvertrag in der schweizerischen Wirtschaftsordnung*, in : Forstmoser/Schluep, *Freiheit und Verantwortung im Recht*, FS Meier-Hayoz, Berne 1982
- VISCHER FRANK, *Zürcher Kommentar, Art. 356-360 OR*, Zurich 1983
- VISCHER FRANK, *Fragen aus dem Kollektivarbeitsrecht*, in : AJP/PJA 1995, p. 547-556
- VISCHER FRANK, *Wirkungen des Verbandsaustritts des Arbeitgebers auf die Geltung des Gesamtarbeitsvertrages*, in : *Zivilprozessrecht, Arbeitsrecht, Kolloquium zu Ehren von Professor Adrian Staehelin*, Zurich 1997
- VISCHER FRANK, *Gesamtarbeitsvertrag und Normalarbeitsvertrag*, in : Gauch Peter, Schmid Jörg : *Die Rechtsentwicklung an der Schwelle zum 21. Jahrhundert*, Zurich 2001
- VISCHER FRANK, *Der Arbeitsvertrag*, Bâle, Genève, Munich 2005
- VISCHER FRANK/ALBRECHT ANDREAS C., *Der Arbeitsvertrag : Art. 356-360f OR*, in : *Zürcher Kommentar*, Zürich 2006
- VON BÜREN ROLAND, *Teilzeitarbeit und temporäre Arbeit als neue Formen von Dienstleistung im Schweizerischen Recht*, Berne 1971
- VON KAENEL ADRIAN, *Arbeitsrecht*, St-Gall-Lachen 1999
- VON KAENEL ADRIAN, *Aktuelle Probleme des Arbeitsrechts*, Zurich, Bâle, Genève 2005
- WERRO FRANZ, *Commentaire de l'article 55 CO*, in : *Commentaire romand, Code des obligations I*, de LUC THÉVENOZ/Franz WERRO, Genève 2003
- WICKIHALDER Urs, *Arbeitsrechtliche Probleme beim Outsourcing von Human-Resources-Management-Funktionen*, *Arbeitsrechtliche Mitteilungen* 2006, p. 41
- WILD TOBIAS E., *Die Entwicklung des Gesamtarbeitsvertragsrechts*, thèse Berne 1984
- WYLER RÉMY, *Droit du travail et jurisprudence récente : Aperçu de quelques arrêts fédéraux et cantonaux*, in : *JdT* 1998 I 98-110
- WYLER RÉMY, *Le droit du travail en évolution*, in : *La pratique de l'avocat*, Berne 2004

WYLER RÉMY, *Les conditions de travail, la libre circulation et le détachement des travailleurs- Les législations et les questions qu'elles posent, III. Loi sur les travailleurs détachés (détachement international)*, in : *Marchés publics 2008-Aktuelles Vergaberecht 2008*, Genève, Zurich, Bâle 2008, p. 256ss (cité : WYLER *Marchés publics*)

WYLER RÉMY, *Droit du travail*, Berne 2008

Introduction

1. — Le travail temporaire a connu ces dix dernières années une augmentation massive. En Suisse, le travail temporaire explose¹ ! Les chiffres de ces dix dernières années en témoignent : entre 1993 et 2006, le chiffre d'affaires de la branche du travail temporaire a quintuplé pour atteindre 4,7 milliards de francs, le nombre de travailleurs temporaires est passé de 69 000 à 241 000 et le nombre d'agences de travail temporaire est passé de 207 à 883. On a signalé un fléchissement en 2001 et 2004, mais pour les autres années l'augmentation a suivi son exponentialité. En 2008, on a comptabilisé 281 854 travailleurs temporaires, soit une augmentation de 7,5 % par rapport à l'année précédente². En 2009, en raison de la crise économique, l'augmentation a connu un léger ralentissement : 233 143 travailleurs temporaires ont été comptabilisés³. Mais la crise est déjà presque oubliée puisqu'en août 2010, on a recensé le niveau le plus élevé de tous les temps grâce à une forte progression au printemps 2010⁴...

2. — Au moment de légiférer sur la location de services, dans le milieu des années 80, le législateur fédéral avait une autre réalité devant lui : une branche soumise à aucune loi certes, mais une branche peu importante, en termes de chiffres, dans la vie économique de notre pays. Il a révisé la loi sur le service de l'emploi pour y intégrer la location de services, ce qui a donné naissance à la loi fédérale sur le service de l'emploi et la location de services du 6 octobre 1989. Dans cette loi, de nombreux articles sont destinés, directement ou indirectement, à la protection du travailleur. Nous pensons notamment aux articles 19 et 22 LSE qui obligent les parties à respecter une certaine forme et à dé-

¹ Journal PME 29.02.2008.

² <http://www.ekas.admin.ch/index-fr.php?frameset=189>, (01.04.2011).

³ Le Matin, 02.10.2010.

⁴ *Ibid.*

terminer le contenu des deux contrats caractéristiques du travail temporaire : d'une part, le contrat de travail conclu entre l'agence de travail temporaire et le travailleur, d'autre part, le contrat de location de services conclu entre l'agence de travail temporaire et l'entreprise locataire de services. Ces deux contrats feront l'objet du chapitre 5 (N° 123ss). Ensuite, il y a le système d'autorisation auquel les agences de travail temporaire sont soumises. Ce système vise à protéger indirectement les travailleurs, nous y consacrerons le chapitre 8 (N° 279ss).

3. — L'article 20 LSE est par excellence l'instrument légal qui vise à protéger spécifiquement les travailleurs temporaires. Cette disposition est originale de par son contenu – l'agence de travail temporaire doit respecter des CCT étendues qui ne la concernent pas – et compliquée de par son application transversale et limitée à certaines dispositions seulement de la CCT étendue. L'article 20 LSE a subi une importante modification en 2006 en lien avec l'entrée en vigueur du deuxième volet des mesures d'accompagnement à l'ALCP. La protection consacrée en 1989 ne suffisait plus face à l'augmentation du nombre des travailleurs temporaires et aux conséquences que pourrait avoir la libre-circulation des personnes. Nous traiterons de la modification de l'article 20 LSE au chapitre 17 (N° 626ss) et de l'impact de l'ALCP au chapitre 18 (N° 675ss).

4. — L'étude de l'article 20 LSE, divisée en quatre parties, nécessite au préalable une connaissance de deux notions : *travail temporaire* et *convention collective de travail*. L'analyse de la notion de *travail temporaire* fera l'objet de la première partie. Comme nous le verrons, le travail temporaire est l'une des trois formes de location de services. L'article 20 LSE traite de la location de services en général. Nous avons ciblé la présente étude sur l'application de l'article 20 LSE en matière de travail temporaire car les deux autres formes, travail en régie et mise à disposition occasionnelle, sont moins importantes en pratique et différentes sur un point central : la durée du contrat de travail entre le bailleur de services et le travailleur est indépendante de la durée des missions. En réalité, il s'agit de contrats de travail classiques avec des éléments de location de services. Ensuite, la deuxième partie sera consacrée à l'analyse de la notion de *convention collective de travail*. Cet instrument de droit collectif du travail est au centre même de l'article 20 LSE : les agences de travail temporaire doivent appliquer aux travailleurs temporaires la convention collective de travail étendue à laquelle l'entreprise de mission est soumise.

5. — Une fois ces deux notions définies, nous pourrions les mettre en lien : dans la troisième partie, nous passerons à l'étude de l'article 20 LSE et à son

application *in concreto*. Ce qui nous permettra de constater s'il y a lieu ou non de modifier cette disposition.

6. — Après les constats, et avant de prendre des conclusions, nous tenterons de proposer des solutions permettant d'améliorer la situation des travailleurs temporaires qui, pour la plupart, ne bénéficient toujours pas de conditions minimales de travail et de salaire.

Première partie :

Le travail temporaire

Chapitre 1 : Cadre normatif

7. — Dans ce chapitre, nous traiterons du cadre normatif du travail temporaire en analysant la LSE (point 1.1), ainsi que ses ordonnances d'application (point 1.2). Nous nous pencherons également sur le rôle des Directives et commentaires du SECO (point 1.3) et de l'application à titre supplétif du CO (point 1.4).

1.1. LSE

8. — Avant d'étudier l'article 20 LSE, il convient de faire une analyse approfondie de la LSE en évoquant sa grande révision de 1989 qui a permis de réglementer la location de services au niveau fédéral (point 1.1.2). Nous traiterons notamment des controverses rencontrées lors des débats parlementaires (point 1.1.2.2), des objectifs de la révision (point 1.1.2.3) et des buts de la LSE (point 1.1.3).

1.1.1. Généralités

9. — Le travail temporaire est régi par les articles 12 à 23 de la LSE⁵. Cette loi a été adoptée en 1951, puis a subi une importante révision en 1985 et quelques modifications suite à l'entrée en vigueur de l'ALCP. La LSE avait été adoptée, dans sa première version, uniquement pour régir le service de l'emploi. C'est seulement en 1985 qu'a été ajouté le chapitre relatif à la location de services qui englobe le travail temporaire.

⁵ RS 823.11.

10. — Depuis lors, selon le TF, le législateur fédéral a réglementé exhaustivement le domaine du service de l'emploi et celui de la location de services. Par conséquent, la LSE ne laisse en la matière aucune compétence aux cantons⁶. Les cantons peuvent uniquement adopter des lois d'exécution de la LSE⁷.

1.1.2. Genèse de la LSE

11. — La refonte de la LSE (point 1.1.2.1) a connu de vives controverses lors des débats parlementaires (point 1.1.2.2), en raison de ses objectifs, jugés peu ambitieux ou trop révolutionnaires de parts et d'autres de l'hémicycle fédéral (point 1.1.2.3).

1.1.2.1. Refonte de la LSE

12. — En date du 6 octobre 1989, l'Assemblée fédérale a adopté une révision complète de la LSE de 1951. Ladite révision a donné lieu à plusieurs innovations, dont la réglementation de la location de services, « *innovation sans doute la plus controversée du nouveau texte* »⁸.

13. — Pour comprendre les tenants et les aboutissants de cette révision, il faut remonter à la motion du 7 mars 1973 émanant de M. Walter Renschler, conseiller national socialiste, qui exigeait que la location de services soit réglementée dans le CO.

14. — Le texte de la motion était le suivant : « *Le nouveau titre dixième du code des obligations qui est consacré au contrat de travail, est entré en vigueur le 1er janvier 1972. Il dispose expressément que le champ d'application*

⁶ ATF 120 Ia 89, c. 3c.

⁷ À titre d'exemple, le canton de Genève a adopté le Règlement d'exécution de la loi sur le service de l'emploi et la location de services (RSELS), RSG J 2 05.01. Dans sa première version, il a donné lieu à l'ATF précité 120 Ia 89. Nous y reviendrons de manière plus détaillée sous point, en page 240. Le canton de Neuchâtel a adopté le 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), RSN 813.110. Le canton de Fribourg a quant à lui adopté une loi visant à régler l'application de la LSE et de la LACI, Loi du 13 novembre 1996 sur l'emploi et l'aide aux chômeurs (LEAC), RSF 866.1.1.

⁸ THÉVENOZ (1993), p. 7.

du contrat de travail individuel est étendu désormais au travail à temps partiel. En revanche, le travail temporaire n'est toujours pas réglementé, bien qu'en raison de la pénurie régnant sur le marché du travail, tout particulièrement, cette forme d'engagement ne cesse de gagner en importance et que divers abus se manifestent dans ce secteur. C'est pourquoi le Conseil fédéral est invité à soumettre aux conseils législatifs un rapport et des propositions tendant à introduire dans le code des obligations une réglementation légale du travail temporaire. »⁹.

15. — Dans sa réponse à la motion, le Conseil fédéral de l'époque avait déclaré qu'il était plus important et plus adapté de réglementer les questions relatives à la location de services par des mesures relevant de la police du commerce plutôt que d'établir dans le droit civil des règles s'appliquant aux rapports entre les parties contractantes, règles déjà largement prévues par le droit régissant le contrat de travail¹⁰.

16. — Ensuite de cela, un postulat a été déposé par M. le conseiller national Didier Wyler, repris par Mme Heidi Deneys, conseillère nationale socialiste, le 27 septembre 1979. Le contenu du postulat était le suivant :

« Le Conseil fédéral est invité à présenter un rapport

1. Sur la possibilité d'adjoindre au titre X du CO, chapitre II, une nouvelle section traitant du contrat de travail temporaire ;

2. Sur les mesures que l'État pourrait prendre en matière de surveillance des entreprises de travail temporaire. »¹¹.

17. — Concernant le point 1, le Conseil fédéral a maintenu l'avis exprimé dans sa réponse à la motion Renschler de 1973. Par contre, se rapportant à la création d'une législation de droit public, le Conseil fédéral s'est exprimé de manière positive : *« s'agissant des aspects de droit public du travail temporaire, il convient de remarquer que les travaux préparatoires de l'administration pour la révision de la loi fédérale sur l'emploi sont en cours. À ce propos, on examine de manière approfondie la question de savoir si, à l'avenir, le placement du travailleur temporaire doit être soumis à cette loi. »*¹².

⁹ BO CN 1973 II p. 1045, Motion Renschler.

¹⁰ Message LSE du 27.11.1985 in FF 1985 III p. 524, 539.

¹¹ BO CN 1980 IV p. 111, Postulat (Wyler)-Deneys.

¹² *Idem*, p. 113.

18. — Par la suite, comme le projet de révision de la LSE prévoyait l'institution de l'autorisation obligatoire pour les entreprises de location de services et leur assujettissement au contrôle des autorités dont relève le service de l'emploi, le postulat a été classé¹³.

1.1.2.2. Sujet hautement controversé sous la coupole fédérale

19. — De 1951, année de l'entrée en vigueur de la LSE, à 1985, année de révision de la LSE, l'évolution économique et sociale a subi de profonds changements sur le marché de l'emploi. Les moyens d'action qui ont été mis en place en 1951, afin de prévenir le chômage, ne correspondaient plus aux besoins de 1985. En outre, les nouvelles formes de placement telles que la location de services n'étaient pas réglementées.

20. — De 1980 à 1985, le projet de loi a été élaboré et a fait l'objet d'une consultation auprès des partis et organisations concernés. Malgré cela, le message du Conseil fédéral du 27 novembre 1985, a engendré une vive controverse à l'Assemblée fédérale. Les élus de droite considéraient que le projet allait trop loin alors que les élus de gauche attendaient un projet plus ambitieux¹⁴.

21. — Réglementer la location de services a donné lieu à beaucoup de discussions car il s'agissait d'un problème nouveau¹⁵. Les solutions proposées se positionnaient aux deux extrêmes : d'une part, on prônait l'interdiction pure et simple du travail temporaire, d'autre part, on se limitait à demander une modification du Code des obligations car régir la location de services dans une loi ne servirait à rien¹⁶.

22. — La commission du Conseil national (ci-après : la commission) a opté pour une voie médiane. Comme le travail temporaire existait déjà depuis des décennies, la commission pensait qu'il n'était pas judicieux de l'interdire, considérant que malgré les abus causés par le travail temporaire, ce dernier avait quand même rendu service, d'une part aux entreprises qui avaient besoin d'un supplément de travailleurs pendant un certain nombre de semaines et de

¹³ Message LSE du 27.11.1985 in FF 1985 III p. 524, 540.

¹⁴ THÉVENOZ (1993), p. 8-9.

¹⁵ BO CN 1987 VII p. 179, intervention de M. Darbellay.

¹⁶ *Ibid.*

mois, et d'autre part aux travailleurs qui cherchaient à travailler uniquement le temps d'une mission.

1.1.2.3. Objectifs de la révision de la LSE

23. — La révision de la LSE avait pour objectifs de préciser la réglementation relative au placement privé de travailleurs (art. 2 à 11 LSE), de redéfinir la mission du service public de l'emploi (art. 24 à 29 LSE), d'améliorer la collaboration des offices cantonaux de l'emploi entre eux et avec le SECO (art. 31 à 37 LSE) et de prévoir également la déclaration obligatoire de tout licenciement collectif ainsi que de toute fermeture d'entreprise (art. 29 LSE)¹⁷.

24. — Concernant la location de services, la révision visait trois objectifs. Tout d'abord, il fallait combattre les abus des bailleurs de services qui profitaient de l'absence de cadre législatif pour se faire de l'argent sur le dos des travailleurs temporaires. De nombreuses agences temporaires avaient une durée de vie très éphémère et étaient à peine solvables en cas de problème¹⁸ ! Ensuite, il fallait éviter un dumping salarial entre les travailleurs soumis ou non à une CCT¹⁹. Enfin et surtout, il fallait protéger les travailleurs en concrétisant le mandat constitutionnel relatif à la protection des travailleurs et aux intérêts à sauvegarder dans la politique relative au marché de l'emploi.

25. — Pour atteindre ce troisième objectif, le régime de l'autorisation obligatoire a été étendu à tous les domaines du placement privé et instauré en matière de location de services. Les conditions relatives au régime de l'autorisation obligatoire en matière de location de services correspondent dans une large mesure à celles du placement privé²⁰, à la différence que l'agence de travail temporaire doit fournir une caution en garantie des prétentions de salaire des travailleurs dont elle loue les services. En outre, compte tenu des acquis sociaux, l'agence de travail temporaire doit appliquer les dispositions relatives au salaire et à la durée de travail des CCT étendues auxquelles est soumise l'entreprise de mission.

26. — Comme nous l'avons déjà évoqué, au moment du projet de révision de la LSE, les avis étaient très partagés. D'une part, la révision de la législa-

¹⁷ THEVENOZ (1993), p. 9.

¹⁸ Message LSE du 27.11.1985 in FF 1985 III p. 524, 536.

¹⁹ *Idem* p. 524, 538.

²⁰ *Idem* p. 524, 525.

tion sur le service de l'emploi était demandée, d'autre part, on prônait l'établissement d'une réglementation spéciale de droit public, voire l'interdiction totale de la location de services²¹. Lors de la procédure de consultation, l'introduction du régime de l'autorisation à la location de services a été jugée nécessaire par les cantons et les associations de salariés. Alors que les groupements d'employeurs, complètement opposés à la révision de la LSE, ont estimé que de manière générale, il n'existait pas un besoin suffisant pour réglementer la location de services dans une loi spéciale²².

27. — De fil en aiguille, il est donc apparu que la meilleure solution était la révision de la LSE en réglementant la location de services et en la soumettant à une autorisation de police, à la place d'une révision du droit des obligations qui n'aurait pas permis de résoudre de manière satisfaisante les problèmes liés à la location de services²³.

1.1.3. Buts de la LSE

28. — L'article premier de la LSE, relatif aux buts de la loi, prévoit que la LSE régit aussi bien deux domaines non étatiques – le placement privé de personnel et la location de services – qu'un domaine géré par des autorités étatiques, le service public de l'emploi.

29. — Dans son texte actuel, la LSE contient les trois buts suivants :

- régir le placement privé de personnel et la location de services (art. 1 let. a LSE) dans le cadre de la politique de marché du travail en Suisse et en vue d'éliminer les dysfonctionnements existants ;
- assurer un service public de l'emploi qui contribue à créer et maintenir un marché du travail équilibré (art. 1 let. b LSE) ;
- protéger les travailleurs qui recourent au placement privé, au service public de l'emploi ou à la location de services (art. 1 let. c LSE).

30. — Particulièrement importante, la lettre c démontre que la loi place la protection des travailleurs au premier plan et crée la base nécessaire à une surveillance de police de commerce de la location de services, par le biais du régime des autorisations. Cette disposition de principe est concrétisée par une

²¹ *Idem* p. 524, 560.

²² *Idem* p. 524, 547.

²³ *Idem* p. 524, 560.

multitude d'articles se trouvant dans la loi même ou dans les ordonnances d'application²⁴.

31. — En outre, les articles 19 al. 5 LSE et 22 al. 2 à 4 LSE démontrent que la LSE a pour but de régir la location de services, et non de l'encourager, puisqu'elle considère comme nuls et non avenus les accords qui empêcheraient le travailleur de conclure un contrat de travail avec l'entreprise utilisatrice à l'issue de sa mission²⁵.

32. — Une enquête sur l'efficacité de la LSE a été menée en 2007 auprès des cantons. Il en ressort que quatorze cantons estiment que la LSE permet d'atteindre son but principal de protection des travailleurs alors que neuf cantons pensent le contraire. La majorité de ces neuf cantons considère que la LSE n'atteint pas son but principal en raison d'un manque de personnel pour assurer des contrôles réguliers des agences de travail temporaire, et non pas à cause du contenu des dispositions juridiques²⁶.

33. — Aujourd'hui, avec la libre circulation des personnes, et de ce fait une progression de la location de services, cette disposition de principe est loin d'être désuète.

1.2. Les ordonnances d'application

34. — La LSE est concrétisée par deux ordonnances fédérales, l'ordonnance du 16 janvier 1991 sur le service de l'emploi et la location de services (abrégée : OSE) et l'ordonnance du 16 janvier 1991 sur les émoluments, commissions et sûretés en vertu de la loi sur le service de l'emploi (abrégée : OEol-LSE).

²⁴ SECO, rapport du 18.12.08, Examen de la situation actuelle dans le domaine de la location de services (Loi fédérale sur le service de l'emploi et la location de services, LSE), p. 52.

²⁵ *Idem*, p. 67.

²⁶ *Idem*, p. 53.

1.2.1. L'ordonnance du 16 janvier 1991 sur le service de l'emploi et la location de services (OSE)²⁷

35. — Cette ordonnance précise la majeure partie des articles de la LSE. Elle représente un passage obligé dans la définition ou la précision de certaines notions phares de la LSE.

36. — L'OSE a été modifiée il y a une dizaine d'années afin de combler certaines lacunes et de régler certaines imprécisions de la loi. Cette révision a permis de consigner en grande partie la pratique de la loi exercée entre 1991, entrée en vigueur de l'OSE, et 1999, entrée en vigueur de l'OSE révisée²⁸.

37. — Il y a notamment eu un durcissement des conditions d'octroi de l'autorisation. Les exigences sont plus élevées afin de tenir à l'écart les « brebis galeuses » de la branche. Depuis 1999, les bailleurs de services doivent avoir, en plus d'un certificat de fin d'apprentissage ou d'une formation équivalente, une expérience professionnelle de plusieurs années dans le domaine du placement, de la location de services, du conseil en personnel, en organisation ou en entreprise ou de la gestion du personnel (art. 9 let. b OSE)²⁹.

38. — L'article 48a OSE, précisant l'article 20 LSE, a été introduit lors de la révision de l'OSE en 1999. Depuis lors, il est établi quelles dispositions relatives au salaire et à la durée de travail doit respecter le bailleur de services lorsqu'il loue les services d'un travailleur dans une branche soumise à une CCT étendue.

39. — Les articles 48b, 48c, 48d et 48e OSE, précisant également l'article 20 LSE, sont entrés en vigueur le 1^{er} avril 2006 lors d'une deuxième révision de l'OSE due à la révision des mesures d'accompagnement à la libre circulation des personnes.

²⁷ RS 823.111.

²⁸ SECO, rapport du 18.12.08, Examen de la situation actuelle dans le domaine de la location de services (Loi fédérale sur le service de l'emploi et la location de services, LSE), p. 51.

²⁹ *Ibid.*

1.2.2. L'ordonnance du 16 janvier 1991 sur les émoluments, commissions et sûretés en vertu de la loi sur le service de l'emploi (OEmol-LSE)³⁰

40. — Cette ordonnance traite spécifiquement des émoluments³¹, commissions³² et sûretés³³ qui peuvent être perçus sur la base de la LSE. Elle a également été modifiée en 1999 dans le même contexte et dans le même but que l'OSE.

1.3. Les directives et commentaires relatifs à la LSE, l'OSE et l'OEmol-LSE du SECO

41. — En tant qu'autorité de surveillance (art. 31 al. 2 et 3 LSE), le SECO est habilité à émettre des commentaires et à rendre des directives en relation avec les articles de la LSE et de ses ordonnances d'application.

42. — Dans le cadre de la LSE, le législateur a laissé un grand nombre de questions et de problèmes en suspens ou non résolus, notamment en ce qui concerne les conditions pour l'octroi de l'autorisation, l'emploi des sûretés et le contenu des deux contrats phares de la LSE, à savoir le contrat de travail et le contrat de location de services. Ces nombreuses lacunes ont dû être comblées, au fil des années, dans le cadre de l'exécution de la loi. Ce qui a permis d'acquérir une pratique certaine de l'application de la LSE. Cette pratique a été concrétisée et analysée en permanence, par le SECO et les autorités cantonales compétentes en matière de LSE, et mise en œuvre au moyen de nouvelles directives ou instructions et étayée grâce aux commentaires du SECO.

43. — En 2003, le SECO a publié une nouvelle édition des « Directives et commentaires sur la LSE, l'OSE et l'OEmol-LSE ». C'est en suivant l'impulsion des cantons et des associations professionnelles que le SECO a mis à jour ses Directives et commentaires datant de 1991. En effet, le regroupement et la consolidation de la pratique dans des Directives et commentaires remaniés étaient souhaités de longue date. Depuis lors, les autorités cantonales

³⁰ RS 823.113.

³¹ Articles 1 et 7 OEmol-LSE.

³² Articles 3, 4 et 5 OEmol-LSE.

³³ Article 6 OEmol-LSE.

et les entreprises qui doivent appliquer et respecter au quotidien la LSE, détiennent (enfin) un document opératoire détaillé et pertinent³⁴.

44. — Notamment de par les changements que la LSE a subis avec l'entrée en vigueur de l'ALCP, le SECO ne cesse de rendre de nouvelles directives pour préciser certains articles de la LSE, ainsi que des communications³⁵.

1.4. Les articles 319ss CO

45. — Le contrat de travail conclu entre l'agence de travail temporaire et le travailleur temporaire est régi par la LSE, mais également par les articles 319ss CO qui s'appliquent à titre supplétif³⁶. En tant que loi spéciale, la LSE prévaut sur le CO.

46. — L'alinéa 6 de l'article 19 LSE démontre clairement le rapport existant entre les dispositions de la LSE et celles du CO en matière de contrat de travail temporaire : *« Si le bailleur de services ne possède pas l'autorisation nécessaire, son contrat de travail avec le travailleur est nul et non avenu. Dans ce cas, l'art. 320 al. 3, du code des obligations, qui règle les suites d'un contrat nul, est applicable »*.

47. — Mentionnons également le cas de l'alinéa 4 du même article qui ne prévoit pas de délai de congé après sept mois de travail ininterrompu. Afin de combler la lacune législative, il faut appliquer les délais de congé prévus à l'article 335c CO.

³⁴ SECO, rapport du 18.12.2008, Examen de la situation actuelle dans le domaine de la location de services (Loi fédérale sur le service de l'emploi et la location de services, LSE), p. 50.

³⁵ Elles sont toutes disponibles sur le site suivant : http://www.espace-emploi.ch/-downloads/private_arbeitsvermittler/, (09.03.11).

³⁶ REHBINDER (1992), n. 1 ad art. 19 LSE, p. 60.

Chapitre 2 : Définition et terminologie

48. — Dans ce chapitre, nous définirons la notion de travail temporaire (point 2.1) et formulerons quelques remarques de terminologie, valables pour l'ensemble de la présente étude (points 2.2-2.5).

2.1. Définition du travail temporaire

49. — Le travail temporaire est une forme de location de services, régie par la LSE. La location de services peut revêtir trois formes, le travail temporaire, la mise à disposition de travailleurs à titre principal, appelée aussi le travail en régie, et la mise à disposition occasionnelle de travailleurs (art. 27 OSE).

50. — La définition de la location de services découle de l'article 26 OSE, « *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* ».

51. — Dans le cas du travail temporaire, l'employeur (ou bailleur de services ou agence de travail temporaire) conclut avec le travailleur temporaire un contrat de travail qui doit revêtir la forme écrite (art. 19 al. 1 LSE). Ce contrat comprend souvent le contrat-cadre de travail qui fixe les conditions générales de mission et le contrat de mission conclu pour chaque mission que le travailleur accomplit auprès d'une entreprise cliente (ou tierce ou locataire de services ou de mission). Le contrat-cadre de travail déploie ses effets dès la signature d'un contrat de mission. De ce fait, la relation de travail entre l'agence de travail temporaire et le travailleur ne prend effet qu'avec le contrat de mission. Cela signifie que, sans le contrat de mission, le contrat-cadre n'est pas suffisant pour créer une relation de travail, et surtout, il n'oblige ni l'employeur à proposer une mission, ni le travailleur à accepter une mission qui lui est offerte. Le contrat de travail temporaire conclu entre l'agence de travail temporaire et le travailleur est régi par l'article 19 LSE et ses disposi-

tions d'application (art. 48 et 49 OSE) ainsi que par les articles 319ss CO sur le contrat de travail. Selon le principe *lex specialis derogat legi generali*, les dispositions de droit du travail de la LSE prévalent sur celles du CO.

52. — En parallèle du contrat de travail, l'agence de travail temporaire conclut un contrat de location de services avec l'entreprise de mission. Ce contrat doit également revêtir la forme écrite (art. 22 al. 1 LSE). Le contrat de location de services doit être signé par les deux parties. L'obligation de conclure un contrat de location de services est d'ailleurs valable pour toute agence de travail temporaire qu'elle soit assujettie ou non à l'autorisation. Le contrat de location de services est un contrat *sui generis* que l'on rapproche du mandat, bien que les modalités de sa résiliation ne soient pas régies par l'article 404 CO, mais par l'article 22 alinéa 1 let. d LSE qui laisse le soin aux parties de définir la durée de l'engagement ou les délais de congé, afin de le calquer sur le contrat de travail, conclu de l'autre côté.

53. — Le travail temporaire est donc caractérisé par la relation triangulaire qui est créée entre l'agence de travail temporaire, le travailleur temporaire et l'entreprise de mission. L'agence de travail temporaire est l'employeur du travailleur temporaire avec lequel elle conclut un contrat de travail par écrit. Cette même agence de travail temporaire loue ce travailleur temporaire à une entreprise de mission avec laquelle elle conclut un contrat de location de services par écrit. Il faut donc retenir qu'il y a trois parties, trois relations, mais seulement deux contrats³⁷.

54. — Le travailleur temporaire est engagé par l'agence de travail temporaire dans l'unique but de louer ses services à d'autres entreprises. Le contrat de travail temporaire est conclu chaque fois pour une seule mission. Une fois celle-ci accomplie, il n'existe plus de contrat de travail entre l'agence de travail temporaire et le travailleur temporaire.

55. — Le travailleur temporaire n'est lié par aucun contrat à l'entreprise de mission dans laquelle il travaille concrètement, ce qui ne fait qu'accentuer le statut précaire du travailleur temporaire. En plus des délais de congé extrêmement courts, deux jours durant les trois premiers mois d'un emploi ininterrompu, sept jours entre le quatrième et le sixième mois d'un emploi ininterrompu (art. 19 al. 4 let. a et b LSE), le travailleur temporaire se trouve sans lien juridique avec son « employeur de fait », l'entreprise de mission. Les

³⁷ TERCIER (2009), p. 479-480, n° 3276-3279 ; WYLER (2008), p. 105 ; GEISER (2004), p. 140 ; THÉVENOZ (1991), p. 1.

travailleurs temporaires doivent fournir des prestations dans une entreprise envers laquelle ils ne peuvent faire valoir de droit au salaire ; au contraire, ils doivent le faire envers un employeur pour lequel ils n'ont pas travaillé du tout³⁸.

2.2. Travail temporaire ou location de services

56. — Selon le texte légal, le travail temporaire est une forme de location de services. Comme la présente thèse cible le travail temporaire, ce terme est essentiellement utilisé.

2.3. Agence de travail temporaire ou bailleur de services

57. — Le bailleur de services peut être une agence de travail temporaire, l'employeur d'un contrat de travail en régie ou l'employeur qui met à disposition de manière occasionnelle ses travailleurs. De ce fait, il est préféré le terme *agence de travail temporaire* qui correspond mieux au sujet de la présente thèse.

2.4. Travailleur ou travailleur temporaire

58. — Dans la présente thèse, par souci de simplification mais également pour éviter une utilisation « abusive » de l'adjectif *temporaire*, nous utilisons essentiellement le terme de *travailleur* pour se référer au *travailleur temporaire*.

2.5. Entreprise de mission ou locataire de services

59. — En pratique, l'expression « entreprise de mission » est généralement utilisée. Cela met en exergue le fait que le travailleur est engagé par une

³⁸ Message LSE du 27.11.1985 in FF 1985 III p. 524, 537.

agence de travail temporaire pour une ou plusieurs missions auprès d'une entreprise tierce.

60. — L'expression « entreprise cliente » est également courante en pratique car elle fait référence à la relation existant entre l'agence de travail temporaire et l'entreprise locataire de services : cette dernière étant la cliente de la première. L'expression « entreprise utilisatrice » vise aussi l'entreprise locataire de services³⁹.

61. — Dans la présente étude, toutes ces expressions sont utilisées pour désigner l'entreprise locataire de services⁴⁰.

³⁹ Le terme d'*entreprise utilisatrice* est emprunté au droit français pour désigner le client de l'agence de travail temporaire chez lequel le travailleur accomplit sa mission, cf. THÉVENOZ (1987), p. 27, n° 22, note 37.

⁴⁰ À l'instar de THÉVENOZ, nous regrettons le terme légal de *locataire de services*, THÉVENOZ (1987), p. 27, n° 22, note 37.

Chapitre 3 : Délimitations

62. — Il n'est pas toujours aisé de distinguer le travail temporaire d'autres formes de travail pouvant, par certains aspects, ressembler fortement au travail temporaire. Quelques délimitations s'imposent pour éviter une confusion, souvent préjudiciable au travailleur.

3.1. Le travail intérimaire

63. — Selon THÉVENOZ, « *pour être plus précis que l'usage courant et l'art. 27 OSE, il convient de préférer l'expression de travail intérimaire pour distinguer cette forme de location de services du travail temporaire, dont l'antonyme est un emploi stable ou durable. Le travail intérimaire n'est qu'une forme d'emploi temporaire. Un contrat de travail de durée déterminée procure généralement aussi un emploi temporaire, même en-dehors de toute location de services* »⁴¹.

64. — Souvent, en pratique, les termes « travail temporaire » et « travail intérimaire » sont utilisés pour faire allusion à la même sorte de travail. Dans la présente thèse, nous utiliserons le terme de travail temporaire pour respecter le choix terminologique du législateur (art. 27 OSE).

65. — L'adjectif « intérimaire » est tiré du mot latin « *interim* » qui signifie « pendant ce temps ». Lorsque l'on parle de « personnel intérimaire », on devrait plutôt viser la personne qui effectue un remplacement du titulaire du poste. Il n'est pas rare de lire dans les médias qu'une personne assure l'intérim jusqu'à la nomination d'un nouveau chef de service ou durant le congé maladie de telle personne. Alors que l'adjectif « temporaire » signifie « qui ne dure pas, qui n'a lieu que pendant un certain temps ». Par emploi temporaire, on

⁴¹ THÉVENOZ (1993), p. 11, note 16.

entend donc un emploi momentané, un emploi provisoire, ce qui correspond au système des missions prévu dans le droit suisse du travail temporaire, et non pas au remplacement de quelqu'un.

66. — En outre, en utilisant le terme « travail temporaire », nous sommes en harmonie avec les textes allemand et italien de l'article 27 OSE qui utilisent les termes *Temporärarbeit* et *lavoro temporaneo* à l'alinéa 2 lorsqu'il s'agit de différencier le travail temporaire du travail en régie et de la mise à disposition occasionnelle. À souligner encore que le texte allemand utilise le terme de travail intérimaire (*Leiharbeit*) pour le travail en régie ou mise à disposition à titre principal, et non pour le travail temporaire⁴².

67. — De nombreux auteurs francophones ne semblent pas faire la différence entre travail intérimaire et travail temporaire⁴³. Par contre, NEF et REHBINDER, auteurs germanophones, différencient le travail temporaire du travail intérimaire⁴⁴, et ce probablement en raison du texte allemand qui utilise la notion de travail intérimaire pour travail en régie.

3.2. La mise à disposition principale de travailleurs ou le travail en régie (*Leiharbeit, lavoro a prestito*)

68. — Le travail temporaire doit être distingué de la mise à disposition de travailleurs à titre principal (ou travail en régie).

69. — Dans le travail en régie, comme dans le travail temporaire, le travailleur est engagé en vue de louer ses services à des entreprises de mission. Mais, contrairement au travail temporaire, le bailleur de services exploite souvent, parallèlement à son activité de location de services, un établissement propre dans lequel le travailleur peut être occupé temporairement ou même régulièrement⁴⁵. « *Les employeurs qui engagent des travailleurs pour leur propre entreprise mais avec la possibilité de les mettre à disposition de tiers tombent*

⁴² Le texte italien nomme le travail en régie : « *lavoro a prestito* », et non « *lavoro interinale* ». Le texte allemand est donc le seul à nommer travail en régie par travail intérimaire.

⁴³ MATILE/ZILLA (2010), p. 10 ; FAVRE/MUNOZ/TOBLER (2010), n. 1.3 ad art. 19 LSE, p. 749 ; TERCIER (2009), p. 479, n° 3274 ; WYLER (2008), p. 448.

⁴⁴ NEF (1992), p. 100 ; REHBINDER (1992), n. 5 ad art. 12 LSE, p. 49.

⁴⁵ SECO, Directives et commentaires relatifs à la LSE, l'OSE et la TE-LSE, Berne 2003, p. 68.

en règle générale aussi dans cette catégorie, car cette mise à disposition a habituellement un but lucratif»⁴⁶.

70. — Dans ce cas, et de nouveau contrairement au travail temporaire, le contrat de travail est conclu pour une durée indépendante des missions ponctuelles⁴⁷. Le contrat de travail entre le bailleur de services et le travailleur est conclu pour une durée indéterminée et il n'est pas interrompu dans l'attente d'un nouveau contrat de mission⁴⁸. Par conséquent, le travailleur a droit à un travail et l'employeur a l'obligation de lui en confier un, raison pour laquelle l'employeur exploite souvent un établissement propre dans lequel le travailleur peut être employé temporairement ou régulièrement. Dès lors, si les missions manquent, l'employeur se trouve en demeure au sens de l'article 324 al. 1 CO et il est tenu de payer le salaire au travailleur. En contrepartie, le travailleur est tenu d'accepter les missions que lui propose l'employeur⁴⁹. Cet élément différencie fondamentalement le travail en régie du travail temporaire.

71. — À préciser encore que le terme de « travail en régie » qui figure dans le texte français de l'ordonnance ne constitue pas une notion juridique mais une expression empruntée à la pratique, utilisée couramment dans la construction et le montage⁵⁰.

3.3. La mise à disposition occasionnelle de travailleurs

72. — Le travail temporaire est également à distinguer de la mise à disposition occasionnelle de travailleurs qui est aussi une forme de location de services selon l'article 27 OSE. Comme dans le travail temporaire, il existe trois parties, le bailleur de services, le travailleur et l'entreprise locataire de services. Mais la mise à disposition occasionnelle est caractérisée par une cession brève et occasionnelle des services du travailleur. En outre, cette cession n'est pas spécialement planifiée⁵¹.

⁴⁶ *Ibid.*

⁴⁷ *Ibid.*

⁴⁸ MATILE/ZILLA (2010), p. 12.

⁴⁹ SECO, Directives et commentaires relatifs à la LSE, l'OSE et la TE-LSE, Berne 2003, p. 68.

⁵⁰ *Idem*, p. 68.

⁵¹ *Idem*, p. 67.

73. — La mise à disposition occasionnelle permet de 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. Cette forme de location de services ne vise pas un profit. Cela peut être l'exemple de l'entreprise qui connaît une baisse de commandes et cherche à placer momentanément ses travailleurs dans une autre entreprise pour ne pas devoir les licencier. La mise à disposition occasionnelle peut aussi être liée à la location d'une machine⁵². Il s'agit donc d'un rapport triangulaire passager⁵³.

74. — Selon SENTI, cette forme de location de services a même un caractère exceptionnel : « [...] *drittens wird der Arbeitnehmer nur ausnahmweise einem Einsatzbetrieb überlassen.* »⁵⁴.

75. — La mise à disposition occasionnelle de travailleurs est un contrat de travail à durée indéterminée régi par les articles 319ss CO et la LSE. Selon THÉVENOZ, « *ni la loi ni l'ordonnance ne précisent dans quelle mesure les articles 18 à 23 LSE, visiblement rédigés dans la perspective de la location commerciale de services soumise à autorisation, sont également applicables à la mise à disposition occasionnelle, qui ne l'est pas. Il convient d'interpréter chaque disposition à la lumière de son but, dont je déduis que seuls les articles 20, 21 et 22 al. 1 LSE ont vocation à régir la location de services qui n'est pas soumise à autorisation.* »⁵⁵.

3.4. Le placement privé de personnel

76. — Le placement privé de personnel vise à mettre employeurs et demandeurs d'emploi en contact afin qu'ils puissent nouer une relation de travail. Il y a, comme dans le travail temporaire, trois personnes, mais le placeur ne conclut pas de contrat de travail avec le travailleur. Le placeur n'a qu'un rôle d'intermédiaire, de courtier au sens des articles 412ss CO⁵⁶. Lorsque ses prestations ont permis la conclusion d'un contrat de travail, il facture ses hono-

⁵² THÉVENOZ (1991), p. 3 citant ATF 51 II 494, JdT 1916 I 6 ; ATF 50 II 469, JdT 1923 I 53 ; ATF 91 II 291, JdT 1966 I 180 ; ATF 98 II 288, JdT 1973 I 639.

⁵³ THÉVENOZ (1987), p. 28, n° 28.

⁵⁴ SENTI (2008), p. 1500.

⁵⁵ THÉVENOZ (1991) p. 3, note 14.

⁵⁶ THÉVENOZ (1987), p. 27-28, n° 25.

raires (calculés en pour-cent du salaire annuel) à son mandant. Le placement privé de personnel est également régi par la LSE (art. 2 à 11) et par l'OSE (art. 1 à 25). Comme la location de services, le placement privé de personnel est soumis à autorisation.

3.5. La sous-traitance

77. — La sous-traitance est une relation juridique qui découle d'un contrat d'entreprise et non d'un contrat de travail.

78. — Par contrat de sous-traitance, on entend « *le contrat d'entreprise par lequel une partie (le sous-traitant) s'engage à l'égard d'une autre (l'entrepreneur principal) à effectuer tout ou partie de la prestation de l'ouvrage que celui-ci s'est engagé à réaliser pour un maître (le maître principal)* »⁵⁷.

79. — Le contrat de sous-traitance, comme son nom l'indique, est un sous-contrat qui se greffe sur un contrat principal. Il faut relever que rien ne s'oppose à ce que le sous-traitant « sous-sous-traite » à son tour ses prestations⁵⁸.

80. — Comme dans le travail temporaire, le contrat de sous-traitance génère trois types de relation :

- la relation entre l'entrepreneur principal et le sous-traitant ;
- la relation entre le maître principal et l'entrepreneur principal ;
- la relation entre le maître principal et le sous-traitant.

81. — Mais la grande différence entre le contrat de location de services et le contrat de sous-traitance réside dans le fait que le sous-traitant promet l'exécution de l'ouvrage alors que le bailleur de services met à disposition des travailleurs.

82. — Il est important de différencier ces deux types de contrat parce qu'il est arrivé qu'en pratique, on utilise le terme de sous-traitance pour désigner un contrat de location de services⁵⁹.

⁵⁷ TERCIER (2009), p. 644, n° 4290.

⁵⁸ *Idem*, p. 644, n° 4291.

⁵⁹ ATF 112 IV 4, c. 3.

3.6. Le montage

83. — Il en va de même pour le montage qui a pour objet une prestation de travail spécialisée exécutée de manière indépendante, par exemple le montage d'une grue⁶⁰. Il s'agit d'une obligation de résultat caractéristique du contrat d'entreprise⁶¹ et étrangère au contrat de travail. En effet, l'entreprise de montage s'engage auprès du donneur d'ouvrage à produire quelque chose. Enfin, et contrairement à l'agence de travail temporaire, l'entreprise de montage équipe les travailleurs et garde le droit de donner des instructions⁶².

84. — Outre la distinction purement juridique, il est à préciser que dans les faits, il faut absolument distinguer la location de services du montage dans un but de protection du travailleur. Au moment de la révision de la LSE, on craignait notamment des tentatives de détourner la loi par le biais de « pseudo-contrats de louage » ou de « pseudo-contrats de montage », d'où une définition large de la location de services à l'article 12 al. 1 LSE afin que la loi s'applique également « *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*⁶³ ».

85. — Mais la distinction entre un contrat de location de services et celui relatif à un montage n'est pas toujours aisée à faire. Le nom que les parties donnent au contrat n'est pas déterminant. Il faut préférer une distinction dans chaque cas d'espèce et en se basant sur le contenu du contrat, la description du poste, la situation concrète dans l'entreprise locataire et les responsabilités assumées⁶⁴.

86. — Afin d'affiner la distinction, nous pouvons déjà affirmer qu'il n'y a pas de contrat de location de services lorsque⁶⁵ :

- l'entreprise de mission n'a pas le pouvoir de direction ;
- le travailleur ne se sert pas des outils, du matériel et des instruments de l'entreprise de mission ;

⁶⁰ THÉVENOZ (1987), p. 27, n° 24.

⁶¹ ATF 111 II 170, c. 2.

⁶² TF du 30.04.2007, 2A.425/2006, c. 3 et 5.

⁶³ Message LSE du 27.11.1985 in FF 1985 III p. 524, 582-583.

⁶⁴ TF du 30.04.2007, 2A.425/2006, c. 3.2.

⁶⁵ *Ibid.*

- le travailleur ne travaille pas exclusivement au siège selon les horaires de travail de l’entreprise de mission ;
- le contrat conclu entre l’entrepreneur et l’entreprise de mission n’a pas pour objectif primordial la facturation d’heures de travail, mais la réalisation d’un objectif clairement défini contre une certaine rémunération ;
- en cas de non-réalisation de cet objectif, l’entrepreneur garantit à l’entreprise de mission des prestations réparatoires gratuites ou une réduction des honoraires.

3.7. Le travail à temps partiel

87. — Selon l’article 319 al. 2 CO, le contrat de travail à temps partiel est « *le contrat par lequel un travailleur s’engage à travailler régulièrement au service de l’employeur par heures, demi-journées ou journées (travail à temps partiel)* ».

88. — Le travail à temps partiel est caractérisé par le fait que l’horaire de travail est inférieur à la durée hebdomadaire normale des autres employés de l’entreprise. Mais contrairement au travail temporaire, le travail à temps partiel est une relation de travail durable puisque le travailleur s’engage à travailler régulièrement au service de l’employeur. En outre, le travailleur à temps partiel travaille dans l’entreprise de l’employeur qui l’a engagé. Il n’y a donc pas de rapport triangulaire⁶⁶.

3.8. Le job sharing

89. — Par *job sharing*, on entend le partage, entre deux ou plusieurs travailleurs, d’une même place de travail. « *Le contrat de conciergerie conclu entre un employeur et un couple de concierges est un exemple d’application de partage du travail.* »⁶⁷ En cas de *job sharing*, l’employeur doit veiller à réparer

⁶⁶ THÉVENOZ (1987), p. 26, n° 20.

⁶⁷ WYLER (2008), p. 106 ; ATF 131 III 566, c. 3.

tir la couverture sociale entre les travailleurs de façon à respecter le partage réel des tâches⁶⁸.

90. — Contrairement au travail temporaire, le *job sharing* est un contrat conclu entre un employeur et un ou plusieurs employés. Il n'y a pas d'intermédiaire ou de tiers dans le rapport. Il ne s'agit pas d'une relation triangulaire puisque l'employeur est lié à un ou plusieurs travailleurs placés sur un pied d'égalité et dépendant du même employeur. En outre, le contrat de *job sharing* peut être de durée déterminée ou indéterminée. Il n'y a pas un caractère temporaire.

3.9. Le travail sur appel

91. — Le travail sur appel oblige le travailleur à se mettre à disposition de l'employeur pour un certain nombre d'heures, de jours, voire de semaines alors que le travailleur temporaire n'est jamais tenu d'accepter la mission qu'on lui propose⁶⁹.

92. — Dans un contrat de travail sur appel, « *l'employeur fait de temps en temps appel aux services du travailleur, qui s'engage à se tenir durablement à disposition de l'employeur et qui ne peut de ce fait pas refuser son appel* »⁷⁰. Bien que très précaire, cette forme de contrat de travail a été déclarée licite par le TF⁷¹ du fait que la loi ne s'oppose pas à la flexibilisation du temps de travail⁷².

3.10. Le travail en cascade

93. — L'exemple type du contrat de travail en cascade est le cas d'un engagement d'orchestre. Le chef d'orchestre est engagé par un employeur pour sa propre activité artistique, mais aussi pour celle de ses musiciens dont il est le

⁶⁸ WYLER (2008), p. 106, notamment pour respecter la réalité et les obligations découlant des assurances sociales obligatoires et, en particulier, celles relatives à l'assurance-accidents.

⁶⁹ THÉVENOZ (1987), p. 26, n° 21.

⁷⁰ WYLER (2008), p. 71.

⁷¹ ATF 125 III 65, c. 3b ; ATF 124 III 249, c. 2, JdT 1999 I 275.

⁷² WYLER (2008), p. 71 et voir ATF 125 III 65, c. 3b ; ATF 124 III 249, c. 2, JdT 1999 I 275.

chef. Ce dernier s'engage pour lui et pour ses musiciens qu'il choisit et qu'il rétribue lui-même.

94. — En d'autres termes, le contrat de travail n'est conclu qu'entre l'employeur et le chef d'orchestre, « *et à l'égard de l'employeur, les musiciens sont les auxiliaires du chef d'orchestre, dont ils sont employés* »⁷³.

95. — Dans ce cas de figure, il existe deux contrats de travail, mais il ne s'agit pas d'un rapport triangulaire avec un intermédiaire puisqu'une même personne est partie aux deux contrats, une fois en tant qu'employé (employeur-chef d'orchestre), l'autre fois en tant qu'employeur (chef d'orchestre-musiciens).

96. — Cette forme de contrat de travail n'a été retenue par le TF que de manière isolée et il y a plus de 20 ans dans le cas d'un engagement d'orchestre par le propriétaire d'un cabaret-dancing⁷⁴.

3.11. Le prêt de personnel

97. — Par prêt de personnel, on entend la branche du travail temporaire dans son ensemble sans distinguer le travail temporaire de la mise à disposition occasionnelle ou de la mise à disposition principale. On utilise parfois cette notion pour désigner l'ensemble de la branche⁷⁵.

3.12. Le travail de nuit temporaire

98. — Par travail de nuit temporaire, il faut entendre, au sens de l'article 17 al. 3 LTr, le travail de nuit dont il est prévu dès le début qu'il ne dépassera pas une période limitée ou dont il n'est pas possible, au premier abord, de déterminer exactement s'il correspond à un besoin permanent⁷⁶.

99. — Le travail de nuit temporaire est autorisé qu'en cas de besoin urgent dûment établi selon ce même article 17 al. 3 LTr. Une définition plus précise de « besoin urgent » se trouve à l'article 27 al. 1 OLT 1 qui énumère exhausti-

⁷³ WYLER (2008), p. 106.

⁷⁴ ATF 112 II 41, c. 1a, JdT 1986 I 253.

⁷⁵ Communications CFST 2009 N° 68, p. 4.

⁷⁶ CAPH GE du 21.06.1999 in JU-TRAV 2000 p. 159, c. 1a.

vement trois situations dans lesquelles un tel besoin peut être établi⁷⁷. Premièrement, il peut s'agir de travaux supplémentaires imprévus, deuxièmement de travaux qui, pour des raisons de sécurité, ne peuvent être entrepris que durant la nuit et troisièmement des travaux dans le domaine culturel, social ou sportif.

« D'un point de vue temporel, le travail de nuit est temporaire lorsque, conformément à l'art. 40 al. 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. »⁷⁸

3.13. L'outsourcing

100. — On parle d'*outsourcing* lorsqu'une entreprise délègue à un tiers l'exécution de certaines tâches (par exemple, gestion du nettoyage, gestion du courrier, gestion de la cafétéria, etc.)⁷⁹. Cette délégation se fonde généralement sur un contrat d'entreprise ou de mandat⁸⁰.

101. — Si les travailleurs du prestataire de services exercent leur activité dans les locaux de l'entreprise cliente, il y a également une relation triangulaire qui se met en place. Mais cette dernière se base uniquement sur un contrat de mandat ou d'entreprise entre le prestataire de services et l'entreprise cliente. Et il convient normalement d'exclure l'existence d'un rapport de travail entre les travailleurs *outsourcés* et l'entreprise cliente⁸¹.

102. — Le prestataire de services ne loue pas les services de ses travailleurs, mais, en cas de besoin, il les détache en un lieu pour exécuter l'objet du contrat de mandat ou du contrat d'entreprise qui le lie à l'entreprise cliente.

⁷⁷ STÖCKLI/SOLTERMANN (2005), n. 6 ad art. 17 LTr, p. 270.

⁷⁸ *Ibid.*

⁷⁹ CARRUZZO (2009), p. 21, n° 10.

⁸⁰ *Ibid.*

⁸¹ *Ibid.*

Chapitre 4 : Importance du travail temporaire sur le marché du travail

103. — Dans ce chapitre, nous nous pencherons sur des données statistiques permettant de chiffrer l'importance de la branche du travail temporaire (points 4.1-4.2), de déterminer le profil des travailleurs temporaires (point 4.3), de connaître le nombre de travailleurs temporaires dans notre pays (point 4.4) et d'évaluer l'utilité du travail temporaire en matière d'insertion et de réinsertion dans le domaine du travail (point 4.5). Pour clore le chapitre, nous analyserons brièvement quelle est la place du travail temporaire à l'étranger, notamment dans les différents pays européens (point 4.6).

4.1. Généralités

104. — L'importance et la structure de la location de services en Suisse peuvent être analysées sur la base de trois sources de données ; celles du SECO, de la SUVA et de l'OFS⁸².

105. — Les chiffres du SECO se basent sur les déclarations annuelles des agences de travail temporaire qui fournissent le nombre d'heures de mission accomplies et le nombre de travailleurs dont les services ont été loués⁸³. Alors que la SUVA calcule le montant des salaires soumis aux cotisations de la branche des bailleurs de services, ce qui permet de calculer le salaire annuel moyen de la branche par l'intermédiaire des salaires des personnes travaillant à plein temps qui ont été accidentées⁸⁴. Enfin, le nombre total des travailleurs

⁸² SECO rapport du 18.12.08, Examen de la situation actuelle dans le domaine de la location de services (Loi fédérale sur le service de l'emploi et la location de services, LSE), p. 11.

⁸³ *Idem*, p. 11.

⁸⁴ *Idem*, p. 12.

temporaires peut être déterminé par le recensement de la population active suisse (ESPA) de l'OFS : les travailleurs classés dans la branche du travail temporaire sont ceux qui indiquent avoir obtenu leur emploi par le biais d'une agence de travail temporaire et qui reçoivent leur salaire de celle-ci⁸⁵.

4.2. La branche du travail temporaire

106. — En Suisse, en 2009, les travailleurs temporaires ont réalisé une masse salariale de plus de 3,2 milliards de francs, ce qui correspond à un chiffre d'affaires de la branche du travail temporaire de 4,4 milliards de francs⁸⁶. À préciser que la crise de 2008 a eu pour effet de diminuer en 2009 les chiffres qui s'élevaient encore en 2008 à 3,7 milliards de francs et le chiffre d'affaires de la branche du travail temporaire à 5,5 milliards de francs⁸⁷.

107. — Parallèlement à ces montants importants, tout juste un quart de la population suisse a déjà eu recours une fois au travail temporaire⁸⁸...

4.3. Le profil des travailleurs temporaires

4.3.1. Le profil démographique

108. — Les deux tiers des travailleurs temporaires sont des hommes et un tiers sont des femmes. On estime à 40 % le nombre de travailleurs temporaires qui sont âgés de moins de 25 ans, à 40 % ceux qui sont âgés entre 25 et 39 ans et à 20 % ceux qui sont âgés de plus de 39 ans⁸⁹.

⁸⁵ *Idem*, p. 12.

⁸⁶ Swissstaffing, « Fact-sheet – Travail temporaire en Suisse », 2007, p. 8, http://www.swissstaffing.ch/documents/Publikation_fr_00147_00.pdf, (09.03.2011); Données statistiques de la CFST, <http://www.ekas.admin.ch/index-fr.php?frameset=189>, (09.03.2011).

⁸⁷ Swissstaffing, « Fact-sheet – Travail temporaire en Suisse », 2007, p. 4, http://www.swissstaffing.ch/documents/Publikation_fr_00147_00.pdf, (09.03.2011).

⁸⁸ *Ibid.*

⁸⁹ *Ibid.*

109. — Sur la base des chiffres de l'OFS (ESPA plus précisément), on dénombre qu'environ une moitié des travailleurs temporaires est de nationalité étrangère, l'autre moitié est de nationalité suisse⁹⁰.

110. — Au niveau de la formation, plus de 25 % des travailleurs temporaires sont sans formation professionnelle contre deux tiers d'entre eux qui ont achevé leur apprentissage ou disposent d'une formation supérieure. Seuls 10 % des travailleurs temporaires sont titulaires d'un diplôme universitaire⁹¹.

4.3.2. Le profil professionnel

111. — Il est évalué qu'une bonne moitié des travailleurs temporaires sont des employés qualifiés, qu'une part notable est engagée en tant qu'auxiliaire et que 2 % ont des tâches d'un niveau académique ou de direction⁹².

112. — Et on estime que la majorité des travailleurs temporaires est active dans la branche du bâtiment et de l'industrie. Concernant le secteur des prestations de services, les travailleurs temporaires travaillant dans ce secteur se trouvent principalement dans le commerce, la communication, l'information et le tourisme⁹³.

4.4. Le nombre de travailleurs temporaires

113. — En 2008, 281 854 personnes ont exercé un travail temporaire pendant plusieurs semaines ou plusieurs mois, sur l'ensemble du territoire de la Confédération⁹⁴. Ce qui représente une hausse de 7,5 % par rapport à 2007.

114. — Les chiffres officiels de 2009 et 2010 ne sont pas encore disponibles, mais ils seront probablement moins élevés en raison de la crise économique ayant marqué ces deux années. En 2009, une baisse de 30 % avait d'ailleurs été annoncée. Et cela s'est confirmé puisqu'au premier trimestre

⁹⁰ *Ibid.*

⁹¹ *Ibid.*

⁹² *Ibid.*

⁹³ *Ibid.*

⁹⁴ Données statistiques de la CFST, <http://www.ekas.admin.ch/index-fr.php?frameset=189>, (09.03.2011).

2009, on a enregistré une chute de 24 % par rapport à l'année précédente à la même période⁹⁵.

4.5. L'utilité du travail temporaire concernant l'insertion et la réinsertion dans le monde du travail⁹⁶

115. — Un peu moins de 40 % des travailleurs temporaires, notamment les jeunes de moins de 30 ans, les Suisses et les travailleurs qualifiés, choisissent cette forme de contrat pour plus de flexibilité et moins d'engagement dans l'entreprise. Pour le restant des travailleurs temporaires, ce n'est pas un choix, ils se tournent vers le travail temporaire faute de mieux. Il s'agit des travailleurs âgés, des étrangers, des personnes sans formation professionnelle et des anciens chômeurs. Ils ont recours au travail temporaire pour éviter le chômage et rester dans le domaine du travail en attendant de trouver un emploi fixe.

116. — Au niveau de l'insertion dans le monde du travail, il ressort des statistiques que les travailleurs temporaires qui ont achevé un apprentissage juste avant leur mission ont une chance supérieure à la moyenne de trouver un emploi fixe et leur risque de devenir chômeur est inférieur à la moyenne. Enfin, les étudiants travaillant comme temporaires ont une chance élevée d'obtenir un emploi fixe et un risque faible de chômage.

117. — Par rapport à la réinsertion, les chiffres démontrent que les travailleurs temporaires qui étaient au chômage avant une mission ont presque autant de chances de trouver un emploi fixe que ceux qui n'y étaient pas avant. À relativiser toutefois puisque leur risque de chômage se situe au-dessus de la moyenne. En effet, les perspectives d'emploi pour les chômeurs qui passent par le travail temporaire dépendent de la durée du chômage qui a précédé la mission. Lorsque le chômage est de courte durée, la probabilité de trouver un emploi fixe est supérieure à la moyenne et le risque de chômage est en-dessous de la moyenne. Par contre si le chômage est de longue durée, les chances de trouver un emploi fixe sont en-dessous de la moyenne, mais ces travailleurs temporaires restent plus souvent occupés dans la branche du tra-

⁹⁵ HR Today, « La Suisse en récession : comment le travail temporaire favorise la relance », n° 3 juin 2009.

⁹⁶ Swissstaffing, « Fact-sheet – Travail temporaire en Suisse », 2007, p. 6-8, http://www.swissstaffing.ch/documents/Publikation_fr_00147_00.pdf, (09.03.2011).

vail temporaire, donc dans la vie active. Ce qui est préférable au chômage. En conclusion, 70 % des anciens chômeurs ne retournent pas au chômage au cours de l'année qui suit leur mission temporaire.

118. — Les statistiques relatent également que la réinsertion professionnelle dépend des caractéristiques personnelles et professionnelles. Ainsi, les travailleurs temporaires employés dans l'industrie, les travailleurs temporaires employés en qualité d'auxiliaires et plus particulièrement les étrangers et les travailleurs sans formation professionnelle, ont une chance de trouver un emploi fixe qui est inférieure à la moyenne. Et leur risque de se trouver au chômage après la mission est supérieur à la moyenne (35 %). Alors que les travailleurs temporaires dans le secteur des services, les travailleurs temporaires qualifiés, les Suisses et les travailleurs temporaires au bénéfice d'une formation professionnelle ont entre 53 % et 56 % de chances de trouver un emploi fixe et un risque plus bas de se trouver au chômage (entre 17 % et 19 %).

4.6. Le travail temporaire à l'étranger (en bref)⁹⁷

119. — La forte augmentation du travail temporaire en Suisse, depuis les années 1990, n'est pas un cas isolé. Entre 1989 et 2005, toute l'Europe a connu une augmentation significative du travail temporaire. La part des travailleurs temporaires aurait quadruplé en Autriche, presque triplé en Allemagne et doublé en France et en Belgique.

120. — En comparaison avec les statistiques internationales (données pour l'année 2005), la Suisse se situe dans la moitié supérieure concernant la part de l'emploi affectée au travail temporaire (1.9 %). La Grande-Bretagne (4.5 %), les Pays-Bas (2.9 %) et la Belgique (2.5 %) connaissent des parts clairement plus élevées. Les États-Unis (2.2 %), la France (2.2 %), l'Espagne (2.0 %), la Hongrie (2.0 %) se trouvent également au-dessus de la Suisse. Le Japon connaît le même pourcentage que la Suisse (1.9 %). Par contre, l'Italie (0.6 %), la République tchèque (0.5 %), la Pologne (0.4 %), les pays scandinaves (entre 0.7 et 1.2 %) et l'Allemagne (1.1 %) comptent beaucoup moins de travailleurs temporaires que la Suisse.

⁹⁷ SECO rapport du 18.12.08, Examen de la situation actuelle dans le domaine de la location de services (Loi fédérale sur le service de l'emploi et la location de services, LSE), p. 13-16.

121. — Entre les pays susmentionnés, les différences qui existent au niveau légal sont importantes. Quelques pays interdisent le travail temporaire dans certaines branches professionnelles (p. ex. France, Belgique, Espagne). Ces mêmes pays autorisent les missions temporaires seulement sur présentation de motifs précis, par exemple pour affronter des périodes de pointe ou pour remplacer de manière temporaire des employés absents. En France, les limitations ont toutefois été assouplies et le travail temporaire peut être utilisé en vue d'un perfectionnement professionnel ou pour des personnes en difficulté sur le plan social, mais le recours au travail temporaire reste toujours interdit pour remplacer des salariés grévistes (art. L. 1251-10 du Code du travail) ou pour les travaux dangereux (art. L. 1251-10 du Code du travail). En Allemagne, pour le secteur du bâtiment, le travail temporaire est subordonné à une convention collective de travail. Enfin, d'autres pays prévoient que les agences de travail temporaire ne peuvent qu'exercer le travail temporaire et non le lier à d'autres activités telles que le placement en emplois fixes ou l'*outplacement* (p. ex. Grèce, Luxembourg et Norvège).

122. — La Suisse, comme la Grande-Bretagne, a une législation plutôt libérale en matière de travail temporaire puisque l'ordre juridique suisse ne connaît aucune limitation du type de celles mentionnées ci-dessus.

Chapitre 5 : Qualification des trois rapports juridiques

123. — Le travail temporaire se caractérise par une dissociation de fait de la qualité d'employeur. En effet, l'agence de travail temporaire est l'employeur au sens des articles 319ss CO et est liée par un contrat individuel de travail à un travailleur. En parallèle, ce travailleur est mis à disposition d'une entreprise de mission dans le cadre d'un contrat de location de services signé entre l'agence de travail temporaire et l'entreprise de mission. En échange de la mise à disposition du travailleur, l'agence de travail temporaire reçoit une rémunération de l'entreprise de mission⁹⁸. En conséquence, il existe trois relations juridiques mais seulement deux de ces relations juridiques sont concrétisées par un contrat.

124. — Par définition, une relation triangulaire ne permet à aucun des trois acteurs de se retrouver au centre de l'attention, tous les trois ont chacun des liens avec les deux autres, ce qui exclut *de facto* que le travailleur ou l'agence de travail temporaire ait le rôle principal dans cette relation. Toutefois, pour décrire de manière simplifiée ce trio, il est d'usage de considérer qu'il y a un travailleur se trouvant entre deux employeurs, l'un de « droit » avec lequel il a conclu un contrat de travail, l'autre de « fait » chez lequel il travaille sans avoir conclu aucun contrat.

125. — Cette relation triangulaire – où le travailleur n'exécute pas sa prestation de travail directement chez son employeur contractuel – devrait toutefois permettre une application des règles de droit du travail à chacune des deux relations qui lie le travailleur qu'il y ait ou non un contrat de travail.

126. — Afin de mieux comprendre toutes les relations de ce « ménage à trois », il convient de les analyser séparément. Nous commencerons par une étude du contrat de travail conclu entre l'employeur et le travailleur

⁹⁸ TC (II^{ème} Cour civile) VS du 07.12.1995 in RVJ 1996 p. 260, c. 5a.

(point 5.1). Contrat de travail particulier parce qu'il doit revêtir la forme écrite, d'une part, et parce qu'il est souvent divisé en deux parties (le contrat cadre et le contrat de mission), d'autre part. Nous passerons ensuite à l'analyse du contrat de location de services conclu entre le bailleur de services et le locataire de services (point 5.2). Entre ces deux protagonistes, la situation est définie par ce contrat *sui generis* renfermant des éléments de mandat. Enfin nous tenterons de déterminer la nature de la relation qui se crée *de facto* entre le travailleur et le locataire de services (point 5.3).

5.1. Le contrat de travail entre l'agence de travail temporaire et le travailleur

127. — Le travailleur est lié à l'agence de travail temporaire par un contrat de travail régi fondamentalement par les articles 319ss CO, mais s'y ajoutent les prescriptions de l'art. 19 LSE. Il reçoit son salaire de l'agence de travail temporaire tout en étant soumis aux instructions de l'entreprise de mission pour l'exécution de sa prestation, la détermination de son travail, le choix des moyens et procédés à mettre en œuvre⁹⁹. Ce transfert du pouvoir de donner des instructions découle de l'article 26 OSE, « *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* ».

128. — Au moment d'adopter la LSE, le législateur avait renoncé à prescrire l'agrément des contrats de travail par les autorités comme condition requise pour obtenir l'autorisation d'exercer la location de services¹⁰⁰. Alors qu'en pratique, ce point s'est révélé indispensable car de nombreuses agences de travail temporaire enfreignent des prescriptions obligatoires¹⁰¹. Et par ailleurs, selon l'article 17 LSE, les autorités ont le droit d'exiger des agences de travail temporaire tous les renseignements nécessaires ainsi que les documents requis, ce qui comprend les contrats de travail¹⁰². En conséquence, en pra-

⁹⁹ THÉVENOZ (1991), p. 1.

¹⁰⁰ SECO, rapport du 18.12.08, Examen de la situation actuelle dans le domaine de la location de services (Loi fédérale sur le service de l'emploi et la location de services, LSE), p. 61.

¹⁰¹ *Idem*, p. 61.

¹⁰² *Idem*, p. 61.

tique, l'octroi de l'autorisation est précédé d'un contrôle des modèles de contrat rédigés par les bailleurs de services¹⁰³. Les contrats sont contrôlés par les autorités cantonales d'exécution et par le SECO si le bailleur de services demande une autorisation d'exercer la location de services à l'étranger¹⁰⁴. Cette pratique de longue date est bien acceptée et reconnue par les bailleurs de services qui apprécient, en règle générale, le soutien des autorités cantonales et du SECO dans la rédaction des contrats de travail¹⁰⁵. Nous saluons cette pratique qui contribue très certainement à garantir la protection des travailleurs, par la vérification du respect des minimums légaux, notamment en matière de délai de congé et de durée du temps de travail.

129. — Du fait qu'il existe un employeur de « droit » et un employeur de « fait », en pratique, il arrive que l'un renvoie la balle à l'autre, ce qui a amené le TF à clarifier la situation, notamment concernant la notion d'employeur au sens de la loi fédérale sur les étrangers (abrévée : LEtr). Le TF a précisé que le bailleur de services au sens de l'article 12 LSE doit être considéré comme un employeur, sans égard au fait que les travailleurs loués se soient présentés de leur propre chef ou sur instruction d'un tiers en exécution d'un contrat de location de services¹⁰⁶. Ainsi il lui appartient, avant d'engager un étranger, de s'assurer que le travailleur étranger est autorisé à exercer une activité lucrative en Suisse en examinant son titre de séjour ou en se renseignant auprès des autorités compétentes au sens de l'article 91 LEtr (al. 1). L'avis du TF est incontestable dans la mesure où il appartient au bailleur de services d'engager le travailleur temporaire et non à l'entreprise de mission. Dès lors, il paraît logique que ce soit à lui de procéder aux vérifications nécessaires. En outre, le TF semble imposer ce devoir de diligence plus largement en évoquant « *une éventuelle obligation pour les autres parties aux contrats en chaîne de respecter un même devoir de diligence fondé sur l'article 91 LEtr* »¹⁰⁷.

130. — Habituellement, les agences de travail temporaire proposent la signature d'un contrat-cadre et d'un contrat de mission, tous deux formant le contrat de travail au sens de l'article 19 LSE¹⁰⁸.

¹⁰³ *Idem*, p. 62.

¹⁰⁴ *Idem*, p. 62.

¹⁰⁵ *Idem*, p. 62.

¹⁰⁶ TF du 16.11.2009, 2C_357/2009, c. 5.2.

¹⁰⁷ *Ibid.*

¹⁰⁸ REHBINDER (1992), n. 4 ad art. 19 LSE, p. 61.

5.1.1. Le contrat-cadre (*der Rahmenvertrag, il contratto quadro*)

5.1.1.1. Le contenu et la forme

131. — Lors du premier contact avec le travailleur temporaire, le bailleur fait souvent signer et remet un document généralement intitulé « contrat-cadre »¹⁰⁹. Ce document précise quelles conditions seront applicables à d'éventuelles missions, mais il n'oblige pas le bailleur de services à en proposer, ni le candidat à en accepter. On peut dire que les effets de ce contrat-cadre sont soumis à la condition suspensive¹¹⁰ que les parties se mettent ultérieurement d'accord sur une mission, notamment quant à sa durée et à sa rémunération. À préciser que le contrat-cadre contient des clauses qui ne changent pas d'une mission à l'autre, il fixe un cadre général que le travailleur doit respecter de mission en mission.

132. — Plus simplement, le contrat-cadre contient les modalités générales qui ont été conclues¹¹¹. Mais il laisse les parties libres l'une à l'égard de l'autre tant qu'un contrat de mission n'a pas été conclu. Cela signifie également qu'en dehors des périodes de mission, le travailleur a le droit de conclure un contrat-cadre avec une autre agence de travail temporaire ou d'accepter du travail chez un employeur autre qu'une agence de travail temporaire.

133. — Le contrat-cadre, sans le contrat de mission, ne déploie aucun effet, il fixe uniquement un cadre général dans lequel sont notamment précisées tant les obligations de l'employeur que celles du travailleur.

134. — Mais ce schéma ne saurait être la règle : en pratique, les parties peuvent procéder différemment en signant un seul document. Dans une affaire neuchâteloise, l'agence de travail temporaire faisait signer à ses travailleurs un contrat intitulé « Contrat de travail temporaire et confirmation d'emploi »¹¹². D'un point de vue contractuel, on a retenu que cela ne changeait rien au fait que les parties restaient libres l'une à l'égard de l'autre tant qu'un contrat de mission n'était pas conclu¹¹³.

¹⁰⁹ THÉVENOZ (1991), p. 6.

¹¹⁰ *Ibid.*

¹¹¹ SENTI (2008), p. 1500.

¹¹² TPH NE du 29.06.1989 in RJN 1989 71.

¹¹³ *Ibid.*

135. — Concernant le contenu du contrat-cadre, nous en traiterons quelques aspects sélectionnés pour leur complexité et importance en pratique, ainsi que leur lien avec l'article 20 LSE, il s'agit de l'empêchement du travailleur ainsi que des vacances et jours fériés.

5.1.1.2. L'empêchement du travailleur

5.1.1.2.1. En cas d'accident

136. — Les agences de travail temporaire ont l'obligation d'assurer leurs travailleurs contre les accidents auprès de la SUVA (art. 66 al. 1 lit. o LAA et art. 85 OLAA). C'est donc la LAA qui s'applique en cas d'empêchement du travailleur pour cause d'accident. Par ces articles, le législateur a voulu garantir aux travailleurs temporaires qui changent souvent d'employeur une protection d'assurance continue auprès de la même institution d'assurance¹¹⁴ et prévenir des conflits de compétences en cas de litige en déterminant qu'une seule institution peut être compétente¹¹⁵.

137. — En faisant une application de l'art. 3 al. 1 LAA au travail temporaire, il est à retenir que l'assurance prend effet le premier jour de la mission, déjà sur le chemin pour se rendre au lieu de la mission, et cesse le 31^{ème} jour après sa fin¹¹⁶.

138. — Concernant les primes, celles relatives à l'assurance obligatoire contre les accidents et maladies professionnels sont à la charge de l'employeur, donc du bailleur de services (art. 91 al. 1 LAA), et celles relatives à l'assurance obligatoire contre les accidents non professionnels sont à la charge du travailleur (art. 91 al. 2, 1^{ère} phrase LAA)¹¹⁷. Des conventions contraires en faveur du travailleur sont réservées (art. 91 al. 2, 2^{ème} phrase LAA).

¹¹⁴ Message LCA du 18.08.1976 in FF 1976 III p. 143, 211 : « *Enfin, et ceci est une nouveauté, la CNA est désignée pour assurer les personnes occupées dans des ateliers d'apprentissage et des ateliers protégés – ces personnes étant assimilées en vertu de l'article premier, 1er alinéa, aux travailleurs – ainsi que les travailleurs des entreprises de travail temporaire qui ont ainsi la garantie d'être toujours couverts par le même assureur.* ».

¹¹⁵ Autorité de surveillance de la LSE du Canton de Neuchâtel, Informations/Recommandations LSE, feuille n° 7, juin 2004.

¹¹⁶ THÉVENOZ (1991), p. 8.

¹¹⁷ SECO, Directives et commentaires relatifs à la LSE, l'OSE et la TE-LSE, Berne 2003, p. 102.

5.1.1.2.2. En cas de maladie

5.1.1.2.2.1. Article 324a CO

139. — Lorsque le travailleur temporaire est empêché en raison d'une maladie, les articles 324a ss CO s'appliquent. En conséquence, « *l'employeur qui s'engage à mettre son employé au bénéfice d'une assurance individuelle ou collective contre la maladie doit répondre de l'existence de la couverture promise.* »¹¹⁸. Il est donc tenu de réparer le préjudice qu'il cause au travailleur en omettant de conclure les contrats nécessaires à une telle couverture. Les dommages et intérêts qui doivent être alloués de ce chef couvrent l'intérêt que l'employé avait à l'existence d'une assurance contre la maladie conforme aux termes du contrat de travail, et correspondent de ce fait aux prestations qu'il aurait reçues de l'assurance pour la réalisation du risque considéré¹¹⁹. Si l'employeur opère des retenues sur le salaire de son travailleur afin de payer les primes de l'assurance contre la maladie qu'il n'a pas encore conclue, il n'est pas libéré de l'obligation d'assurer son travailleur contre la maladie en remboursant par la suite les contributions qu'il avait retenues pour le paiement des primes¹²⁰.

140. — Compte tenu du délai de résiliation spécifique prévu par l'article 19 al. 4 LSE pour les six premiers mois de travail en tant que travailleur temporaire, on pourrait se demander si une durée d'indemnisation inférieure à 720 jours serait admissible sous l'angle de la théorie de l'équivalence abstraite¹²¹. Par rapport à la problématique de l'assurance perte de gain en cas de maladie pour un travailleur temporaire, le TF s'est prononcé de manière large et a considéré que le travailleur temporaire avait besoin d'être protégé contre la perte de gain au même titre qu'un travailleur stable même si les emplois qu'il occupe sont de relativement courte durée¹²².

141. — Selon WYLER, il faut différencier si l'on se trouve dans le cas d'un contrat de travail temporaire d'une durée inférieure à 6 mois ou dans celui d'un contrat de travail temporaire d'une durée supérieure à 6 mois¹²³. Dans le

¹¹⁸ TF du 02.03.1982 in JAR 1983 246, c. 2. A.

¹¹⁹ *Idem*, c. 2. A.

¹²⁰ *Idem*, c. 1.

¹²¹ CARRUZZO (2009), p. 212, n° 17.

¹²² ATF 124 III 126, c. 1.b *in fine*.

¹²³ WYLER (2008), p. 237.

premier cas, comme l'article 19 al. 4 LSE et ses délais de résiliation spécifiques s'appliquent, la conclusion d'une assurance perte de gain collective pour une durée de 720 jours, couvrant 80 % du salaire, ne répond plus au principe de l'équivalence, et ce au détriment de l'employeur¹²⁴. En conséquence, il faut admettre une exception et n'appliquer le régime ordinaire (indemnisation de 720 jours sur une période de 900 jours) que si le contrat de travail temporaire dure ou est conclu pour une durée supérieure à 6 mois¹²⁵.

142. — Alors que CARRUZZO considère qu'un régime spécial ne se justifie pas¹²⁶. « *D'une part, le travailleur temporaire a besoin d'être protégé contre la perte de gain aussi bien que le travailleur fixe. D'autre part, pour les travailleurs engagés sur la base d'un contrat de durée indéterminée non régi par la LSE, il n'existe, pendant le temps d'essai, aucun assouplissement quant à la durée de l'indemnisation par l'assurance dans un régime d'équivalence abstraite. Or, durant le temps d'essai, dont la durée peut être de trois mois, les rapports de travail sont eux aussi résiliables à très brève échéance (sept jours, voire moins-art. 335b al. 1 CO). Enfin, dès lors que le transfert dans l'assurance individuelle aura généralement pour effet de mettre les primes à la charge de l'assuré, nous ne voyons guère l'utilité d'un tel régime spécial pour l'employeur.* »¹²⁷.

143. — La comparaison faite entre le cas du travailleur temporaire et celui du travailleur qui a été engagé sur la base d'un contrat travail de durée indéterminée au sens de l'article 335 CO est justifiée. En effet, durant le temps d'essai – pouvant durer jusqu'à trois mois – le travailleur peut être licencié dans un délai de sept jours, ce qui ressemble aux délais de congé prévus par la LSE. Par contre, dans ce cas-là, il n'existe aucun assouplissement quant à la durée de l'indemnisation par l'assurance dans un régime d'équivalence abstraite. Et comme le souligne CARRUZZO, pratiquement, cela ne changerait rien puisque le transfert dans l'assurance individuelle a pour effet de mettre les primes à la charge de la personne assurée, donc à la charge du travailleur¹²⁸.

¹²⁴ *Ibid.*

¹²⁵ *Ibid.*

¹²⁶ CARRUZZO (2009), p. 212, n° 17.

¹²⁷ *Ibid.*

¹²⁸ *Ibid.*

5.1.1.2.2. CCT entre *Swissstaffing* et *SEC Suisse*¹²⁹

144. — La CCT relative aux conditions d'engagement et de travail du personnel employé à titre temporaire signée entre *Swissstaffing* et la Société suisse des employés de commerce (*SEC Suisse*) prévoit en son article 24 al. 3 des délais d'indemnisation différents en fonction de la durée de la mission :

145. — « *Le droit aux prestations est le suivant, après le délai de carence de 2 jours :*

- *durée de travail jusqu'à 3 mois 60 jours, en l'espace d'une année ;*
- *durée de travail de 4 à 6 mois 120 jours, en l'espace d'une année ;*
- *durée de travail de plus de 6 mois 180 jours en l'espace d'une année ».*

146. — Selon l'alinéa 1, les parties contractantes considèrent que ce système remplace l'obligation légale de verser le salaire selon l'article 324a CO et semble avoir pour vocation de constituer un régime équivalent au sens de l'article 324a al. 4 CO. D'après WYLER, si « *l'employeur assure au travailleur temporaire une durée d'indemnisation de cent huitante jours, cette durée doit être considérée comme suffisante, pour autant que le contrat de travail temporaire n'ait pas duré plus de six mois ou n'ait pas été conclu pour plus de six mois* »¹³⁰. Une fois que cette limite de six mois est dépassée, le régime ordinaire trouve application, et en conséquence, l'employeur doit adapter la durée de l'indemnisation à sept cent vingt jours, au risque de se voir opposer une négation du respect de l'équivalence¹³¹. Alors que selon l'avis de CARRUZZO, il faudrait retenir qu'il s'agit d'un régime complémentaire au sens de l'article 324a al. 2 CO¹³².

5.1.1.2.3. En cas de maternité

147. — Depuis le 1^{er} juillet 2005, les travailleuses temporaires ont droit à une allocation de maternité au sens des articles 16b ss de la loi fédérale sur les allocations pour perte de gain en cas de service et de maternité (LAPG), si

¹²⁹ CCT relative aux conditions d'engagement et de travail du personnel employé à titre temporaire du 31 décembre 2006 conclue entre *Swissstaffing* et *SEC Suisse*, http://www.swissstaffing.ch/documents/CCT_swissstaffing_sec_suisse.pdf, (10.03.2011).

¹³⁰ WYLER (2008), p. 237.

¹³¹ *Ibid.*

¹³² CARRUZZO (2009), p. 212, n° 17.

elles ont été assurées obligatoirement au sens de la LAVS durant les neuf mois qui ont précédé l'accouchement (art. 16b al. 1 let. a LAPG), et que durant cette période, elle ont exercé une activité lucrative durant cinq mois (article 16b al. 1 let. b LAPG), et sont encore salariées au sens de l'article 10 LPGa à la date de l'accouchement (art. 16 al. 1 let. c LAPG).

148. — La travailleuse temporaire doit avoir été obligatoirement assurée au sens de la LAVS (cf. art. 1a al. 1 LAVS) les neuf mois qui ont directement précédé l'accouchement. Le jour de l'accouchement est pris en compte pour calculer la période d'assurance. La durée d'assurance est calculée rétroactivement depuis le jour de la naissance. Par exemple, pour une naissance intervenue le 21 octobre, la travailleuse temporaire doit avoir été assurée sans interruption durant les neuf mois précédents, soit depuis le 21 janvier¹³³.

149. — Pour déterminer si la travailleuse temporaire est réputée salariée au moment de l'accouchement, le contrat de travail ou la situation juridique y relative font foi. Le rapport de travail, à savoir la mission, doit au moins durer jusqu'au jour de l'accouchement inclus¹³⁴.

150. — Pour remplir la durée minimale d'activité de cinq mois il n'est pas nécessaire que la travailleuse temporaire ait accompli un nombre déterminé de jours ou d'heures de travail au cours d'un mois civil. Peu importe que la travailleuse temporaire soit occupée à temps complet ou à temps partiel. Ce qui compte, c'est qu'elle ait obtenu durant les cinq mois considérés un revenu de l'employeur pour le travail accompli¹³⁵.

151. — La durée minimale d'activité est calculée rétroactivement à compter du jour de l'accouchement. Elle ne doit pas être continue mais il est impératif que les cinq mois d'activité aient été accomplis durant la période de préassurance prescrite, à savoir les neuf mois calculés rétroactivement depuis le jour de l'accouchement. Des périodes de travail isolées accomplies en vertu de rapports de travail à durée déterminée durant lesquelles a été versé un salaire déterminant sont additionnées et calculées au mois près¹³⁶.

152. — Les vacances ou les congés d'une salariée sont considérés comme période d'activité si durant cette période elle continue à percevoir son salaire

¹³³ OFAS, Circulaire sur l'allocation de maternité (CAMat) du 01.07.2005, p. 14-15, n. 1035.

¹³⁴ *Idem*, p. 18, n. 1053.

¹³⁵ *Idem*, p. 19, n. 1059.

¹³⁶ *Idem*, p. 19, n. 1060.

de l'employeur ou si, rémunérée à l'heure, son salaire englobe une indemnité pour vacances¹³⁷.

153. — Selon l'article 16c LAPG, le droit à l'allocation de maternité prend effet au jour de l'accouchement. Depuis ce jour, la travailleuse a droit à un congé de 14 semaines payées à 80 % du revenu moyen de l'activité lucrative exercée avant l'accouchement (art. 16e al. 2 LAPG). L'allocation de maternité est versée sous forme d'indemnité journalière (art. 16e al. 1 LAPG) et prend fin au plus tard le 98^{ème} jour à partir du jour où il a été octroyé (art. 16d LAPG). Si la travailleuse reprend une activité lucrative avant ce terme, le droit à l'allocation de maternité s'éteint (art. 16d LAPG).

154. — Pour le calcul des cinq mois d'activité lucrative durant les neuf mois qui ont précédé l'accouchement, il faut comptabiliser les semaines de missions comme on le fait pour la notion d'emploi ininterrompu (voir sous point 2.3 du chapitre 6), à la différence que la travailleuse temporaire ne doit pas avoir effectué les cinq mois au sein de la même entreprise de mission. Concernant l'allocation de maternité, cet élément n'est pas pertinent.

155. — En outre, durant la grossesse, la travailleuse temporaire liée par un contrat de mission de durée indéterminée ne peut être licenciée par le bailleur de services en application de l'article 336c al. 1 let. c et al. 2 CO¹³⁸.

5.1.1.3. Les vacances et jours fériés

156. — Comme la LSE ne prévoit rien concernant les vacances et jours fériés, les articles 329a ss CO s'appliquent au contrat de travail temporaire.

5.1.1.3.1. Les vacances

157. — Selon l'art. 329d al. 1 CO, l'employeur doit verser au travailleur le salaire total afférent aux vacances et une indemnité équitable en compensation du salaire en nature. L'alinéa 2 interdit, « *tant que durent les rapports de travail, le remplacement des vacances par des prestations en argent ou d'autres avantages.* »¹³⁹. L'article 329d CO a un caractère absolument impératif (art. 361 CO). En conséquence, « *on peut dès lors mettre en doute la validité des*

¹³⁷ *Idem*, p. 19, n. 1061.

¹³⁸ TF du 07.12.2004, 4C_356/2004, c. 2.1 et 2.2.

¹³⁹ ATF 107 II 430, c. 3a.

conventions qui permettent à l'employeur de s'acquitter de ses obligations en la matière en intégrant les indemnités de vacances dans le salaire périodique, sans que leur paiement ne soit lié à l'exercice effectif, par le travailleur, du droit aux vacances »¹⁴⁰. En se référant à la jurisprudence de certains cantons qui tient ce système pour admissible dans des situations particulières, notamment lorsque le taux d'occupation d'un travailleur à temps partiel est soumis à de fortes variations, le TF a admis une telle exception à l'alinéa 2 de l'article 329d CO¹⁴¹.

158. — Dans le cadre du travail temporaire, l'employeur ne peut pas concrètement s'assurer que le travailleur prend effectivement ses quatre semaines prévues par la loi. Le travail temporaire entrant dans la situation particulière précitée, en application de la jurisprudence du TF, le bailleur de services peut verser périodiquement au travailleur un montant supplémentaire correspondant au salaire des vacances qui ne sont pas prises en nature pendant la durée des missions¹⁴². Ainsi, l'employeur est dispensé de veiller à ce que le travailleur prenne effectivement ses vacances et le travailleur temporaire ne se trouve pas défavorisé.

159. — Pour qu'une exception à l'article 329d al. 2 CO soit acceptable, le TF pose comme condition : *« les parties qui entendent convertir le droit aux vacances en une indemnité, autant qu'elles puissent le faire, doivent à tout le moins distinguer nettement le salaire afférent aux vacances de la rémunération périodique à laquelle il est ajouté. Elles doivent le faire lors de la conclusion ou de la modification du contrat, et à l'occasion de chacun des décomptes. »*¹⁴³.

160. — Le SECO a repris la pratique des tribunaux, en précisant qu'une compensation du droit aux vacances par des suppléments de salaire durant les rapports de travail est possible, lorsque la relation de travail est de très courte durée ou lorsque l'horaire de travail est très irrégulier¹⁴⁴. Ce qui peut être le cas dans le cadre d'un contrat de travail conclu entre une agence de travail temporaire et un travailleur¹⁴⁵. Par très courte durée, on entend un rapport de

¹⁴⁰ *Idem*, c. 3a.

¹⁴¹ *Idem*, c. 3a et b.

¹⁴² THÉVENOZ (1991), p. 8-9.

¹⁴³ ATF 107 II 430, c. 3a.

¹⁴⁴ SECO, Directives et commentaires relatifs à la LSE, l'OSE et la TE-LSE, Berne 2003, p. 98.

¹⁴⁵ *Idem*, p. 98.

travail qui ne dépasse pas deux mois¹⁴⁶. *A contrario*, si la mission du travailleur temporaire dure plus de deux mois, une telle compensation est illicite¹⁴⁷.

5.1.1.3.2. Les jours fériés

161. — Excepté le 1^{er} août, les jours fériés sont régis par des prescriptions cantonales et varient d'un canton à l'autre. Ce sont les jours fériés valables pour l'entreprise de mission qui sont applicables au travailleur temporaire et non ceux qui concernent l'agence de travail temporaire¹⁴⁸. Si le siège de l'entreprise de mission ne correspond pas au lieu de mission du travailleur, on prend en compte les jours fériés valables au lieu de mission.

162. — Le 1^{er} août, jour de la Fête nationale, fait l'objet d'une réglementation séparée puisque selon l'article 110 al. 3 de la Constitution fédérale, il doit être rémunéré pour tous les travailleurs¹⁴⁹. Pour les travailleurs temporaires, cela signifie qu'ils devront recevoir pour ce jour le salaire correspondant à l'horaire qui aurait été travaillé dans l'entreprise au sein de laquelle ils sont en mission¹⁵⁰.

163. — Le TF vient toutefois de préciser que le travailleur rémunéré à l'heure a droit au paiement du 1^{er} août seulement s'il tombe sur un jour à l'occasion duquel l'employé aurait normalement travaillé¹⁵¹. Il base son argumentation sur le fait que le droit interne ne prévoit pas une obligation de payer les jours fériés pour les travailleurs payés à l'heure¹⁵². Cette jurisprudence s'applique donc aux travailleurs temporaires rémunérés à l'heure.

164. — Concernant les autres jours fériés variant d'un canton à l'autre, si le travailleur en mission est payé au mois, la survenance d'un jour férié ne changera rien puisque son salaire est un forfait mensuel qui lui est de toute façon versé¹⁵³.

¹⁴⁶ *Idem*, p. 98.

¹⁴⁷ *Idem*, p. 98.

¹⁴⁸ *Idem*, p. 99.

¹⁴⁹ SECO, Directives et commentaires relatifs à la LSE, l'OSE et la TE-LSE, Berne 2003, p. 99

¹⁵⁰ Autorité de surveillance de la LSE du Canton de Neuchâtel, Informations/Recommandations LSE, feuille n° 2, novembre 2003, p. 1.

¹⁵¹ TF du 04.05.2010, 4A_54/2010, c. 2.1 ; TF du 04.05.2010, 4A_56/2010, c. 2.1.

¹⁵² TF du 04.05.2010, 4A_54/2010, c. 2.2 ; TF du 04.05.2010, 4A_56/2010, c. 2.2.

¹⁵³ Autorité de surveillance de la LSE du Canton de Neuchâtel, Informations/Recommandations LSE, feuille n° 2, novembre 2003, p. 1.

165. — Au contraire, si le travailleur est payé à l'heure, il faut vérifier si une CCT étendue s'applique ou non dans le domaine de l'entreprise de mission, en vertu de l'article 20 LSE. Si c'est le cas, suivant l'article 48a al. 1 let. e OSE, le travailleur a droit au paiement des jours fériés selon les modalités fixées dans la CCT étendue applicable. Alors que dans une branche dotée d'une CCT non étendue ou dépourvue de CCT, le droit au salaire du travailleur durant les jours fériés dépendra des dispositions du contrat-cadre de travail conclu avec l'agence de travail temporaire¹⁵⁴.

5.1.2. Le contrat de mission (*der Einsatzvertrag, il contratto d'incarico*)

166. — Ce n'est qu'à la signature du contrat de mission que naissent les droits et obligations des parties au contrat. Ce second accord constitue ainsi le contrat de travail au sens de l'article 319 CO¹⁵⁵. Le titre dixième du CO lui est applicable sous réserve des articles 19 et 20 LSE¹⁵⁶.

167. — Dans son message, le Conseil fédéral a précisé que le contrat de mission était le véritable contrat de travail auquel la prescription de la forme écrite s'applique : « *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.* »¹⁵⁷.

168. — Le terme italien de contrat de mission, *contratto d'incarico*, démontre le côté essentiel du contrat de mission par rapport au contrat-cadre. Il s'agit bien d'un contrat d'engagement (*d'incarico*) qui complète le contrat-cadre et permet de conférer des droits et obligations aux parties qui le signent¹⁵⁸.

¹⁵⁴ *Idem*, p. 2

¹⁵⁵ THÉVENOZ (1991), p. 7.

¹⁵⁶ *Ibid.*

¹⁵⁷ Message LSE du 27.11.1985 in FF 1985 III p. 524, 586.

¹⁵⁸ TF du 04.08.2009, 4A_541/2008, c. 4 : « [...] *il contratto quadro [...] assume rilevanza solo nella misura in cui precisa e completa il contenuto del contratto d'incarico [...]* ».

169. — Selon SENTI, il s'agit d'« *ein zeitlich befristeter Einsatzvertrag für den konkret bevorstehenden Einsatz* »¹⁵⁹.

170. — Contrairement à un contrat de travail classique, selon l'art. 19 LSE, le contrat de travail conclu entre le bailleur de services et le travailleur doit être consigné par écrit (art. 19 al. 1 LSE). Il doit en outre contenir toute une série d'indications relatives à la nature, au lieu et à la durée du travail, ainsi que l'horaire de travail, la rémunération et les frais convenus (art. 19 al. 2 LSE). Lorsque le contrat de travail temporaire contient un contrat-cadre et un contrat de mission, il est suffisant qu'un des deux contienne les indications prescrites par l'article 19 al. 2 LSE pour que ce dernier soit respecté¹⁶⁰.

171. — Le contrat de travail au sens de l'article 19 LSE doit être signé par les deux parties selon l'article 13 al. 1 CO. BRÜHWILER, se basant sur la jurisprudence du TF¹⁶¹ développée en droit des successions, précise que les signatures de l'agence de travail temporaire et du travailleur ne doivent pas nécessairement être apposées sur le même document pour que le contrat de travail soit valable¹⁶².

172. — Formellement, l'article 48 OSE prévoit que le contrat de travail doit en principe être conclu avant l'entrée en fonction, à moins que l'urgence de la situation ne permette plus la conclusion d'un contrat écrit. Toutefois, dans un tel cas, le contrat devra être rédigé par écrit dans les plus brefs délais. L'alinéa 2 précise encore qu'en cas d'urgence, les parties peuvent renoncer définitivement à conclure un contrat écrit si la durée de la mission n'excède pas six heures.

173. — L'article 19 al. 3 LSE règle les conséquences d'un éventuel vice de forme du contrat de mission ; s'il n'y a pas de contrat écrit ou s'il est lacunaire, ce sont les usages locaux et professionnels ainsi que le droit dispositif qui s'appliquent, à moins que des conditions plus favorables pour le travailleur

¹⁵⁹ SENTI (2008), p. 1500.

¹⁶⁰ BRÜHWILER (1991), p. 222, « *In AVG Art. 19 Abs. 2 sind die schriftlich zu regelnden Vertragspunkte aufgelistet. Indessen genügt es, wenn der Arbeitsvertrag sich aus einem Rahmenvertrag und einem Einsatzvertrag zusammensetzt, dass einer der beiden Verträge die entsprechenden Vertragspunkte enthält.* ».

¹⁶¹ BRÜHWILER (1991), p. 222 cite ATF 83 II 510 et ATF 40 II 190.

¹⁶² BRÜHWILER (1991), p. 222, « *Doch ist es andererseits nicht zwingend erforderlich, dass die Unterschriften des Verleihers und des Arbeitnehmers auf die gleiche Urkunde gesetzt werden ; der Verleiher kann z.B. den einem vorbereiteten, separaten Formular an den Verleiher schriftlich seine Zustimmung zum Einsatzvertrag erklärt (vgl. OR Art. 13 Abs.2)* ».

n'aient été convenues par oral¹⁶³. En mettant en lien l'article 19 al. 3 LSE et l'article 11 al. 2 CO, il ressort qu'un contrat tacite ou oral est néanmoins valable ; seul son contenu est éventuellement modifié en faveur du travailleur¹⁶⁴.

174. — À préciser que « *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'art. 19 al. 1 et 2 LSE et invoquées à l'appui du recours principal, n'a que les effets prévus par l'art. 19 al. 3 LSE [...]* » et ne peut pas influencer les obligations assumées par le bailleur de services¹⁶⁵.

175. — Il appartient à l'agence de travail temporaire de veiller au respect des exigences de forme. Si elle omet de le faire, elle risque des sanctions pénales et si elle omet de le faire de manière répétitive, elle risque un retrait de son autorisation (art. 39 al. 2 lit. c, art. 16 al. 1 lit. b LSE)¹⁶⁶.

176. — En outre, il a été reconnu que la forme écrite était également requise lors d'une prolongation d'un contrat de travail de durée déterminée. Dans une directive du SECO¹⁶⁷, confirmée par le Tribunal administratif fédéral¹⁶⁸, il a été décidé que la prolongation d'un contrat de durée déterminée devait se faire par écrit. D'une manière générale, une prolongation des rapports de travail constitue pour le moins une modification importante du contrat qui justifie également le respect de la forme écrite, conformément à ce que prescrit l'art. 12 CO. Plus précisément encore, une lecture conjointe des alinéas 1 let. c et de l'alinéa 4 de l'article 19 LSE nous mène à l'évidence de la forme écrite en cas de prolongation des contrats de durée déterminée. Le délai de congé constitue l'un des éléments à régler impérativement dans le contrat écrit au sens de l'article 19 al. 1 let. c LSE. Or l'alinéa 4 de ce même article introduit pour les contrats de durée indéterminée, en dérogation aux règles du CO, des délais de congé plus courts au cours des six premiers mois d'activité. En conséquence, pour respecter l'art. 19 al. 1 let. c LSE, le travailleur a droit à ce que sa situation soit claire à la fin de son contrat de durée déterminée et une éventuelle prolongation du contrat en un contrat de durée indéterminée doit se faire par écrit. Ce qui permet de protéger le travailleur et s'inscrit dans le but premier

¹⁶³ THÉVENOZ (1991), p. 7.

¹⁶⁴ TF du 06.07.2009, 4A_233/2009, c. 2.

¹⁶⁵ TF du 12.12.2006, 4C.245/2006, c. 3.

¹⁶⁶ SECO, Directives et commentaires relatifs à la LSE, l'OSE et la TE-LSE, Berne 2003, p. 92.

¹⁶⁷ SECO, Prolongation des contrats de durée déterminée, Directive 2007/2 ; Précisions des directives et commentaires relatifs à la LSE, Berne, 21.05.2007.

¹⁶⁸ TAF (Cour II) du 11.03.2009, B-3381/2008/scl, c. 5.3.

de la LSE d'éviter les abus dans le milieu de la location de services. Si les agences de travail temporaire avaient le droit de prolonger un contrat de travail de durée déterminée sans devoir respecter la forme écrite, les travailleurs pourraient se retrouver dans une situation équivoque à la fin de leur mission, ne sachant pas si le contrat de durée déterminée a été reconduit tacitement ou si, au contraire, il a normalement pris fin à l'échéance.

177. — Avec la fin du contrat de mission, les droits et obligations des parties au contrat s'éteignent et les rapports entre les parties reviennent au *statu quo ante*. Le contrat-cadre quant à lui reste valable mais ne déploiera d'effets que lorsqu'une nouvelle mission sera convenue.

5.1.3. La responsabilité de l'agence de travail temporaire à l'égard du travailleur

178. — Comme la LSE ne contient pas de disposition spécifique concernant la responsabilité et qu'elle ne règle pas cette question dans les différents rapports liant les acteurs de la relation triangulaire propre au travail temporaire, il faut examiner la question dans chacune des trois relations en appliquant les règles générales du CO relatives à la responsabilité¹⁶⁹.

179. — Selon le TF, l'obligation d'assurer la santé du travailleur incombe en tout premier lieu à l'entreprise locataire de services¹⁷⁰. Toutefois, cela ne saurait décharger l'agence de travail temporaire de toute responsabilité. *« Celle-ci reste l'employeur avec lequel l'employé a des relations plus suivies. C'est elle qui le conseille, lui propose des missions. Elle seule peut veiller à l'adéquation entre la tâche proposée et les qualifications de son employé. Il faut déduire de cette position privilégiée, position dont elle tire par ailleurs son profit et sa justification économique, une responsabilité particulière. Sans devenir un inspecteur du travail, elle doit faire preuve d'une diligence particulière quant au choix de l'entreprise utilisatrice. Ainsi, le bailleur de services propose une mission dont il sait ou doit savoir que celle-ci peut mettre en danger la santé de l'employé, danger que les qualifications professionnelles de ce dernier ne lui permettent pas de parer efficacement, il viole une obliga-*

¹⁶⁹ GEISER (1997), p. 796.

¹⁷⁰ TF du 26.10.2010, 6B.512/2010, c. 2.2.1.1.

*tion propre découlant de l'article 6 LTr. »*¹⁷¹. Et ceci n'exclut pas que l'entreprise locataire soit pour sa part responsable d'une infraction au même résultat¹⁷².

180. — À préciser encore que le bailleur de services reste tenu de protéger la personnalité du travailleur au sens de l'article 328 CO et, dans la mesure où il s'en remet nécessairement au locataire de services pour exécuter une partie substantielle de ses obligations, il répond des fautes de celui-ci comme de sa propre faute selon l'article 101 CO¹⁷³.

181. — La notion d'auxiliaire au sens de l'art. 101 CO doit être interprétée de manière large et s'appliquer non seulement à celui qui est soumis à l'autorité de la partie ou de son mandataire, mais encore à toute personne qui, même sans être dans une relation juridique suivie avec la partie ou son mandataire, lui prête son concours¹⁷⁴. Pour que l'art. 101 CO soit applicable, « *il suffit que le débiteur de l'obligation ait conscience qu'une personne participe à l'exécution de l'une de ses obligations et ne s'y oppose pas* »¹⁷⁵. Ainsi, le consentement peut être tacite¹⁷⁶. L'art. 101 CO s'applique même s'il n'y a aucun lien de subordination¹⁷⁷.

5.1.4. La responsabilité de l'agence de travail temporaire en tant qu'employeur à l'égard des tiers

182. — L'agence de travail temporaire assume l'obligation de choisir le travailleur temporaire avec diligence, plus précisément avec tout le soin nécessaire (*cura in eligendo*)¹⁷⁸. Comme déjà évoqué, elle s'oblige en conséquence à tenir compte des conditions particulières du travail à effectuer qui lui sont

¹⁷¹ *Ibid.*

¹⁷² THÉVENOZ (1987), p. 208, N° 596.

¹⁷³ THÉVENOZ (1994), p. 70.

¹⁷⁴ ATF 111 II 504, c. 3b ; ATF 107 Ia 168, c. 2a.

¹⁷⁵ THÉVENOZ (2003), n. 6 ad art. 101 CO, p. 597 ; ATF 99 II 46, c. 1 ; ATF 70 II 215, c. 4.

¹⁷⁶ ENGEL (1997), p. 740, n° 220.

¹⁷⁷ ATF 111 II 504, c. 3b ; ATF 70 II 215, c. 4.

¹⁷⁸ CJ GE du 19.01.07 in JAR 2008 370, c. 3.2.

connues et à s'assurer que le travailleur ait la qualification générale pour le travail prévu¹⁷⁹.

183. — Le travailleur mis à disposition de l'entreprise de mission n'étant pas l'auxiliaire de l'agence de travail temporaire au sens de l'article 101 CO, ni son subordonné dans l'exécution des tâches assignées (art. 321d CO), mais celui de l'entreprise de mission, l'agence de travail temporaire ne peut être appelée à répondre 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 dernier¹⁸⁰. Comme l'ensemble des pouvoirs de direction sont transmis à l'entreprise de mission, pour cette dernière, le revers de la médaille est sa responsabilité vis-à-vis du client de la mauvaise exécution du travail ou de la commission d'actes illicites par le travailleur temporaire. En effet, pendant toute la durée de la mission, le travailleur temporaire exécute sa prestation de travail sous les ordres et la surveillance de l'entreprise utilisatrice, qui emploie et tire profit de sa force de travail comme de celle des salariés dont il est lui-même employeur¹⁸¹.

184. — Mais selon THÉVENOZ, en cas d'indemnité due pour le dommage qui a été causé au matériel de l'agence de travail temporaire (loué avec les services du travailleur), celle-ci peut être réduite si l'entreprise cliente reproche à l'agence de travail temporaire d'avoir mal choisi le travailleur affecté au matériel qui a été endommagé. Il s'agit d'un cas de faute concomitante au sens de l'article 44 al. 1 CO¹⁸².

5.1.5. La fin des rapports de travail

185. — Si le contrat de mission est de durée déterminée, il prend fin lors de la survenance du terme stipulé, conformément à l'art. 334 CO. Les parties au contrat peuvent toutefois prévoir des possibilités de congé anticipé, avec

¹⁷⁹ CJ GE du 19.01.07 in JAR 2008 370, c. 3.2 ; THÉVENOZ (1987), p. 312, n° 952 ; NEF (1971), p. 57.

¹⁸⁰ CJ GE du 19.01.07 in JAR 2008 370, c. 3.4 ; KG SG du 14.06.1993 in SJZ/RSJ 1995 p. 455, n° 43 = SGGVP 1993 p. 75 n° 34 ; THÉVENOZ (1987), p. 311, n° 951 ; OG AR du 28.03.1977 in SJZ/RSJ 1979 p. 29, n° 5 ; NEF (1971), p. 57 ; ATF 91 II 291, c. 2 et 3 ; TF du 11.12.1962 in SJ 1963 347 ; ATF (1ère Cour civile) du 07.07.1954 in SJ 1955 p. 353, 355.

¹⁸¹ THÉVENOZ (1987), p. 311, n° 950.

¹⁸² THÉVENOZ (1994), p. 72.

l'obligation de respecter les délais minimums de l'article 19 al. 4 LSE¹⁸³. On parle dans ce cas d'un contrat de durée déterminée maximale¹⁸⁴.

186. — Si le contrat de mission est de durée indéterminée, l'art. 19 al. 4 LSE trouve application. L'art. 19 al. 4 LSE déroge aux délais de congé prévus à l'art. 335b CO.

187. — Le délai de congé est un délai minimum de deux jours pendant les trois premiers mois d'un emploi ininterrompu (art. 19 al. 4 let. a LSE), puis de sept jours entre le quatrième et le sixième mois d'un emploi ininterrompu (art. 19 al. 4 let. b LSE). Ces délais peuvent être prolongés, mais non raccourcis, par le contrat individuel ou par la CCT si on est dans un domaine régi par une CCT¹⁸⁵.

188. — À partir du septième mois d'un emploi ininterrompu, l'article 335c CO s'applique. Le contrat de travail temporaire peut donc être résilié pour la fin d'un mois moyennant un délai de congé d'un mois pendant la première année de service, de deux mois de la deuxième à la neuvième année de service et de trois mois ultérieurement. Il faut toutefois relativiser l'importance de l'article 335c CO dans le domaine du travail temporaire puisque la moitié des missions durent dix semaines ou moins et seulement 10 % des missions durent 45 semaines ou plus¹⁸⁶.

189. — Les notions de « jours » et « emploi ininterrompu » seront traitées ci-dessous au chapitre 6, sous points 6.2.1 et 6.2.3.

190. — Comme nous le verrons ci-dessous, la fin du contrat de location de services entre l'agence de travail temporaire et l'entreprise de mission n'a pas d'incidence sur le contrat de travail entre le travailleur temporaire et l'agence de travail temporaire. En effet, l'inoccupation du travailleur ressortit au risque de l'employeur, à savoir l'agence de travail temporaire, qui ne peut reporter ce risque sur le travailleur en résiliant le contrat de travail, même si cela avait été expressément prévu par une clause du contrat de travail¹⁸⁷.

¹⁸³ SECO, Directives et commentaires relatifs à la LSE, l'OSE et la TE-LSE, Berne 2003, p. 96.

¹⁸⁴ *Idem*, p. 96.

¹⁸⁵ *Idem*, p. 95.

¹⁸⁶ Swisstaffing, « Fact-sheet – Travail temporaire en Suisse », 2007, p. 5, http://www.swisstaffing.ch/documents/Publikation_fr_00147_00.pdf, (09.03.2011).

¹⁸⁷ TC (Cour civile II) VS du 24.10.2008 in RVJ 2009 p. 300, c. 3b.

191. — Au surplus, il n'y a pas lieu d'admettre un régime spécial pour le travail temporaire¹⁸⁸, et de ce fait, la protection contre les licenciements abusifs et la résiliation en temps inopportun (art. 336 à 336d CO)¹⁸⁹ ainsi que les dispositions sur la résiliation immédiate pour justes motifs (art. 337 à 337d CO) restent applicables aux contrats de travail temporaire¹⁹⁰.

5.2. Le contrat de location de services entre l'agence de travail temporaire et l'entreprise de mission

192. — Entre l'employeur de « droit », l'agence de travail temporaire, et l'employeur de « fait », l'entreprise de mission, un contrat de location de services doit être conclu. Nous en étudierons la nature (point 5.2.1), la forme (point 5.2.2) ainsi que les droits et obligations de chacune des deux parties (point 5.2.3).

193. — L'article 22 LSE et l'article 50 OSE sont les deux dispositions de référence en matière de contrat de location de services.

5.2.1. Nature juridique du contrat

194. — Le contrat de location de services est celui par lequel une personne (le bailleur de services) met des travailleurs à la disposition d'une autre (le locataire de services), moyennant rémunération¹⁹¹.

195. — Nous pourrions qualifier le contrat de location de services de contrat nommé puisqu'il est spécialement régi par la LSE. Toutefois, comme l'article 22 LSE ne règle pas entièrement la relation juridique nouée entre le bailleur de services et le locataire de services, le contrat de location de services, pour certains aspects, est innommé.

¹⁸⁸ TF du 07.12.2004, 4C.356/2004, c. 2.3 ; CARRUZZO (2009), p. 540, n° 1.

¹⁸⁹ TF du 07.12.2004, 4C. 356/2004, c. 2.3.

¹⁹⁰ THÉVENOZ (1991), p. 10 ; BRÜHWILER (1991), p. 224-227.

¹⁹¹ TERCIER (2009), p. 479, n° 3272 ; TC VS (Cour civile I) du 20 août 2007 sous http://www.vs.ch/Press/DS_8/JCCP-2007-08-20-14760/fr/54_08_CO.pdf (05.04.2011), c. 4a.

196. — L'article 22 LSE règle la forme et le contenu du contrat de location de services, mais il ne règle ni les droits et obligations de chacune des deux parties, ni comment le contrat de location de services prend fin. De ce silence, le législateur en a fait un contrat partiellement innommé.

197. — Il s'agit d'un contrat *sui generis*, proche du mandat au sens des articles 394 ss CO¹⁹². En effet, comme dans le contrat de mandat, l'agence de travail temporaire « assume l'obligation de choisir le travailleur temporaire avec diligence, c'est-à-dire avec tout le soin nécessaire (*cura in eligendo*). [...] 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. »¹⁹³.

198. — En pratique, proches l'un de l'autre, il se peut qu'un contrat de location de services soit pris pour un contrat de mandat, et vice et versa. Une telle confusion peut avoir des conséquences relativement importantes sur la situation du travailleur pris dans la relation triangulaire.

199. — Dans une jurisprudence zurichoise, une employée auprès d'une entreprise de nettoyage, mais travaillant dans un hôtel, estimait que son employeur devait lui appliquer les dispositions de la CCT étendue pour les hôtels, restaurants et cafés par le biais de l'article 20 LSE qui trouvait application du fait qu'il y avait un contrat de location de services entre l'entreprise de nettoyage et l'hôtel¹⁹⁴. La qualification de ce contrat était d'ailleurs au centre du litige entre les deux parties. Finalement, il a été considéré qu'il s'agissait d'un contrat de mandat puisque les caractéristiques essentielles d'un contrat de location de services n'étaient pas réunies, à savoir :

- « 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. »¹⁹⁵.

¹⁹² TERCIER (2009), p. 479, n° 3272, THÉVENOZ (1991), p. 5, THÉVENOZ (1987), p. 121ss, n° 1137-1156 ; ATF 117 V 248, c. 3b ; TC VS (2^{ème} Cour civile) du 07.12.1995 in RVJ 1996 260, c. 5a.

¹⁹³ CJ GE du 19 janvier 2007 in JAR 2008 370, c. 3.2 et 3.3.

¹⁹⁴ AGer ZH du 03.05.2005 in JAR 2006 566.

¹⁹⁵ MATILE/ZILLA (2010), p. 148.

200. — Par rapport à la travailleuse, cette décision de qualifier de mandat ledit contrat a eu des effets négatifs puisqu'elle s'est vue refuser l'application des dispositions de la CCT étendue. Cet exemple démontre qu'il est primordial d'éviter des confusions entre un contrat de mandat et un contrat de location de services, surtout dans l'intérêt des travailleurs qui en dépendent.

201. — VISCHER rapproche le contrat de location de services à l'institution de la stipulation pour autrui imparfaite (art. 112 CO)¹⁹⁶.

5.2.2. Forme juridique du contrat

202. — Selon l'article 22 al. 1 LSE, le contrat de location de services requiert la forme écrite. Il doit donc revêtir la signature des deux parties (art. 13 al. 1 CO). Il appartient à l'agence de travail temporaire d'obtenir la signature de son cocontractant¹⁹⁷. En principe, cette signature devrait intervenir avant le début de la mission, exception faite en cas d'urgence (art. 50 OSE).

203. — Il n'est pas nécessaire que les signatures des parties se trouvent sur le même support¹⁹⁸. Cependant, si plusieurs documents sont utilisés, tous les documents comportant une signature doivent avoir été échangés, le contrat ne pouvant en effet se former que si les parties reçoivent les déclarations de volonté de leur(s) cocontractant(s)¹⁹⁹.

204. — L'exigence de la forme écrite est un moyen pour faciliter l'administration de la preuve et protéger les travailleurs dont les services sont loués, notamment en ce qui concerne leur transfert à l'entreprise de mission²⁰⁰.

205. — « *Le contrat de location peut se rapporter à une ou plusieurs missions, pourvu qu'y figurent des indications suffisamment précises pour chacune quant aux qualifications requises du collaborateur, au genre du travail, à l'horaire et à la durée de la mission ainsi qu'à la rémunération due par le locataire au bailleur de services.* »²⁰¹. En outre, le contrat de location de ser-

¹⁹⁶ VISCHER (2005), p. 57.

¹⁹⁷ THÉVENOZ (1991), p. 5.

¹⁹⁸ TC VS (Cour civile I) du 20 août 2007 sous http://www.vs.ch/Press/DS_8/JCCP-2007-08-20-14760/fr/54_08_CO.pdf (05.04.2011), c. 4a.

¹⁹⁹ TC VS (Cour civile I) du 20 août 2007 sous http://www.vs.ch/Press/DS_8/JCCP-2007-08-20-14760/fr/54_08_CO.pdf (05.04.2011), c. 4a.

²⁰⁰ Message LSE du 27.11.1985 in FF 1985 III p. 524, 591.

²⁰¹ THÉVENOZ (1991), p. 5.

vices est souvent assorti de conditions générales. Ces dernières prévoient presque toujours une indemnité en cas d'embauche du collaborateur par le locataire au terme de la mission²⁰². Elles précisent aussi usuellement quels suppléments seront dus en cas d'heures supplémentaires, de travail de nuit et/ou de dimanche²⁰³.

206. — « *Si les exigences de formes ne sont pas satisfaites, le contrat est nul (art. 11 al. 2 CO).* »²⁰⁴. En conséquence, l'agence de travail temporaire ne peut pas réclamer la rémunération prévue par le contrat et doit agir selon les règles de l'enrichissement illégitime pour obtenir de l'entreprise de mission le remboursement du salaire et des cotisations sociales qui ont été effectivement versées²⁰⁵. En outre, une violation répétée des prescriptions de forme peut être constitutive d'un retrait de l'autorisation de pratiquer la location de services (art. 16 al. 1 lit. b LSE).

207. — La location de services est un contrat *sui generis* comportant des éléments de mandat, mais les modalités de sa résiliation ne sont pas régies par l'art. 404 CO puisque l'article 22 al. 1 lit. d LSE prévoit que les parties règlent la durée de l'engagement ou les délais de congé²⁰⁶. Le législateur a voulu permettre à l'agence de travail temporaire de stipuler que le contrat de location de services se termine aux mêmes conditions que le contrat de travail²⁰⁷. Toutefois, le sort des deux contrats reste distinct²⁰⁸. Pour protéger le travailleur temporaire, la résiliation du contrat de location de services, souvent à l'initiative de l'entreprise de mission, n'a pas d'effet direct sur le contrat de travail conclu entre le travailleur et l'agence de travail temporaire²⁰⁹.

208. — En effet, en pratique, il n'est pas rare que l'agence de travail temporaire, après avoir convenu d'une mission avec un travailleur, se ravise et signi-

²⁰² *Ibid.*

²⁰³ *Ibid.*

²⁰⁴ *Ibid.*

²⁰⁵ THÉVENOZ (1991), p. 5 ; À préciser que l'article 22 al. 5 LSE précise lui-même ce renvoi aux règles relatives à l'enrichissement illégitime si le bailleur de services ne possède pas l'autorisation nécessaire. Dans un tel cas, le contrat de location de services est réputé comme nul et non avenu.

²⁰⁶ THÉVENOZ (1991), p. 5.

²⁰⁷ *Idem*, p. 5-6.

²⁰⁸ *Idem*, p. 6.

²⁰⁹ *Idem*, p. 6.

fie au travailleur avant²¹⁰ ou pendant²¹¹ la mission que celle-ci prend fin parce que sa cliente, l'entreprise locataire de services, a résilié le contrat de location de services²¹². Selon THÉVENOZ, STREIFF et VON KAENEL, le risque d'inactivité ou de sous-occupation du personnel, notamment en raison du retrait d'un mandat, appartient à l'employeur²¹³. Sa survenance ne constitue pas un motif légitime de refuser la prestation du travailleur, et l'employeur se trouve en demeure d'acceptation conformément à l'article 324 CO²¹⁴. L'agence de travail temporaire ne peut pas faire valoir au travailleur que l'entreprise de mission a résilié le contrat de location de services après la conclusion du contrat de travail, mais seulement avant le début de la mission²¹⁵. Comme l'entreprise de mission n'est pas partie au contrat de travail, elle ne saurait dès lors avoir d'influence directe sur son existence²¹⁶.

5.2.3. Droits et obligations des parties

209. — La LSE ne règle pas quelles sont les obligations des parties au contrat de location de services²¹⁷. « *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 balbutié >*²¹⁸ dont il faut rechercher dans les usages commerciaux, les obligations caractéristiques. »²¹⁹.

210. — Dans le cadre du contrat de location de services, le bailleur de services abandonne à l'entreprise de mission l'essentiel de ses pouvoirs de direc-

²¹⁰ GS BS du 21.12.1972 in BJM 1973 p. 273.

²¹¹ AGer ZH du 12.10.1981 in JAR 1983 111.

²¹² TC (Cour civile II) du 24.10.2008 in RVJ 2009 p. 301, c. 3b.

²¹³ THÉVENOZ (1987), p. 261, n° 780 ; STREIFF/Von KAENEL (2006), n. 5 ad art. 324 CO.

²¹⁴ ATF 119 V 46, c. 1b.

²¹⁵ GS Basel-Stadt du 21.12.1972 in BJM 1973 p. 273.

²¹⁶ ATF 129 III 124, c. 3.3.

²¹⁷ THÉVENOZ (1994), p. 70.

²¹⁸ Le « contrat balbutié » est une expression reprise à ENGEL (1997), p. 178 pour exprimer les contrats qui sont prévus par la loi, mais qui sont à peine esquissés, ébauchés ou simplement mentionnés.

²¹⁹ THÉVENOZ (1994), p. 70.

tion à l'égard du travailleur avec lequel il a au préalable conclu un contrat de travail temporaire (art. 26 et 27 al. 2 OSE).

211. — Mis à part cette cession de pouvoirs de direction, la loi ne donne pas plus de précisions par rapport aux droits et aux obligations réciproques des parties, à savoir l'agence de travail temporaire et l'entreprise de mission. En face d'une telle lacune, conformément à l'article 1 CC, il faut tenir compte de la jurisprudence et de la doctrine, ainsi que des usages de la branche considérée pour définir au mieux les droits et obligations réciproques des parties.

212. — Pour suivre la jurisprudence, la doctrine et les usages de la branche du travail temporaire, nous retenons que l'agence de travail temporaire a l'obligation de sélectionner avec diligence (*cura in eligendo*) le travailleur qu'elle engage et qu'elle envisage de prêter à l'entreprise de mission. Elle doit notamment tenir compte des conditions particulières du travail à effectuer qui lui sont connues et s'assurer de la qualification générale (« *generelle Eignung* ») du travailleur pour le travail prévu²²⁰. La jurisprudence et la doctrine précitées vont plus loin en imposant un choix diligent du travailleur pour « le travail prévu » alors que la loi se borne à imposer la mention du « genre de travail » dans le contrat de location de services (art. 22 al. 1 let. b LSE). À notre sens, cette obligation de choisir avec diligence un travailleur ne saurait s'étendre à un éventuel changement de mission connu seulement de l'entreprise de mission. En effet, on ne pourrait reprocher à l'agence de travail temporaire un manque de diligence dans le choix du travailleur si l'entreprise de mission décide d'affecter le travailleur à une autre mission ne correspondant pas tout à fait au travail prévu.

213. — Selon le TF, la responsabilité du bailleur de services est limitée au choix diligent du personnel loué, et on ne saurait imposer contractuellement au bailleur de services une responsabilité étendue visant la réparation de tout dommage causé par ses employés, notamment en cas de perte de données dans le cas d'espèce²²¹.

214. — Pour engager la responsabilité contractuelle (art. 97 CO) de l'agence de travail temporaire, l'entreprise de mission doit apporter la preuve que l'agence de travail temporaire a contrevenu à son obligation de diligence dans le choix du travailleur pour exécuter une telle mission. L'étendue de

²²⁰ CJ GE du 19.01.07 in JAR 2008 370, c. 3.2 ; THÉVENOZ (1987), p. 314, n° 961 ; NEF (1971), p. 57-58.

²²¹ TF du 30.04.2007, 2A.425/2006, c. 5.2.3.

l'obligation de soins est déterminée par la nature du mandat confié à l'agence de travail temporaire par l'entreprise de mission²²². L'agence de travail temporaire peut se contenter de vérifier uniquement les qualifications professionnelles du travailleur temporaire proposé à l'entreprise de mission, conformément aux us et coutumes de la branche, sauf si celui-ci devra occuper un poste de confiance²²³. Dans un tel cas, l'agence de travail temporaire peut être tenue de faire des vérifications particulières sur les antécédents du travailleur temporaire²²⁴. À préciser que l'agence de travail temporaire n'assume pas une obligation de sélection du travailleur aussi poussée qu'en matière de placement privé²²⁵.

5.2.4. Effets d'une CCT non étendue sur le contrat de location de services

215. — Lorsque l'entreprise de mission est soumise à une CCT non étendue, la loi ne prévoit aucun moyen de la rendre applicable à des rapports de travail temporaire. Toutefois, il existe un moyen « *d'imposer cette application par une clause obligationnelle indirecte contenue dans la convention collective, qui oblige les employeurs liés par la convention collective à s'assurer que les entreprises temporaires auxquelles ils recourent respectent la convention collective* »²²⁶.

216. — Certaines CCT non étendues prévoient de telles clauses. C'est notamment le cas de la CCT neuchâteloise Santé 21²²⁷ qui prévoit en son article 2.5 intitulé *Travail exceptionnel par l'intermédiaire d'une société de location de services* :

« 1. Lorsque exceptionnellement un contrat est établi avec une société de location de services, l'institution veille à ce que les dispositions de la CCT relatives à la rémunération, à la

²²² CJ GE du 19 janvier 2007 in JAR 2008 370, c. 4.2 ; SECO, Directives et commentaires relatifs à la LSE, l'OSE et la TE-LSE, Berne 2003, p. 149.

²²³ CJ GE du 19 janvier 2007 in JAR 2008 370, c. 4.2.

²²⁴ *Ibid.*

²²⁵ HUBER (1989), p. 9 et 26.

²²⁶ BRUCHEZ (2010), p. 186, n° 102.

²²⁷ CCT santé 21 du secteur de la santé du canton de Neuchâtel, signée le 25.09.2007 pour la période 2008-2012, http://www.compasante21.ch/Documents/CCT_Droit_privé_2010.pdf, (12.03.11), art. 2.5, p. 11.

durée du travail et aux droits liés à l'ancienneté s'appliquent aux employé-e-s concerné-e-s, sous réserve de l'article 6.3, « Prévoyance professionnelle de la présente CCT.

2. Si, par la suite, l'employé-e est engagé-e directement par l'institution pour la même fonction, le temps d'essai compte depuis le début de cette activité sous contrat de la société de location de services. »

217. — La CCT Santé 21, consciente de l'existence de l'article 20 LSE et de sa limite d'application aux seules CCT étendues, assure par cet article 2.5 des conditions de travail égales pour les travailleurs fixes et temporaires, du moins concernant la rémunération, la durée de travail et les droits liés à l'ancienneté. À l'alinéa 2, la CCT Santé 21 continue de garantir une égalité de traitement entre travailleurs fixes et temporaires, en garantissant au travailleur temporaire qui est engagé de manière fixe par l'institution et pour la même fonction, de ne pas devoir recommencer un nouveau temps d'essai. Le TF a retenu, de manière discutable, la solution inverse, nous y reviendrons au chapitre 6 sous point 3²²⁸.

218. — La CCT nationale des industries horlogère et microtechnique suisses²²⁹ consacre une solution similaire en son article 7.5 intitulé *Location de services* qui prévoit que :

« 1. Les conditions énumérées ci-dessus (art. 7.4 al. 1 et 2)²³⁰ pour la conclusion de contrats de durée déterminée sont également applicables lorsque les entreprises font appel à des travailleurs en location de services.

2. Lorsqu'il conclut un contrat de location de services avec une entreprise locataire de services, l'employeur veille à faire garantir l'application des conditions de la convention collective de travail aux travailleurs concernés dans les domaines suivants : 13^{ème} salaire, salaires minimaux d'embauche, vacances, paiement des jours fériés, durée du travail, réglementation des heures supplémentaires.

²²⁸ ATF 129 III 124, c. 3.3.

²²⁹ CCT nationale des industries horlogère et microtechniques suisses du 1^{er} janvier 2007, http://www.cpih.ch/fr/m3/Con_col_de_tra/fichiers/CCT2007_FR_011206b.pdf, (12.03.11).

²³⁰ « **Art. 7.4 Travail de durée déterminée**

¹ *Les entreprises ne peuvent conclure des contrats de travail de durée déterminée que lorsque de tels contrats correspondent à des besoins de l'entreprise clairement et d'emblée définis dans le temps.*

² *Les contrats de travail de durée déterminée peuvent être conclus pour une durée maximale de douze mois. Les cas spéciaux sont réservés. », http://www.cpih.ch/fr/m3/Con_col_de_tra/fichiers/CCT2007_FR_011206b.pdf, (12.03.11).*

3. *À cet effet, l'employeur s'efforce notamment de ne conclure des contrats de location de services qu'avec des entreprises de location de services qui respectent les dispositions de la CCT susmentionnées.* »

219. — La CCT nationale des industries horlogère et microtechnique suisses va même plus loin que la CCT Santé 21 puisqu'elle oblige les entreprises à conclure des contrats de durée déterminée ou de recourir à la location de services seulement si de tels contrats correspondent à des besoins de l'entreprise clairement et d'emblée définis dans le temps. Et de tels contrats peuvent être conclus pour une durée maximale de douze mois.

220. — Bien qu'aujourd'hui elle soit étendue et de ce fait applicable au travail temporaire par l'article 20 LSE, la CCT vaudoise du nettoyage industriel des textiles dans le Canton de Vaud prévoyait en son article 4.2 une clause particulièrement large qui obligeait, l'entreprise (de mission) à veiller à ce que les conditions de la CCT soient respectées :

« **Article 4.2 Travailleurs temporaires**

Lors de l'engagement de personnel par l'intermédiaire d'entreprise de location de services, l'entreprise veille à ce que les conditions de la CCT soient respectées. »

221. — Pour être efficace, une telle clause doit être respectée par les parties à la CCT, en particulier par l'entreprise soumise à la CCT et qui emploie des travailleurs temporaires. Cette entreprise est partie à la CCT non étendue tout en étant l'entreprise de mission dans le cadre de la relation triangulaire. Ce n'est donc pas elle qui a conclu le contrat de travail avec les travailleurs temporaires mais bien l'agence de travail temporaire. Afin d'assurer le respect de la clause, les parties à la CCT peuvent prévoir d'y assortir des sanctions en cas de non-respect par le biais du mécanisme de l'exécution commune²³¹.

222. — Toutefois, si l'on se réfère à la jurisprudence du TF en relation avec les travailleurs non syndiqués travaillant dans le champ d'application d'une CCT non étendue, on en déduit que les travailleurs temporaires ne peuvent déduire d'une telle clause une prétention civile à l'égard de leur employeur, à savoir l'agence de travail temporaire, qui n'est pas partie à la CCT²³². Si l'agence de travail temporaire venait à être partie à la CCT, tout comme l'entreprise de mission, ce qui est peu probable, le travailleur temporaire ne pourrait quand même pas déduire une prétention civile de la clause obliga-

²³¹ BRUCHEZ (2010), p. 186, n° 102.

²³² ATF 81 I 1, c. 4 ; ATF 123 III 129, c. 3a, b et d.

tionnelle indirecte puisque l'employeur n'engage sa responsabilité qu'envers les parties à la CCT s'il viole semblable clause²³³.

223. — Enfin, il existe également la voie juridique tirée de la loi fédérale sur la concurrence déloyale (abrégée : LCD). Selon BRUCHEZ, « *lorsque les conditions du travail intérimaire s'écartent des usages appliqués dans la branche de l'entreprise utilisatrice, il y a violation de l'article 7 LCD et une organisation de travailleurs peut agir sur la base des articles 9 et 10 al. 2 LCD pour faire cesser une telle pratique* »²³⁴.

5.3. Le rapport juridique entre le travailleur et l'entreprise de mission

224. — Il n'y a pas de contrat entre le travailleur temporaire et l'entreprise de mission mais par la force des choses, se crée une relation quasi-contractuelle qui comporte, du fait de la subordination du travailleur aux directives de l'entreprise utilisatrice, des éléments analogues à des rapports de travail²³⁵.

225. — Très tôt, mais de manière restrictive, le TF a reconnu que « *le contrat de location du personnel fait naître, entre l'employeur secondaire (à savoir l'entreprise de mission) et l'employé des relations contractuelles ou quasi-contractuelles qui, bien qu'indirectes, permettent au premier de se prévaloir de l'article 328 CO à l'égard du second* »²³⁶.

226. — En plus de la délégation du pouvoir de direction et de la responsabilité de l'entreprise de mission (point 5.3.1), nous examinerons dans quelle mesure l'entreprise de mission peut être tenue pour responsable du dommage qu'elle cause au travailleur (point 5.3.2). Nous traiterons également de la responsabilité de l'entreprise de mission à l'égard des tiers (point 5.3.3) et de la responsabilité du travailleur (point 5.3.4). Puis, nous nous pencherons sur la position de l'entreprise de mission par rapport à la résiliation du contrat de travail conclu entre le bailleur de services et le travailleur temporaire (point 5.3.5).

²³³ *Ibid.*

²³⁴ BRUCHEZ (2010), p. 187, n° 103.

²³⁵ CJ GE du 19 janvier 2007 in JAR 2008 370, c. 3.5.

²³⁶ TF du 07.07.1954 in SJ 1955 355.

5.3.1. La délégation du pouvoir de direction

227. — Dans le cadre d'un contrat de location de services, le droit de donner des directives est partagé entre l'agence de travail temporaire et l'entreprise locataire de services. Cette dernière peut donner au travailleur toutes les directives nécessaires à l'exécution du travail, soit l'objet concret du travail, la manière de l'accomplir, son rythme et le choix des moyens mis en œuvre, les outils et l'équipement, alors que l'agence de travail temporaire dispose d'un pouvoir de direction plus étendu, y compris celui de cesser son activité au service du client²³⁷.

228. — La délégation du pouvoir de direction – élément classique de la location de services – ne suffit pas à créer une relation directe entre l'entreprise de mission et le travailleur temporaire²³⁸.

5.3.2. La responsabilité de l'entreprise de mission à l'égard du travailleur

229. — Selon les articles 10 OPA et 9 al. 3 OLT 3, l'entreprise locataire de services a envers la main d'œuvre dont elle loue les services à l'agence de travail temporaire les mêmes obligations en matière de sécurité au travail et de protection de la santé qu'envers ses propres travailleurs. Concrètement, l'entreprise de mission doit veiller à ce que toutes les personnes travaillant dans son entreprise soient instruites sur les dangers existants et observent les mesures relatives à la sécurité au travail. Elle doit notamment s'assurer que ces personnes disposent d'une formation et d'un équipement suffisants pour l'activité concrète. La *ratio legis* de ces articles : seule l'entreprise de mission connaît les risques auxquels sont exposés les travailleurs, et de ce fait, elle sait mieux que l'agence de travail temporaire quelles sont les mesures de protection s'imposant aux travailleurs. En conséquence, elle est également mieux en mesure d'instruire et de surveiller les travailleurs sur son site²³⁹.

²³⁷ TFA du 30.05.1988 in ARV/DTA 1988 p. 70, c. 3c.

²³⁸ CARRUZZO (2009), p. 20-21, n° 9.

²³⁹ CFST, Directives pour la sécurité au travail, novembre 2008, point 306.16, p. 300-9.

230. — À préciser encore que selon la jurisprudence et la doctrine relative à la LTr, une entreprise qui emploie des travailleurs est responsable du respect des dispositions de protection des travailleurs²⁴⁰. L'élément déterminant d'une telle responsabilité est en l'occurrence le rapport de subordination entre l'entreprise et le travailleur, indépendamment du fait qu'ils soient ou non liés par un contrat²⁴¹. Dans le cas particulier du travail temporaire, comme l'agence de travail temporaire abandonne à l'entreprise de mission l'essentiel de ses pouvoirs de direction à l'égard du travailleur, l'entreprise de mission, conformément à la jurisprudence précitée, sera responsable de l'observation des dispositions de protection des travailleurs²⁴².

231. — Enfin, le TF a rappelé récemment que l'obligation d'assurer la santé du travailleur incombe en tout premier lieu à l'entreprise locataire de services²⁴³, et précisé que cela ne saurait toutefois décharger l'agence de travail temporaire de toute responsabilité. En cas d'accident d'un travailleur, toutes deux pourraient être tenues pour responsables en raison du rôle d'« employeur » qu'elles partagent²⁴⁴.

5.3.3. La responsabilité de l'entreprise de mission à l'égard des tiers

232. — La jurisprudence considère que le travailleur mis à disposition de l'entreprise de mission est un auxiliaire de cette dernière²⁴⁵, ce qui permet l'application de la responsabilité pour des auxiliaires, au sens de l'article 101

²⁴⁰ GEISER (2005), N. 7 ad. art. 1, p. 29 ; TC (Ile Cour civile) du 14 mai 2008 in RVJ 2009, p. 306-312.

²⁴¹ THÉVENOZ (1991), p. 11-12.

²⁴² SECO Directives et commentaires relatifs à la LSE, l'OSE et la TE-LSE, Berne 2003, p. 145.

²⁴³ TF du 26.10.2010, 6B.512/2010, c. 2.2.1.

²⁴⁴ THÉVENOZ (1987), p. 208, n° 596.

²⁴⁵ La notion d'auxiliaire au sens de l'art. 101 CO doit être interprétée de manière large et s'appliquer non seulement à celui qui est soumis à l'autorité de la partie ou de son mandataire, mais encore à toute personne qui, même sans être dans une relation juridique suivie avec la partie ou son mandataire, lui prête son concours (ATF 111 II 504 c. 3b ; ATF 107 Ia 168 c. 2a). Pour que l'art. 101 CO soit applicable, il suffit que l'auxiliaire ait agi au su et avec le consentement du débiteur de l'obligation (ATF 99 II 46 c. 1 ; ATF 70 II 215 c. 4) qui peut être tacite. L'art. 101 CO s'applique même s'il n'y a aucun lien de subordination (ATF 111 II 504 c. 3b ; ATF 70 II 215 c. 4).

CO²⁴⁶. En conséquence, l'entreprise de mission encourt une responsabilité contractuelle du fait du travailleur temporaire mis à sa disposition, de la même façon, et dans les mêmes conditions que de tout autre travailleur de son entreprise²⁴⁷.

233. — « *Il n'en va pas différemment de la responsabilité extracontractuelle que l'art. 55 CO met à la charge de l'« employeur ».* »²⁴⁸. La responsabilité ancrée à l'article 55 CO est une responsabilité objective simple, à savoir une responsabilité qui n'est pas basée sur une faute, mais découle de la seule violation d'un devoir de diligence²⁴⁹. La loi l'appelle la responsabilité de l'« employeur ».

234. — L'application de l'article 55 CO trouve son fondement dans la violation objective d'un devoir de diligence qu'un employeur encourt à l'égard des tiers quant aux choix, aux instructions, à l'équipement et à la surveillance de ses travailleurs ou de ses auxiliaires dans l'accomplissement du travail qui leur est confié²⁵⁰.

235. — Dans l'exécution de son travail, le travailleur est subordonné à l'entreprise de mission, son « employeur de fait ». Et il est de jurisprudence constante que ce soit la subordination du travailleur à l'employeur qui justifie la responsabilité de l'employeur au sens de l'article 55 CO²⁵¹. Raison pour laquelle le TF a appliqué à plusieurs reprises l'article 55 CO à l'entreprise locataire de services, avant même que cette forme d'emploi soit régie par la LSE. Il s'agissait dans ces cas de mise à disposition occasionnelle ou de prêt de personnel²⁵². Cette solution a été approuvée par la doctrine presque unanime²⁵³.

²⁴⁶ CJ GE du 19 janvier 2007 in JAR 2008 370, c. 3.4 ; KG SG du 14.06.1993 in SJZ/RSJ 1995 p. 455, n° 43 = SGGVP 1993 p. 75 n° 34 ; OG AR du 28.03.1977 in SJZ/RSJ 1979 p. 29, n° 5 ; ATF 91 II 291, c. 2 et 3 ; TF du 11.12.1962 in SJ 1963 347 ; TF du 07.07.1954 in SJ 1955 355.

²⁴⁷ THÉVENOZ (1987), p. 331, n° 1014.

²⁴⁸ THÉVENOZ (1994), p. 72.

²⁴⁹ TERCIER (2004), p. 338, n° 1744.

²⁵⁰ THÉVENOZ (1994), p. 72.

²⁵¹ BerK-BREHM (2005), n. 7 ad art. 55 CO, p. 768 ; WERRO (2003), n. 7 ad art. 55 CO, p. 378 ; THÉVENOZ (1994), p. 72.

²⁵² ATF 41 II 494, JdT 1916 I 6 ; ATF 42 II 615 ; ATF 50 II 469, JdT 1925 I 53.

²⁵³ THÉVENOZ (1987), p. 326, n° 998.

5.3.4. La responsabilité du travailleur temporaire

236. — Le TF reconnaît une application par analogie de l'article 321e CO si l'entreprise de mission a été lésée en raison d'une mauvaise exécution, d'un délit ou de tout autre fait du travailleur temporaire²⁵⁴.

237. — Mais le TF limite les conséquences de cette relation quasi-contractuelle aux seuls effets découlant du droit de donner des directives et des instructions, en précisant que l'entreprise de mission n'est pas en droit de dénoncer le contrat de travail conclu entre le travailleur temporaire et l'agence de travail temporaire²⁵⁵.

5.3.5. Quid de la résiliation du contrat de travail par l'entreprise de mission ?

238. — D'après le TF, « *la délégation du pouvoir de direction, de l'employeur au locataire de services, est un élément classique et caractéristique de la location de services. Que le locataire excède ce pouvoir en congédiant abruptement le travailleur ne change rien à la situation préexistante ; sa déclaration reste sans effet si l'employeur ne la ratifie pas* »²⁵⁶.

239. — Le droit de résilier le contrat de travail avec effet immédiat appartient donc à l'agence de travail temporaire, l'entreprise locataire de services ne peut qu'ordonner au travailleur de quitter les lieux de travail²⁵⁷.

²⁵⁴ CJ GE du 19 janvier 2007 in JAR 2008 370, c. 3.4 ; KG SG du 14.06.1993 in SJZ/RSJ 1995 p. 455, n° 43 = SGGVP 1993 p. 75 n° 34 ; OG AR du 28.03.1977 in SJZ/RSJ 1979 p. 29, n° 5 ; ATF 91 II 291, c. 2 et 3 ; TF du 11.12.1962 in SJ 1963 347 ; TF du 07.07.1954 in SJ 1955 355.

²⁵⁵ TF du 08.08.1996 in JAR 1997 157, c. 4b.

²⁵⁶ TF du 12.12.2006, 4C.245/2006, c. 3.

²⁵⁷ Autorité de surveillance de la LSE du Canton de Neuchâtel, Informations/Recommandations LSE, feuille n° 10, juin 2006

Chapitre 6 : Durée de l'emploi temporaire

240. — Le présent chapitre est consacré à la durée de l'emploi temporaire, notamment à la distinction entre mission de durée déterminée (point 6.1) et mission de durée indéterminée (point 6.2) et au temps d'essai (point 6.3).

6.1. Les missions de durée déterminée

241. — Les missions de durée déterminée prennent fin en principe automatiquement au terme de la mission, comme un contrat de travail de durée déterminée²⁵⁸.

242. — Les parties peuvent néanmoins prévoir un délai de congé permettant de mettre fin à la mission avant l'écoulement de la durée déterminée²⁵⁹. Elles devront toutefois respecter les délais minimums qui sont fixés à l'article 19 alinéa 4 LSE²⁶⁰. À préciser que les délais de congé prévus à cet article se réfèrent à une seule mission puisque chaque mission fait l'objet d'un nouveau contrat de travail²⁶¹.

6.2. Les missions de durée indéterminée

243. — Comme déjà évoqué, l'article 19 al. 4 let. a et b LSE précise que le contrat de travail peut être résilié moyennant un délai de congé de deux jours au moins durant les trois premiers mois d'un emploi ininterrompu et de sept

²⁵⁸ SECO, Directives et commentaires relatifs à la LSE, l'OSE et la TE-LSE, Berne 2003, p. 96.

²⁵⁹ *Ibid.*

²⁶⁰ *Ibid.*

²⁶¹ *Ibid.*

jours au moins entre le quatrième et le sixième mois d'un emploi ininterrompu.

244. — Le délai de congé est un élément crucial dans le mécanisme de fin du contrat de travail qu'il est nécessaire de pouvoir déterminer avec clarté. Par *jours*, doit-on entendre la notion de « jours civils » ou celle de « jours ouvrables » ou encore celle de « jours ouvrés » ? Dans le cas d'un délai de congé de deux jours, il est particulièrement important de savoir s'il s'agit de deux jours civils ou de deux jours ouvrables. Il en va de même si le délai de congé tombe la veille du week-end de Pâques.

245. — Ledit alinéa contient deux notions qu'il convient de préciser, celle de *jours* et celle d'*emploi ininterrompu*. Relativement à la notion de « jours », il faut se demander si le législateur se référerait à la notion de « jours civils » ou à la notion de « jours ouvrables ».

6.2.1. La notion de « jours civils »

246. — Par « jours civils » (appelés également « calendaires »), on entend tous les jours de la semaine sans distinction faite pour le samedi ou le dimanche et les jours fériés.

6.2.2. La notion de « jours ouvrables »

247. — Contrairement à la notion de « jours civils », celle de « jours ouvrables » recouvre uniquement les jours où il est possible de travailler. En effet, il s'agit de tous les jours de la semaine à l'exception du dimanche²⁶².

248. — Comme les débats parlementaires ne traitent pas de la question, on applique les règles générales du CO, soit l'article 77 al. 1 ch. 1 CO, et sauf disposition légale contraire, on compte les délais de congé de l'article 19 al. 4 LSE en « jours civils »²⁶³.

249. — THÉVENOZ est toutefois d'avis que l'on ne doit pas appliquer l'article 77 al. 1 ch. 1 CO au délai de deux jours de l'article 19 al. 4 let. a LSE

²⁶² SECO, Travail et santé-Durée du travail et du repos, 2007, p. 2 <http://www.seco.admin.ch/dokumentation/publikation/00009/02049/index.html?lang=fr> (22.03.2010).

²⁶³ THÉVENOZ (1993), p. 22.

mais seulement au délai de sept jours de l'article 19 al. 4 let. b LSE. « *En effet, dans le cas aujourd'hui le plus fréquent d'une semaine de travail de cinq jours, on ne peut imaginer que le législateur ait permis de résilier un vendredi en fin d'après-midi avec effet pour le dimanche soir.* »²⁶⁴ Selon THÉVENOZ, un tel résultat serait absurde car contraire au but de la règle qui vise à instituer un délai impératif de deux jours pendant les trois premiers mois d'un emploi ininterrompu²⁶⁵.

250. — Avis partiellement repris par le SECO, « *lorsque le délai est de deux jours, les jours non ouvrés (par ex. samedi et dimanche) ne sont normalement pas comptés sauf si la mission est effectuée dans une branche qui ne connaît pas de jours non ouvrés* »²⁶⁶. Le SECO émet donc une exception pour les branches dans lesquelles on travaille indifféremment le lundi ou le dimanche, ce qui est discutable dans un but de protection du travailleur. Cela signifie que le salarié qui travaille toujours ou de temps en temps le dimanche peut se voir infliger une résiliation du contrat le vendredi avec effet au dimanche. S'il veut trouver une nouvelle mission avec son agence de travail temporaire ou conclure un nouveau contrat de travail dans une autre agence de travail temporaire, il ne pourra pas le faire le week-end car une majorité des agences de travail temporaire sont fermées le samedi et le dimanche. Adopter une telle solution va à l'encontre du but même d'un délai de congé.

251. — Certains auteurs trouvent l'avis du SECO trop restrictif²⁶⁷. Si un contrat est résilié le mardi pour un jeudi, alors qu'aucune activité du travailleur n'est prévue pour le mercredi et le jeudi, le mardi devrait déjà être décompté dans le délai et faire ainsi échoir le délai de congé au mercredi²⁶⁸. Une telle proposition est contraire à l'essence même du délai de congé qui doit permettre au travailleur de retrouver un nouvel emploi : le raccourcir revient à diminuer les chances que le travailleur a de conclure une nouvelle mission. En outre, en reconnaissant une possibilité de décompter de cette manière le délai de congé, l'article 77 CO est violé. Selon une ancienne jurisprudence du TF²⁶⁹, toujours d'actualité, « *le premier jour est celui qui suit [...]* »²⁷⁰. On ne

²⁶⁴ *Ibid.*

²⁶⁵ *Ibid.*

²⁶⁶ SECO, Directives et commentaires relatifs à la LSE, l'OSE et la TE-LSE, Berne 2003, p. 96.

²⁶⁷ MATILE/ZILLA (2010), p. 114.

²⁶⁸ *Ibid.*

²⁶⁹ ATF 81 II 135, c. 2, JdT 1956 I 59.

²⁷⁰ HOHL (2003), N. 9 ad. art. 77 CO, p. 485.

saurait donc suivre cet avis pour les deux raisons précitées : non-respect du but même du délai de congé et violation de l'article 77 CO.

252. — Enfin, concernant l'application de la notion de jours ouvrables au délai de deux jours, nous rejoignons l'avis de THÉVENOZ. Et afin d'assurer une application cohérente de l'article 19 al. 4 let. a et b LSE, nous rejoignons NEF qui considère qu'une interprétation au regard du but poursuivi par la norme s'impose également dans le cas du délai de sept jours²⁷¹.

6.2.3. La notion d'« emploi ininterrompu »

253. — Cette notion est propre à la LSE ; elle ne découle ni du CO, ni d'une autre législation relative au droit du travail. En outre, cette notion n'a pas été précisée lors des débats parlementaires ni par le message du CF à l'appui de la LSE révisée²⁷².

254. — Selon THÉVENOZ, « *il appartient aux contrats individuels de travail, voire aux conventions collectives de travail de la branche intérimaire, de définir ce qu'est un emploi ininterrompu* ». Il cite l'exemple de deux agences de travail temporaire qui ont défini la notion d'emploi ininterrompu dans leur contrat-cadre. L'une de ces deux agences précise que la durée de l'emploi ininterrompu est égale à la durée des missions qui se sont immédiatement succédé auprès de la même entreprise cliente et souligne que toute interruption de la mission qui excéderait la durée des vacances auquel le travailleur temporaire a droit, ainsi que l'acceptation d'une mission dans une autre entreprise cliente entraîne l'interruption de la durée de l'emploi²⁷³.

255. — Le SECO, dans ses directives et commentaires, a indirectement défini la notion d'emploi ininterrompu au moyen d'un modèle de contrat de travail temporaire au sens de l'article 19 LSE. Il semblerait que sa définition soit issue de la pratique puisqu'elle est identique à la notion d'emploi ininterrompu utilisée par certaines agences de travail temporaire²⁷⁴. Par emploi ininterrompu, il faut entendre le total des semaines de travail accomplies au titre de différentes missions pour autant que ces missions cumulées n'aient pas été

²⁷¹ NEF (1992), p. 100.

²⁷² THÉVENOZ (1993), p. 23.

²⁷³ *Idem*, p. 23, n° 50.

²⁷⁴ *Idem*, p. 23, n° 51.

séparées (sont exceptés les cas de maladie ou d'accident) par un intervalle de plus de deux semaines lorsque les missions cumulées ont duré trois mois, de plus de trois semaines lorsque les missions cumulées ont duré entre le quatrième et le sixième mois et de plus de cinq semaines lorsque les missions cumulées ont duré plus de sept mois²⁷⁵.

256. — Ces deux définitions sont complémentaires en ce sens que la première précise qu'il est nécessaire que les différentes missions cumulées soient effectuées au sein de la même entreprise cliente pour que l'on puisse considérer qu'il s'agit d'un « emploi ininterrompu » et la seconde précise qu'une interruption (excepté les cas de maladie et accident) est possible mais de manière proportionnelle à la durée de la mission. Il est clair qu'une interruption de deux mois durant une mission de trois mois laisse supposer qu'il ne s'agit pas d'un emploi ininterrompu. Du reste, la mission est souvent interrompue en pratique par les vacances auxquelles a droit le travailleur, et ce n'est pas un motif pour repartir à zéro dans le décompte de l'emploi ininterrompu²⁷⁶.

257. — Par contre, il semble logique et conforme au souhait du législateur qu'une nouvelle mission auprès d'une autre entreprise locataire de services interrompt la durée de l'emploi et fait repartir à zéro la durée de « l'emploi ininterrompu » déterminant le délai de congé²⁷⁷.

258. — Enfin et à juste titre, selon THÉVENOZ, la rédaction d'un nouveau contrat de mission alors que le travailleur reste au même poste au sein de la même entreprise locataire de services n'interrompt à l'évidence pas la durée de l'emploi. Si le contraire était admis, l'article 19 al. 4 LSE serait vidé de toute portée²⁷⁸.

259. — Alors que la situation est moins claire lorsque le travailleur temporaire subit une nouvelle affectation au sein de la même entreprise locataire de services. Comme nous le verrons pour la problématique du temps d'essai, le changement de poste peut se révéler décisif dans le calcul des délais de congé. Pour comptabiliser la durée d'un emploi ininterrompu qui déterminera le délai de congé applicable, il convient de rappeler que plus les rapports de travail ont duré, plus le délai de congé est long. D'une certaine manière, le travailleur est

²⁷⁵ SECO, Directives et commentaires relatifs à la LSE, l'OSE et la TE-LSE, Berne 2003, p. 117.

²⁷⁶ THÉVENOZ (1993), p. 24.

²⁷⁷ *Ibid.*

²⁷⁸ *Ibid.*

remercié de sa fidélité en lui faisant bénéficier d'un délai de congé plus long. Dans le cas du travail temporaire, si le travailleur temporaire change de poste mais reste dans la même entreprise locataire de services, l'emploi ne peut être considéré comme interrompu puisque le rapport de travail avec l'agence de travail temporaire est inchangé et il en va de même pour la relation avec l'entreprise locataire de services²⁷⁹.

6.3. Le temps d'essai

260. — Comme la LSE ne prévoit rien quant au temps d'essai, les règles du CO s'appliquent à titre supplétif²⁸⁰. D'après la teneur de l'article 335b CO, le premier mois d'un rapport de travail d'une durée indéterminée est considéré comme temps d'essai²⁸¹. Les parties peuvent prolonger par écrit le temps d'essai à trois mois maximum. Durant le temps d'essai, les parties peuvent résilier le contrat de travail en tout temps en respectant un délai de congé de sept jours. Ce délai peut être raccourci ou rallongé par un accord écrit des parties ou par une CCT²⁸². Cette possibilité trouve une limite dans le contrat de travail temporaire : selon les prescriptions impératives de la LSE, ce délai ne peut être inférieur à deux jours²⁸³.

261. — Par ailleurs, il faut préciser que durant le temps d'essai, la protection contre une résiliation en temps inopportun prévue aux articles 336c et 336d CO ne s'applique pas²⁸⁴.

262. — Et d'un point de vue pratique, le temps d'essai convenu entre l'agence de travail temporaire et le travailleur commence à courir une fois que le contrat de mission est conclu et une fois que le travailleur prend son emploi dans l'entreprise de mission²⁸⁵.

²⁷⁹ *Ibid.*

²⁸⁰ SECO, Directives et commentaires relatifs à la LSE, l'OSE et la TE-LSE, Berne 2003, p. 97 ; REHBINDER (1992), n. 1 ad. art. 19 LSE, p. 60.

²⁸¹ SECO, Directives et commentaires relatifs à la LSE, l'OSE et la TE-LSE, Berne 2003, p. 97.

²⁸² *Ibid.*

²⁸³ SECO, Directives et commentaires relatifs à la LSE, l'OSE et la TE-LSE, Berne 2003, p. 98 ; REHBINDER (1992), n. 14 ad. art. 20 LSE, p. 64.

²⁸⁴ SECO, Directives et commentaires relatifs à la LSE, l'OSE et la TE-LSE, Berne 2003, p. 98.

²⁸⁵ *Ibid.*

263. — À notre sens, la stipulation d'un temps d'essai n'a de sens que pour une mission de durée indéterminée puisqu'une mission de durée déterminée prend fin sans que l'une des parties ne résilie le contrat « *et donc sans donner lieu à une éventuelle protection contre les congés en temps inopportun* »²⁸⁶.

264. — Selon la volonté du législateur qui souhaitait protéger les deux parties au contrat de travail, plus particulièrement le travailleur, ce dernier ne peut se faire imposer une prolongation excessive du temps d'essai afin de conserver son droit à la protection contre le licenciement²⁸⁷. De la limitation du temps d'essai découle l'interdiction des « contrats en chaîne » (« *Kettenverträge* ») conclus dans le but d'éluder la loi et qui rendraient illusoire la protection contre le licenciement²⁸⁸. Selon le TF, le droit suisse permet aux parties de conclure un nouveau contrat de durée déterminée à la suite d'un premier contrat de durée déterminée, mais dans les limites de l'article 2 al. 2 CC qui « *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 travail* »²⁸⁹.

265. — Dans le cas du contrat de travail temporaire, il est difficile d'appliquer *stricto sensu* cette jurisprudence puisque la succession de missions est inévitable dans le domaine. Par conséquent, l'admission de « contrats en chaîne » devrait être assouplie au vu des caractéristiques de cette forme de contrat de travail. Vu les particularités du travail temporaire, le TF s'est même demandé si le besoin de protection contre le licenciement existait également dans ce domaine-là. Selon notre Haute Cour, « [...] *des débats parlementaires relatifs tant à l'adoption des nouvelles dispositions régissant la résiliation du contrat de travail dans le CO*²⁹⁰ *qu'à celle de la nouvelle loi fédérale sur le service de l'emploi et la location de services du 6 octobre 1989*²⁹¹, il résulte

²⁸⁶ THÉVENOZ (1993), p. 25 ; contra : SECO, Directives et commentaires relatifs à la LSE, l'OSE et la TE-LSE, Berne 2003, p. 98.

²⁸⁷ Message concernant l'initiative populaire « pour la protection des travailleurs contre les licenciements dans le droit du contrat de travail » et la révision des dispositions sur la résiliation du contrat de travail dans le code des obligations in FF 1984 II p. 574, 617, 620.

²⁸⁸ ATF 117 V 248, c. 3b.

²⁸⁹ ATF 129 III 618, c. 6.2 ; ATF 119 V 46, c. 1c.

²⁹⁰ BO CN 1985 p. 1120-1122 ; BO CE 1987 p. 341.

²⁹¹ BO CN 1989 p. 251-254.

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 »²⁹².

266. — Pour traiter de la question du temps d'essai dans le cadre du contrat de travail temporaire, il convient de différencier deux situations ; la première est celle du travailleur qui passe de mission en mission, la seconde est celle du travailleur qui est engagé par l'entreprise dans laquelle il accomplit la mission.

6.3.1. Le temps d'essai en cours de mission

267. — Selon le TF, le temps d'essai est renouvelé de mission en mission dans le cadre d'un rapport de travail temporaire²⁹³, peu importe que le contrat-cadre soit de durée indéterminée²⁹⁴. Ce renouvellement s'inscrit dans la conception du législateur et résulte aussi de la relation triangulaire particulière que connaît le domaine du travail temporaire. À ce propos, il convient de rappeler que le temps d'essai est destiné à permettre aux parties d'établir un lien de confiance ou de constater qu'il n'est pas possible d'en nouer un. La particularité du travail temporaire réside dans le fait que le rapport de confiance s'établit entre le travailleur et l'entreprise de mission car l'agence de travail temporaire, bien qu'employeur du travailleur temporaire, n'est jamais amenée à tester si les aptitudes et la personnalité du travailleur sont en adéquation avec le poste occupé par celui-ci²⁹⁵. En conséquence, il est justifié d'exiger un nouveau temps d'essai au début de chaque nouvelle mission, notamment dans un cas où le travailleur a accompli plusieurs missions dans la même entreprise mais de manière irrégulière et avec parfois de longues interruptions durant lesquelles il a travaillé pour une autre entreprise²⁹⁶.

268. — Toutefois, cette théorie devient discutable si le travailleur est amené à effectuer de nombreuses missions au sein de la même entreprise locataire de services et à chaque fois pour un même poste. En effet, dans un tel cas, à

²⁹² ATF 117 V 248, c. 3b.

²⁹³ *Ibid.*

²⁹⁴ MATILE/ZILLA (2010), p. 110.

²⁹⁵ TPH LCF du 29.06.1989 in JAR 1991 p. 332, 335 et RJN 1989 p. 71, 75.

²⁹⁶ ATF 119 V 46, c. 1c.

l'instar du Tribunal cantonal neuchâtelois, nous pensons qu'en cas de missions successives auprès de la même entreprise de mission et pour le même genre de travail, il n'est pas nécessaire que de nouveaux temps d'essai ne recommencent à courir, et ce même si un laps de temps s'écoule entre les différentes missions²⁹⁷.

6.3.2. Le temps d'essai en cas d'engagement par l'entreprise de mission

269. — D'après le TF encore, si à l'issue d'une mission, le travailleur temporaire est engagé par l'entreprise de mission, cette dernière pourra lui imposer un temps d'essai, même si l'activité déployée est identique. En effet, le temps d'essai permettra aux parties de tester la nouvelle relation juridique stable et durable qu'elles envisagent de créer²⁹⁸.

270. — Cette solution est discutable si la mission a duré longtemps, par exemple trois mois, ce qui équivaut au temps d'essai souvent utilisé en pratique. On ne saurait en effet avancer l'argument selon lequel les parties ont besoin d'un temps d'essai pour tester leur nouvelle relation stable et durable. En effet, si le travailleur temporaire a été engagé c'est bien parce qu'il convient à l'employeur. On doit alors considérer qu'il a fait ses preuves pour le poste qu'il occupe. Au surplus, pour être engagé, cela signifie également qu'il existe une bonne entente entre les parties et un désir de continuer la collaboration. Si l'employeur craint une perte d'efficacité du travailleur après l'avoir engagé, il peut toujours la craindre après trois mois de mission et trois mois de temps d'essai. Le travailleur temporaire motivé à trouver un emploi fixe sera efficace tout le temps de la mission, mais également après, pour éviter de « retomber » dans le domaine du travail temporaire. Par conséquent, après trois mois de mission, il serait exagéré de remettre le travailleur dans une période de test alors qu'il a déjà prouvé qu'il était en adéquation avec le poste.

271. — L'avis du TF est d'autant plus douteux lorsque le travailleur qui a accompli une longue mission dans l'entreprise locataire de services est engagé par cette dernière pour le même poste qu'il occupait en tant que travailleur temporaire. En effet, l'entreprise de mission aura eu l'occasion à plusieurs

²⁹⁷ CCC NE du 19.12.1990 in RJN 1990 p. 52.

²⁹⁸ ATF 129 III 124, c. 3.3.

reprises de tester les aptitudes et la personnalité du travailleur pour le poste occupé. C'est d'ailleurs cette possibilité de juger dans les faits si le travailleur est adéquat ou non pour le poste en question qui aura décidé l'entreprise de mission à engager de manière fixe et durable le travailleur qui a fait ses preuves.

272. — Cette jurisprudence déploie un autre effet négatif : dans le calcul du nombre d'années de service pour déterminer quel délai de congé s'applique, selon l'article 335c al. 1 CO, il n'est pas tenu compte du temps passé dans l'entreprise sur la base d'un contrat de travail conclu avec une agence de travail temporaire²⁹⁹. Et ce, contrairement au cas de l'apprentissage, du stage rémunéré ou de plusieurs contrats de durée déterminée se succédant, avec ou sans interruption, mais formant un tout³⁰⁰. Ce qui devrait être également le cas pour le travail temporaire devenu travail fixe.

273. — Enfin, sur la base de cette jurisprudence, la Cour de Justice du canton de Genève a décidé que dans un cas où le contrat de travail a été conclu suite à un programme d'emploi, dont le travailleur a bénéficié en exécution de la législation sur le chômage, l'employeur peut valablement prévoir un temps d'essai dans le contrat de travail³⁰¹.

²⁹⁹ CARRUZZO (2009), p. 492, n° 1 ; ATF 129 III 124, c. 3.3 = JdT 2003 I 214.

³⁰⁰ CARRUZZO (2009), p. 491-492, n° 1.

³⁰¹ CARRUZZO (2009), p. 489 ; CA GE du 16.01.2009, cause C/20572/2007.

Chapitre 7 : Cas particulier du transfert d'entreprise

274. — Dans le cas d'un groupe de sociétés, il est envisageable, pour autant que ce soit prévu expressément ou tacitement dans le contrat de travail (art. 333 al. 4 CO), qu'une société apparaisse comme l'employeur (bailleur de services) et qu'elle prête ses employés à d'autres sociétés du même groupe (entreprises de mission)³⁰².

275. — Le travailleur prêté ne change pas d'employeur (bailleur de services) et toute modification survenant au sein de l'entreprise à laquelle il est prêté ne le concerne pas précisément du fait qu'il n'a pas changé d'employeur (bailleur de services). Si cette même entreprise est transférée à un tiers, c'est l'employeur de base (bailleur de services) qui conserve la qualité d'employeur et non l'acquéreur de l'entreprise³⁰³.

276. — Le cas d'une scission créant un groupe de sociétés complique la qualification des rapports entre les différents intervenants puisque la société qui louait les services du travailleur peut devenir le bailleur de services. A l'occasion du transfert d'entreprise, nous serions donc en face d'un contrat de location de services, ce qui change la nature de la relation contractuelle entre les différentes parties. La liberté contractuelle régit également le droit du travail et les parties sont libres de modifier leurs rapports contractuels souligne le TF et donne ainsi la possibilité aux parties de mettre un terme à un contrat de travail et d'en conclure un de travail temporaire qui irait de pair avec le contrat de location de services³⁰⁴. En théorie, tant que les règles régissant le transfert d'entreprise ne sont pas contournées, rien ne s'oppose à ce qu'une telle modification intervienne lors de la cession d'une entreprise³⁰⁵.

³⁰² GEISER/UHLIG (2003), p. 774.

³⁰³ ATF 132 III 32, c. 5.1.

³⁰⁴ *Idem*, c. 5.2.

³⁰⁵ *Idem*, c. 5.2.

277. — L'ancien employeur devenant le bailleur de services, une telle transformation de contrat ne peut être opérée avant le transfert d'entreprise, sinon le bailleur de services et l'entreprise utilisatrice seraient identiques. Et de ce fait, comme il est impossible de conclure un contrat avec soi-même, il n'y aurait pas de contrat de location de services³⁰⁶. Par contre, pour la période postérieure au transfert d'entreprise, il est tout à fait possible qu'un contrat de location de services soit conclu entre l'ancien employeur et l'acquéreur. Il serait par conséquent également concevable de transformer des rapports de travail en location de services avec le consentement du travailleur³⁰⁷.

278. — Selon CARRUZZO, « tant que le bailleur de services reste débiteur des obligations contractuelles, ceci fait en principe obstacle à l'admission d'une relation contractuelle de fait entre les travailleurs et l'entreprise utilisatrice. Mais lorsque sont transférés durablement non seulement le pouvoir de direction, mais aussi les obligations contractuelles, l'entreprise utilisatrice devient alors l'employeur par l'effet de la loi, même s'il n'en a pas eu l'intention ou s'il n'a pensé conclure qu'un contrat de location de services. »³⁰⁸.

³⁰⁶ *Idem*, c. 5.2.

³⁰⁷ *Idem*, c. 5.2.

³⁰⁸ CARRUZZO (2009), p. 432-434.

Chapitre 8 : Autorisation administrative

279. — Comme nous l'avons déjà évoqué, l'une des principales innovations de la LSE de 1991 est d'assujettir les agences de travail temporaire à une autorisation de police du commerce. Cette autorisation revêt un caractère obligatoire (art. 12 LSE) et requiert, en plus des conditions de l'article 13 LSE, le dépôt de sûretés en garantie des prétentions de salaire (art. 14 LSE). Si les conditions ne sont plus remplies, l'autorisation peut être retirée (art. 16 LSE). Nous traiterons également de la durée et portée de l'autorisation (art. 15 LSE) et de l'obligation de renseigner des agences de travail temporaire (art. 17 LSE).

280. — Selon l'article 28 OSE, seuls le travail temporaire et le travail en régie sont soumis à autorisation. La mise à disposition occasionnelle de services, troisième forme de location de services, n'est pas soumise à autorisation. En outre, « *la location de services entre maison-mère et filiale ou entre deux filiales n'est pas soumise au régime de l'autorisation même s'il s'agit de mise à disposition de personnel entre deux entreprises juridiquement indépendantes l'une de l'autre* »³⁰⁹.

281. — L'autorisation obligatoire qui est prévue par la LSE constitue une restriction importante au droit fondamental de la liberté économique (art. 27 Cst. féd.). Il s'agit d'une intervention d'ordre public comme peu de branches en connaissent³¹⁰.

282. — En raison de cette particularité inhérente au domaine du travail temporaire, mais également du fait qu'une agence de travail temporaire puisse être, pour diverses raisons, sanctionnée par le biais d'un retrait de

³⁰⁹ SECO, Directives et commentaires relatifs à la LSE, l'OSE et la TE-LSE, Berne 2003, p. 146.

³¹⁰ SECO rapport du 18.12.08, Examen de la situation actuelle dans le domaine de la location de services (Loi fédérale sur le service de l'emploi et la location de services, LSE), p. 53.

l'autorisation, il nous paraît opportun de traiter brièvement des articles 12ss LSE.

8.1. Genèse et but de l'article 12 LSE

283. — Le régime des autorisations obligatoires pour la location de services a été introduit lors de la révision de la LSE en 1985. Le Conseil fédéral, dans son message du 27 novembre 1985, précise qu'en vertu du mandat constitutionnel concernant la protection des travailleurs et les intérêts à sauvegarder dans la politique relative au marché de l'emploi, les autorités de contrôles se doivent d'inspecter les activités privées de placement et de location de services. C'est pour cette raison que le régime de l'autorisation obligatoire a été étendu à tous les domaines du placement privé et instauré en matière de location de services³¹¹.

284. — Jusqu'à la révision de la LSE en 1985, la location de services n'avait jamais fait l'objet d'une réglementation légale en Suisse. Comme de multiples abus avaient été constatés de façon répétée et que le nombre d'agences de travail temporaire ne cessait de s'accroître, l'opinion publique ainsi que certains parlementaires réclamaient l'adoption d'une réglementation légale spéciale. D'une part, comme déjà évoqué, il était demandé une révision de la législation sur le service de l'emploi, d'autre part, l'établissement d'une réglementation spéciale de droit public, voire une interdiction totale de la location de services. Dans le message susmentionné, le Conseil fédéral avait conclu qu'une révision du droit des obligations n'aurait pas permis de résoudre de manière satisfaisante les problèmes, c'est pourquoi il avait proposé de réglementer la location de services dans la loi sur le service de l'emploi avec comme soupape de sécurité le régime des autorisations obligatoires.

285. — Déjà en 1973, en réponse à la motion du conseiller national Walter Renschler³¹² qui exigeait que le travail temporaire soit régi par le CO, le Conseil fédéral avait déclaré qu'il était plus important et plus utile de régler les questions relatives à la location de services par des mesures relevant de la police du commerce que d'établir dans le droit civil des règles qui s'appliqueraient uniquement aux rapports entre les parties contractantes,

³¹¹ Message LSE du 27.11.1985 in FF 1985 III p. 524, 525.

³¹² BO CN 1973 II p. 1045, Motion Renschler.

règles qui étaient déjà largement fixées par le droit régissant le contrat de travail. Le Conseil fédéral était déjà d'avis qu'il fallait faire intervenir le droit public par le biais d'un régime d'autorisations plutôt que de modifier le CO et régir le droit du travail temporaire par le droit privé.

286. — Par cette autorisation obligatoire, les autorités peuvent contrôler les bailleurs de services lorsqu'ils accèdent à l'activité de location de services, but visé par cet article 12 LSE³¹³.

8.2. Autorisation obligatoire (art. 12 LSE)

8.2.1. Location de services « nationale »

287. — L'article 12 LSE prévoit que les bailleurs de services (ou agences de travail temporaire) qui font commerce de céder à des entreprises tierces (ou entreprises de mission) les services de travailleurs doivent avoir obtenu une autorisation de l'office cantonal du travail (al. 1).

288. — Pour pouvoir considérer qu'un bailleur de services fait commerce de céder les services de travailleurs à des entreprises de mission, il doit le faire de manière régulière et dans l'intention de réaliser un profit. Ces deux éléments, caractère régulier et but lucratif, doivent exister cumulativement. Ou alors le bailleur de services réalise, par son activité de location de services, un chiffre d'affaires annuel de 100 000 francs (art. 29 al. 1 OSE). Et à cet égard, peu importe que son activité ne vise pas la réalisation d'un profit³¹⁴.

289. — Il est considéré qu'un bailleur de services exerce la location de services de manière régulière lorsqu'il conclut avec les entreprises de mission, en l'espace de douze mois, plus de dix contrats de location de services portant sur l'engagement ininterrompu d'un travailleur individuel ou d'un groupe de travailleurs (art. 29 al. 2 OSE).

290. — En pratique, il existe deux formes de locations de services qui sont soumises à autorisation, le travail temporaire d'une part, le travail en régie

³¹³ Rapport du SECO du 18.12.08, Examen de la situation actuelle dans le domaine de la location de services (Loi fédérale sur le service de l'emploi et la location de services, LSE), p. 54.

³¹⁴ TA VD du 19.06.2001 n° GE.2000.0145.

d'autre part. En effet, au vu des critères, la mise à disposition occasionnelle n'entre pas dans le champ d'application des autorisations de commerce (art. 28 OSE).

291. — On considère qu'il y a *travail temporaire* lorsqu'une agence de travail temporaire conclut un contrat de travail avec un salarié en vue et pour la durée d'une seule mission auprès d'une entreprise de mission (art. 27 al. 2 OSE). Normalement, la durée du contrat de travail correspond à celle de la mission. Entre deux missions, l'employeur n'a pas l'obligation de donner du travail au travailleur et ce dernier n'a pas l'obligation d'accepter les missions qu'on lui propose³¹⁵.

8.2.2. Location de services « internationale »

292. — Lorsque l'agence de travail temporaire compte louer les services de travailleurs vers l'étranger, elle doit, en plus de l'autorisation cantonale, demander une autorisation auprès du SECO (art. 12, al. 2, 1^{ère} phrase LSE). La location de services en Suisse de travailleurs recrutés à l'étranger est interdite (art. 12, al. 2, 2^{ème} phrase LSE). Cette deuxième phrase est à relativiser au vu de la pratique, surtout depuis l'entrée en vigueur de l'Accord avec l'UE sur la libre circulation des personnes.

293. — Cet alinéa n'est pas clair et devrait être précisé. Comme le relève le SECO, « *le deuxième alinéa pourrait éventuellement être complété dans le cadre d'une révision en ce sens que la location de services en Suisse depuis l'étranger par un bailleur de services résidant en Suisse soit également citée dans le texte et soumise à autorisation fédérale* »³¹⁶. En effet, cette pratique de la loi existe depuis de nombreuses années et a été protégée par les tribunaux alors que le texte même de l'article 12 al. 2 LSE semble exclure cette possibilité.

294. — À la seule lecture du texte légal, on en déduit que la location en Suisse de services de travailleurs recrutés à l'étranger n'est pas autorisée. Alors que le SECO, dans ses directives et commentaires, précise que le bailleur des services sis en Suisse peut recruter des travailleurs tant en Suisse qu'à

³¹⁵ THÉVENOZ (1991), p. 2.

³¹⁶ SECO rapport du 18.12.08, Examen de la situation actuelle dans le domaine de la location de services (Loi fédérale sur le service de l'emploi et la location de services, LSE), p. 54.

l'étranger. S'il recrute à l'étranger, il devra demander une autorisation cantonale et une autorisation fédérale.

295. — Si le bailleur de services sis en Suisse recrute des travailleurs en Suisse et que le lieu de mission est en Suisse, une autorisation cantonale au sens de l'article 12 al.1 LSE suffit. Au contraire, si le lieu de mission est à l'étranger, le bailleur de services doit requérir une autorisation cantonale et fédérale selon l'article 12 al. 2 LSE³¹⁷.

296. — En cas de location de services « internationale », l'exigence d'une double autorisation « *répond bien au souci du législateur d'exercer un contrôle accru sur les entreprises de location de services et au mandat inscrit dans la Constitution de protéger les travailleurs* »³¹⁸. Cette obligation est encore plus importante depuis l'entrée en vigueur de l'ALCP, et en particulier, depuis la libre circulation sans restrictions des personnes pour les quinze anciens États membres de l'UE ainsi que Chypre et Malte, depuis le 1^{er} juin 2007, car de nombreux bailleurs de services ont demandé une autorisation relative à l'étranger.

297. — En fait, l'article 12 al. 2, 2^{ème} phrase LSE qui interdit la location de services de travailleurs recrutés à l'étranger ne s'applique qu'au bailleur de services sis à l'étranger qui recruterait les services de travailleurs à l'étranger ou en Suisse et dont le lieu de mission serait en Suisse. Dans un tel cas, la LSE interdit la location de services. Et sur ce point-là, l'ALCP n'a eu aucune incidence. Bien que l'ALCP prévoie une libéralisation partielle de la circulation des services, l'article 22 al. 3 de l'Annexe 1 de l'ALCP précise que cette libéralisation ne s'applique pas aux activités des entreprises de travail temporaire³¹⁹.

³¹⁷ SECO, Directives et commentaires relatifs à la LSE, l'OSE et la TE-LSE, Berne 2003, p. 74.

³¹⁸ SECO rapport du 18.12.08, Examen de la situation actuelle dans le domaine de la location de services (Loi fédérale sur le service de l'emploi et la location de services, LSE), p. 54.

³¹⁹ SECO/ODM, Directive commune du 1^{er} juillet 2008 sur les incidences de l'Accord sur la libre circulation des personnes avec l'UE et de l'accord AELE sur les prescriptions régissant le placement et la location de services, p. 2.

8.2.3. Autorisation lorsque l'entreprise a une succursale ou une filiale

298. — Si 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 (art. 12, al. 3 LSE).

299. — Si l'agence de travail temporaire a des filiales, celles-ci devront également demander une autorisation car elles sont juridiquement indépendantes de l'établissement principal³²⁰.

300. — Les sociétés d'un groupe ou d'une holding qui pratiquent la location de services auprès d'autres sociétés du groupe n'ont pas besoin d'une autorisation. Il en va de même pour les « communautés de travail » (ex : consortium de construction) qui ne sont pas soumises à la LSE³²¹.

8.3. Conditions d'octroi de l'autorisation (art. 13 LSE)

301. — L'article 13 LSE régit les conditions à remplir, tant au niveau de l'entreprise que de la personne, pour pouvoir obtenir une autorisation de pratiquer la location de services. Les conditions relatives à l'entreprise sont précisées par l'article 32 OSE et celles relatives à la personne qui exploite l'agence de travail temporaire par l'article 33 OSE. Le but de cet article est de tenir à l'écart les personnes qui ne sont pas aptes à exercer la location de services, et ce dans un but de protection des travailleurs.

302. — Les autorisations au sens de l'article 12 LSE ne sont délivrées que si les conditions de l'article 13 LSE sont remplies. Il faut que l'agence de travail temporaire :

- soit inscrite au registre suisse du commerce (al. 1, let. a) ;
- dispose d'un local commercial approprié (al.1, let. b) ;
- n'exerce pas d'autre activité professionnelle pouvant nuire aux intérêts des travailleurs ou des entreprises locataires de services (al. 1 let. c).

³²⁰ SECO, Directives et commentaires relatifs à la LSE, l'OSE et la TE-LSE, Berne 2003, p. 21.

³²¹ *Idem*, p. 70.

303. — Les conditions des lettres a et b sont des conditions habituelles en matière de police économique. L'obligation de la lettre b vise à « empêcher que des entretiens confidentiels soient menés dans des pièces d'habitation, restaurants, magasins ou autres locaux similaires. Elle assure en même temps un rangement sûr des documents concernant les travailleurs et donc la protection des données personnelles. »³²².

304. — Par contre, la condition prévue à la lettre c, interdiction faite à l'agence de travail temporaire de pratiquer une autre activité professionnelle pouvant nuire aux intérêts des travailleurs ou des entreprises de mission, a pour but d'éviter que ces éventuelles autres activités entravent la liberté de choix ou augmentent la dépendance des travailleurs à l'égard de l'agence de travail temporaire (art. 32 OSE). Cela serait le cas si l'agence de travail temporaire faisait des *petits crédits* à ses travailleurs³²³. L'article 32 OSE, contrairement à l'article 8 OSE relatif au placement privé, n'énumère pas d'activités interdites.

305. — En outre, il faut que les personnes responsables de la gestion de l'agence de travail temporaire :

- soient de nationalité suisse ou au bénéfice d'un permis d'établissement (al. 2, let. a) ;
- assurent une location de services satisfaisant aux règles de la profession (al. 2, let. b) ;
- jouissent d'une bonne réputation (al. 2, let. c).

306. — Les conditions des lettres b et c sont également des conditions habituelles en matière de police économique.

307. — Concernant la lettre a, depuis l'entrée en vigueur de l'ALCP, un ressortissant d'un État de l'UE/AELE disposant d'un contrat de travail d'une durée supérieure à un an, et donc détenant un permis de séjour B ou une autorisation de frontalier, peut être responsable de la gestion d'une agence de travail temporaire³²⁴.

308. — Concernant la lettre b, le responsable de l'agence de travail temporaire est réputé pouvoir assurer une location de services conforme s'il est titu-

³²² SECO rapport du 18.12.08, Examen de la situation actuelle dans le domaine de la location de services (Loi fédérale sur le service de l'emploi et la location de services, LSE), p. 55.

³²³ THÉVENOZ (1991), p. 3.

³²⁴ SECO rapport du 18.12.08, Examen de la situation actuelle dans le domaine de la location de services (Loi fédérale sur le service de l'emploi et la location de services, LSE), p. 55.

laire d'un certificat de fin d'apprentissage et peut se prévaloir d'une expérience professionnelle de plusieurs années et s'il a une formation de bailleur de services ou une expérience de plusieurs années (au moins 3 ans³²⁵) dans le domaine de la location de services au sens de l'article 33 OSE. Il doit produire ses certificats de travail et diplômes³²⁶.

309. — Encore en relation avec la lettre b, une personne responsable de la gestion d'une agence de travail temporaire doit garantir une présence d'au moins 50 % dans l'entreprise dans le but d'empêcher l'utilisation d'« hommes de paille », comme on le connaît dans l'hôtellerie-restauration avec les détenteurs de la patente qui ne travaillent pas dans l'hôtel ou le restaurant³²⁷. Cela signifie qu'un responsable ne peut l'être que pour deux agences de travail temporaire.

310. — Concernant la lettre c, la bonne réputation implique l'absence de poursuites, de condamnations préalables et de déclarations fiscales. Le responsable de l'agence travail temporaire doit joindre à l'appui de sa demande des preuves récentes (elles ne doivent pas remonter à plus de deux ans) : extrait du casier judiciaire et du registre des poursuites, attestation de l'administration fiscale³²⁸. Selon le SECO, « *il n'est cependant pas permis de prendre en compte les antécédents judiciaires, poursuites, faillites, dettes et autres faits, s'ils ne sont pas directement liés à l'activité de location de services envisagée* »³²⁹.

311. — Selon le Tribunal administratif vaudois, une décision du service de l'emploi – refusant à un conseiller en personnel l'autorisation de pratiquer au motif qu'il avait travaillé auparavant dans une société dans laquelle de graves violations à la LSE avaient été constatées – est excessivement sévère et viole le principe de la proportionnalité du fait que le conseiller en personnel ne peut être tenu pour responsable des malversations constatées auprès de son ancien employeur³³⁰.

³²⁵ SECO, rapport du 18.12.08, Examen de la situation actuelle dans le domaine de la location de services (Loi fédérale sur le service de l'emploi et la location de services, LSE), p. 55-56.

³²⁶ SECO, Directives et commentaires relatifs à la LSE, l'OSE et la TE-LSE, Berne 2003, p. 27.

³²⁷ SECO, rapport du 18.12.08, Examen de la situation actuelle dans le domaine de la location de services (Loi fédérale sur le service de l'emploi et la location de services, LSE), p. 56.

³²⁸ SECO, Directives et commentaires relatifs à la LSE, l'OSE et la TE-LSE, Berne 2003, p. 28.

³²⁹ SECO, rapport du 18.12.08, Examen de la situation actuelle dans le domaine de la location de services (Loi fédérale sur le service de l'emploi et la location de services, LSE), p. 56.

³³⁰ TA VD du 30.09.2005 n° GE.2004.0101.

312. — L'article 13 al. 3 LSE prévoit que « 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 ».

8.4. Sûretés (art. 14 LSE)

313. — L'agence de travail temporaire est tenue de fournir des sûretés en garantie des prétentions de salaire découlant de son activité de location de services (al. 1). Le montant des sûretés est proportionnel à l'étendue de l'activité commerciale de l'agence de travail temporaire (al. 2).

314. — Le but de cet article étant d'assurer les salaires des travailleurs engagés par le bailleur de services quand bien même ce dernier pourrait rencontrer des difficultés financières du fait que ses clients (les entreprises utilisatrices) ne le paient pas ou plus³³¹. Souvent, le bailleur de services ne dispose pas d'un grand capital et doit payer ses travailleurs avec les recettes obtenues grâce aux missions précédentes. Avec ce système, il peut rapidement se trouver insolvable en raison de l'insolvabilité de ses propres clients, d'où l'importance de telles sûretés.

315. — L'agence de travail temporaire doit verser une sûreté de 50 000 francs en cas d'autorisation cantonale et de 100 000 francs en cas d'autorisation fédérale (art. 6 al. 1 et 3 OEmol-LSE). Une sûreté supplémentaire doit être déposée lorsque l'agence travail temporaire a loué plus de 60 000 heures durant l'année civile écoulée (art. 6 al. 2 OEmol-LSE).

316. — Chaque succursale doit déposer sa propre sûreté. À défaut, l'agence de travail temporaire peut déposer une sûreté de 1 000 000 francs afin de couvrir l'activité de l'ensemble de ses établissements en Suisse (art. 6 al. 4 OEmol-LSE).

317. — La sûreté est destinée à garantir le paiement des créances de salaires en cas de faillite de la société (art. 39 OSE). Selon le SECO, seules les banques et les assurances peuvent agir comme cautions ou garants³³².

³³¹ SECO, rapport du 18.12.08, Examen de la situation actuelle dans le domaine de la location de services (Loi fédérale sur le service de l'emploi et la location de services, LSE), p. 57.

³³² SECO, Directives et commentaires relatifs à la LSE, l'OSE et la TE-LSE, Berne 2003, p. 78.

318. — Aucune autorisation n'est délivrée si l'agence de travail temporaire refuse de verser des sûretés ou n'en verse pas suffisamment (art. 35 al. 2 OSE). Dans un tel cas, l'autorité qui délivre l'autorisation prononce une décision de refus³³³.

319. — Cette condition a suscité de vifs débats aux chambres. Certains se sont posé la question de la nécessité d'une telle caution puisqu'on ne l'exige pas des autres entreprises. Pour comprendre la différence de traitement, il faut souligner le caractère très distinct d'une agence de travail temporaire et d'une entreprise créatrice de biens ou de services. « *Dans ces dernières, il y a toujours la substance voulue, qui est fabriquée en quelque sorte, qui est produite pour permettre, quand les choses se passent normalement, de payer ces travailleurs. En ce qui concerne l'entreprise de location de services, elle ne crée pas elle-même les biens, elle est tributaire des autres entreprises, si bien que si elle n'a pas pu louer ses travailleurs, elle pourrait se trouver dans des difficultés particulières.* »³³⁴. En outre, cette condition est justifiée par le fait que, contre un investissement minime, les agences de travail temporaire peuvent vite être appelées à gérer un nombre considérable de travailleurs, de ce fait, une masse salariale importante. En conséquence, il existe un grand risque d'insolvabilité de l'agence de travail temporaire. Avant que la loi ne soit révisée en 1985, dans les cantons qui avaient réglementé la location de services, les cautions existaient déjà.

8.5. Durée et la portée de l'autorisation (art. 15 LSE)

320. — L'autorisation n'est pas limitée dans le temps et donne le droit d'exercer dans toute la Suisse (al. 1). Lorsqu'il s'agit d'une autorisation permettant de louer les services de travailleurs vers l'étranger, elle est limitée à des pays déterminés (al. 2). Les personnes responsables de la gestion de l'agence de travail temporaire sont nommément inscrites sur l'autorisation (al. 3).

321. — Concernant l'alinéa 2, la limitation à des pays déterminés n'est pas appliquée en pratique. Souvent les bailleurs de services ne peuvent pas cir-

³³³ *Idem*, p. 77.

³³⁴ BO CN 1897 p. 180, intervention de M. Darbellay.

conscrire exactement le périmètre des pays qu'ils souhaitent desservir et ce périmètre peut s'élargir au fil du temps³³⁵.

322. — L'autorisation est établie au nom de l'entreprise (art. 42 al. 1 OSE). Sont consignés : le nom et l'adresse de l'entreprise, les noms des responsables de la location de services, l'adresse des locaux commerciaux qui ne sont pas situés au siège de l'entreprise, le champ d'application géographique et matériel de l'autorisation (art. 42 al. 2 OSE). Le champ d'application géographique et matériel est celui qui est sollicité dans la demande d'autorisation.

8.6. Retrait de l'autorisation (art. 16 LSE)

323. — L'autorisation peut être retirée lorsque l'agence de travail temporaire :

- l'a obtenue en donnant des indications inexactes ou fallacieuses ou en taisant des éléments essentiels (al. 1, let. a) ;
- 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 cantonales relatives à l'admission des étrangers (al.1, let. b) ;
- ne remplit plus les conditions requises pour l'octroi de l'autorisation (al. 1, let. c).

324. — Si l'agence de travail temporaire se trouve en situation irrégulière, l'autorité cantonale qui lui a délivré l'autorisation peut la lui retirer mais après lui avoir imparti un délai pour régulariser sa situation (art. 16, al. 2 LSE).

325. — L'autorité peut retirer l'autorisation sans impartir de délai de régularisation à l'agence de travail temporaire si celle-ci se trouve dans les situations d'infraction de l'article 16 let. a ou b LSE, et arrêter dans sa décision qu'elle ne peut plus déposer une nouvelle demande d'autorisation avant un délai de deux ans au maximum (art. 44 OSE).

326. — L'autorité peut décider d'un retrait sur la base de ses propres constatations ou suite à des informations obtenues par les commissions paritaires

³³⁵ SECO, rapport du 18.12.08, Examen de la situation actuelle dans le domaine de la location de services (Loi fédérale sur le service de l'emploi et la location de services, LSE), p. 58.

dans des cas d'infractions graves selon l'article 20 al. 2 LSE³³⁶. En règle générale, le retrait exige une décision définitive au sens de l'article 39 LSE³³⁷.

327. — Sont notamment considérées comme violations de la LSE et de ses dispositions d'exécution³³⁸ :

- l'utilisation de contrats de travail ou de location de services non-conformes à la LSE ;
- la violation des prescriptions en matière de sûretés ;
- la violation de l'obligation de renseigner ;
- la location de services de et à l'étranger sans autorisation fédérale.

328. — Concernant encore l'article 16, al. 1, let. b LSE, par violation des dispositions de protection des travailleurs et du droit des étrangers, il s'agit notamment de³³⁹ :

- l'inobservation des prescriptions de travail et de repos ;
- le non-respect des prescriptions relatives au salaire, au temps de travail, à la formation et à la retraite prévues par les CCT étendues ;
- l'annulation injustifiée des créances de salaire ;
- l'absence de versement des cotisations aux assurances sociales ;
- l'emploi de travailleurs sans permis de travail et/ou de séjour³⁴⁰.

329. — L'agence de travail temporaire doit respecter les prescriptions suisses de protection des travailleurs, mais également les dispositions étrangères si elle envoie du personnel travailler pour des clients à l'étranger³⁴¹.

330. — Il ne faut pas confondre le retrait de l'autorisation avec la suppression de l'autorisation. La suppression intervient lorsque l'entreprise en fait la demande ou lorsqu'elle a cessé toute activité de placement. La suppression de l'autorisation est une procédure à caractère déclaratoire : une communication suffit. Dans le cas d'un retrait, une décision formelle susceptible de recours et indiquant les voies de recours doit être établie.

³³⁶ *Idem*, p. 59.

³³⁷ *Idem*, p. 59.

³³⁸ SECO, Directives et commentaires relatifs à la LSE, l'OSE et la TE-LSE, Berne 2003, p. 88.

³³⁹ *Idem*, pp. 88-89.

³⁴⁰ À noter que de nombreuses décisions émanant de tribunaux de 1^{ère} instance reconnaissent qu'il est possible d'engager un travailleur étranger et de le laisser commencer son travail en attendant l'autorisation de travail. En effet, si les demandes d'autorisations de travail/main-d'œuvre étrangère ont été déposées, il n'y a pas de volonté d'enfreindre les prescriptions légales en vigueur (c.f. ZILLA/MATILE, p. 56-57).

³⁴¹ SECO, Directives et commentaires relatifs à la LSE, l'OSE et la TE-LSE, Berne 2003, p. 88.

331. — En pratique, on déplore notamment un manque d'application de l'art. 16 al. 1 let. b LSE³⁴². Ce qui peut s'expliquer par le fait que le retrait de l'autorisation prive l'agence de travail temporaire de son existence économique et empêche la reconduction d'un grand nombre de contrats de travail. Ainsi, un tel retrait ne peut être justifié que dans des cas graves³⁴³.

8.7. Obligation de renseigner (art. 17 LSE)

332. — Sur requête de l'autorité qui délivre l'autorisation, l'agence de travail temporaire est tenue de fournir tous les renseignements nécessaires ainsi que les documents requis (art. 17 al. 1 LSE). Il peut s'agir notamment des contrats de travail et de mission, des contrats de location de services, des permis de travail, des attestations relatives aux assurances sociales, etc.

333. — Lorsqu'il y a présomption sérieuse qu'une agence de travail temporaire 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 (art. 17 al. 2 LSE). Le terme « intéressé » de l'article 17 al. 2 LSE doit être interprété de façon large afin de permettre aux autorités une enquête approfondie : entreprises de mission, clients divers, propriétaire des bureaux loués par l'agence de travail temporaire, etc. « *L'« intéressé » est uniquement tenu de fournir les renseignements demandés mais n'est pas obligé de laisser consulter ses dossiers*³⁴⁴. ».

334. — Dans les domaines régis par une CCT étendue, l'agence 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. Dans les domaines non régis par une CCT étendue, les renseignements doivent être fournis à la commission cantonale tripartite compétente (art. 17 al. 3 LSE).

³⁴² SECO, rapport du 18.12.08, Examen de la situation actuelle dans le domaine de la location de services (Loi fédérale sur le service de l'emploi et la location de services, LSE), p. 59.

³⁴³ *Idem*, p. 60.

³⁴⁴ SECO, Directives et commentaires relatifs à la LSE, l'OSE et la TE-LSE, Berne 2003, p. 90.

335. — En outre, l'agence de travail temporaire est tenue de communiquer sans délai à l'autorité cantonale compétente tout changement des données qui figurent dans sa demande d'autorisation ou déclaration de succursale.

336. — Le but de cette disposition, toujours dans un but de protection des travailleurs, est de permettre aux autorités de contrôler l'activité commerciale des entreprises, non seulement dans le cadre de la procédure d'octroi de l'autorisation, mais également en cours d'activité à des dates ultérieures³⁴⁵.

8.8. Sanctions pénales et civiles

337. — Si une agence de travail temporaire pratique la location de services sans autorisation, elle encourt une amende pouvant s'élever jusqu'à 100 000 francs au maximum (art. 39 al. 1 let. a LSE). Alors que les entreprises de mission qui louent du personnel à une agence de travail temporaire, tout en sachant que cette dernière ne disposait pas de l'autorisation nécessaire, s'exposent à une amende de 40 000 francs au maximum (art. 39 al. 2 let. a LSE).

338. — La violation de certaines formalités prescrites par la LSE peut aussi entraîner une amende allant jusqu'à 40'000 francs au maximum (art. 39 al. 2 let. c LSE). Il en va de même pour celui qui a enfreint l'obligation d'annoncer et de renseigner (art. 39 al. 2 let. b LSE).

339. — Les alinéas 1 et 2 de l'article 39 LSE énumèrent encore un certain nombre de situations pouvant entraîner des sanctions pénales.

340. — Sur le plan civil, tous les contrats de location de services qui ont été signés par une agence de travail temporaire ne disposant pas de l'autorisation au sens de l'article 12 LSE sont considérés comme nuls, que l'agence de travail temporaire soit de bonne ou de mauvaise foi avec ses cocontractants (art. 22 al. 5 LSE). Le même sort est jeté aux contrats de travail conclus par une agence de travail temporaire qui ne dispose pas de l'autorisation nécessaire (art. 19 al. 6 LSE), ce qui entraîne une application de l'article 320 al. 3 CO.

³⁴⁵ SECO rapport du 18.12.08, Examen de la situation actuelle dans le domaine de la location de services (Loi fédérale sur le service de l'emploi et la location de services, LSE), p. 60.

Deuxième partie :
Les conventions
collectives de travail

Chapitre 9 : Notions fondamentales

341. — L'article 20 LSE, pierre angulaire de la présente étude, prévoit l'application de dispositions de CCT étendues aux travailleurs temporaires, dans la mesure où l'entreprise locataire de services est soumise à une CCT étendue. En conséquence, pour maîtriser la mise en œuvre de cet article, il convient de comprendre les mécanismes des CCT, but de cette deuxième partie.

342. — Dans le présent chapitre, après un bref historique (point 9.1), nous définirons la notion de CCT (point 9.2.1) et présenterons le contenu d'une CCT, à savoir les différentes clauses qu'elle peut contenir ainsi que les effets de ces différentes clauses (point 9.2.2).

9.1. Bref historique

343. — La Suisse a été l'un des pays pionniers en matière de CCT puisqu'en 1911, au moment de l'adoption du Code des obligations, elle a reconnu comme institution juridique le contrat de tarif, actuellement appelé CCT³⁴⁶ et le principe que les CCT l'emportent sur les dispositions contraires des contrats individuels de travail. À l'époque, dans le CO, les CCT se nommaient *contrats collectifs de travail*. La Suisse a devancé ses voisins de quelques années puisque la France a attendu 1917 et l'Allemagne 1918 pour consacrer le régime des conventions collectives de travail³⁴⁷.

344. — Avant la négociation de réelles CCT, les travailleurs et employeurs négociaient des accords de paix du travail. Dans l'horlogerie et la métallurgie,

³⁴⁶ Message concernant la révision des titres dixième et dixième bis du CO (Du contrat de travail) du 25.08.1967 in FF 1967 II p. 249.

³⁴⁷ AUBERT (2004), p. 5.

des accords historiques de paix du travail ont été signés en 1937³⁴⁸. Depuis cette époque, pour reprendre les mots de BOIS, le principe de la « *lutte des classes* » a été remplacé par le principe de la « *collaboration des classes* »³⁴⁹.

345. — En effet, la CCT est le fruit d'une négociation collective qui permet aux travailleurs de bénéficier de conditions de travail qu'ils n'auraient pas pu obtenir par la négociation individuelle. La CCT protège le travailleur, mais assure aux employeurs une stabilité dans les relations de travail et permet de prévenir les conflits sociaux³⁵⁰.

346. — De surcroît, une CCT a l'avantage d'être plus flexible que la loi en permettant de prendre en compte les spécificités de chaque branche et chaque métier ainsi que la situation actuelle du marché du travail³⁵¹.

347. — D'un point de vue législatif, le droit des CCT a fait l'objet d'une révision importante en 1956, simultanément avec l'entrée en vigueur de la LECCT. À cette époque, ont été introduites, en plus des clauses normatives classiques, des règles imposant aux employeurs et travailleurs liés par la CCT des obligations à l'égard des parties contractantes. En d'autres termes, on a introduit des règles visant « *à assurer le contrôle et l'exécution des conventions collectives (mise en place de commissions paritaires, obligation de se soumettre à des contrôles, obligation de fournir un dépôt de garantie, ...)*, ainsi que des règles imposant aux employeurs de cotiser à des institutions communes mises en place par les partenaires sociaux (caisses de compensation et de vacances, caisses d'allocations familiales, institutions d'assurances et de prévoyance, fonds pour la formation professionnelle, ...) »³⁵². En 1956 encore, a été supprimée la possibilité prévue par le CO de 1911 de permettre à un « *groupement de fait* » de travailleurs de conclure une CCT³⁵³.

348. — Ensuite, lors de la révision générale du titre X du CO en 1971, le droit des CCT n'a pas subi de grands changements si ce n'est l'adoption du nouvel article 356a CO qui a concrétisé le principe de la liberté de coalition négative (al. 2 et 3)³⁵⁴.

³⁴⁸ DE ROUGEMONT (1991), p. 41.

³⁴⁹ BOIS (1979), p. 86.

³⁵⁰ BRUCHEZ (2010), p. 162, n° 7.

³⁵¹ *Idem*, p. 162, n° 8.

³⁵² *Idem*, pp. 164-165, n° 14.

³⁵³ *Idem*, p. 165, n° 14.

³⁵⁴ *Idem*, p. 165, n° 15.

349. — Depuis lors, seules les mesures d'accompagnement aux accords bilatéraux avec l'Union européenne ont eu de l'incidence sur le droit des CCT, notamment par la possibilité d'extension facilitée des CCT en cas de sous-enchère abusive et répétée, et à titre subsidiaire, l'adoption de contrats-types fixant des salaires minimaux impératifs³⁵⁵. Cette modification donne un avantage aux organisations de travailleurs car elle leur permet, en cas d'échec de négociations, d'enclencher un processus visant à la fixation de salaires minimaux « étatiques »³⁵⁶.

350. — En Suisse, le nombre de CCT négociées et conclues n'a cessé de croître. Selon les derniers chiffres de l'OFS, au 1^{er} mai 2007, on dénombrait 615 CCT en Suisse (dont 494 contenant des salaires minimaux), ce qui représente 1 682 900 travailleurs soumis à une CCT³⁵⁷.

9.2. Définition et contenu

9.2.1. Définition

351. — En définissant la CCT, il ne faut pas perdre de vue qu'elle est en premier lieu un contrat au sens des articles 1ss CO, ce qui suppose un échange concordant de volontés entre les parties³⁵⁸. Sa conclusion et sa modification sont d'ailleurs soumises à la forme écrite (art. 356 al. 1 CO)³⁵⁹.

352. — Toutefois, la vocation même d'une CCT est de créer des normes applicables aux rapports de travail, et ce dans un but de protection de la partie faible, à savoir les travailleurs³⁶⁰.

353. — Pour démontrer la nature ambiguë des CCT, citons DE ROUGEMONT qui a écrit : « *Ce [la CCT] n'est ni un contrat de travail qui régit les rapports entre les employeurs et les travailleurs, ni une loi régissant ces rapports de travail, comme par exemple une loi fixant la durée minimale des vacances* ».

³⁵⁵ *Idem*, p. 165, n° 16.

³⁵⁶ *Idem*, p. 165, n° 16.

³⁵⁷ <http://www.bfs.admin.ch/bfs/portal/fr/index/themen/03/05/blank/key/-gesamtarbeitsvertraege0/struktur.html>, (23.03.2011).

³⁵⁸ BRUCHEZ (2010), p. 162, n° 3 ; SCHWEINGRUBER/BIGLER (1973), p. 19.

³⁵⁹ BRUCHEZ (2010), p. 162, n° 3.

³⁶⁰ *Idem*, p. 162, n° 4.

payées. Ce n'est pas vraiment du droit privé, où la justice ne s'occupe d'un contrat que si l'une des deux parties l'a saisie. Ce n'est pas non plus tout à fait du droit public, où l'État lui-même veille à faire respecter les règles qu'il édicte, en mobilisant ses gendarmes, ses juges voire ses géôliers. »³⁶¹.

354. — WYLER considère que les CCT occupent une place particulière entre le contrat individuel de travail et la législation de droit privé et de droit public³⁶². Il s'agit d'une source de droit privé avec effet normatif³⁶³, et ce à plus forte raison lorsque la CCT a été étendue. En effet, lorsque la CCT a été étendue, elle s'applique à tous les employeurs et travailleurs de la branche considérée (art. 1 LECCT).

355. — Selon AUBERT qui utilise un ton plus provocateur « *la convention collective de travail, en particulier, semble étrange aux civilistes classiques. Elle n'est pas seulement un contrat, mais, presque une loi, du moins dans la profession. Elle met en œuvre des mécanismes exorbitants au droit commun des obligations. Comment une pareille figure a-t-elle pu prospérer ?* »³⁶⁴

356. — Ces trois auteurs s'accordent sur le caractère « hybride » des CCT et nous pouvons retenir que les CCT ont donc un statut d'intermédiaire entre le droit privé et le droit public. D'une part, il s'agit d'une sorte de contrat de travail conclu entre deux parties, d'autre part, le respect de cet accord est assuré par la surveillance des organes paritaires qui interviennent pour faire respecter la CCT par ceux qui lui sont soumis. En cas d'extension de la CCT, on se rapproche encore plus du droit public puisque la CCT s'applique à tous les travailleurs et employeurs de la branche concernée et le respect de la CCT est assuré par les commissions tripartites.

357. — Les buts d'une CCT, étendue ou non, sont de protéger la partie économiquement la plus faible au contrat de travail³⁶⁵, garantir un traitement identique des différents travailleurs, éviter des conflits sociaux et fixer des conditions d'engagement par des règles relativement flexibles ; elle entraîne ainsi une limitation de la liberté contractuelle des parties. En outre, il est reconnu que pour interpréter une CCT, le juge peut se baser sur les méthodes

³⁶¹ DE ROUGEMONT (1991), p. 39.

³⁶² WYLER (2008), p. 669.

³⁶³ *Ibid.*

³⁶⁴ AUBERT (2004), p. 3.

³⁶⁵ ATF 115 II 251, c. 4a ; ATF 113 II 37, c. 4c.

développées en matière d'interprétation de la loi s'agissant des clauses normatives³⁶⁶.

358. — Le cadre normatif est posé par les articles 356 à 358 CO qui traitent de la CCT et sont complétés par la LECCT.

9.2.2. Contenu

359. — Au niveau du contenu de la CCT, comme cela ressort des trois premiers alinéas de l'article 356 CO, on différencie trois types de clauses ; à savoir les clauses normatives, les clauses semi-normatives³⁶⁷ et/ou les clauses obligationnelles.

360. — Selon BRUCHEZ, « *les dispositions sur le champ d'application de la convention collective n'entrent pas à proprement parler dans les catégories précitées puisqu'elles ne s'appliquent pas seules, mais qu'elles servent à déterminer la portée des dispositions normatives et des dispositions obligationnelles indirectes de la convention collective* »³⁶⁸.

9.2.2.1. Clauses normatives

9.2.2.1.1. Contenu de l'article 356 alinéa 1 CO

361. — L'article 356 al. 1 CO prévoit que « *par la convention collective, des employeurs ou associations d'employeurs, d'une part, et des associations de travailleurs, d'autre part, établissent en commun des clauses sur la conclusion, l'objet et la fin des contrats individuels de travail entre employeurs et travailleurs intéressés* ».

362. — Pour comprendre les effets que peuvent déployer les clauses normatives, il faut relever que les trois catégories susmentionnées – conclusion du contrat (art. 319-320 CO), objet du contrat (art. 321-330a CO) et fin du contrat (art. 334-340c CO) – correspondent aux principaux chapitres de la réglementation légale du contrat de travail, et de ce fait, la réglementation convention-

³⁶⁶ ATF 136 III 283, c. 2.3.1 ; ATF 127 III 318, c. 2a.

³⁶⁷ BRUCHEZ (2010), p. 174, n° 42.

³⁶⁸ *Idem*, p. 174, n° 43.

nelle peut couvrir tous les aspects que peut représenter une relation de travail³⁶⁹.

9.2.2.1.2. Effets

363. — Par clauses normatives, on entend donc les clauses relatives au contrat de travail en tant que tel, à sa conclusion, à son objet, à sa fin et aux droits et obligations réciproques qu'il crée pour le travailleur et l'employeur³⁷⁰. Concrètement, cela peut être par exemple des clauses relatives au salaire, aux vacances, etc³⁷¹.

364. — Les clauses normatives ont un effet direct et impératif envers les employeurs et les travailleurs qu'elles lient³⁷².

365. — De telles clauses s'appliquent donc automatiquement, sans qu'il y ait besoin d'une incorporation dans le contrat de travail, et les parties, malgré le caractère normatif de ces clauses, peuvent y déroger contractuellement, mais non au détriment du travailleur selon l'article 357 al. 2 CO³⁷³. Si les parties usent de cette possibilité, elles doivent impérativement respecter la forme écrite pour que la dérogation soit valable. En conséquence, « *les clauses d'un contrat individuel de travail plus défavorables que celles d'une convention collective sont donc inopérantes, ce qui correspond au principe de la primauté de la convention collective* »³⁷⁴.

366. — Précisons encore qu'il n'est pas possible de déroger à des clauses impératives de la CCT en offrant au travailleur des avantages de nature différente. Une jurisprudence cantonale avait analysé la question par rapport à la possibilité de compenser le travail effectué pendant les jours de congé hebdomadaire (prescrits par la CCT) avec la mise à disposition gratuite d'un logement³⁷⁵.

367. — À côté du principe de la primauté de la CCT, l'alinéa 2 de l'article 357 CO pose le principe de la clause la plus favorable au travailleur

³⁶⁹ *Idem*, p. 174, n° 44.

³⁷⁰ WYLER (2008), p. 675.

³⁷¹ *Ibid.*

³⁷² ATF 134 I 269, c. 6.3.1 ; ATF 123 III 129, c. 3a ; TF du 12.10.2004, 4C.276/2004, c. 7 ; ATF 102 Ia 16, c. 2c ; ATF 98 Ia 561, c. 1a.

³⁷³ AUBERT (2003), n. 3 ad art. 357 CO, p. 1838, ATF 115 II 251 c. 4a.

³⁷⁴ FAVRE/MUNOZ/TOBLER (2010), n. 1.4 ad art. 357 CO.

³⁷⁵ TC FR du 12.05.1998 in JAR 1999 365, c. 2a.

(*Günstigkeitsprinzip*) qui consiste à déterminer si les conditions faites au travailleur par un contrat individuel de travail sont plus avantageuses que celles de la CCT³⁷⁶. Lorsque l'on est amené à faire une comparaison entre deux clauses, il faut le faire selon des critères objectifs³⁷⁷. Il ne s'agit pas d'une appréciation subjective au cas par cas, mais de l'estimation d'un « travailleur moyen », compte tenu de la profession et de ses usages³⁷⁸. Lorsqu'un contrat individuel de travail est en partie moins favorable et en partie plus favorable que la CCT, il ne faut pas comparer de manière globale, mais il faut se baser sur une *comparaison groupée* (ou *comparaison de secteurs*, *Gruppenvergleich*)³⁷⁹ qui consiste à mettre en relation étroite les dispositions du contrat individuel de travail et les dispositions de la CCT concernant le même sujet³⁸⁰. Par contre, des clauses ne se rapportant pas au même secteur doivent être envisagées séparément³⁸¹.

368. — À titre d'exemple, selon le TF, dans un cas d'accord individuel dérogatoire à la Convention nationale pour le secteur principal de la construction en Suisse, sur la question du salaire afférent aux vacances pour les travailleurs payés à l'heure, il faut juger l'admissibilité de cet accord en confrontant les indemnités de vacances mensuelles selon la Convention nationale avec celles prévues dans le contrat individuel de travail, et non en comparant avec le salaire global³⁸². Dans cet arrêt³⁸³ qui a fait jurisprudence, le TF a renforcé les critères de la *comparaison groupée*, alors que précédemment il avait mis en relation des clauses relatives à la durée hebdomadaire du travail contenues dans la CCT avec des clauses relatives au salaire contenues dans le contrat individuel de travail³⁸⁴. Il avait jugé que la durée de travail prévue par la CCT était certes moins contraignante que celle prévue par le contrat de travail, mais que ce dernier prévoyait un salaire mensuel plus élevé³⁸⁵. Le TF a donc com-

³⁷⁶ TF du 16.11.2001, 4C.269/2001, c. 4b.

³⁷⁷ TF du 16.11.2001, 4C.269/2001, c. 4b ; ATF 116 II 153 c. 2a.

³⁷⁸ SCHMID (2010), n. 30 ad art. 357 CO, p. 244 ; TF du 06.05.2008, 4A_300/2007, c. 3.2.4.3.

³⁷⁹ Par opposition à *comparaison globale et comparaison individuelle*, cf. SCHMID (2010), n. 27 ad art. 357 CO, p. 242.

³⁸⁰ TF du 16.11.2001, 4C.269/2001, c. 4b ; ATF 116 II 153 c. 2a.

³⁸¹ TF du 16.11.2001, 4C.269/2001, c. 4b ; TF du 03.10.1994 in SJ 1995 p. 813, c. 1b.

³⁸² ATF 134 III 399, c. 3.2.4.3.

³⁸³ *Ibid.*

³⁸⁴ TF du 04.05.05, 4C.67/2005, c. 4, résumé in JAR 2006 229.

³⁸⁵ *Ibid.*

paré des clauses différentes et sans tenir compte du besoin de temps libre du travailleur³⁸⁶.

369. — Selon l'article 357 al. 1 CO, les clauses normatives de la CCT n'ont en principe d'effet direct et impératif qu'envers les employeurs et travailleurs qu'elles lient³⁸⁷, c'est-à-dire les employeurs qui sont personnellement parties à la CCT, les employeurs et travailleurs qui sont membres d'une association contractante ainsi que les éventuels employeurs et travailleurs qui ont déclaré se soumettre à la CCT au sens de l'article 356b CO³⁸⁸. Il faut encore relever le cas où un employeur et/ou un travailleur ont adhéré à une association contractante signataire de la CCT, et par conséquent, se soumettent librement aux dispositions normatives de la CCT, en vertu de l'article 357 al. 1 CO.

370. — Au vu de ce qui précède, le TF a considéré que « [...] *la logique veut qu'on les [les clauses normatives] assimile à celles du contrat individuel de travail, s'agissant de rechercher quels sont les effets de l'inexécution des obligations qu'elles incluent. Il suit de là que les clauses normatives d'une CCT entrent, elles aussi, dans les prévisions de l'article 97 CO. Dès lors, bien que lesdites clauses aient d'une certaine manière la portée de prescriptions légales, la règle générale du code des obligations suffit à en assurer le respect, partant à fonder la responsabilité du débiteur qui ne les exécuterait pas.* »³⁸⁹.

371. — De manière concrète, l'article d'une CCT qui définit la notion de « petit établissement » pour déterminer la durée moyenne de la semaine de travail a été considéré comme une clause normative puisqu'il régit directement la relation entre le travailleur et l'employeur³⁹⁰. Il en va de même pour les clauses d'une CCT qui fixent des salaires minimaux ou des augmentations salariales annuelles minimales. De telles clauses revêtent un caractère impératif et on ne peut y déroger au détriment du travailleur, tant que la CCT en question est en vigueur et que les relations de travail n'ont pas été résiliées depuis plus d'un mois³⁹¹.

³⁸⁶ *Ibid.*

³⁸⁷ ATF 134 I 269, c. 6.3.1 ; ATF 123 III 129, c. 3a ; TF du 12.10.2004, 4C.276/2004, c. 7 ; ATF 98 Ia 561, c. 1a ; message LECCT du 29.01.1954 in FF 1954 I p. 125, 156.

³⁸⁸ ATF 134 I 269, c. 6.3.1 ; ATF 123 III 129, c. 3a ; TF du 12.10.2004, 4C.276/2004, c. 7 ; ATF 98 Ia 561, c. 1a ; message LECCT du 29.01.1954 in FF 1954 I p. 125, 156.

³⁸⁹ ATF 115 II 251 c. 4a.

³⁹⁰ CAPH GE du 18.01.1999 in JU-TRAV 2000 p. 145, c. 4^e.

³⁹¹ CAPH GE du 20.10.1997 in SARB 1999 p. 503.

372. — En cas de modification du contenu de la CCT, il est important que les dispositions normatives, du fait qu'elles ont un effet direct sur les relations individuelles, puissent être connues de tous avec certitude. Le TF trouve d'ailleurs regrettable que la publication de la Feuille fédérale soit à ce point laconique que l'on ne puisse saisir d'emblée quel est le contenu de la modification au point que les avocats des parties divergent sur le contenu de celle-ci³⁹².

373. — En mot de conclusion par rapport aux clauses normatives, elles « *s'appliquent directement au contrat individuel de travail, par l'effet de sa seule conclusion (art. 357 CO), quelle que soit la forme du contrat* »³⁹³.

9.2.2.2. Clauses semi-normatives

9.2.2.2.1. Contenu de l'article 356 alinéa 2 CO

374. — L'article 356 al. 2 CO prévoit que « *La convention peut également contenir d'autres clauses, pourvu qu'elles concernent les rapports entre employeurs et travailleurs ; elle peut même être limitée à ces clauses.* ».

375. — Il s'agit des clauses qui, sans être inhérentes au contrat de travail lui-même, organisent les rapports de travail³⁹⁴.

9.2.2.2.2. Effets

376. — Plus spécifiquement, par clauses semi-normatives, on entend les clauses applicables aux rapports entre une institution commune des partenaires conventionnels (commission paritaire), d'une part, et chaque employeur ou travailleur intéressé, d'autre part³⁹⁵. En principe, ce genre de clauses impose des obligations à l'une des parties au contrat de travail sans conférer de droit direct à l'autre partie.

377. — Comme les clauses normatives, les clauses semi-normatives ont un effet normatif car elles s'appliquent directement et de manière impérative soit

³⁹² ATF 136 III 283, c. 2.3.2.

³⁹³ WYLER (2008), p. 675.

³⁹⁴ BRUCHEZ (2010), p. 175, n° 49, le terme de *clause obligationnelle indirecte* vient de l'allemand : *indirektschuldrechtliche Bestimmungen*.

³⁹⁵ BRUCHEZ (2010), p. 175, n° 50.

aux employeurs, soit aux travailleurs liés³⁹⁶. Mais contrairement aux clauses normatives, l'effet normatif des clauses semi-normatives ne se produit pas simultanément pour les deux parties au contrat de travail³⁹⁷.

378. — Du fait que ces clauses ne confèrent pas de droit direct aux parties au contrat de travail, ni l'employeur, ni le travailleur ne peuvent en réclamer l'application³⁹⁸. Ce sont donc les associations signataires de la CCT qui doivent intervenir pour obtenir leur respect. Selon l'article 357a al. 1 CO, elles doivent intervenir auprès de leurs membres pour assurer l'observation de ces clauses³⁹⁹.

379. — Selon le TF, une convention collective de travail peut valablement prévoir que les parties contractantes créeront des associations auxquelles l'exécution commune (au sens de l'art. 357b CO), y compris l'exercice d'actions judiciaires, sera déléguée⁴⁰⁰. Les travailleurs n'ayant aucune influence sur l'intervention des associations patronales auprès de leurs membres, l'existence d'un mécanisme d'exécution commune se veut indispensable pour assurer le respect effectif des dispositions semi-normatives de la CCT⁴⁰¹.

380. — Comme exemples de clauses semi-normatives, nous pouvons citer les dispositions relatives aux contributions en faveur des organismes paritaires, à la représentation des travailleurs au sein de l'entreprise, au respect de la CCT par les parties au contrat de travail et à l'égalité de traitement entre travailleurs liés ou non par la CCT⁴⁰².

9.2.2.3. Clauses obligationnelles

9.2.2.3.1. Contenu de l'article 356 alinéa 3 CO

381. — Selon l'article 356 al. 3 CO, « *La convention peut en outre régler les droits et obligations réciproques des parties contractantes, ainsi que le contrôle et l'exécution des clauses prévues aux alinéas précédents.* ».

³⁹⁶ *Idem*, p. 175, n° 51.

³⁹⁷ *Idem*, p. 175, n° 51.

³⁹⁸ *Idem*, p. 176, n° 51.

³⁹⁹ *Idem*, p. 176, n° 51.

⁴⁰⁰ ATF 134 III 541, c. 3-5.

⁴⁰¹ BRUCHEZ (2010), p. 176, n° 52.

⁴⁰² *Idem*, p. 176, n° 53.

9.2.2.3.2. Effets

382. — Par clauses obligationnelles, on entend les clauses qui concernent exclusivement les droits et obligations réciproques des parties contractantes, ainsi que le contrôle et l'exécution des clauses normatives et semi-normatives (art. 356 al. 3 CO)⁴⁰³. À préciser que seules les parties à la CCT peuvent agir en justice en cas de violation d'une disposition obligationnelle⁴⁰⁴.

9.2.2.4. Délimitations entre les différents types de clauses

383. — Pour attribuer une clause à l'une des trois catégories précitées, il faut en déterminer sa portée : « *il s'agit donc, en interprétant la clause, de déterminer à qui (employeur, travailleur, organisation patronale, organisation syndicale, travailleur ou autre institution) la clause donne des droits et à qui elle impose des obligations* »⁴⁰⁵.

384. — En cas de doute quant à l'attribution de la clause à l'une des trois catégories, il faut présumer que l'on traite d'une clause normative car l'objectif de base d'une CCT consiste à régler directement les conditions de travail⁴⁰⁶.

385. — Par exemple, les clauses prévoyant des salaires moyens ne constituent pas des clauses normatives car un travailleur ne peut pas se prévaloir individuellement d'un salaire moyen à l'égard de son employeur ; on les classe en conséquence dans la catégorie des clauses semi-normatives⁴⁰⁷. Alors que les clauses prévoyant le maintien ou l'augmentation des salaires effectifs sont classées dans la catégorie des clauses normatives puisque les travailleurs peuvent se prévaloir directement de telles clauses à l'égard de leur employeur⁴⁰⁸. Il en va de même lorsque l'employeur ne conclut pas les assurances prévues selon la CCT : les travailleurs peuvent se prévaloir directement

⁴⁰³ WYLER (2008), p. 676.

⁴⁰⁴ BRUCHEZ (2010), p. 176, n° 54.

⁴⁰⁵ *Idem*, p. 178, n° 65.

⁴⁰⁶ BerK-STÖCKLI (1999), n. 7 ad art. 357 CO, p. 2126 ; ZK-VISCHER/ALBRECHT (2006), n. 3 ad art. 357 CO, p. 215-216.

⁴⁰⁷ BRUCHEZ (2010), p. 178, n° 67.

⁴⁰⁸ ATF 104 II 204, c. c ; ATF 96 I 433, c. 5 a et b.

de telles clauses et réclamer à l'employeur des dommages-intérêts afin de compenser les prestations manquantes⁴⁰⁹.

9.2.2.5. Obligation de respect du droit impératif

386. — Selon l'article 358 CO, toute CCT doit respecter le droit impératif de la Confédération et des cantons, étant précisé cependant que les dérogations stipulées en faveur des travailleurs sont valables, à moins que le droit impératif ne s'y oppose expressément. En d'autres termes, le droit impératif de la Confédération et des cantons l'emporte sur la CCT. « *A contrario, cela signifie que lorsqu'une norme légale est dispositive, la convention collective a la primauté.* »⁴¹⁰.

387. — D'un point de vue procédural, « *La question de la compatibilité des dispositions normatives d'une convention collective avec le droit impératif supérieur doit donc être examinée préjudiciellement dans une procédure civile opposant le travailleur et l'employeur.* »⁴¹¹.

388. — Comme le législateur, les parties à une CCT sont dotées d'un pouvoir normatif du fait qu'elles peuvent fixer des règles impératives pour des tiers. Ce pouvoir doit être limité, de la même façon que pour le législateur, par les droits et les principes constitutionnels, et ce tant pour les clauses normatives que pour les clauses semi-normatives⁴¹². Cela signifie notamment que les dispositions d'une CCT doivent respecter le principe de l'égalité consacré à l'article 8 de la Constitution fédérale⁴¹³.

389. — L'article 358 CO permet des dérogations en faveur des travailleurs si le droit impératif ne s'y oppose pas expressément comme nous l'avons déjà évoqué. En pratique, des dérogations de ce type sont très courantes vu que le but même des CCT est d'accroître la protection des travailleurs découlant des dispositions impératives de la loi⁴¹⁴.

390. — Cela ressort clairement du message du Conseil fédéral, du 29 janvier 1954, à l'appui du projet de loi sur la convention collective de travail et son

⁴⁰⁹ ATF 124 III 126, c. 4 ; ATF 115 II 251, c. 4b.

⁴¹⁰ BRUCHEZ (2010), p. 296, n° 1.

⁴¹¹ *Idem*, p. 178-179, n° 70.

⁴¹² *Idem*, p. 179, n° 72.

⁴¹³ *Idem*, p. 179, n° 72.

⁴¹⁴ *Idem*, p. 297, n° 8.

champ d'application : « *Selon un principe général, le droit impératif de la Confédération et des cantons l'emporte sur la convention collective. Le caractère social du droit collectif du travail doit cependant être pris en considération. La convention collective contient surtout des clauses établies en faveur du travailleur. Or, suivant l'opinion dominante, les clauses plus favorables au travailleur que les dispositions légales impératives priment ces dispositions, à moins que celles-ci ne soient absolues. C'est là le principe de la clause la plus favorable. Il est admis dans le projet et s'applique aussi lorsqu'il y a concurrence entre une convention collective ordinaire et une convention collective à champ d'application étendu par décision administrative (art. 12, 3e al.), ou bien entre des contrats individuels et certaines clauses d'une convention collective (art. 4, 2e al.).* »⁴¹⁵. Le principe de la clause la plus favorable doit s'inscrire comme un principe de base en matière d'application des CCT.

⁴¹⁵ Message LECCT du 29.01.1954 in FF 1954 p. 125, 168.

Chapitre 10 : Conclusion d'une CCT

391. — Dans le présent chapitre, nous traiterons des aspects généraux relatifs à la conclusion d'une CCT (point 10.1), des parties à la CCT (point 10.2) ainsi que toutes les questions liées à l'obligation d'admettre des parties non contractantes (point 10.2.3), au droit d'adhérer à une CCT (point 10.2.4), au droit de négocier une CCT (point 10.2.5), à l'obligation d'entrer en négociations en vue de conclure une CCT (point 10.2.6), et enfin, le cas de la soumission individuelle (point 10.2.7).

10.1. Généralités

392. — La CCT étant un contrat⁴¹⁶, il faut se référer aux règles habituelles relatives à la conclusion d'un contrat de droit privé⁴¹⁷. Un échange réciproque et concordant des manifestations de volontés des parties contractantes est donc nécessaire. En outre, selon l'article 356c al. 1 CO, la conclusion de la CCT, ses modifications et sa résiliation par accord des parties ainsi que l'adhésion d'une tierce association et la dénonciation ne sont valables qu'en la forme écrite.

393. — Dans le processus de conclusion de la CCT, il faut respecter la liberté d'association, d'une part, et la liberté contractuelle, d'autre part. Mais ces libertés peuvent se voir restreintes afin d'assurer une application large des CCT, ce qui était le vœu du législateur⁴¹⁸.

394. — De tout temps, la jurisprudence a protégé la liberté d'association des employeurs et des travailleurs. Dès les années quarante, dans ce but-là, le TF a

⁴¹⁶ BRUCHEZ (2010), p. 162, n° 3 ; SCHWEINGRUBER/BIGLER (1973), p. 19.

⁴¹⁷ BRUCHEZ (2010), p. 162, n° 3 ; TERCIER (2009), *Les contrats spéciaux*, p. 610, n° 4081.

⁴¹⁸ Message LECCT du 29.01.1954 in FF 1954 I 125, p. 141-142.

admis que les parties à une CCT ne pouvaient pas valablement obliger les entreprises à n'engager que des travailleurs membres d'un syndicat partie à la CCT⁴¹⁹. Une telle clause violerait leur liberté d'association négative leur permettant de renoncer à toute appartenance syndicale ainsi que leur liberté d'association positive leur permettant d'adhérer à un syndicat non signataire d'une CCT⁴²⁰. Le TF a toutefois admis la contrainte d'application de la CCT en reconnaissant l'*engagement dit de fidélité* qui consiste en une obligation réciproque assumée par les employeurs et les employés de ne conclure des contrats de travail qu'avec des travailleurs ou des entreprises ayant adhéré au contrat collectif de travail dont ils sont parties⁴²¹.

395. — Le principe de la liberté contractuelle s'applique au droit collectif du travail⁴²². Selon le TF, les limites à l'application de la liberté contractuelle sont l'illégalité et l'atteinte aux mœurs et coutumes⁴²³. Comme exemple de comportement illégal et portant atteinte aux mœurs et coutumes, le TF a notamment retenu le cas où une organisation refusait, sans aucun motif raisonnable, d'admettre une organisation de travailleurs déterminée à des négociations portant sur une CCT, et apparemment dans l'intérêt d'affaiblir la position des travailleurs pour obtenir de la sorte plus d'avantages pour soi⁴²⁴. Quelques temps après, le TF a confirmé cette jurisprudence et a décidé qu'une association professionnelle ne pouvait prétendre conclure une CCT ou la négocier uniquement si les parties à la CCT lui refusaient ce droit pour des motifs indéfendables, et ce dans le but d'affaiblir encore une partie déjà économiquement faible en la privant de la protection que représente la CCT⁴²⁵.

396. — Ensuite le TF a dû se prononcer sur l'action d'un syndicat tendant à adhérer à une CCT⁴²⁶. Dans cet arrêt, il a laissé ouverte la question de savoir si, en cas de refus par les parties contractantes d'admettre à la CCT une tierce organisation, cette dernière pouvait ou non revendiquer à leur encontre son admission, et dans la négative, réclamer seulement la signature d'une conven-

⁴¹⁹ AUBERT (2004), p. 5, interdiction de *closed shop*.

⁴²⁰ *Idem*, p. 6.

⁴²¹ ATF 113 II 37, c. 4a, JdT 1987 I 471 = arrêt FTMH ; ATF 75 II 305, c. 6, 7 et 8, JdT 1950 I 162.

⁴²² ATF 113 II 37, c. 4a, JdT 1987 I 471 ; ATF 74 II 158, c. 3, arrêt de principe.

⁴²³ ATF 113 II 37, c. 4a, JdT 1987 I 471 ; ATF 74 II 158, c. 3, arrêt de principe.

⁴²⁴ ATF 113 II 37, c. 4a, JdT 1987 I 471 ; ATF 74 II 158, c. 3, arrêt de principe.

⁴²⁵ ATF 75 II 305, c. 9b et c, JdT 1950 I 162.

⁴²⁶ ATF 113 II 37, JdT 1987 I 471.

tion identique. Dans ce même arrêt, le TF a une nouvelle fois confirmé sa jurisprudence en ce sens que le refus d'admettre un syndicat dans le cadre d'une CCT préexistante ne pouvait être admis s'il constituait un abus ou une violation des droits de la personnalité⁴²⁷. Pour conclure, cet arrêt maintient le principe selon lequel la libre volonté au sens de l'article 19 CO ne permet quand même pas aux parties de contourner les buts mêmes de la CCT.

10.2. Les parties à la CCT

397. — Par *parties* dans un sens étroit, il faut entendre les parties qui ont négocié la CCT, puis qui l'ont adoptée. Du côté « employeur », il peut s'agir d'un employeur seul, de plusieurs employeurs, d'une association d'employeurs ou de plusieurs associations d'employeurs. Par contre, du côté « travailleur », il ne peut s'agir d'un travailleur seul mais uniquement d'une ou plusieurs associations de travailleurs, tel qu'un syndicat. À préciser que du côté des travailleurs, des groupements de fait, non organisés, ne peuvent être parties à la CCT⁴²⁸. Par ailleurs, on attache beaucoup « *d'importance à ce que les parties contractantes répondent du comportement de leurs membres que le législateur exige absolument des parties contractantes qu'elles soient organisées, en tout cas du côté des travailleurs* »⁴²⁹.

398. — Selon BOIS, « *les règles normatives et, éventuellement, les règles relativement obligatoires d'une convention collective de travail s'appliquent aux relations de travail existant entre un employeur et un travailleur < liés > par cette convention* »⁴³⁰.

399. — Il ne faut donc pas confondre *parties à la CCT* avec les employeurs et/ou travailleurs que l'on considère comme *liés par la CCT*. Sont liés par une CCT⁴³¹ :

- l'employeur partie à une CCT ;
- l'employeur membre d'un groupement partie à une CCT ;
- l'employeur soumis à une CCT au sens de l'article 356b CO ;

⁴²⁷ ATF 113 II 37, c. 4b et c, JdT 1987 I 471.

⁴²⁸ SCHWEINGRUBER/BIGLER (1973), n. 4 ad art. 356 CO, p. 33.

⁴²⁹ *Ibid.*

⁴³⁰ BOIS (1975), p. 443.

⁴³¹ *Ibid.*

- le travailleur membre d'un groupement partie à une CCT ;
- le travailleur soumis à une CCT au sens de l'article 356b CO ;
- l'employeur et le travailleur d'une branche économique concernée par une décision d'extension d'une CCT ;
- l'employeur qui acquiert une entreprise soumise à une CCT au sens de l'article 333 al. 1^{bis} CO (*cas de transfert des rapports de travail*)⁴³².

400. — *A contrario*, une CCT n'est pas opposable à une personne non liée. Dans plusieurs arrêts, le TF⁴³³ a confirmé que les dispositions d'une CCT ne sont pas applicables à un contrat individuel de travail si l'une ou les deux parties au contrat individuel ne sont pas liées à la CCT. Par cet avis, le TF⁴³⁴ considère qu'il n'y a pas lieu de se départir du principe fondamental de droit privé selon lequel, le contrat ne lie pas le tiers qui n'y a pas adhéré⁴³⁵.

401. — Le TF a d'ailleurs considéré qu'il était arbitraire d'appliquer une CCT dans un conflit alors que les parties n'étaient pas liées selon les articles 356 et 356b CO par la CCT et que celle-ci n'avait pas fait l'objet d'une décision d'extension au sens de la LECCT⁴³⁶.

402. — La loi ne définit pas la notion d'« *employeurs et travailleurs qu'elles lient* » au sens de l'article 357 al. 1 CO. En conséquence, pour être sûr qu'un employeur ou un travailleur est lié par la CCT, donc soumis à l'effet direct et impératif de celle-ci, il faut examiner les autres dimensions d'application de la CCT, notamment l'application temporelle qui pourrait prévoir un effet prolongé de la CCT à des personnes qui donnent l'impression de ne plus être liées à la CCT au sens de l'article 357 al. 1 CO.

403. — Avant de poursuivre dans le développement des organisations professionnelles, il faut préciser que « *l'adhésion des employeurs et des salariés aux organisations professionnelles n'est pas obligatoire : les intéressés sont libres de s'y affilier ou non.* »⁴³⁷. La jurisprudence a notamment précisé que « *demeure sans effet, pour le travailleur non syndiqué, la clause de la convention collective déclarant cette dernière applicable à tous les travailleurs occu-*

⁴³² BRUCHEZ (2010), p. 184-185, n° 94.

⁴³³ ATF 123 III 129, c. 3a ; ATF 102 Ia 16, c. 2b et c.

⁴³⁴ ATF 123 III 129, c. 3a ; ATF 102 Ia 16, c. b et c.

⁴³⁵ BOIS (1975), p. 444.

⁴³⁶ ATF 102 Ia 16, c. 2c.

⁴³⁷ AUBERT (2004), p. 5.

pés par un employeur lié, qu'ils soient membres ou non de l'association contractante »⁴³⁸.

10.2.1. Les syndicats et autres organisations de salariés

404. — En principe, les CCT sont négociées entre un syndicat et l'organisation patronale du domaine qui fait l'objet de la CCT.

405. — Selon le texte de l'article 356 al. 1 CO, seules des associations de travailleurs et non un travailleur seul peut conclure une CCT. Ce qui paraît logique : un employeur est souvent à la tête d'une entreprise qui emploie plusieurs travailleurs, ce qui lui permet d'être seul dans une négociation de CCT, contrairement au travailleur.

406. — En 1987, le TF a admis qu'en vertu de la liberté syndicale, tout syndicat considéré comme loyal et représentatif a le droit d'adhérer à une CCT existante⁴³⁹. Le TF a admis un tel droit, respectivement une telle obligation aux parties de la CCT, afin d'éviter que le syndicat minoritaire soit discrédité aux yeux de ses membres et que ceux-ci le quittent au profit d'un syndicat plus important et de plus grande renommée, dont ils ne partageraient pas forcément les conceptions politiques⁴⁴⁰.

407. — Le TF a affiné sa jurisprudence en 1992 en jugeant que « *l'organisation professionnelle qui prétend adhérer à une CCT doit en accepter toutes les dispositions ; elle ne saurait exiger de mettre en œuvre ses propres institutions sociales, même si ces dernières offrent aux salariés tous les avantages prévus par convention existante* »⁴⁴¹.

408. — Dernièrement, le TF a jugé qu'un syndicat n'avait pas la qualité pour agir en justice en vue d'obtenir la réintégration d'une employée à son poste de travail⁴⁴².

⁴³⁸ *Idem*, p. 11.

⁴³⁹ ATF 113 II 37, c. 4c et 5, JDT 1987 I 471.

⁴⁴⁰ AUBERT (2004), p. 9 ; ATF 113 II 37, c. 4c et 5, JDT 1987 I 471.

⁴⁴¹ AUBERT (2004), p. 10 ; ATF 118 II 431, c. 4c.

⁴⁴² TF du 12.07.2010, 4A_248/2010, c. 4.2 ; Plus précisément, le TF a refusé la demande d'un syndicat visant à réintégrer une vendeuse licenciée après s'être exprimée, en tant que déléguée syndicale, dans la presse contre la prolongation des horaires de travail. Selon le TF, le licenciement de l'employée ne porte pas atteinte aux droits de la personnalité des travailleurs

10.2.2. Les associations patronales et les employeurs

409. — Du côté patronal, la CCT peut être conclue par une ou plusieurs associations patronales et/ ou par un ou plusieurs employeurs (art. 356 al. 1 CO).

410. — Selon le TF, il est tout à fait possible de quitter une association patronale non seulement par une déclaration unilatérale de sortie au sens de l'article 70 al. 2 CC, mais aussi par l'établissement d'une convention entre l'association patronale et le membre qui veut en sortir⁴⁴³.

411. — Mais l'employeur qui quitte son association professionnelle reste lié par la CCT pendant toute la durée de validité de celle-ci⁴⁴⁴. Et si la CCT est de durée indéterminée, le délai de l'article 356c al. 2 CO s'applique⁴⁴⁵.

10.2.3. L'obligation d'admettre des parties non contractantes dans une CCT

412. — L'article 356 al. 4 CO prévoit le cas de figure dans lequel une ou plusieurs associations d'employeurs ou de travailleurs ont « [...] *adhéré ultérieurement avec le consentement des parties* [...] ».

413. — Pour pouvoir adhérer à une CCT déjà conclue, l'accord des parties à la CCT est requis, conformément au principe de la liberté contractuelle qui permet à chacun de contracter avec qui il veut et de refuser de contracter avec qui il ne veut pas⁴⁴⁶. Il ne s'agit donc pas d'un acte unilatéral⁴⁴⁷. Toutefois, le TF a jugé que l'autonomie de volonté ne pouvait être invoquée par les parties

de la profession concernée et la demande de réintégration d'une employée ne constitue pas un intérêt collectif au regard de la liberté syndicale (c. 4.2).

⁴⁴³ ATF 134 III 625, c. 3.5.2 ; En l'espèce, l'employeur, une charpenterie, comme la plupart des entreprises de construction actives dans le domaine du bois, s'est retiré de la Société Suisse des Entrepreneurs (SSE) sur la base d'un accord contractuel prenant effet à la fin du mois de mars 2003. Il n'a par conséquent jamais été soumis à la convention collective de travail pour la retraite anticipée dans le secteur principal de la construction (CCT RA), entrée en vigueur le 1^{er} juillet 2003, conclue entre la SSE et deux syndicats, raison pour laquelle il n'existe *a priori* pas de droit pour ses employés à une rente intermédiaire en cas de retraite anticipée selon la CCT RA (c. 1-3).

⁴⁴⁴ TF du 13.06.2000, 4C.7/1999, c. 4 in SJ 2001 I 49 et JAR 2003 407.

⁴⁴⁵ GABATHULER (2010), p. 229, n° 23.

⁴⁴⁶ DE ROUGEMONT (1991), p. 43.

⁴⁴⁷ BRUCHEZ (2010), p. 171, n° 32.

à une CCT qui voulaient empêcher, sans intérêt légitime, un syndicat minoritaire et suffisamment représentatif d'adhérer à la convention⁴⁴⁸. À ce titre, il a rappelé que dans les débats parlementaires il ne ressortait pas que la liberté contractuelle des parties doive prévaloir sur les buts de la CCT⁴⁴⁹.

414. — Mais une jurisprudence cantonale ultérieure a déclaré que l'opposition des employeurs à l'adhésion d'un syndicat ayant porté une atteinte importante à la paix du travail était tout à fait justifiée⁴⁵⁰. En outre, le TF a reconnu que les parties à une CCT ont un intérêt digne de protection à s'opposer à l'adhésion d'une organisation qui refuse de s'y soumettre entièrement, notamment en déclarant vouloir conserver sa propre caisse de compensation⁴⁵¹. Ceci pour respecter le but même de l'alinéa 4 de l'article 356 CO imposant aux parties (qui ont négocié la CCT ou celles qui ont adhéré par la suite) d'avoir, les unes envers les autres, les mêmes droits et obligations, et interdisant tout accord contraire.

415. — Comme nous le verrons ci-dessous, il est important de ne pas confondre l'adhésion à une CCT déjà signée avec la soumission individuelle au sens de l'article 356b CO. En cas d'adhésion à la CCT, l'association d'employeurs ou de travailleurs devient partie à la CCT contrairement à l'entreprise ou au travailleur qui se soumet individuellement à la CCT en obtenant uniquement le statut de personne liée par la CCT.

10.2.4. Le droit d'adhérer à une CCT

416. — L'article 356 al. 4 CO ne prévoit pas expressément un droit d'adhérer à une CCT « *car le législateur de 1956 a considéré qu'il était difficile d'établir une règle générale en la matière et qu'il fallait que le juge puisse examiner de*

⁴⁴⁸ ATF 113 II 37, c. 4, b et c, JDT 1987 I 471.

⁴⁴⁹ ATF 113 II 37, c. 4c, JDT 1987 I 471 : *Si è visto che il Consiglio federale ha rinunciato in tale circostanza a proporre diritti di adesione o obblighi di trattativa riservando le eventualità in cui associazioni padronali o sindacati si fossero serviti di metodi analoghi al boicottaggio. Che la libertà contrattuale delle parti dovesse prevalere anche sugli scopi del contratto collettivo non è stato affermato nemmeno durante i dibattiti parlamentari* (BO CE 1955 p. 194 et BO CN 1956 p. 228ss.).

⁴⁵⁰ KG GR du 06.02.1996 in JAR 1997 p. 260.

⁴⁵¹ ATF 118 II 431, c. 4.

telles situations en vertu des principes applicables en matière de boycott qui étaient encore mouvants à l'époque »⁴⁵².

417. — Il est important de relever que dans son message de 1954 relatif à la LECCT, le Conseil fédéral a émis le vœu suivant : « [...], *il faudrait, en effet, que toutes les associations puissent, en principe, faire usage du droit, que la loi leur donne, d'établir au moyen de la convention collective des prescriptions valables pour les employeurs et les travailleurs liés par elle. Aussi est-il incompatible avec la conception fondamentale de la convention collective que telle ou telle association use de sa puissance pour ravir ce droit à d'autres associations.* »⁴⁵³.

418. — En se fondant sur le Message du Conseil fédéral de 1954⁴⁵⁴ et sur sa jurisprudence en matière de boycott⁴⁵⁵, le TF a considéré que les parties à une CCT ne pouvaient pas invoquer le principe de la liberté contractuelle afin d'empêcher, sans intérêt légitime, un syndicat minoritaire et suffisamment représentatif d'adhérer à la CCT⁴⁵⁶. Il s'agit du fameux arrêt FTMH⁴⁵⁷ dans lequel le TF « *a admis la représentativité de la FTMH et sa légitimité à demander son adhésion à une convention collective de travail d'entreprise, malgré le fait qu'elle ne regroupait que 7 % environ des travailleurs, en prenant en considération son importance évidente sur le plan national* »⁴⁵⁸. Dans ce même arrêt, le TF a également soumis le droit d'adhésion à la condition de loyauté du syndicat⁴⁵⁹. Cette notion de loyauté découle du principe de la bonne foi consacré par l'article 2 CC et se caractérise singulièrement par le respect des engagements pris au moment de la négociation et après la conclusion de la CCT⁴⁶⁰.

⁴⁵² BRUCHEZ (2010), p. 172 n° 36 ; Message LECCT du 29.01.1954 in FF 1954 I p. 125, 140-142.

⁴⁵³ Message LECCT du 29.01.1954 in FF 1954 I p. 125, 141 ; voir aussi le contenu de l'art. 2 ch. 6 LECCT : « *les associations d'employeurs et de travailleurs qui ne sont pas liées par la convention doivent pouvoir y adhérer à égalité de droits et d'obligations avec les associations contractantes lorsqu'elles justifient d'un intérêt légitime et offrent des garanties suffisantes pour son observation* ».

⁴⁵⁴ Message LECCT du 29.01.1954 in FF 1954 I 125.

⁴⁵⁵ ATF 74 II 158, c. 3a-d = arrêt de principe.

⁴⁵⁶ BRUCHEZ (2010), p. 172, n° 38.

⁴⁵⁷ ATF 113 II 37, c. 4°, b et c, JDT 1987 I 471.

⁴⁵⁸ BRUCHEZ (2010), p. 173, n° 38.

⁴⁵⁹ ATF 113 II 37, c. 5, JDT 1987 I 471.

⁴⁶⁰ BRUCHEZ (2010), p. 173, n° 39.

419. — Selon AUBERT, par cet arrêt, le TF a protégé la liberté syndicale en reconnaissant à tout syndicat loyal et représentatif le droit d'adhérer à une CCT existante⁴⁶¹. Et par ce biais, les parties à la CCT existante se sont vues imposer une obligation de contracter afin d'éviter « *que le syndicat minoritaire soit déconsidéré aux yeux de ses membres et que ces derniers le quittent pour confier leurs intérêts à une autre organisation, dont ils ne partageraient pas nécessairement les conceptions politiques* »⁴⁶².

10.2.5. Le droit de négocier une CCT

420. — Du droit d'adhérer à une CCT, il faut distinguer le droit de négocier une telle CCT.

421. — Avant de traiter de l'obligation d'entrer en négociations en vue de conclure une CCT, il faut examiner l'existence d'un droit de négocier une CCT. Le TF a reconnu indirectement un tel droit en 2002 dans un arrêt relatif au processus législatif visant à élaborer le statut de la fonction publique vaudoise⁴⁶³. En vertu de la liberté syndicale, le TF a considéré que l'État a le devoir d'entendre toutes les organisations syndicales, de façon appropriée, avant de prendre une décision⁴⁶⁴. Dans le cas d'espèce, il ne s'agit pas d'une négociation de CCT, mais de l'élaboration de règlements d'application d'une loi sur le personnel⁴⁶⁵. Par contre, de la motivation du TF, nous pouvons en tirer un droit de négociation collective du fait que les syndicats sont les interlocuteurs valables et obligatoires des employeurs⁴⁶⁶. Il en découle que « *les employeurs ont l'obligation de participer à une procédure de négociation collective sollicitée par un syndicat loyal et représentatif* »⁴⁶⁷. Comme pour le droit d'adhérer à la CCT, le droit de négocier une CCT est soumis aux exigences de loyauté et de représentativité du syndicat⁴⁶⁸.

⁴⁶¹ AUBERT (2004), p. 9.

⁴⁶² *Ibid.*

⁴⁶³ ATF 129 I 113 c. 3.4.

⁴⁶⁴ AUBERT (2004), p. 10.

⁴⁶⁵ ATF 129 I 113, c. 1.3.

⁴⁶⁶ *Idem*, c. 3.4.

⁴⁶⁷ AUBERT (2004), p. 10.

⁴⁶⁸ BRUCHEZ (2010), p. 173-174, n° 40.

422. — Selon BRUCHEZ, « le droit pour un syndicat de participer à des négociations visant à la conclusion d'une CCT découle également de la liberté syndicale. En effet, le refus d'entrer en négociation opposé à un syndicat, comme le refus de permettre son adhésion à la convention collective porte atteinte aux droits de la personnalité du syndicat et aux droits syndicaux des travailleurs. »⁴⁶⁹.

423. — Et en vertu des mêmes principes, un syndicat ne peut pas s'opposer à la négociation et à la conclusion d'une CCT parallèle avec un autre syndicat représentatif et loyal, du fait que l'on ne peut pas considérer une clause contractuelle d'exclusivité prévue dans une CCT comme valable⁴⁷⁰.

10.2.6. L'obligation d'entrer en négociations en vue de conclure une CCT

424. — Le TF a garanti le droit d'adhérer à une CCT⁴⁷¹ en 1987, puis en 2002, le droit de négocier une CCT⁴⁷². À l'inverse, en 1998, le TF a nié l'existence d'une obligation d'entrer en négociations en vue de conclure une CCT⁴⁷³. Dans cet arrêt, le TF a reconnu la possibilité aux cantons de recourir à des moyens de contrainte indirecte en vue d'une application large des CCT car un tel but est conforme à la LECCT qui tend notamment à une protection élargie des travailleurs⁴⁷⁴. Toutefois, de tels moyens de contrainte doivent avoir pour objectif un intérêt public incontestable et respecter le principe de la proportionnalité, ce qui faisait défaut dans l'arrêt susmentionné⁴⁷⁵. Le principe de la proportionnalité est respecté si, d'une part, le moyen mis en œuvre par l'État est propre à atteindre le but recherché (il s'agit de la règle d'aptitude), et d'autre part, le moyen utilisé par rapport à d'autres moyens est celui qui porte l'atteinte la moins grave aux intérêts privés (il s'agit de la règle de nécessi-

⁴⁶⁹ *Idem*, p. 173, n° 40.

⁴⁷⁰ BRUCHEZ (2010), p. 174, n° 41 ; Sentence arbitrale du 15 juillet 2002 dans la cause CCP c/ Swiss International Air Lines AG Basel in JAR 2003 p. 435, c. 3.

⁴⁷¹ ATF 113 II 37, JdT 1987 I 471.

⁴⁷² ATF 129 I 113.

⁴⁷³ ATF 124 I 107.

⁴⁷⁴ *Idem*, c. 2e.

⁴⁷⁵ *Idem*, c. 4b et c.

té)⁴⁷⁶. Selon le TF, l'obligation faite aux entreprises de conclure une CCT (en vue d'obtenir l'aide publique de l'État) constitue une atteinte importante à la liberté de coalition et à la liberté contractuelle. Selon le TF, l'obligation de conclure préalablement une CCT pour une entreprise désireuse d'une aide de l'État, soulèverait des problèmes pratiques importants liés à la procédure de conclusion et d'adhésion⁴⁷⁷. Une telle exigence se heurterait non seulement à la liberté négative d'association des entreprises concernées (droit de ne pas adhérer à une CCT en dehors d'une procédure formelle d'extension), mais également à celle des autres parties à la CCT dont le consentement est nécessaire en vertu des articles 356 al. 4 et 356b al. 1 CO⁴⁷⁸.

425. — Dans un autre contexte, lors de la révision de la législation postale, le Conseil fédéral a proposé une obligation de négocier une CCT pour tous les prestataires de services postaux, en tant que mesure d'accompagnement de la libéralisation du marché⁴⁷⁹. Selon le Conseil fédéral, « *La principale exigence pour pouvoir exercer une activité sur le marché postal est le respect des conditions usuelles dans la branche et l'obligation de négocier une CCT ou de prendre part à de telles négociations par l'intermédiaire des associations patronales. Ces deux obligations doivent, à l'avenir, empêcher la concurrence de se développer sur le marché postal au détriment des salaires et des conditions de travail des employés.* »⁴⁸⁰. L'article 4 al. 3 let. c du projet prévoit cette obligation de négocier une CCT aux prestataires de services postaux soumis à l'obligation de s'annoncer afin que les concurrents du marché postal puissent offrir leurs prestations dans les mêmes conditions⁴⁸¹.

426. — L'obligation de négocier une CCT n'a pas été combattue lors des débats parlementaires, tant le Conseil des États⁴⁸² que le Conseil national⁴⁸³ ont adhéré au projet du Conseil fédéral et ont adopté l'article 3 de la Loi fédérale sur la poste. Il y aura donc une obligation d'entrer en négociations dans ce domaine.

⁴⁷⁶ *Idem*, c. 4c, aa).

⁴⁷⁷ *Idem*, c. 4c, cc).

⁴⁷⁸ *Idem*, c. 4c, cc).

⁴⁷⁹ Message LPO du 20.05.2009 in FF 2009 p. 4649, 4650.

⁴⁸⁰ *Idem* p. 4649, 4674.

⁴⁸¹ *Idem* p. 4649, 4681.

⁴⁸² BO CE 2009 p. 1138.

⁴⁸³ BO CN 2010 p. 1457.

427. — Une partie de la doctrine admet l'existence d'une telle obligation d'entrer en négociations en vue de conclure une CCT⁴⁸⁴. À notre sens, une telle obligation ne peut exister que de manière ponctuelle pour un domaine précis et si le législateur en décide ainsi, notamment afin d'empêcher le développement d'une concurrence qui pourrait être nuisible aux conditions de travail des salariés du domaine, comme dans le cas de la révision de la législation postale.

10.2.7. Le cas de la soumission individuelle au sens de l'article 356b CO

428. — Par soumission individuelle (ou volontaire)⁴⁸⁵, il faut entendre « *le contrat relatif à la validité de la CCT conclu entre les parties à la CCT et des employeurs ou travailleurs dissidents, à savoir des employeurs qui ne sont pas membres d'une organisation patronale partie à la CCT et des travailleurs qui ne sont pas membres du syndicat signataire* »⁴⁸⁶.

429. — L'adhésion à la CCT ne doit pas être confondue avec la soumission individuelle à la CCT⁴⁸⁷. L'article 356b al. 1 CO permet à des employeurs et/ou des travailleurs de se soumettre individuellement à une CCT déjà signée. Contrairement à l'adhésion (art. 356 al. 4 CO), la soumission individuelle ne confère pas le statut de partie à celui qui se soumet individuellement à la CCT. Selon l'alinéa 1 de l'article 356b CO, les employeurs et/ou travailleurs qui se soumettent à une CCT sont « *considérés comme liés par la convention* ».

430. — Toutefois, la soumission individuelle est un contrat bilatéral qui crée des droits et obligations pour la partie qui se soumet et les parties à la CCT puisque ces dernières doivent donner par écrit leur consentement à la soumission (art. 356c al.1)⁴⁸⁸. En vertu de la liberté contractuelle, les parties à la CCT peuvent refuser la demande de soumission individuelle d'un employeur ou d'un travailleur⁴⁸⁹. Avec comme limites : la jurisprudence du TF relative aux

⁴⁸⁴ BSK-PORTMANN (2007), n. 32 ad art. 356 CO, p. 2115 ; GEISER (2004), p. 152-153 ; *contra* WYLER (2008), p. 682-683.

⁴⁸⁵ *Idem*, p. 679.

⁴⁸⁶ BIANCHI (2010), p. 211, n° 4.

⁴⁸⁷ FAVRE/MUNOZ/TOBLER (2010), n. 4.2 ad art. 356 CO, p. 462.

⁴⁸⁸ BezG ZH du 06.07.1994 in JAR 1995 p. 261.

⁴⁸⁹ BIANCHI (2010), p. 211, n° 7.

syndicats minoritaires⁴⁹⁰, ainsi que l'article 2 ch. 7 LECCT qui exige la possibilité d'affiliation en tant que condition pour que l'extension de la CCT puisse être prononcée⁴⁹¹.

431. — En plus du consentement des parties, pour être valable, la déclaration de soumission individuelle à la CCT doit impérativement être effectuée en la forme écrite (art. 356c al. 1 CO). La simple mention de la CCT dans le contrat de travail ne peut pas constituer une soumission individuelle à la CCT. En conséquence, une telle mention ne peut pas être considérée comme une adhésion à la CCT⁴⁹².

432. — Une fois valable, la soumission entraîne une application entière du droit conventionnel, y compris s'agissant de l'effet normatif de certaines de ses dispositions (art. 357 al. 1 CO). En principe, une déclaration de soumission s'étend aux modifications ultérieures de la CCT tant que ces modifications n'entraînent pas des obligations fondamentalement nouvelles à la charge de la partie qui se soumet à la CCT ou que les obligations existantes ne se trouvent pas augmentées pour elle de manière imprévue et/ou insupportable⁴⁹³.

433. — Le début de la soumission individuelle à la CCT est convenu entre celui qui se soumet et les parties à la CCT⁴⁹⁴. Concernant la fin de la soumission, si rien n'est prévu entre celui qui se soumet et les parties à la CCT, il faut retenir que la déclaration de soumission engage le déclarant à respecter la CCT jusqu'à sa prochaine première date possible d'expiration⁴⁹⁵. Et ce afin que le soumissionnaire puisse se libérer de la CCT malgré une reconduction tacite ou expresse de celles-ci par les parties⁴⁹⁶. « *En l'absence de dispositions y relatives dans le contrat de soumission et dans la CCT, l'art. 356c al. 2 CO est applicable, de sorte que la déclaration de soumission peut être résiliée après un an dès son entrée en vigueur et moyennant un avertissement de six mois, cela même si la CCT n'est pas dénoncée par les parties.* »⁴⁹⁷.

⁴⁹⁰ ATF 113 II 37, JDT 1987 I 471.

⁴⁹¹ BIANCHI (2010), p. 211, n° 7.

⁴⁹² TPH BE du 24.02.1992 in JU-TRAV 1993 p. 107.

⁴⁹³ FAVRE/MUNOZ/TOBLER (2010), n. 1.2 ad art. 356b CO, p. 466 ; WYLER (2008), p. 679-680 ; ZK-VISCHER/ALBRECHT (2006), n. 57 ad art. 356b CO, p. 149-150 ; OG ZH du 11.03.1986 in ZR 85 n° 114, p. 283.

⁴⁹⁴ WYLER (2008), p. 680.

⁴⁹⁵ *Ibid.*

⁴⁹⁶ *Ibid.*

⁴⁹⁷ *Ibid.*

Chapitre 11 : Champ d'application d'une CCT

434. — Quatre éléments permettent de déterminer le champ d'application d'une CCT que celle-ci soit étendue ou non : le territoire géographique, le temps, le genre de profession ou d'industrie et les personnes⁴⁹⁸. « À ces quatre éléments correspondent quatre champs d'application dont la conjugaison constitue le champ d'application proprement dit de la convention collective. »⁴⁹⁹

435. — Par champ d'application territorial (point 11.1), on entend le territoire sur lequel la CCT s'applique. La CCT s'applique-t-elle sur le territoire d'un canton ? De plusieurs cantons ? Sur le territoire de toute la Confédération ?

436. — Par champ d'application temporel (point 11.2), on entend le moment à partir duquel la CCT produit ses effets (déterminé par les parties ou par l'autorité qui décide de l'extension), et éventuellement jusqu'à quelle date (durée). Il faut cependant relever que la conclusion de la CCT n'est pas le seul point de départ de son application *in concreto sensu*⁵⁰⁰.

437. — Par champ d'application matériel (également appelé champ d'application industriel ou professionnel) (point 11.3), on entend la branche économique, voire la catégorie d'employés, dans laquelle la CCT s'applique.

438. — Par champ d'application personnel (point 11.4), on entend les employeurs et travailleurs dont les droits et obligations sont définis par la CCT. On parle de l'effet direct de la CCT. Il peut s'agir des parties liées par la CCT lorsque celle-ci n'est pas étendue ou les travailleurs et employeurs de toute une branche économique visée si la CCT a été étendue à toute cette branche.

439. — Nous aborderons cette problématique du champ d'application de la CCT – nécessaire pour déterminer, dans un cas concret, quelle CCT est appli-

⁴⁹⁸ AUBERT M. E. (1957), p. 16.

⁴⁹⁹ *Idem*, p. 16.

⁵⁰⁰ *Idem*, p. 17.

cable au contrat de travail liant l'employeur au travailleur – en partant du champ d'application le plus général, celui relatif au territoire, lui-même limité par le temps et la matière, pour enfin arriver à la personne même du travailleur.

11.1. Champ d'application territorial

440. — En principe, les CCT qui regroupent un corps de métier ou toute une branche économique s'appliquent sur un territoire défini par les limites géographiques dans lesquelles les parties à la CCT sont actives. Il peut s'agir d'une commune (ex : CCT du commerce de détail de la ville de Lausanne), d'un canton (ex : CCT des assistantes et assistants en pharmacie du canton de Neuchâtel), d'une région (ex : CCT romande du second œuvre) ou du territoire de l'ensemble du pays (ex : CCNT pour les hôtels, restaurants et cafés).

11.1.1. Règle du lieu de travail habituel

441. — Afin de déterminer si une relation de travail entre dans le champ d'application territorial d'une CCT, il faut se baser sur le lieu de travail habituel du travailleur. La CCT reste applicable même si le travailleur exerce de manière temporaire une activité en dehors du champ d'application de la CCT⁵⁰¹.

11.1.2. En cas de détachement du travailleur

442. — La règle du lieu de travail habituel ne vaut pas lorsqu'une CCT étendue est applicable au lieu où le travailleur est « détaché » de manière temporaire, donc au lieu d'exécution. Dans un tel cas, les dispositions normatives de la CCT étendue s'appliquent également aux travailleurs « détachés » temporairement de leur lieu de travail habituel⁵⁰². Cette solution – expressément prévue par des arrêtés d'extension du Conseil fédéral et par des arrêtés cantonaux

⁵⁰¹ BRUCHEZ (2010), p. 183, n° 88.

⁵⁰² *Idem*, p. 183, n° 89.

d'extension approuvés par le CF⁵⁰³ – se base sur l'article 2 al. 1 LDét qui prévoit que « *les employeurs doivent garantir aux travailleurs détachés au moins les conditions de travail et de salaire prescrites par les lois fédérales, les ordonnances du Conseil fédéral, conventions collectives de travail déclarées de force obligatoire et contrats-types de travail au sens de l'art. 360a CO [...]* »⁵⁰⁴. Avec une telle solution, on harmonise le système des CCT étendues avec celui de contrats-types de travail fixant des salaires minimaux, du fait que l'article 360d al. 1 CO prévoit que ces derniers s'appliquent aux travailleurs qui ne sont actifs que pour une période limitée dans son champ d'application, sans faire de distinction entre détachement international et détachement interne⁵⁰⁵.

11.1.3. Lien avec la loi sur le marché intérieur

443. — Cette solution est également conforme à la LMI qui prévoit d'appliquer exceptionnellement le droit du lieu de destination si un risque de dumping salarial existe. Selon GEISER, « *Die Voraussetzungen für die Allgemeinverbindlicherklärung decken sich im Wesentlichen mit den weiteren Anforderungen nach Art. 3 Abs. 1 BGBM. Damit müssen die in einem kantonal allgemeinverbindlich erklärten GAV festgelegten minimalen Arbeitsbedingungen allen Arbeitnehmern garantiert werden, die im örtlichen Geltungsbereich dieses GAV's Arbeit leisten, auch wenn der Betrieb des Arbeitgebers ausserhalb des örtlichen Geltungsbereichs des GAV's liegt. Es gilt insoweit das sogenannte Leistungsortsprinzip.* »⁵⁰⁶. Afin de comprendre la systématique de la loi, il faut préciser que la LMI distingue lieu de provenance de lieu de destination.

⁵⁰³ Voir notamment l'art. 3 de l'arrêté d'extension (24 janvier 2008) du Conseil d'État vaudois concernant la CCT du chauffage, de la climatisation et de la ventilation dans le Canton de Vaud ; l'art. 2 al. 3 de l'arrêté d'extension du CF concernant la CCT romande du second œuvre du 28 février 2008 ; l'art. 5 de l'arrêté d'extension (27 août 2008) du Conseil d'État valaisan concernant la CCT de la construction métallique du canton du Valais, de son avenant concernant le personnel rétribué au mois et de son avenant sur les salaires.

⁵⁰⁴ BRUCHEZ (2010), p. 183, n° 89 ; le catalogue des normes à respecter en Suisse selon l'art. 2 al. 1 LDét correspond à celui de la directive européenne : art. 3 al. 1 directive 96/71/CE.

⁵⁰⁵ BRUCHEZ (2010), p. 183-184, n° 89.

⁵⁰⁶ GEISER (2007), p. 217.

444. — Par lieu de provenance, on entend le territoire duquel provient la marchandise, le service ou la prestation de travail en cause. Lorsque l'on fait référence à la personne qui offre la marchandise, le service ou la prestation de travail, il est possible de recourir à la notion de lieu d'établissement (qui équivaut à la notion de *lieu de provenance*)⁵⁰⁷.

445. — Par lieu de destination, on entend le territoire auquel est destiné la marchandise, le service ou la prestation de travail. On peut aussi, suivant le contexte, utiliser la notion de lieu d'exécution⁵⁰⁸. Ce qui équivaut à la notion allemande de *Leistungsortsprinzip*⁵⁰⁹.

446. — Le droit de référence du système instauré par la LMI est le droit du lieu de provenance. On part du principe qu'une marchandise, un service ou une prestation de travail offert licitement au lieu de provenance peut être librement offert sur tout le territoire national, « *l'imposition de restrictions par le droit du lieu de destination ne se justifiant que dans des circonstances exceptionnelles* »⁵¹⁰.

447. — En matière de protection des travailleurs, le système d'application du droit du lieu de provenance retenu par la LMI pourrait, dans certains cas, être moins favorable concernant les conditions de travail. Mais selon le message du CF à l'appui du projet de la LMI, il faut retenir que : « [...] *le niveau de protection des conventions collectives applicables aux diverses branches est à peu près comparable dans toute la Suisse, l'adjudication devra en principe intervenir en tenant compte des conventions en vigueur au lieu de provenance. En outre, les soumissionnaires qui peuvent offrir leurs prestations à des conditions plus avantageuses, du fait, par exemple, que les prix sur le lieu de provenance sont plus bas ou en raison de la suppression des coûts internes élevés, ne doivent plus être désavantagés. Cette réglementation permet d'une part d'ouvrir le marché aux concurrents externes et, d'autre part, de mettre sur un pied d'égalité les grandes agglomérations, où le niveau des prix est souvent plus élevé, et les régions périphériques. Inversement, le projet de LMI autorise à l'article 3, 2^{ème} alinéa, lettre d, l'application des conventions col-*

⁵⁰⁷ BIANCHI DELLA PORTA (2002), n. 79 ad art. 1 LMI.

⁵⁰⁸ *Idem*, n. 80 ad art. 1 LMI.

⁵⁰⁹ GEISER (2007), p. 217.

⁵¹⁰ BIANCHI DELLA PORTA (2002), n. 82 ad art. 1 LMI.

lectives en vigueur au lieu de destination lorsqu'il existe un danger de véritable dumping social. »⁵¹¹.

448. — En effet, selon l'ancien article 3 al. 2 let. d LMI⁵¹², le droit du lieu de destination pouvait restreindre la liberté d'accès au marché d'offreurs externes si la préservation d'intérêts publics prépondérants était indispensable. La poursuite d'objectifs de politique sociale était considérée comme un intérêt public prépondérant⁵¹³.

449. — D'une manière générale, « l'article 3 LMI définit les conditions auxquelles il peut être fait exception à la liberté d'accès au marché consacrée par l'article 2 LMI »⁵¹⁴.

450. — Le but principal de l'ancien article 3 al. 2 let. d LMI était d'éviter que les offreurs externes soient favorisés par rapport à des offreurs locaux du fait que le coût de leur marchandise ou du service qu'ils proposent soit inférieur en raison de prescriptions du lieu de provenance qui respecteraient moins

⁵¹¹ Message LMI du 23.11.1994 in FF 1995 I 1193, p. 1249.

⁵¹² **Art. 3 Restrictions à la liberté d'accès au marché**

¹ La liberté d'accès au marché d'offreurs externes ne peut être restreinte en fonction des prescriptions applicables au lieu de destination que si ces restrictions :

- a. s'appliquent de la même façon aux offreurs locaux ;
- b. sont indispensables à la préservation d'intérêts publics prépondérants ; et
- c. répondent au principe de la proportionnalité.

² Par intérêts publics prépondérants, on entend en particulier :

- a. la protection de la santé et de la vie des personnes, des animaux et des plantes ;
- b. la protection de l'environnement ;
- c. la loyauté des échanges commerciaux et la protection des consommateurs ;
- d. la poursuite d'objectifs de politique sociale et énergétique ;
- e. la garantie d'un niveau de formation suffisant pour les activités professionnelles soumises à autorisation.

³ Les restrictions à la liberté d'accès au marché répondent au principe de la proportionnalité notamment lorsque :

- a. la protection recherchée ne peut pas être obtenue au moyen des prescriptions applicables au lieu de provenance ;
- b. il est tenu compte des attestations de sécurité ou des certificats déjà produits par l'offreur au lieu de provenance ;
- c. le siège ou l'établissement au lieu de destination ne constitue pas une condition pour pouvoir y exercer une activité lucrative.

⁴ Les restrictions en vertu du 1er alinéa ne doivent en aucun cas constituer un obstacle déguisé aux échanges qui favorise les intérêts économiques locaux.

⁵¹³ Message LMI du 23.11.1994 in FF 1995 I 1193, p. 1269.

⁵¹⁴ BIANCHI DELLA PORTA (2002), n. 1 ad art. 3 LMI, p. 1286.

efficacement les travailleurs⁵¹⁵. Il est évident, et cela a été souligné lors des débats parlementaires⁵¹⁶, que la LMI ne doit pas avoir pour but d'encourager le dumping social⁵¹⁷.

451. — Toutefois, une imposition aux offreurs externes des prescriptions sociales applicables au lieu de destination ne se justifie pas d'emblée, il faut que les prescriptions du lieu où l'offreur a son siège créent un avantage indu en raison d'une protection sociale inférieure. Selon BIANCHI DELLA PORTA, « *de tels cas sont rares en Suisse, mais pourraient justifier de favoriser l'offreur local, en particulier en matière d'adjudication de marchés publics* »⁵¹⁸.

452. — En 2006, l'article 3 LMI a été modifié comme suit :

Art. 3 **Restrictions à la liberté d'accès au marché**

¹ *La liberté d'accès au marché ne peut être refusée à des offreurs externes. Les restrictions doivent prendre la forme de charges ou de conditions et ne sont autorisées que si elles :*

- a. *s'appliquent de la même façon aux offreurs locaux ;*
- b. *sont indispensables à la préservation d'intérêts publics prépondérants ;*
- c. *répondent au principe de la proportionnalité.*

² *Les restrictions ne répondent pas au principe de la proportionnalité lorsque :*

- a. *une protection suffisante des intérêts publics prépondérants peut être obtenue au moyen des dispositions applicables au lieu de provenance ;*
- b. *les attestations de sécurité ou certificats déjà produits par l'offreur au lieu de provenance sont suffisants ;*
- c. *le siège ou l'établissement au lieu de destination est exigé comme préalable à l'autorisation d'exercer une activité lucrative ;*
- d. *une protection suffisante des intérêts publics prépondérants peut être garantie par l'activité que l'offreur a exercée au lieu de provenance.*

³ *Les restrictions visées à l'al. 1 ne doivent en aucun cas constituer une barrière déguisée à l'accès au marché destinée à favoriser les intérêts économiques locaux.*

⁴ *Les décisions relatives aux restrictions doivent faire l'objet d'une procédure simple, rapide et gratuite.*

453. — La révision de 2006 avait notamment pour but l'extension à l'établissement commercial de la liberté d'accès au marché selon les prescrip-

⁵¹⁵ *Idem*, n. 22 ad art. 3 LMI, p. 1291.

⁵¹⁶ BO CE 1995 p. 870, 873.

⁵¹⁷ BIANCHI DELLA PORTA (2002), n. 22 ad art. 3 LMI, p. 1291.

⁵¹⁸ *Ibid.*

tions du lieu de provenance, et en parallèle le durcissement du régime d'exception institué à l'article 3 LMI. Depuis lors, les restrictions à l'accès au marché sont soumises à des exigences plus élevées en matière de proportionnalité (art. 3 al. 1 let. c LMI)⁵¹⁹. L'ancien alinéa 2 qui précisait quels intérêts publics prépondérants permettaient de restreindre la liberté d'accès au marché a été abrogé car considéré comme inutile⁵²⁰. D'une part parce que les intérêts prépondérants publics mentionnés sont les mêmes que ceux admis par la jurisprudence du Tribunal fédéral en matière de restrictions à la liberté économique. D'autre part parce que l'ancien al. 2 aurait été en contradiction avec le nouvel al. 5 de l'article 2 LMI qui introduit une présomption d'équivalence des réglementations cantonales d'accès au marché alors que dans l'ancien droit on insinuait que les règles du lieu de provenance pourraient avoir totalement ignoré les questions de protection de l'intérêt public⁵²¹.

11.2. Champ d'application temporel

11.2.1. Généralités

454. — En principe, comme la CCT est un contrat, elle ne produit un effet juridique direct et impératif sur les contrats individuels de travail que pendant sa durée de validité⁵²².

455. — Pour pouvoir déployer ses effets, la CCT doit être conclue, soit signée par toutes les parties. Ensuite, elle entre en vigueur, immédiatement après la signature si rien n'est précisé par les parties, ou à la date d'entrée en vigueur prévue par les parties⁵²³. En pratique, la date d'entrée en vigueur de la CCT est souvent précisée dans la CCT⁵²⁴.

456. — La durée de la CCT est soit déterminée, soit indéterminée. Selon BRUCHEZ, « dans ce deuxième cas, les modalités de résiliation sont régies par

⁵¹⁹ Message LMI du 24.11.2004 in FF 2005 p. 421, 437.

⁵²⁰ *Idem* p. 421, 441.

⁵²¹ *Idem* p. 421, 441.

⁵²² BRUCHEZ (2010), p. 184, n° 90.

⁵²³ *Idem*, p. 184, n° 91.

⁵²⁴ *Idem*, p. 184, n° 91.

la convention collective elle-même ou subsidiairement par l'article 356c al. 2 CO »⁵²⁵.

11.2.2. Effet posthume de la CCT

457. — Par effet posthume de la CCT, nous entendons une validité prolongée de la CCT sur les contrats individuels de travail après l'expiration de sa durée, ou après qu'elle a été résiliée, ou après qu'un employeur a quitté l'organisation patronale soumise à la CCT, ou après la fin de son extension.

458. — BOIS, en son temps, en traitant de ce fameux effet posthume de la CCT, mentionne l'arrêt *Gumy*⁵²⁶ dans lequel le TF a dû décider si une CCT qui avait été étendue durant un certain temps continuait de régir les relations de travail entre deux cocontractants dont l'un n'était pas lié au-delà de la période d'extension de la CCT⁵²⁷. Dans cet arrêt, le TF rappelle que le problème relatif à l'effet prolongé de la convention collective de travail est discuté depuis longtemps par la doctrine, tant à l'étranger qu'en Suisse⁵²⁸. Il précise encore qu'avant la modification, par l'entrée en vigueur de la LECCT en 1957, des articles 322 et 323 du CO de 1911, de nombreux auteurs ont admis que les dispositions du contrat collectif (actuelle CCT), dans la mesure où elles modifient celles du contrat individuel, remplacent ces dernières de sorte qu'à l'expiration de la durée de validité du contrat collectif les rapports de travail demeurent régis par les mêmes règles, jusqu'à ce que les parties aient convenu de les modifier ou jusqu'à ce qu'un nouveau contrat ait remplacé l'ancien⁵²⁹. Le TF précise enfin – sans vraiment trancher la question de l'effet posthume d'une CCT – que « [...] les deux révisions légales de 1956 et de 1971 n'ont pas tranché expressément la question, controversée en doctrine, de l'effet prolongé de la convention collective de travail. On peut cependant déduire ceci de l'art. 323 CO modifié en 1956 et de l'art. 357 nouveau (teneur du 25 juin 1971) : il est certain que l'effet direct et impératif ne survit pas à la

⁵²⁵ *Idem*, p. 184, n° 91.

⁵²⁶ ATF 98 Ia 561.

⁵²⁷ BOIS (1975), p. 445.

⁵²⁸ ATF 98 Ia 561, c. 1c.

⁵²⁹ ATF 98 Ia 561, c. 1c ; voir notamment BOOS (1914), p. 262 ; CLERC (1922), p. 151 ; GUISSAN (1936), p. 80-82.

convention ; il n'est pas certain, en revanche, qu'il faille un nouvel accord individuel ou collectif pour que les contrats individuels modifiés par la convention soient à nouveau modifiés, à l'expiration de la convention ou de la décision d'extension, mais on constate, d'après les travaux préparatoires, que tant l'Office fédéral de l'industrie, des arts et métiers et du travail – dans son rapport de 1950 accompagnant l'avant-projet de Loi (p. 28) – que le Conseil fédéral n'ont pas écarté entièrement la théorie de l'effet prolongé ; ils ont en effet admis que les dispositions de la convention collective peuvent être considérées, en certaines circonstances, comme l'expression de la < volonté présumée > des parties. »⁵³⁰.

459. — À en lire les souhaits du législateur, il faudrait privilégier une application la plus étendue possible des CCT⁵³¹. C'est notamment pour respecter ces souhaits que le TF a admis une présomption selon laquelle les parties ont entendu s'en remettre aux dispositions de la CCT dans un cas où l'extension avait pris fin. En 1997, le TF a considéré que si l'extension d'une CCT prenait fin, cette circonstance n'avait pas d'incidence sur les obligations de l'employeur et que ce dernier devait continuer à respecter les dispositions de la CCT⁵³². C'était notamment le cas d'une agence de travail temporaire qui refusait de couvrir le salaire de son travailleur tombé malade lorsque la CCT n'était plus étendue⁵³³. À préciser que la jurisprudence a déjà admis que, lorsqu'il se voit reconnaître, en cas d'incapacité de travail, un droit à des indemnités 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 même si le contrat de travail prend fin avant l'épuisement de son droit aux indemnités⁵³⁴.

460. — La possibilité de considérer les dispositions de la CCT dénoncée comme l'expression de la volonté présumée des parties a d'ailleurs été appliquée par la Cour de cassation civile neuchâteloise⁵³⁵.

⁵³⁰ ATF 98 Ia 561, c. 1c.

⁵³¹ Message LECCT du 29.01.1954 in FF 1954 I 125, p. 140-142, mais en p. 161 du même message : « *Les clauses normatives sont dépourvues de tout effet indirect et de tout effet prolongé. [...] le juge peut admettre que la convention collective exprime l'usage déterminant, si bien qu'il est superflu d'attribuer à celle-ci un effet prolongé.* ».

⁵³² ATF 124 III 126, c. 3.

⁵³³ *Idem*, c. 1.

⁵³⁴ TF du 11.09.1995, 4C.196/1995, c. 4 in SJ 1996 p. 373.

⁵³⁵ CCC NE du 20.08.2002 in RJN 2002 p. 144, c. 3.

461. — La jurisprudence du TF a suivi cette direction visant à assurer une stabilité des contrats de travail malgré les divers changements que peut traverser une CCT. Dans un arrêt datant d'une dizaine d'années⁵³⁶, le TF a posé comme principe que l'employeur qui quitte son organisation professionnelle reste lié par la CCT durant toute la validité de cette dernière, même si sa démission prend effet plus tôt⁵³⁷.

462. — Le TF est allé encore plus loin en 2003⁵³⁸ en admettant que, lorsque la CCT arrive à échéance, l'employeur et le travailleur soumis à celle-ci doivent continuer de l'appliquer comme si son contenu était intégré au contrat individuel de travail qui les lie⁵³⁹. Cet effet posthume de la CCT ne peut être impératif et cesse d'exister une fois que le contrat de travail est valablement modifié⁵⁴⁰.

463. — De cette jurisprudence, il est à déduire que les clauses normatives d'une CCT continuent à s'appliquer aux relations contractuelles, et ce même après son expiration⁵⁴¹. En d'autres termes, la caducité de la CCT ne modifie pas le contenu des contrats individuels de travail lui étant soumis⁵⁴². Selon le TF, par le biais d'un accord, les parties peuvent toutefois décider d'écarter l'application de la CCT échue à leurs rapports de travail⁵⁴³.

464. — Et en l'absence d'un tel accord, la partie qui désire se soustraire aux effets de la CCT arrivée à terme, peut naturellement le faire en résiliant le contrat de travail⁵⁴⁴.

465. — Nous partageons l'avis d'AUBERT, selon lequel « *cette jurisprudence est favorable à la stabilité des conditions de travail dans le métier, notamment en cas de vide conventionnel, c'est-à-dire lorsque les partenaires sociaux échouent à conclure ou à mettre en vigueur une nouvelle convention collective avant l'expiration de la précédente* »⁵⁴⁵.

⁵³⁶ TF du 13.06.2000, 4C.7/1999, c. 4 in SJ 2001 I 49 et JAR 2003 407.

⁵³⁷ AUBERT (2004), p. 11.

⁵³⁸ ATF 130 III 19, c. 3.1.

⁵³⁹ AUBERT (2004), p. 11-12.

⁵⁴⁰ BRUCHEZ (2010), p. 184, n° 92 ; ATF 130 III 19, c. 3.1.

⁵⁴¹ FAVRE/MUNOZ/TOBLER (2010), n. 1.7. ad. art. 357 CO, p. 469.

⁵⁴² *Ibid.*

⁵⁴³ ATF 130 III 19 c. 3.1.

⁵⁴⁴ *Ibid.*

⁵⁴⁵ AUBERT (2004), p. 12.

466. — Selon GABATHULER, il faut également admettre l'existence d'un effet posthume de la CCT lorsque le contrat individuel de travail avait déjà été conclu avant l'entrée en vigueur de la CCT (qui vient d'arriver à échéance)⁵⁴⁶. VISCHER/ALBRECHT considèrent à ce propos que la réglementation de la CCT correspond à la volonté effective des parties, modifiée *a posteriori* par l'entrée en vigueur de la CCT⁵⁴⁷. Pour garantir une protection du travailleur respectivement une stabilité dans les conditions de travail, il ne serait pas admissible de faire demi-tour en appliquant le contrat de travail tel qu'il avait été conclu avant l'entrée en vigueur de la CCT, alors que le travailleur a bénéficié des conditions améliorées de la CCT. Nous rejoignons l'avis de ces trois auteurs : la volonté effective des parties correspond à la réglementation de la CCT au moment où celle-ci arrive à échéance, et non la volonté qui avait été la leur lors de la conclusion du contrat de travail antérieur à la CCT.

11.3. Champ d'application matériel

467. — En principe, chaque CCT définit son propre champ d'application matériel ; « *celui-ci ne peut toutefois pas excéder le domaine dans lequel les organisations contractantes sont actives et ont la compétence pour conclure une CCT.* »⁵⁴⁸.

468. — Il faut distinguer les CCT professionnelles qui régissent les rapports de travail des personnes qui exercent une profession déterminée, des CCT sectorielles qui régissent les rapports de travail de toutes les personnes travaillant dans une branche économique déterminée sans que l'on prenne en compte la profession⁵⁴⁹. Cette distinction est essentielle lorsqu'un conflit de CCT se pose.

469. — Pour savoir si une relation de travail est soumise à une CCT, il est indispensable d'en connaître le champ d'application matériel, et ce à plus forte raison lorsque la CCT est étendue puisque toute une branche économique ou toute une profession y est soumise. Selon le TF, pour savoir si une entreprise appartient à la branche économique ou à la profession visée, et entre de ce fait

⁵⁴⁶ GABATHULER (2010), p. 227, n° 16.

⁵⁴⁷ ZK-VISCHER/ALBRECHT (2006), n. 46 ad art. 356c CO, p. 207.

⁵⁴⁸ BRUCHEZ (2010), p. 181, n° 78.

⁵⁴⁹ *Ibid.*

dans le champ d'application de la CCT étendue, il faut examiner de manière concrète l'activité généralement déployée par l'entreprise en cause⁵⁵⁰. Dans le cadre de cet examen seule doit être prise en considération, l'activité généralement exercée par l'employeur en question, à savoir celle qui caractérise son entreprise, et non une prestation de service exorbitante de sa sphère d'activité naturelle qu'il aurait pu être amené à fournir à titre exceptionnel⁵⁵¹.

470. — D'un point de vue matériel, deux ou plusieurs CCT peuvent trouver application dans une même entreprise si celle-ci est active dans différents secteurs d'activité⁵⁵². Selon le TF, lorsqu'une entreprise exerce divers types d'activité, celle qui la caractérise est déterminante pour décider de sa soumission à telle ou telle convention collective de travail⁵⁵³.

471. — Concernant le champ d'application matériel d'une CCT étendue, le TF a jugé que le but social inscrit au registre du commerce n'était pas déterminant pour trancher la question de l'applicabilité d'une CCT étendue à un employeur qui n'était pas lié par cette convention⁵⁵⁴.

472. — Toujours au sujet du champ d'application matériel des CCT étendues, la jurisprudence a précisé que les entreprises visées par la déclaration d'extension doivent offrir des biens ou des services de même nature que les entreprises qui sont soumises contractuellement à la CCT ; il doit exister un rapport de concurrence directe entre ces entreprises⁵⁵⁵.

⁵⁵⁰ TF du 17.08.2006, 4C.191/2006, c. 2.2 ; TF du 24.04.2006, 4P.49/2006, c. 3.3.

⁵⁵¹ TF du 17.08.2006, 4C.191/2006, c. 2.2 ; TF du 15.05.1996, 4C.409/1995, c. 2b.

⁵⁵² BRUCHEZ (2010), p. 181, n° 79.

⁵⁵³ TF du 17.08.2006, 4C.191/2006, c. 2.2 ; TF du 15.05.1996, 4C.409/1995, c. 2b ; TF du 27.02.1996, 4C.311/1995, c. 2b/aa.

⁵⁵⁴ TF du 17.08.2006, 4C.191/2006, c. 2.2 ; TF du 24.04.2006, 4P.49/2006, c. 3.3 ; TF du 15.05.1996, 4C.409/1995, c. 2b.

⁵⁵⁵ TF du 17.08.2006, 4C.191/2006, c. 2.2 ; TF du 24.04.2006, 4P.49/2006, c. 3.3 ; TF du 11.07.2002, 4C.45/2002, c. 2.1.2 ; TF du 11.10.1995, 4C.46/1995, c. 3a.

11.4. Champ d'application personnel

11.4.1. Par rapport aux entreprises

11.4.1.1. Généralités

473. — Pour qu'une CCT non étendue ait un effet direct et impératif sur une relation de travail, il faut que les deux parties au contrat individuel de travail, à savoir l'employeur et le travailleur, soient toutes deux liées à la CCT et de manière simultanée⁵⁵⁶.

474. — Sont liées à une CCT, les entreprises qui sont membres des associations contractantes, les entreprises qui sont parties à la CCT et les entreprises qui se sont soumises individuellement à la CCT en vertu de l'article 356b CO⁵⁵⁷. La qualité de personne liée par la CCT peut aussi découler d'une décision d'extension du champ d'application de la CCT au sens de la LECCT ou d'un transfert des rapports de travail en application de l'article 333 al. 1^{bis} CO⁵⁵⁸.

475. — Si une entreprise est membre d'une des associations contractantes, elle est soumise à la CCT. Il faut souligner que le statut de membre de l'association est défini par les statuts de l'association et non par la CCT⁵⁵⁹. S'il s'agit d'une CCT de durée déterminée, l'entreprise reste liée jusqu'à son échéance, même si elle la quitte avant⁵⁶⁰. Par contre, si la CCT est de durée indéterminée, l'entreprise qui quitte l'association contractante peut se délier de la CCT en respectant les délais prévus par la CCT elle-même ou par la loi si la CCT est silencieuse sur ce point. Dans un tel cas, on applique par analogie l'article 356b CO et les délais de l'article 356c CO⁵⁶¹.

⁵⁵⁶ BRUCHEZ (2010), p. 184, n° 93.

⁵⁵⁷ *Idem*, p. 184, n° 94.

⁵⁵⁸ *Idem*, p. 184-185 n° 94.

⁵⁵⁹ *Idem*, p. 185, n° 95.

⁵⁶⁰ BRUCHEZ (2010), p. 185, n° 96 ; TF du 13.06.2000, 4C.7/1999, c. 4 in SJ 2001 I 49 et JAR 2003 407 ; AUBERT (2004), p. 11.

⁵⁶¹ BRUCHEZ (2010), p. 185, n° 96.

11.4.1.2. Cas des entreprises dissidentes

11.4.1.2.1. Généralités

476. — Par *entreprises dissidentes*, on entend les entreprises qui ne font pas ou plus partie de l'association patronale qui a négocié la CCT en vigueur dans leur branche. Avant de développer dans les détails, nous pouvons déjà préciser que la problématique de l'*entreprise dissidente* se recoupe largement avec celle du travailleur non syndiqué.

477. — Concernant les effets qui peuvent se déployer sur les travailleurs de l'*entreprise dissidente*, il est nécessaire de distinguer le cas de l'entreprise qui n'a jamais fait partie de l'association patronale partie contractante à la CCT et l'entreprise qui quitte cette association patronale par la suite.

11.4.1.2.2. Entreprise dissidente depuis toujours

478. — Dans le premier cas, si l'entreprise n'a jamais voulu adhérer à l'association patronale qui est partie à la CCT applicable dans sa branche, on ne peut pas lui imposer une application de ladite CCT sauf si cette dernière est assortie d'une déclaration d'extension.

479. — En effet, comme déjà évoqué, selon l'article 357 al. 1 CO et la jurisprudence fédérale y relative⁵⁶², il est impossible d'imposer l'application des dispositions d'une CCT non étendue à un contrat de travail individuel si l'une ou les deux parties au contrat individuel ne sont pas liées à la CCT.

480. — Comme moyen d'assujettissement, il existe la soumission à la CCT au sens de l'article 356b CO par l'*entreprise dissidente*. Toutefois, une telle soumission peut être dénoncée par l'entreprise qui l'a signée, ce qui la libère du champ d'application de la CCT⁵⁶³. Et une entreprise ne peut être contrainte de se soumettre à la CCT ; il s'agit d'un moyen d'assujettissement, et non de pression.

⁵⁶² ATF 102 Ia 16, c. 2c.

⁵⁶³ DE ROUGEMONT (1991), p. 57.

11.4.1.2.3. Démission de l'association

481. — Par contre, dans le second cas, il n'en va pas de même. De tout temps, la question de savoir si un employeur (ou un travailleur) peut se libérer des obligations découlant de la CCT, en démissionnant de l'organisation à laquelle il appartient, et qui est partie contractante de la CCT en question, fait l'objet de controverses.

482. — Le Tribunal fédéral, a rendu en 1938, un premier arrêt relatif à cette problématique et a déclaré que l'employeur qui quitte l'association patronale partie à la CCT cesse d'être lié par cette dernière⁵⁶⁴.

483. — En 2000, notre Haute Cour⁵⁶⁵ a changé sa jurisprudence et a posé le principe selon lequel l'employeur qui quitte son organisation professionnelle reste lié par la CCT pendant toute la durée de validité de celle-ci, même s'il démissionne avant de son organisation professionnelle. En posant un tel principe, le TF a voulu éviter que les effets pervers de la liberté négative d'association ne se répercutent sur les travailleurs employés par l'entreprise en question⁵⁶⁶. Ce principe est également valable pour le travailleur qui quitterait son syndicat en cours d'application de la CCT, bien avant l'expiration de celle-ci⁵⁶⁷.

484. — En lisant le message du Conseil fédéral du 29 janvier 1954, relatif au projet de loi sur la convention collective de travail et l'extension de son champ d'application, il apparaît que la liberté individuelle devrait primer sur les effets de la CCT : « *La convention collective ne doit pas obliger un membre d'une association contractante au-delà du terme jusqu'auquel il est lié, en raison de sa qualité de sociétaire [...]. Ce serait empiéter injustement sur la liberté individuelle que d'empêcher un sociétaire de quitter son association pour se soustraire à la convention.* »⁵⁶⁸.

485. — Dans le passé, la doctrine majoritaire a suivi l'avis émis par le Conseil fédéral dans son message de 1954⁵⁶⁹. Certains auteurs de l'époque partagent l'avis de la doctrine majoritaire, mais en estimant que, suivant les cir-

⁵⁶⁴ ATF 64 I 16, c. 8.

⁵⁶⁵ TF du 13.06.2000, 4C.7/1999, c. 4 in SJ 2001 I 49 et JAR 2003 407.

⁵⁶⁶ *Ibid.*

⁵⁶⁷ *Ibid.*

⁵⁶⁸ Message LECCT du 29.01.1954 in FF 1954 I p. 125, 161

⁵⁶⁹ SCHWEINGRUBER/BIGLER (1985), n. 6 ad art. 357 CO, p. 67 ; ZK-VISCHER (1983), n. 2 ad art. 356b CO ; WILD (1985), p. 99-100.

constances, le sociétaire qui quitte son association pour se soustraire aux obligations découlant d'une convention collective commet un abus de droit, et de ce fait, la convention collective lui reste applicable⁵⁷⁰.

486. — Une partie non négligeable de la doctrine de l'époque a toutefois soutenu l'avis contraire, selon lequel le membre d'une organisation contractante qui démissionne de cette dernière reste lié par la convention collective⁵⁷¹. Cet avis a été repris en 1997 par VISCHER, ayant changé d'avis entre 1983 et 1997, et qui considère maintenant que l'effet normatif de la CCT continue de s'appliquer à l'employeur qui quitte son organisation patronale. Si la CCT est de durée déterminée, l'employeur reste lié jusqu'à l'expiration de cette durée. Dans le cas contraire, si la CCT est de durée indéterminée, l'employeur peut se délier de la CCT par une déclaration de résiliation au sens de l'article 356b CO et en respectant les délais de l'article 356c al. 2 CO⁵⁷².

487. — VISCHER⁵⁷³ a quatre points d'argumentation à l'appui de son (changement d') avis. Premièrement, il précise que la loi est muette puisqu'elle ne précise pas la notion de « personne liée » à la CCT. Deuxièmement, il relativise l'avis du CF⁵⁷⁴ sur la question parce qu'en 1993, le législateur a introduit, par le biais de l'article 333 al. 1^{bis} CO, un effet prolongé des dispositions normatives de la CCT en cas de transfert d'entreprise. Comme troisième élément, en lien avec le deuxième, il n'est pas logique d'admettre que l'employeur qui quitte son organisation patronale, aux décisions de laquelle il a participé, puisse plus facilement se soustraire aux effets normatifs de la convention collective que l'employeur qui, n'ayant jamais été membre de l'organisation patronale, acquiert une entreprise dont l'ancien propriétaire était lié par la convention. Plus simplement, pour éviter un raisonnement contradictoire, on ne peut pas imposer un effet prolongé de la convention collective en cas de transfert de l'entreprise et nier ce même effet prolongé lorsque l'employeur décide de quitter son organisation patronale pour se dégager d'obligations auxquelles il s'était volontairement soumis. Enfin, d'un point de vue téléologique, il faut souligner comme quatrième élément que les CCT ont pour but de protéger les travailleurs qui sont la partie faible dans la négociation des condi-

⁵⁷⁰ ZK-OSER/SCHOENENBERGER (1936), n. 26 ad art. 323 CO, p. 1207 ; BOIS (1991), p. 13.

⁵⁷¹ GYSIN (1943), p. 76 ; BOOS (1914), p. 260 ; RICHARD (1914), p. 204-205.

⁵⁷² VISCHER (1997), p. 96-98.

⁵⁷³ *Ibid.*

⁵⁷⁴ Message LECCT du 29.01.1954 in FF 1954 I p. 125, 161.

tions de travail. Si les employeurs avaient la possibilité de se départir simplement de la CCT par une décision unilatérale sans en informer les travailleurs, une telle protection de la partie faible ne serait pas respectée.

488. — STÖCKLI a également admis que le sociétaire qui quitte son association patronale reste soumis aux dispositions de la CCT après sa démission, mais au maximum pendant une année⁵⁷⁵. L'auteur ne précise pas son choix d'un délai d'une année au maximum, vraisemblablement il se base sur l'article 333 al. 1^{bis} CO⁵⁷⁶.

489. — Le TF⁵⁷⁷, en se ralliant à l'opinion de VISCHER, a admis qu'au vu de l'introduction de l'article 333 al. 1^{bis} CO, il n'y avait aucune raison d'avantager la situation de l'employeur qui quitte son organisation patronale par rapport à celle de l'acquéreur d'une entreprise. D'autant plus que toute CCT a pour but, à des fins de protection sociale, de stabiliser les conditions de travail minimum pendant sa durée de validité et que ce but ne peut pas être atteint si les employeurs ou travailleurs peuvent se soustraire à la CCT par décision unilatérale. En conclusion, les effets normatifs d'une CCT de durée déterminée s'appliquent, jusqu'à son expiration, à tous les employeurs et à tous les travailleurs liés par elle au moment de sa conclusion, même s'ils quittent leur organisation dans l'intervalle. Et si la CCT est conclue pour une durée indéterminée, l'employeur qui démissionne de son association professionnelle dispose d'un droit de résiliation autonome au motif qu'il a le même statut qu'un employeur qui s'est librement affilié à ladite association et l'article 356c al. 2 CO est applicable par analogie aux employeurs affiliés⁵⁷⁸. L'employeur, ayant démissionné de son association patronale, peut mettre fin à son assujettissement à la CCT après un an et moyennant un avertissement de six mois (art. 356c al. 2 CO). Dans l'intervalle, l'employeur sorti de son association reste lié par les dispositions normatives de la CCT et ne peut recourir au mécanisme du *congé-modification* pour y mettre fin⁵⁷⁹.

490. — À juste titre, GABATHULER relève que « l'effet après expiration de la CCT en cas de sortie d'association est d'une nature juridique fondamenta-

⁵⁷⁵ BerK-STÖCKLI (1999), n. 31 ad art. 356b CO, p. 176.

⁵⁷⁶ La proposition de ce délai d'une année n'a pas été reprise par le TF dans son arrêt du 13.06.2000, 4C.7/1999, c. 4 in SJ 2001 I 49 et JAR 2003 407.

⁵⁷⁷ TF du 13.06.2000, 4C.7/1999, c. 4 in SJ 2001 I 49 et JAR 2003 407.

⁵⁷⁸ VISCHER (1997), p. 98-99.

⁵⁷⁹ GABATHULER (2010), p. 230 n° 25.

lement différente de l'effet après expiration applicable en cas de cessation de la CCT due à sa résiliation ou à son expiration. Dans le premier cas, l'effet normatif de la CCT au sens de l'art. 357 CO devient caduc alors qu'il demeure inchangé dans le deuxième cas. »⁵⁸⁰. Concernant le deuxième cas, il s'agit de l'effet posthume de la CCT qui perd son caractère impératif et peut être supprimé par le mécanisme du congé-modification. Dans un but de protection des travailleurs – tributaires du fait que leur employeur démissionne de son association patronale – il était nécessaire d'assurer l'application de la CCT indépendamment d'une démission de leur employeur.

11.4.2. Par rapport aux travailleurs

11.4.2.1. En principe

491. — Une CCT non étendue régit une relation de travail seulement si les deux parties au contrat individuel de travail sont liées simultanément à la CCT⁵⁸¹. Sont liés par une CCT, les travailleurs qui sont membres des associations contractantes et les travailleurs qui se sont soumis individuellement à la CCT en vertu de l'article 356b CO.

492. — Comme dans le cas des entreprises membres d'une des associations contractantes, pour être soumis à une CCT non étendue, le travailleur doit appartenir à l'un des syndicats qui a négocié la CCT en question ou alors utiliser la voie de la soumission individuelle prévue par l'article 356b CO.

493. — Selon le TF⁵⁸², il existe quatre modes d'assujettissement à une CCT pour les travailleurs :

1. Être dans le champ d'application de la CCT en étant membre de l'une des associations de salariés signataires de la CCT ;
2. Être signataire, avec l'accord de son employeur, d'un acte de soumission individuelle à la CCT (art. 356b CO), ayant pour conséquence l'inclusion du travailleur concerné dans le champ d'application de la CCT ;

⁵⁸⁰ *Idem*, p. 229 n° 22.

⁵⁸¹ BRUCHEZ (2010), p. 184, n° 93.

⁵⁸² ATF 123 III 129, c. 3a.

3. Être employé par une entreprise signataire d'un acte de soumission tout en étant membre de l'une des associations de salariés signataires de la CCT ;
4. Être dans le champ d'application d'une CCT étendue par arrêté fédéral ou cantonal.

494. — En dehors de ces situations, l'employeur n'est pas tenu d'appliquer les dispositions d'une CCT au travailleur. Il faut toutefois mentionner la possibilité de reprise des dispositions d'une CCT dans le contrat de travail par le biais d'un accord individuel entre l'employeur et le travailleur. Il s'agit de l'intégration conventionnelle de la CCT au contrat de travail⁵⁸³. Néanmoins, les dispositions de la CCT, dans un tel cas, ne peuvent déployer d'effet normatif à l'égard des parties au contrat individuel de travail⁵⁸⁴. Si un tel accord n'est pas respecté par l'employeur, les règles générales en matière de violation des contrats s'appliquent, plus précisément les articles 97ss CO qui traitent de l'inexécution des obligations.

11.4.2.2. Cas des travailleurs non syndiqués

495. — La CCT ne s'applique en principe pas au travailleur qui n'est pas syndiqué ou qui n'a pas signé une soumission individuelle à la CCT⁵⁸⁵. Pratiquement, cela signifie qu'un travailleur non syndiqué ne peut pas réclamer en justice à son employeur ce que la CCT accorde aux travailleurs syndiqués.

496. — En effet, comme nous l'avons déjà vu, selon l'article 357 al. 1 CO, les clauses normatives de la CCT n'ont en principe d'effets qu'envers les employeurs et travailleurs qu'elles lient, soit les employeurs et les travailleurs qui sont personnellement parties à la CCT, les employeurs et les travailleurs qui sont membres d'une association contractante (art. 356 al. 1 CO), ou encore les employeurs et les travailleurs qui ont déclaré se soumettre individuellement à la convention (art. 356b al. 1 CO). La CCT peut avoir des effets sur les tiers si elle est étendue en vertu de la LECCT. En l'occurrence, ses clauses s'appliqueront également aux employeurs et travailleurs auxquels elle est étendue.

⁵⁸³ WYLER (2008), p. 683 ; TF du 23.09.2008, 4A_86/2008 ; OG LU du 18.10.2000 in JAR 2001 393, c. 2.

⁵⁸⁴ ATF 123 III 129 c. 3c.

⁵⁸⁵ DE ROUGEMONT (1991), p. 55.

« En dehors de ces cas, les rapports entre parties sont régis par le contrat individuel et la loi, éventuellement par un contrat-type de travail, mais pas par la convention collective. »⁵⁸⁶

497. — Pour remédier à ce problème, dans la plupart des CCT, il est prévu que les employeurs liés par la CCT sont obligés de l'appliquer à tous leurs travailleurs, syndiqués ou non (*clause d'égalité de traitement ou clause d'extension*)⁵⁸⁷. Dans le fameux arrêt *Stähli*, du 2 mars 1955, le TF a nié l'application de la CCT dans un tel cas, en précisant que les travailleurs non syndiqués ne sauraient déduire d'une telle clause aucune action contre leur employeur, lequel n'engage sa responsabilité qu'envers les parties à la CCT s'il viole semblable clause⁵⁸⁸. Dans ce même arrêt, le TF a certes fermé la voie de l'action civile pour le travailleur non-syndiqué, mais a reconnu qu'il était toutefois légitime et nullement arbitraire de condamner l'employeur, n'ayant pas respecté une telle clause à l'égard du travailleur non-syndiqué, à une peine conventionnelle et au paiement de suppléments⁵⁸⁹.

498. — En la matière, le TF n'a pas changé de jurisprudence et son avis a été plébiscité par une nette majorité de la doctrine⁵⁹⁰. Seul DE ROUGEMONT considère que l'existence d'une telle clause permet au travailleur de s'adresser aux organes paritaires et d'ouvrir action en justice pour réclamer l'exécution des règles normatives de la CCT en ce qui le concerne, lorsque son employeur est soumis à la CCT et que celle-ci contient une telle clause ou s'il y a extension de la CCT⁵⁹¹. Cet auteur est d'avis qu'il faut donner aux clauses d'égalité de traitement une portée plus large que celle qui leur a été attribuée par une jurisprudence aujourd'hui dépassée⁵⁹², ce qui se justifierait d'autant plus depuis le fameux arrêt FTMH⁵⁹³ qui consacre davantage l'institution de la CCT⁵⁹⁴.

499. — En 1998, le TF a exposé sa volonté de ne pas donner aux clauses d'égalité de traitement une portée plus large comme le propose DE ROUGEMONT et a confirmé sa jurisprudence *Stähli* en arguant que l'opinion exprimée

⁵⁸⁶ ATF 123 III 129, c. 3a ; ATF 102 Ia 16, c. 2c.

⁵⁸⁷ DE ROUGEMONT (1991), p. 55.

⁵⁸⁸ ATF 81 I 1, c. 4.

⁵⁸⁹ *Ibid.*

⁵⁹⁰ ATF 123 III 129, c. 3a.

⁵⁹¹ DE ROUGEMONT (1991), p. 55-56.

⁵⁹² *Idem*, p. 56.

⁵⁹³ ATF 113 II 37.

⁵⁹⁴ DE ROUGEMONT (1991), p. 56.

dans cet arrêt était toujours d'actualité (il cite notamment un arrêt cantonal de 1995⁵⁹⁵) et était même approuvée par la quasi-unanimité de la doctrine⁵⁹⁶.

500. — Avant de passer au thème suivant qui aura trait au conflit de CCT, il faut encore préciser d'autres constructions admises par la jurisprudence démontrant que la soumission au sens de l'article 356b CO n'est pas le seul moyen permettant d'appliquer la CCT à des tiers. En effet, il faut encore citer le cas où la convention a été intégrée dans le contrat individuel du travailleur non organisé⁵⁹⁷, ce que nous avons déjà évoqué sous point 4.2.1, et concernant le 13^{ème} salaire, le cas où l'employeur le verse au travailleur dissident par accord tacite⁵⁹⁸.

⁵⁹⁵ TC NE du 06.06.1995 in JAR 1996 305.

⁵⁹⁶ ATF 123 III 129, c. 3a.

⁵⁹⁷ Ce cas de figure est traité dans TC NE du 06.06.1995 in JAR 1996 305 et dans TC JU du 15.05.1995 in RJJ 1996 p. 158.

⁵⁹⁸ TC JU du 15.05.1995 in RJJ 1996 p. 158.

Chapitre 12 : Conflit de CCT

501. — En droit collectif du travail, lorsque deux conventions collectives sont applicables directement ou par l'effet d'un arrêté d'extension à un même contrat individuel de travail, il y a conflit de conventions collectives de travail (*Vertragskonkurrenz*)⁵⁹⁹. *A contrario*, le travailleur qui effectue plusieurs activités différentes au sein de plusieurs entreprises différentes peut être soumis à plusieurs CCT vu qu'il y a plusieurs rapports de travail distincts⁶⁰⁰.

502. — Dans la mesure où aucun de ces deux textes ne prévoit une autre solution, seule est applicable l'une des deux conventions à l'exclusion de l'autre⁶⁰¹, de façon à ce que l'équilibre de chacune des conventions ne soit pas bouleversé au préjudice de l'employeur ou du travailleur⁶⁰². Puis le TF a consacré le principe de l'unité du contrat de travail : le travailleur doit être soumis à une seule CCT⁶⁰³.

503. — La jurisprudence et la doctrine ont élaboré quelques règles de conflit, notamment en fonction de la nature des deux CCT entrant en conflit. En substance, il faut retenir les quatre règles suivantes :

⁵⁹⁹ BerK-STÖCKLI (1999), n. 67 ad art. 356 CO, p. 97 « *Vertragskonkurrenz (Vertragskonflikt, nach französischersprachiger Terminologie) liegt vor, wenn mehrere Gesamtarbeitsverträge auf dasselbe Arbeitsverhältnis anwendbar wären.* » ; ZK-VISCHER/ALBRECHT (2006), n. 130 ad art. 356 CO, p. 104.

⁶⁰⁰ WYLER (2008), p. 701 ; BerK-STÖCKLI (1999), n. 61 ad art. 356 CO, p. 93.

⁶⁰¹ BerK-STÖCKLI (1999), n. 67 ad art. 356 CO, p. 97 ; ZK-VISCHER/ALBRECHT (2006), n. 130 ad art. 356 CO, p. 104.

⁶⁰² WYLER (2008), p. 700-701, STREIFF/VON KAENEL (2006), n. 4 ad art. 356 CO, p. 1019-1021.

⁶⁰³ WYLER (2008), p. 688 ; BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ (2004), p. 369, n° 7 ; TF du 27.02.1996 in JAR 1997 269, c. 2b.

1. En premier lieu, la volonté des parties aux CCT entrant en conflit est déterminante⁶⁰⁴. Les parties ont peut-être prévu des règles de conflit dans le texte même de la CCT⁶⁰⁵ ;
2. Le principe de l'unité de tarif (*Tarifeinheit*) vise à garantir un même « tarif » au sein d'une même entreprise, à savoir soumettre un maximum de travailleurs au même « tarif »⁶⁰⁶ ;
3. Le principe de la spécialité (*Spezialitätsprinzip*) a pour but d'appliquer la CCT qui tient le mieux compte, en perspective des conditions de travail effectives, de la spécificité de l'entreprise et des besoins particuliers des travailleurs⁶⁰⁷ ;
4. Le principe de la clause la plus favorable (*Günstigkeitsprinzip*) qui a pour but d'appliquer la CCT qui est la plus favorable au travailleur.

504. — Nous traiterons ainsi du conflit entre deux CCT professionnelles (point 12.1), entre une CCT professionnelle et une CCT sectorielle (point 12.2), entre deux CCT sectorielles (point 12.3), entre une CCT non étendue et une CCT étendue (point 12.4) et entre deux CCT étendues (point 12.5). Le cas des CCT d'entreprises sera également traité (point 12.6), ainsi que la possibilité qu'un travailleur et un employeur soient parties à une CCT différente (point 12.7).

12.1. Conflit entre deux CCT professionnelles

505. — Par CCT professionnelle (ou CCT de métier, *Berufsvertrag*), on entend une CCT qui s'applique à l'ensemble d'un corps de métier (*Fachtarif*), par exemple la CCT des assistantes et assistants en pharmacie du canton de Neuchâtel.

⁶⁰⁴ BerK-STÖCKLI (1999), n. 68 ad art. 356 CO, p. 98 ; ZK-VISCHER/ALBRECHT (2006), n. 138 ad art. 356 CO, p. 106 ; TF du 12.03.2001, 4C.350/2000.

⁶⁰⁵ BerK-STÖCKLI (1999), n. 68 ad art. 356 CO, p. 98 au sujet des *Subsidiaritätsbestimmungen/Prioritätsbestimmungen*.

⁶⁰⁶ ZK-VISCHER/ALBRECHT (2006), n. 139 ad art. 356 CO, p. 106.

⁶⁰⁷ RONCORONI (2010), n. 195 p. 445 ; ZK-VISCHER/ALBRECHT (2006), n. 140 ad art. 356 CO, p. 106 « *Das Spezialitätsprinzip verwicklicht das Prinzip der Sachnähe und führt deshalb in der Regel zur adäquatesten Lösung.* » ; BerK-STÖCKLI (1999), n. 67-69 ad art. 356 CO, p. 97-99 ; OG LU du 20.11.1996 in JAR 1997 277 ; *contra* AUBERT M.E. (1957), p. 73-74.

506. — Un conflit entre deux CCT professionnelles peut se poser si le travailleur exerce deux activités en même temps dans la même entreprise. Le travailleur pourrait détenir deux CFC, l'un de menuisier et l'autre de peintre. Pour régler le conflit, il faut déterminer laquelle des deux activités est prépondérante⁶⁰⁸. Si l'une des deux l'est clairement, on applique la CCT professionnelle couvrant cette activité (*Spezialitätsprinzip*). S'il est impossible de déterminer quelle activité est prépondérante, on applique la CCT qui est la plus favorable au travailleur (*Günstigkeitsprinzip*). Certaines CCT prévoient expressément l'application du principe de la clause la plus favorable en cas de conflit. C'est le cas de l'article 1 al. 5 de la CCT du commerce de détail de la ville de Lausanne : « *En cas de conflit de CCT, les conditions les plus favorables aux travailleurs s'appliquent.* »⁶⁰⁹.

507. — Dans un respect du principe de l'unité de contrat de travail⁶¹⁰, on ne peut lui appliquer les deux CCT en « quinconce » : pour telle question, on applique la CCT de la menuiserie, et pour telle autre question, on applique la CCT de la peinture. En effet, selon ce principe, un travailleur ne peut être soumis qu'à une seule CCT⁶¹¹.

508. — Si le travailleur et l'employeur ont adhéré chacun à une CCT concernant des professions différentes, aucune de ces conventions n'est applicable à leur contrat de travail. Il ne s'agit donc pas d'un conflit de CCT puisqu'aucune des deux CCT n'est applicable du fait que les cocontractants ne sont pas parties à la même CCT⁶¹².

12.2. Conflit entre une CCT professionnelle et une CCT sectorielle

509. — Par CCT sectorielle (ou CCT de branche, *Branchenvertrag*), on entend une CCT qui vise tous les travailleurs d'une branche (*Industrietarif*) indépendamment de leur activité concrète, par exemple la CCT romande du second

⁶⁰⁸ TF du 17.08.2006, 4C.191/2006, c. 2.2.

⁶⁰⁹ <http://www.city-management.ch/site/files/CCT.pdf>, (27.03.2011).

⁶¹⁰ WYLER (2008), p. 688 ; TF du 27.02.1996 in JAR 1997 269, c. 2b.

⁶¹¹ WYLER (2008), p. 688 ; TF du 27.02.1996 in JAR 1997 269, c. 2b.

⁶¹² GS BS du 10.10.1985 in BJM 1987 p. 225, 226.

œuvre qui s'applique à la menuiserie, l'ébénisterie, la charpenterie, la plâtrerie et la peinture⁶¹³.

510. — Si le conflit existe entre une CCT sectorielle qui vise tous les travailleurs d'une branche indépendamment de leur activité concrète, et une CCT professionnelle qui ne vise que des travailleurs remplissant certaines conditions ayant trait le plus souvent à leur formation, la préférence devrait être donnée, en vertu du principe de l'unité de tarif, à la CCT sectorielle afin que tous les travailleurs d'une même entreprise de la branche soient soumis à la même CCT, soit au même tarif⁶¹⁴.

511. — Il faut toutefois vérifier si la CCT sectorielle n'exclut pas expressément certains métiers de son champ d'application, auquel cas, la CCT professionnelle s'appliquera quand même. À titre d'exemple, la convention nationale du secteur principal de la construction prévoit en son article 3 al. 2 que :

« Sont exclus de la CN :

a) les contremaitres et chefs d'atelier,

b) le personnel dirigeant,

c) le personnel technique et administratif. »⁶¹⁵

512. — Pour illustrer cette problématique, imaginons le cas d'une secrétaire membre de la Société suisse des employés de commerce (SEC Suisse) qui est engagée par une agence de travail temporaire membre de Swisstaffing et envoyée en mission dans une entreprise soumise au champ d'application de la CCT de l'industrie chocolatière suisse⁶¹⁶. Entre la secrétaire et l'agence de travail temporaire s'applique la CCT relative aux conditions d'engagement et de travail du personnel employé à titre temporaire conclue entre Swisstaffing et SEC Suisse⁶¹⁷. Il s'agit d'une CCT professionnelle. Comme la secrétaire travaille dans une entreprise entrant dans le champ d'application de la CCT de l'industrie chocolatière suisse, CCT sectorielle, nous pourrions nous poser la question d'un éventuel conflit entre deux CCT, l'une professionnelle, l'autre

⁶¹³ http://www.anmpp.ch/documents/cct2007-2010_v.27.12.06.pdf, (27.03.2011).

⁶¹⁴ TC VD du 19.10.2001 in JdT 2003 III 3, c. 3b) aa), *contra* : WYLER (2008), p. 701.

⁶¹⁵ http://www.baumeister.ch/fileadmin/media/2_Kernthemen/LMV/lmv2_f.pdf (27.03.2011).

⁶¹⁶ <http://www.geneve.ch/ocirt/cct/EnVigueur/Internet/AWE/default.asp>, (27.03.2011).

⁶¹⁷ <http://www.geneve.ch/ocirt/cct/EnVigueur/dati/cct/11905.htm>, (27.03.2011).

sectorielle. Mais en prenant connaissance du contenu de la CCT de l'industrie chocolatière suisse, la question du conflit de CCT ne se pose plus puisque cette CCT ne s'applique qu'au personnel d'exploitation⁶¹⁸. Il est en conséquence très important de vérifier le champ d'application de la CCT sectorielle avant d'exclure la CCT professionnelle en raison du principe de l'unité de tarif.

513. — Il s'agit probablement du conflit qui survient le plus souvent en pratique⁶¹⁹.

12.3. Conflit entre deux CCT sectorielles

514. — Par contre, si une entreprise comporte plusieurs exploitations qui appartiennent à des branches différentes ou que la même exploitation se compose de plusieurs parties⁶²⁰ appartenant à des branches différentes, il peut y avoir un conflit entre deux CCT sectorielles. Et dans un tel cas, aucune règle précise ne permet de déterminer laquelle des deux CCT doit être préférée. Le principe de l'unité de tarif ne doit pas nécessairement s'appliquer, surtout si les deux CCT prévoient qu'elles peuvent être appliquées à une partie seulement de l'entreprise, ce qui permet d'appliquer un tarif différent au sein même de l'entreprise⁶²¹. Pour que deux CCT sectorielles coexistent, toutes deux doivent le permettre, mais surtout, les deux secteurs de l'entreprise doivent être distincts tant à l'intérieur qu'à l'extérieur de l'entreprise⁶²². Dans un tel cas, on applique une CCT différente à chaque partie de l'entreprise : chaque secteur est soumis à la CCT sectorielle lui correspondant. Il faut préciser que dans l'hypothèse de la coexistence de deux CCT, le principe de la clause la plus favorable ne peut s'appliquer « *car un tel raisonnement reviendrait à bouleverser l'équilibre négocié d'une CCT, laquelle représente un tout, instrument de la paix du travail* »⁶²³. En outre, si une CCT prévoit de pouvoir s'appliquer

⁶¹⁸ <http://www.geneve.ch/ocirt/cct/EnVigueur/Internet/AWE/default.asp>, (27.03.2011).

⁶¹⁹ BerK-STÖCKLI (1999), n. 67 ad art. 356 CO, p. 97.

⁶²⁰ Ces parties présentent une autonomie suffisante reconnaissable tant à l'intérieur qu'à l'extérieur de l'entreprise, TF du 12.03.2001, 4C.350/2000, c. 3c.

⁶²¹ TF du 12.03.2001, 4C.350/2000, c. 3c.

⁶²² *Idem*, c. 3d.

⁶²³ WYLER (2008), p. 700-701.

en parallèle d'une autre, cela reflète la volonté des parties, à savoir tant les représentants des employeurs que les représentants des travailleurs. Et ce serait aller à l'encontre de cette volonté que de permettre un cumul des deux CCT en appliquant celle qui est la plus favorable au travailleur indépendamment du secteur dans lequel il travaille.

515. — Si l'entreprise mixte n'a pas deux secteurs distincts, il faut déterminer quelle est l'activité principale de l'entreprise et lui appliquer la CCT correspondante pour respecter le principe de l'unité tarifaire⁶²⁴.

516. — Le TF a considéré que dans le cadre d'une CCT relative à une branche industrielle, le critère d'attribution déterminant est la nature de l'activité qui caractérise l'exploitation ou une partie de l'exploitation, et non pas l'entreprise en général comme base économique de plusieurs exploitations⁶²⁵.

517. — Pour illustrer la problématique du conflit entre deux CCT sectorielles, la Convention nationale du secteur principal de la construction a prévu en son article 2^{bis} une série de solutions en cas d'application de la CCT à une entreprise mixte⁶²⁶ :

Article 2^{bis} Champ d'application pour les entreprises mixtes

¹ *Entreprises mixtes authentiques et non authentiques : on fait en principe la distinction entre les entreprises mixtes sans secteurs autonomes (entreprises mixtes non authentiques) et celles avec secteurs autonomes (entreprises mixtes authentiques).*

² *Entreprises mixtes non authentiques, principe de l'unité tarifaire : le principe de l'unité tarifaire est applicable aux entreprises mixtes non authentiques du secteur principal de la construction. Aussi bien certains travailleurs hors de la branche que des secteurs entiers hors de la branche sont pris en considération par la convention collective de travail à laquelle est assujettie l'entreprise principale. Autrement dit, tous les collaborateurs sont soumis en principe à la Convention nationale du secteur principal de la construction en Suisse. À cet effet, il faut déterminer au cas par cas quelle activité effective confère la caractéristique à l'entreprise dans sa globalité.*

³ *Entreprises mixtes non authentiques, détermination de l'activité principale : il faut en principe se baser sur le critère de la prestation de travail en heures de travail par rapport à l'activité des secteurs à examiner pour déterminer l'activité principale de l'entreprise globale. Si cette attribution n'est pas possible pour une raison ou une autre, il faut à titre de*

⁶²⁴ ATF 134 III 11, c. 2.1 ; TF du 12.03.2001, 4C.350/2000, c. 3b.

⁶²⁵ ATF 134 III 11, c. 2.1 et 2.2 ; TF du 11.07.2002, 4C.45/2002, c. 2.1.2 et 2.2.2.

⁶²⁶ http://www.baumeister.ch/fileadmin/media/2_Kernthemen/LMV/lmv2_f.pdf, (20.03.2011).

remplacement se baser sur le pourcentage de postes. Si dans ce cas non plus, il n'en résulte pas de résultat clair et net, les critères chiffre d'affaires et bénéfice, inscription au registre du commerce et affiliation à l'association entrent en ligne de compte.

⁴ *Entreprises mixtes non authentiques, critères : une entreprise mixte non authentique du secteur principal de la construction fournit des prestations dans au moins une branche en dehors du secteur principal de la construction. Il faut partir de l'idée que l'on se trouve en présence d'une entreprise mixte non authentique si les éléments suivants sont prépondérants :*

- a. certains travailleurs ne peuvent être attribués de manière claire et nette à un secteur d'entreprise ;*
- b. les travaux dans le secteur hors de la branche ne sont effectués qu'à titre auxiliaire dans le cadre des autres activités de l'entreprise ;*
- c. le secteur actif hors de la branche n'apparaît pas sur le marché en tant que prestataire autonome ;*
- d. les secteurs individuels de l'entreprise ne sont en conséquence pas reconnus comme tels de l'extérieur.*

⁵ *Entreprises mixtes authentiques, critères : les entreprises mixtes authentiques comprennent deux ou plusieurs secteurs autonomes. On est en présence d'un secteur autonome si les conditions suivantes sont réunies de manière cumulative :*

- a. certains travailleurs peuvent être attribués de manière précise aux secteurs respectifs ; ils constituent une unité organisationnelle bien distincte ;*
- b. les travaux dans le secteur hors de la branche ne sont pas uniquement effectués à titre auxiliaire dans le cadre des autres activités de l'entreprise ;*
- c. le secteur hors de la branche apparaît sur le marché en tant que prestataire autonome ;*
- d. les secteurs individuels de l'entreprise sont en conséquence reconnus comme tels de l'extérieur.*

⁶ *Entreprises mixtes authentiques, exception du principe de l'unité tarifaire : pour les entreprises mixtes authentiques selon al. 5, le principe de l'unité tarifaire est « rompu ». La CCT de la branche correspondante est appliquée au secteur autonome hors de la branche, ainsi qu'aux collaborateurs occupés dans ce secteur. La Convention nationale du secteur principal de la construction en Suisse est applicable au secteur effectuant des travaux du secteur principal de la construction.*

12.4. Conflit entre une CCT non étendue et une CCT étendue

518. — La loi règle clairement ce cas de figure par l'article 4 al. 2 LECCT qui prévoit que « *les clauses de la convention étendue l'emportent sur celles des conventions non étendues, à la réserve des dérogations stipulées en faveur des travailleurs* ». Comme cela ressort du texte de la loi, les clauses de la CCT

étendue priment les clauses de la CCT non étendue, mais le principe de la clause la plus favorable reste applicable. Cela signifie que sont réservées les clauses qui dérogent à la convention au profit du travailleur⁶²⁷. En d'autres termes, par la disposition légale susmentionnée, le principe de la clause la plus favorable trouve application⁶²⁸.

519. — Cela ressort clairement du message du Conseil fédéral : il convient de régler aussi, à l'article 12 (actuel art. 4 LECCT), le rapport entre une convention collective qui a fait l'objet d'une décision et une convention collective ordinaire. Celle-là prime celle-ci, mais le principe de la clause la plus favorable reste applicable, c'est-à-dire que sont réservées les clauses qui dérogent à la convention au profit du travailleur⁶²⁹.

12.5. Conflit entre deux CCT étendues

520. — La LECCT ne règle pas une telle situation. La volonté des parties contractantes devrait être en premier lieu déterminante⁶³⁰.

521. — En préambule, il faut préciser que si aucune des deux CCT ne prévoit une solution en cas de conflit, seule est applicable l'une des deux CCT, à l'exclusion de l'autre, ceci afin de sauvegarder la stabilité de chacune des deux CCT à l'égard de l'employeur et du travailleur⁶³¹.

522. — Selon la doctrine et la jurisprudence, si un conflit de CCT étendues intervient, il doit être tranché selon le principe de la spécialité selon lequel doit s'appliquer la CCT « *qui correspond le mieux à la particularité de l'entreprise et au besoin particulier du travailleur au regard de la forme concrète des rapports de travail.* »⁶³². Ce principe est préféré à celui de la clause la plus

⁶²⁷ Message LECCT du 29.01.1954 in FF 1954 p. 125, 175.

⁶²⁸ ZK-VISCHER/ALBRECHT (2006), n. 143 ad. art. 356 CO, p. 107, « *Das Günstigkeitsprinzip findet in diesem Fall durch gesetzliche Vorschrift Anwendung* ».

⁶²⁹ Message LECCT du 29.01.1954 in FF 1954 p. 125, 174-175.

⁶³⁰ RONCORONI (2010), p. 445, n° 195 ; ZK-VISCHER/ALBRECHT (2006), n. 144 ad. art. 356 CO, p. 107.

⁶³¹ BerK-STÖCKLI (1999), n. 68 ad art. 356 CO, p. 98 ; ZK-VISCHER/ALBRECHT (2006), n. 138 ad. art. 356 CO, p. 106.

⁶³² FAVRE/MUNOZ/TOBLER (2010), n. 1.8. ad. art. 356 CO, p. 460 ; ZK-VISCHER/ALBRECHT (2006), n. 144 ad. art. 356 CO, p. 107 ; BerK-STÖCKLI (1999), n. 70 ad art. 356 CO, p. 99 ;

favorable car il est souvent difficile de déterminer quelle CCT, dans son ensemble, est la plus favorable au travailleur⁶³³.

523. — S'il est possible de déterminer aisément quelle CCT est la plus favorable au travailleur, nous préconisons l'application du principe de la clause la plus favorable, principe phare du droit collectif du travail, afin de garantir la meilleure protection possible du travailleur dans ses conditions de travail⁶³⁴. À notre sens, tant le principe de la spécialité que celui de la clause la plus favorable peuvent se révéler difficiles d'application.

524. — Quelques précisions peuvent encore être apportées. Si le conflit existe entre une CCT sectorielle étendue qui vise tous les travailleurs d'une branche indépendamment de leur activité concrète, et une CCT professionnelle étendue qui ne vise que des travailleurs remplissant certaines conditions ayant trait le plus souvent à leur formation, la préférence devrait être donnée, en vertu du principe de l'unité de tarif, à la CCT sectorielle étendue afin que tous les travailleurs d'une même entreprise de la branche soient soumis à la même CCT⁶³⁵.

525. — Par contre, s'il y a un conflit entre deux CCT sectorielles étendues, aucune règle précise ne permet de déterminer laquelle des deux conventions doit être préférée.

526. — Selon le TF, un tel conflit ne devrait pas être résolu en application du principe de l'unité de tarif, mais selon le champ d'application de chacune des deux CCT sectorielles⁶³⁶.

527. — Cela signifie que chaque CCT s'applique à son secteur, soit à une partie seulement de l'entreprise dite mixte⁶³⁷. Toutefois, pour ce faire, il faut que le secteur forme une unité autonome sur le plan organisationnel de l'entreprise. Autrement dit, les travailleurs doivent être clairement affectés au secteur et non pas seulement pour y fournir un travail à titre purement auxiliaire. Et il faut également que le secteur apparaisse à l'extérieur comme le véritable producteur de ses marchandises ou services⁶³⁸.

OG LU du 20.11. 1996 in JAR 1997 p. 277 ; OG TG du 19.03.1987 in RBOG 1987 n° 9 et JAR 1988 172, p. 176.

⁶³³ RONCORONI (2010), p. 445, n° 195.

⁶³⁴ *Ibid.*

⁶³⁵ TC VD du 19.10.2001 in JdT 2003 III 3, c. 3b) aa).

⁶³⁶ TFdu 12.03.2001, 4C.350/2000, c. 3c ; TC VD du 19.10.2001 in JdT 2003 III 3, c. 3b) aa).

⁶³⁷ TFdu 12.03.2001, 4C.350/2000, c. 3c.

⁶³⁸ *Idem*, c. 3d.

528. — Et s'il est impossible de permettre une coexistence des deux CCT sectorielles étendues, il faut déterminer lequel des deux secteurs de l'entreprise mixte est prédominant et appliquer la CCT sectorielle étendue du secteur qualifié de prédominant en respect du principe de l'unité de tarif⁶³⁹.

12.6. Quid des CCT d'entreprise ?

529. — Par CCT d'entreprise, on entend une CCT signée directement, du côté de l'employeur, par les représentants d'une ou plusieurs entreprises sans l'intermédiaire d'une association patronale, et du côté des travailleurs, par une ou plusieurs associations ne regroupant que des travailleurs de l'entreprise⁶⁴⁰.

530. — Une CCT d'entreprise est parfois appelée « convention interne d'entreprise »⁶⁴¹. De par sa nature « interne » à l'entreprise à laquelle elle s'applique, elle n'a pas de vocation à être étendue à toute une branche économique.

531. — En principe, une CCT d'entreprise est conclue dans un domaine où il n'y a pas de CCT et c'est pour combler ce vide que les employeurs et travailleurs en concluent une. Il se peut aussi, dans un but d'amélioration des conditions de travail des travailleurs de l'entreprise, qu'une CCT d'entreprise soit conclue alors qu'il existe déjà une CCT de la branche à laquelle elle appartient⁶⁴².

532. — Par conséquent, si une CCT d'entreprise entre en conflit avec une CCT professionnelle ou une CCT sectorielle, il faut appliquer au contrat de travail la CCT qui est la plus favorable au travailleur, en vertu du principe de la clause la plus favorable.

⁶³⁹ ATF 134 III 11, c. 2.1 ; TF du 12.03.2001, 4C.350/2000, c. 3b.

⁶⁴⁰ OFS, Enquête sur les conventions collectives de travail en Suisse 2007, p. 16, <http://www.bfs.admin.ch/bfs/portal/fr/index/news/publikationen.html?publicationID=3733>, (20.03.2011).

⁶⁴¹ *Ibid.*

⁶⁴² *Ibid.*

Chapitre 13 : Interprétation de la CCT

533. — Selon la doctrine dominante et la jurisprudence, une convention collective de travail doit être interprétée différemment suivant qu'il s'agit de dispositions de nature contractuelle ou normative. Les dispositions de nature contractuelle (ou dispositions obligationnelles) règlent les droits et obligations réciproques des partenaires (art. 356 al. 3 CO) et sont interprétées selon les principes d'interprétation du contrat, notamment selon le principe de la confiance⁶⁴³. Alors que les dispositions de nature normative sont applicables directement aux relations contractuelles entre travailleurs et employeurs (art. 356 al. 1 et 2 CO) et sont donc interprétées selon les principes d'interprétation de la loi⁶⁴⁴.

534. — L'interprétation des dispositions normatives d'une CCT s'effectue selon les principes applicables à l'interprétation de la loi⁶⁴⁵, soit selon la méthode objective⁶⁴⁶. Et il est de jurisprudence constante qu'une disposition légale doit d'abord être interprétée selon sa lettre. L'autorité chargée d'appliquer la loi est liée à un texte légal clair et non équivoque, pour autant que celui-ci restitue le sens véritable de la norme⁶⁴⁷. Mais il est permis, il s'impose même de s'écarter du sens littéral d'un texte légal clair et non équivoque, s'il existe des motifs objectifs permettant d'admettre que le texte ne correspond pas au sens véritable de la disposition. Il est également possible de s'écarter du texte légal lorsque l'interprétation littérale conduit à un résultat que le législateur ne peut avoir voulu. En outre, il est à préciser que tous les

⁶⁴³ ATF 133 III 213, c. 5.2 ; ATF 127 III 318, c. 2a.

⁶⁴⁴ ATF 133 III 213, c. 5.2 ; ATF 127 III 318, c. 2a.

⁶⁴⁵ TF du 19.12.2007, 4A_348/2007, c. 3.2.

⁶⁴⁶ Il s'agit de la méthode objective qui consiste à utiliser les différents modes d'interprétation dans l'ordre suivant : l'interprétation littérale, l'interprétation systématique, l'interprétation téléologique, l'interprétation historique.

⁶⁴⁷ ATF 125 II 57, c. 2b ; ATF 120 II 112, c. 3a.

éléments d'interprétation doivent être pris en compte puisque le TF suit un pluralisme de méthode pragmatique et refuse d'établir une hiérarchie de priorités entre les différents éléments d'interprétation (systématique, téléologique, historique, comparatif)⁶⁴⁸.

535. — Le TF est toutefois d'avis que dans le domaine de l'interprétation des dispositions normatives d'une convention collective, il ne faut pas exagérer la distinction entre les règles sur l'interprétation des lois et les règles sur l'interprétation des contrats ; la volonté des cocontractants et ce que l'on peut comprendre selon le principe de la bonne foi constituent également des moyens d'interprétation⁶⁴⁹.

536. — En précisant sa jurisprudence quelques mois après, le TF considère que pour comprendre la véritable portée de certaines clauses normatives contenues dans la CCT, il est nécessaire de se référer à la volonté des parties contractantes lors des pourparlers qui ont conduit à la conclusion de la CCT⁶⁵⁰.

537. — Dans un même ordre d'idées, selon BRUCHEZ, « *l'avis de la commission paritaire concernant l'interprétation de la convention collective doit aussi être pris en considération, en particulier lorsque la convention collective charge la commission paritaire d'une telle interprétation en cas de litige* »⁶⁵¹.

538. — Et selon le TF, lorsqu'une clause normative semble être lacunaire, il faut appliquer les mêmes principes qu'en cas de lacune de la loi⁶⁵². Il y a donc lieu de déterminer si l'on est en présence d'une véritable lacune qu'il conviendra de combler ou d'un silence qualifié⁶⁵³. Il s'agit d'une véritable lacune « *lorsque la convention collective ne règle pas une question qu'elle aurait dû*

⁶⁴⁸ ATF 124 III 266, c. 4.

⁶⁴⁹ ATF 133 III 213, c. 5.2.

⁶⁵⁰ TF du 12.07.2006, 4C.216/2005, c. 2.1 : « [...] *So haben die normativen Bestimmungen eines Gesamtarbeitsvertrags zwar eine gesetzesähnliche Funktion. Sie gründen aber dennoch in einem Vertrag, so dass der Wille der am Abschluss des Gesamtarbeitsvertrags beteiligten Parteien ein gewichtigeres Auslegungselement ist, als derjenige des Gesetzgebers bei der Gesetzesinterpretation. [...] Doch ist bei der Auslegung der normativen Bestimmungen mit Rücksicht auf den Schutz des Vertrauens der an der Normsetzung nicht beteiligten Einzelvertragsparteien immer zu fragen, ob der nach den Grundsätzen der Vertragsauslegung ermittelte Vertragswille auch einer objektiven Auslegung nach Wortlaut, Sinnzusammenhang und Ratio standhält.* »

⁶⁵¹ BRUCHEZ (2010), p. 193, n° 121 ; TF du 05.11.2003, 4C.206/2003, c. 3.5.

⁶⁵² ATF 133 III 213, c. 5.2.

⁶⁵³ *Ibid.*

régler et qu'aucune solution ne se dégage du texte de la convention ou de son interprétation »⁶⁵⁴.

⁶⁵⁴ BRUCHEZ (2010), p. 193, n° 122 ; ATF 133 III 213, c. 5.

Chapitre 14 : Fin d'une CCT

539. — La fin d'une CCT peut prendre forme de deux manières, en vertu de la CCT elle-même (point 14.1) ou en vertu de la dénonciation par l'une des parties (point 14.2). Ensuite, il y a les cas où la CCT ne prend fin que pour certaines parties, c'est le cas de la révocation de la soumission (point 14.3) ou du transfert d'entreprise (point 14.4).

14.1. En vertu de la CCT (art. 356c al. 1 CO)

540. — Cette fin dépend de ce qui a été convenu par les parties qui ont négocié la CCT. Si une des causes mettant fin à la CCT survient, la CCT en question prendra fin. La cause la plus fréquente est la durée : la CCT arrive à échéance et prend fin automatiquement.

541. — Lorsque la CCT est de durée indéterminée, elle contient en principe un délai de résiliation. Si tel ne devait pas être le cas, chaque partie peut, en vertu de l'article 356c al. 2 CO, la dénoncer après un an moyennant un avertissement de six mois.

14.2. En vertu de la dénonciation par l'une des parties (art. 356c al. 2 CO)

542. — Comme nous l'avons vu ci-dessus, chacune des parties peut dénoncer la CCT en tout temps après une année et moyennant un préavis de six mois (art. 356c al. 2 CO). « *Si plusieurs associations sont impliquées dans la CCT du*

côté des employeurs ou des travailleurs, la résiliation d'une seule association a des effets pour toutes les associations. »⁶⁵⁵.

543. — Toutefois, une clause de la CCT peut anticiper les effets d'une dénonciation au sens de l'article 356c al. 2 CO et prévoir qu'elle continuera de s'appliquer aux associations qui désirent continuer d'appliquer la CCT en l'état.

544. — Une CCT peut aussi prévoir qu'en cas de dénonciation, elle restera en vigueur tant que des pourparlers dureront. C'est le cas de la CCT du nettoyage industriel des textiles dans le Canton de Vaud⁶⁵⁶ :

« Article 29.2

À l'issue de cette période et en l'absence de dénonciation par une des parties, elle sera reconduite tacitement pour une année et ainsi de suite d'année en année. Elle pourra être dénoncée pour son échéance par lettre recommandée, moyennant un préavis de six mois pour la fin de l'année. »

14.3. En cas de révocation de la soumission

545. — En cas de révocation de la soumission individuelle, les effets de la CCT prennent fin pour le travailleur ou l'employeur qui révoque sa soumission.

546. — Si un délai de résiliation ne figure pas dans le contrat de soumission à la CCT, l'article 356c al. 2 CO s'applique par analogie et le travailleur ou l'employeur qui entend révoquer la soumission peut le faire après un an moyennant un avertissement de six mois⁶⁵⁷. S'il s'agit d'une révocation de la soumission d'un employeur, passé ce délai de l'article 356c al. 2 CO, les travailleurs ne bénéficient plus des conditions de travail prévues par la CCT.

14.4. En cas de transfert d'entreprise

547. — Dans un cas de transfert d'entreprise, d'après l'article 333 al. 1^{bis} CO, *« si les rapports de travail transférés sont régis par une convention collective,*

⁶⁵⁵ GABATHULER (2010), p. 225, n° 10.

⁶⁵⁶ http://www.vd.ch/fileadmin/user_upload/organisation/dec/sde/fichiers_pdf/CCT-nettindus-061129.pdf, (27.03.2011).

⁶⁵⁷ GABATHULER(2010), p. 226, n° 14.

l'acquéreur est tenu de la respecter pendant une année pour autant qu'elle ne prend pas fin du fait de l'expiration de la durée convenue ou de sa dénonciation ».

548. — Si la CCT n'expire pas en raison de sa durée ou si elle est de durée indéterminée et qu'elle n'est pas dénoncée par une des parties, une année après le transfert d'entreprise, l'acquéreur de l'entreprise n'est plus lié par la CCT⁶⁵⁸.

549. — En conséquence, les travailleurs ne pourront plus bénéficier d'une application de la CCT vu que cette dernière ne peut régir une relation de travail seulement si les deux parties au contrat individuel sont liées simultanément à la CCT⁶⁵⁹.

⁶⁵⁸ BIANCHI (2010), p. 214, n° 17.

⁶⁵⁹ BRUCHEZ (2010), p. 184, n° 93.

Chapitre 15 : Extension d'une CCT

550. — Comme nous l'avons déjà évoqué, les CCT peuvent être étendues. La procédure d'extension fera l'objet de ce chapitre. Dans un premier temps, nous poserons le cadre normatif (point 15.1) puis nous traiterons de la procédure d'extension en tant que telle (point 15.2), de la qualification de la décision d'extension (point 15.2.2), des conditions requises (point 15.2.3) et des effets déployés par l'extension (point 15.2.4).

15.1. Cadre normatif

15.1.1. Les prémisses

551. — Selon les principes généraux du droit des obligations, ni aucune convention, ni aucun contrat, ne peut imposer des obligations à des tiers. Mais dès l'entrée en vigueur de notre CO en 1911, ces principes généraux ont dû être relativisés dans le domaine du contrat de travail puisque l'introduction des contrats collectifs de travail a permis aux partenaires sociaux de créer des obligations impératives s'appliquant à tous les employeurs et travailleurs liés par la CCT du fait qu'ils soient membres des organisations professionnelles ayant négocié ladite CCT⁶⁶⁰. C'était une première en Europe⁶⁶¹.

552. — Déjà en 1912, dans le cadre de la révision du CO, le CF avait proposé d'étendre, de par la loi, le champ d'application des CCT aux dissidents. Mais cette proposition du CF avait été rejetée par le Parlement⁶⁶². Puis à la fin de la 1^{ère} guerre mondiale, on réclamait de manière pressante l'établissement

⁶⁶⁰ AUBERT (2004), p. 6.

⁶⁶¹ RONCORONI (2010), p. 369, n° 1.

⁶⁶² *Ibid.*

d'une nouvelle réglementation relative aux conventions collectives de travail et aux contrats-types de travail. La loi du 27 juin 1919 portant réglementation des conditions de travail, – adoptée sans opposition par les chambres mais rejetée à une faible majorité dans la votation populaire – visait à autoriser le Conseil fédéral, sous certaines conditions, à déclarer obligatoires les conventions collectives et à établir des contrats-types auxquels il n'était pas possible de déroger⁶⁶³.

553. — Selon AUBERT, « *l'application obligatoire, par les membres des organisations professionnelles, de règles posées par ces dernières, s'inscrit dans une tradition corporatiste* »⁶⁶⁴.

554. — Et en suivant cette même lignée corporatiste, « *dans les années 40, le Conseil fédéral, sur la base de ses pleins pouvoirs, a déclaré de force obligatoire certains contrats collectifs : l'ensemble des employeurs et des travailleurs de la branche considérée était tenu d'appliquer ces contrats. Ainsi, en vertu d'une décision étatique, l'accord des partenaires sociaux s'imposait à tous les intéressés, qu'ils appartenissent ou non à une organisation signataire. Cette application obligatoire de la convention collective dans toute la branche est aussi d'inspiration corporatiste.* »⁶⁶⁵.

555. — Ensuite, la déclaration de force obligatoire générale des CCT a été instaurée par une législation spéciale avant d'être réglée de manière plus détaillée par deux arrêtés fédéraux urgents en 1941 et 1943⁶⁶⁶. Comme nous le verrons ci-dessous, c'est en 1956 que le législateur fédéral a consacré le processus de déclaration de force obligatoire par le Conseil fédéral en adoptant la LECCT.

556. — Selon les derniers chiffres disponibles, en 2007, la Suisse comptait 62 CCT étendues sur le plan fédéral ou cantonal⁶⁶⁷. En conséquence, environ

⁶⁶³ Message relatif à la révision des titres dixième et dixième bis du CO du 25.08.1967 in FF 1967 II p. 249, 251.

⁶⁶⁴ AUBERT (2004), p. 7.

⁶⁶⁵ *Ibid.*

⁶⁶⁶ Message relatif à la révision des titres dixième et dixième bis du CO du 25.08.1967 in FF 1967 II p. 249, 252.

⁶⁶⁷ <http://www.bfs.admin.ch/bfs/portal/fr/index/themen/03/05/blank/key/-gesamtarbeitsvertraege0/struktur.html>, (20.03.2011).

un demi-million de travailleurs est soumis à une CCT déclarée de force obligatoire⁶⁶⁸.

15.1.2. La base constitutionnelle

557. — Selon l'article 110 alinéa 1, lettre d, de la Constitution fédérale, la Confédération peut légiférer sur l'extension du champ d'application des conventions collectives de travail. L'alinéa 2 du même article précise que le champ d'application d'une convention collective de travail ne peut être étendu que si cette convention tient compte équitablement des intérêts légitimes des minorités et des particularités régionales et qu'elle respecte le principe de l'égalité devant la loi et la liberté syndicale.

558. — Le législateur a fait usage de cette faculté en édictant la loi fédérale du 28 septembre 1956 permettant d'étendre le champ d'application de la convention collective de travail. Les conditions d'extension contenues à l'article 110 al. 2 Cst sont précisées à l'art. 2 LECCT.

15.1.3. La genèse et les buts de la LECCT

559. — Avant que la LECCT n'entre en vigueur, le CF avait déjà dans les années quarante déclaré de force obligatoire générale certains contrats collectifs signifiant que l'ensemble des travailleurs et employeurs de la branche régie par le contrat collectif déclaré de force obligatoire générale avaient l'obligation de l'appliquer⁶⁶⁹.

560. — Le 29 janvier 1954, le CF présentait au Parlement son projet de loi qui ne se limitait pas à réglementer la déclaration d'extension, mais proposait une nouvelle réglementation du droit en matière de CCT qui devait remplacer les articles du CO⁶⁷⁰. Les délibérations dans l'hémicycle fédéral ont duré deux

⁶⁶⁸ SIBYLLE BURGER-BONO, *Les mesures d'accompagnement : un bilan globalement positif*, in : La Vie économique Revue de politique économique 10-2007, p. 49 ; <http://www.-bfs.admin.ch/bfs/portal/fr/index/themen/03/05/blank/key/gesamtarbeitsvertraege0/struktur.html>, (20.03.2011).

⁶⁶⁹ AUBERT (2004), p. 7.

⁶⁷⁰ RONCORONI (2010), p. 376, n° 21.

ans⁶⁷¹. La nécessité de légiférer sur la déclaration d'extension n'a jamais été contestée, tout comme le contenu des dispositions y relatives⁶⁷². Les délibérations ont essentiellement porté sur la nouvelle réglementation en matière de CCT⁶⁷³.

561. — Les conditions de l'extension, telles que décidées à l'époque de l'entrée en vigueur de la LECCT, sont strictes, et ce pour éviter une situation dans laquelle la majorité serait régie par la minorité⁶⁷⁴. Ainsi, l'extension de la CCT ne peut être déclarée que si elle respecte une série de conditions prévues à l'article 2 LECCT, dont ces trois quorums fixés tels quels déjà à l'époque :

1. les employeurs liés (soit les membres des organisations patronales ou les employeurs qui ont adhéré à la CCT à titre personnel) représentent la majorité de tous les employeurs auxquels la CCT doit être étendue ;
2. les salariés liés (soit les membres des syndicats contractants ou ayant adhéré individuellement) forment la majorité de tous les salariés auxquels la CCT doit être étendue ;
3. la majorité des employeurs liés occupent la majorité des travailleurs liés.

562. — Selon AUBERT, et à juste titre, ce troisième quorum n'est pas facile à comprendre. Il vise à éviter que la majorité des employeurs soit réalisée dans des entreprises qui n'occupent qu'une minorité de travailleurs syndiqués⁶⁷⁵... D'autant plus que selon la pratique et la doctrine dominante, l'extension doit élargir le champ d'application de la CCT à des employeurs et à des travailleurs qui ne se sont aucunement engagés à respecter la CCT dans le présent ou à l'avenir, et de ce fait, tous les employeurs et les travailleurs qui ne répondent pas à cette définition doivent être considérés comme « virtuellement liés par la convention » et être pris en compte dans la détermination des quorums⁶⁷⁶.

⁶⁷¹ *Idem*, p. 377, n° 23.

⁶⁷² *Idem*, p. 377, n° 23.

⁶⁷³ *Idem*, p. 377, n° 23.

⁶⁷⁴ AUBERT (2004), p. 7.

⁶⁷⁵ *Ibid.*

⁶⁷⁶ RONCORONI (2010), p. 422, n° 104.

15.2. La procédure d'extension

15.2.1. Généralités

563. — 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 convention collective 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 convention* ».

564. — La décision d'extension consiste donc en une intervention de l'État selon une procédure officielle et sert à soumettre tous les employeurs ou travailleurs d'une branche économique ou d'une profession visée aux effets normatifs de la CCT qui régit cette branche. Plus simplement, la décision d'extension est un moyen d'assujettir à une CCT des personnes non parties à cette CCT.

565. — Par cette décision d'extension, l'autorité fixe le champ d'application de la CCT étendue quant au territoire, à la profession et aux entreprises ainsi que la date d'entrée en vigueur et la validité de l'extension (art. 12 al. 2 LECCT).

566. — La procédure d'extension des CCT est régie par la LECCT entrée en vigueur en 1957. Cette loi « *définit l'extension, pose les conditions auxquelles elle est soumise, désigne les clauses susceptibles d'être étendues, règle les effets de l'extension, aménage la procédure et réglemente les modifications et la fin de l'extension* ».

567. — L'État, à savoir le Conseil fédéral ou le gouvernement cantonal compétent, n'étend jamais la CCT de son propre chef. En effet, il n'intervient qu'à la demande conjointe des parties contractantes. Ensuite, la décision d'extension n'est prononcée que si elle est nécessaire, en ce sens que si elle n'est pas décrétée, les employeurs et travailleurs liés par la CCT risquent de subir de graves désagréments (art. 2 ch. 1 LECCT). L'extension doit remplir toute une série d'autres conditions (art. 2 ch. 2, 4, 5, 6 et 7 LECCT) ainsi que les fameux quorums que nous traiterons sous point 2.3.

568. — Lorsque l'extension vise le territoire de plusieurs cantons, il appartient au Conseil fédéral de la prononcer. Lorsqu'elle se limite à tout ou partie d'un canton, c'est à l'autorité cantonale compétente de la prononcer. Toute-

fois, une décision cantonale d'extension n'est valable qu'après avoir été approuvée par la Confédération (art. 13 al. 1 LECCT).

15.2.2. La qualification de la décision d'extension

569. — L'extension d'une CCT consiste en une déclaration de l'autorité compétente, (Conseil fédéral ou autorité cantonale) rendant applicables aux employeurs et aux travailleurs de la branche économique ou de la profession visée qui ne font 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 4 LECCT).

570. — La décision d'extension doit être motivée et notifiée par écrit aux parties ainsi qu'aux opposants si l'extension les touche (art. 12 al. 3 LECCT). La loi ne prévoit aucune voie de recours.

571. — Au fond, la déclaration d'extension ne modifie pas le contenu de la CCT. La nature juridique du contrat collectif subsiste : il s'agit toujours de droit objectif né de l'accord entre deux sujets de droits investis à cet effet par le législateur⁶⁷⁷.

572. — Dans un premier temps, le TF a jugé que la déclaration d'extension était un acte administratif qui appartient au droit public et qu'elle était, en quelque sorte, « *une manière particulière de légiférer* »⁶⁷⁸. À ce sujet, la doctrine est divisée, pour les uns, il s'agit d'une décision⁶⁷⁹, pour les autres d'un arrêté de portée générale à l'endroit des tiers à la convention⁶⁸⁰ ou même d'un acte administratif mais qui ne saurait être qualifié d'individuel et de concret au sens strict, de sorte qu'il ne s'agirait donc pas d'une décision susceptible de recours de droit administratif⁶⁸¹.

573. — Finalement, le TF s'est rallié à l'opinion de la doctrine majoritaire précitée et a considéré que la déclaration d'extension est un acte administratif

⁶⁷⁷ Message LECCT du 29.01.1954 in FF 1954 I 125, p. 149.

⁶⁷⁸ ATF 98 II 205 c. 1.

⁶⁷⁹ HÄFELIN/HALLER (2008), p. 560, n. 1880.

⁶⁸⁰ REHBINDER (1997), p. 211 ; VISCHER (1982), n. 92 ad art. 356b CO, p. B 122.

⁶⁸¹ BerK-STÖCKLI (1999), n. 52 ad art. 356b CO, p. 200-202 ; SCHWEINGRUBER/BIGLER (1985), n. 1 ad art. 12 LECCT, p. 130 ; HAUSHEER (1976), p. 333.

mais ne constitue pas une décision au sens de l'article 5 al. 1 PA car elle s'applique à un nombre indéterminé d'employeurs et de travailleurs, contrairement à la décision au sens strict qui doit s'adresser à un nombre déterminé ou déterminable de destinataires et régler un nombre déterminé ou déterminable de situations⁶⁸².

574. — Pratiquement, l'extension prend la forme d'un arrêté fédéral ou cantonal, séparé de la CCT. L'arrêté contient le nom de l'autorité de décision ainsi que le nom de la CCT qui est étendue. Il est également précisé sur quel territoire la CCT est étendue. À la fin de l'arrêté d'extension, sont mentionnées l'entrée en vigueur ainsi que la date à laquelle l'arrêté cesse de déployer ses effets. Concernant la publicité des arrêtés d'extension, nous l'avons déjà mentionné, le TF trouve regrettable que la publication à la Feuille fédérale soit à ce point laconique que l'on ne puisse pas saisir d'emblée quel est le contenu de la modification au point que les avocats des parties divergent sur le contenu de celle-ci⁶⁸³.

15.2.3. Les conditions

575. — L'article 2 LECCT énumère les conditions générales requises pour pouvoir étendre le champ d'application d'une CCT. L'extension doit tout d'abord être nécessaire (ch. 1). L'extension est nécessaire lorsque, si elle n'est pas prononcée, la CCT devient totalement ou partiellement inexécutable ou se révèle économiquement insupportable pour les employeurs et travailleurs qu'elle lie⁶⁸⁴. Ensuite, elle ne doit pas être contraire à l'intérêt général et ne doit pas léser les intérêts légitimes d'autres branches économiques (ch. 2). Elle doit en outre tenir compte des intérêts des minorités (ch. 2). La CCT ne doit pas violer l'égalité devant la loi, ni contenir de dispositions contraires au droit impératif de la Confédération et des cantons (ch. 4). Ensuite, la CCT ne doit pas porter atteinte à la liberté d'association : les dispositions d'une CCT qui contraignent des employeurs ou des travailleurs à adhérer à une organisation contractantes sont nulles⁶⁸⁵. Les chiffres 6 et 7 consacrent le *principe de la*

⁶⁸² ATF 128 II 13, c. 1 et 2.

⁶⁸³ TF du 31.05.2010, 4A_159/2010, c. 2.3.2.

⁶⁸⁴ RONCORONI (2010), p. 415, n° 78 ad art. 1 à 21 LECCT.

⁶⁸⁵ *Idem*, p. 430, n° 137 ad art. 1 à 21 LECCT.

*porte ouverte*⁶⁸⁶ : les associations d'employeurs et de travailleurs qui ne sont pas liées par la CCT doivent pouvoir y adhérer lorsqu'elles justifient un intérêt légitime et offrent des garanties suffisantes pour son observation (ch. 6), et les employeurs et travailleurs qui ne sont pas liés par la CCT doivent pouvoir s'affilier à l'association contractante ou participer à la convention (ch. 7).

576. — Parmi ces conditions générales figurent les trois quorums requis pour que l'extension puisse être déclarée (art. 2 ch. 3 LECCT)⁶⁸⁷ :

- les employeurs liés par la CCT représentent plus de la moitié de tous les employeurs qui seront soumis à la CCT après extension ;
- les travailleurs liés par la CCT représentent plus de la moitié de tous les travailleurs qui seront soumis à la CCT après extension ;
- les employeurs liés par la CCT emploient plus de la moitié de tous les travailleurs qui seront soumis à la CCT après extension.

577. — Dans les cas de demande d'extension émises par une commission tripartite ayant constaté des abus au sens de l'article 1a LECCT, depuis le 1^{er} avril 2006, l'article 2 chiffre 3^{bis} LECCT introduit un nouveau quorum et exige que les employeurs liés occupent au moins 50 % de tous les travailleurs⁶⁸⁸.

15.2.4. Les effets

578. — Une fois l'extension décidée, il y a deux sortes d'effets à différencier. D'une part, les effets à l'égard des employeurs et travailleurs non liés par la CCT (art. 4 LECCT), d'autre part, les effets à l'égard des parties contractantes (art. 5 LECCT).

579. — L'article 4 LECCT précise que les clauses de la convention prévues aux articles 357 et 341 al. 1 du CO et les obligations incombant aux employeurs et travailleurs liés par la CCT envers les parties contractantes conformément à l'article 357b al. 1 CO, s'appliquent également aux employeurs et travailleurs auxquels la CCT est étendue. Autrement dit, « *la décision d'extension ne peut porter que sur les clauses normatives ou qui obligent les employeurs et les travailleurs envers la communauté conventionnelle (art. 1*

⁶⁸⁶ *Idem*, p. 431, n^o 141 ad art. 1 à 21 LECCT.

⁶⁸⁷ *Idem*, p. 421, n^o 101 ad art. 1 à 21 LECCT.

⁶⁸⁸ *Idem*, p. 425, n^o 114 ad art. 1 à 21 LECCT.

al. 2 LECCT) »⁶⁸⁹. En son alinéa 2, l'article 4 LECCT prévoit que « *les clauses de la convention étendue l'emportent sur celles des conventions non étendues, à la réserve des dérogations stipulées en faveur des travailleurs* ».

580. — Les effets à l'égard des parties contractantes sont réglés par l'article 5 LECCT qui prévoit que « *dans l'exécution de la convention, les parties contractantes sont tenues de traiter sur un pied d'égalité les employeurs et les travailleurs liés par la convention et ceux à qui elle est étendue* ».

581. — À préciser toutefois que l'article 357 al. 2 CO s'applique également aux CCT étendues. Si les clauses d'un accord conclu entre l'employeur et le travailleur sont plus favorables que ce qui est prévu dans la CCT étendue, selon le principe de la clause la plus favorable, l'accord s'applique au détriment de la CCT étendue. Soulignons que si les parties ont convenu de déroger à la CCT, il faut procéder par comparaison pour déterminer quelle est la clause la plus favorable. Il s'agit d'une comparaison reposant sur des critères objectifs et non subjectifs. Cela signifie notamment qu'il nous importe peu de savoir quelle est la réglementation que le travailleur préfère⁶⁹⁰. Il faut au contraire se demander quelle serait l'appréciation d'un travailleur raisonnable compte tenu du métier concerné et de la pratique des relations dans la branche⁶⁹¹. En outre, un examen objectif a également pour conséquence que l'on ne peut pas non plus procéder à une comparaison globale du contrat de travail avec la convention collective. Afin de comparer précisément les deux clauses qui se collisionnent, il convient d'effectuer une comparaison de secteurs (*Gruppenvergleich*)⁶⁹². Plus précisément, il s'agit de comparer les dispositions de la CCT étroitement liées entre elles avec la réglementation correspondante dans le contrat individuel de travail, d'effectuer une comparaison globale des dispositions étroitement liées⁶⁹³.

582. — Une décision d'extension à champ d'application limité, ne permet ni de délier des employeurs et/ou des travailleurs déjà liés par la CCT, ni

⁶⁸⁹ WYLER (2008), p. 685 ainsi que RONCORONI (2010), p. 400, n° 27 et SCHWEINGRUBER/BIGLER (1973), p. 73.

⁶⁹⁰ ATF 116 II 153 c. 2a/aa, JdT 1991 I 50 p. 51.

⁶⁹¹ ZK-VISCHER/ALBRECHT (2006), n. 23 ad. art. 357 CO, p. 222 ; BerK-STÖCKLI (1999), n. 38 ad art. 357 CO, p. 265.

⁶⁹² ATF 134 III 399, c. 3.2.4.3, JdT 2008 I 535 ; ATF 116 II 153 c. 2a/bb, JdT 1951 I 50 p. 53s. ; ZK-VISCHER/ALBRECHT (2006), n. 23 ad. art. 357 CO, p. 222 ; BerK-STÖCKLI (1999), n. 39 ad art. 357 CO, p. 266 ; SJ 1995 p. 183 TF 1^{ère} Cour Civile 31.10.1994.

⁶⁹³ ATF 134 III 399, c. 3.2.4.3, JdT 2008 I 535.

d'empêcher des employeurs ou des travailleurs non liés par la CCT en phase d'adhérer à une association contractante ou d'adhérer individuellement à la CCT (art. 1 al. 1 en lien avec art. 2 ch. 6 et art. 7 LECCT).

583. — Les dispositions concernant l'extension d'une CCT ont un caractère normatif et sont en conséquence soumises aux règles régissant l'interprétation des textes de lois⁶⁹⁴. Ainsi, ces dispositions doivent être interprétées en premier lieu selon leur lettre. Lorsque leur sens littéral est clair et univoque, l'autorité qui doit les appliquer est en principe liée⁶⁹⁵.

584. — Enfin, rien ne justifie d'interpréter extensivement une convention étendue, dès lors que la décision d'extension constitue déjà en soi une atteinte à la liberté du commerce et de l'industrie ainsi qu'à la liberté contractuelle⁶⁹⁶.

⁶⁹⁴ TF du 17.08.2006, 4C.191/2006, c. 2.2 ; ATF 127 III 318 c. 2a ; TF du 24.04.2006, 4P.49/2006, c. 3.3 ; TF du 11.07.2002, 4C.45/2002 c. 2.1.2.

⁶⁹⁵ TF du 17.08.2006, 4C.191/2006, c. 2.2 ; ATF 132 III 18, c. 4.1 ; ATF 130 I 82, c. 3.2.

⁶⁹⁶ TF du 17.08.2006, 4C.191/2006, c. 2.2 ; TF du 15.05.1996, 4C.409/1995, c. 2b ; STREIFF/VON KAENEL, (2006), n. 11 ad art. 356b CO.

Troisième partie :

**L'application des CCT aux
contrats de travail temporaire**

Introduction

585. — Après avoir défini les notions de *travail temporaire* et *convention collective de travail* et d'en avoir analysé les mécanismes, nous pouvons traiter de l'article 20 LSE qui met intimement en lien ces deux notions.

586. — L'article 20 LSE prévoit l'application au travailleur de certaines dispositions de la CCT étendue à laquelle l'entreprise locataire de services est soumise. En d'autres termes, une CCT étendue en lien avec l'entreprise locataire de services s'applique au contrat de travail conclu entre le bailleur de services et le travailleur.

587. — Depuis l'entrée en vigueur de la LSE en 1989, l'article 20 LSE a subi une modification majeure subséquentement à l'adoption de mesures d'accompagnement relatives à l'ALCP en 2006. Nous traiterons de l'article 20 LSE à son origine et suite à cet important changement. Pour comprendre les effets que déploie cet article en pratique, il est nécessaire de prendre connaissance du message du Conseil fédéral et surtout des délibérations (houleuses) qui se sont tenues sous la coupole fédérale. Et pour la modification de 2006, nous la traiterons également dans le contexte général des mesures d'accompagnement.

588. — L'article 20 LSE pose deux problématiques principales ; celle liée à l'application de la CCT étendue et celle liée aux notions de *salaires*, *durée de travail*, *contribution aux frais de formation continue et d'exécution* et *retraite anticipée*. En effet, l'article 20 LSE limite l'application de la CCT étendue aux dispositions relatives à ces notions.

589. — Nous ferons enfin un « bilan » sur l'article 20 LSE en tirant des conclusions sur son efficacité, ce qui nous permettra de faire le lien avec la dernière partie relative à une proposition de réforme dans le domaine étudié.

Chapitre 16 : L'article 20 LSE d'origine

590. — Le contenu de l'article 20 LSE tel qu'il a été proposé par le Conseil fédéral (point 16.2.1) a déclenché de vives controverses lors des débats parlementaires (point 16.2.2), pour au final, être accepté tel quel par les deux chambres. Les notions de *salaire* et *durée du travail* – premières dispositions de la CCT étendue à être applicables aux travailleurs temporaires depuis l'entrée en vigueur de la LSE en 1991 – seront traitées à la fin du présent chapitre (points 16.3 et 16.4).

16.1. Généralités

591. — Selon l'article 20 LSE, adopté lors de la révision de la LSE en 1989, lorsqu'une entreprise locataire de services était soumise à une CCT étendue, le bailleur de services devait appliquer au travailleur celles des dispositions de la CCT qui concernent le salaire et la durée du travail.

592. — La teneur de l'article était la suivante : « *Lorsqu'une entreprise locataire de services est soumise à une convention collective de travail 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.* ».

593. — Dans sa version actuelle, l'article 20 LSE permet une application plus large de la CCT étendue à laquelle l'entreprise locataire de services est soumise puisqu'il prévoit que les règles relatives aux contributions aux frais de formation continue et d'exécution et à la retraite anticipée sont également applicables aux travailleurs temporaires.

594. — On déduit du texte même de l'article 20 LSE ainsi que du contenu du message qu'il appartient au bailleur de services de se renseigner sur

l'existence d'une CCT étendue applicable à l'entreprise locataire de services pour l'activité déployée par le travailleur loué⁶⁹⁷. Ce dernier ne doit donc pas se soucier de l'existence d'une telle CCT. En vue de protéger ses droits, il serait toutefois conseillé que le travailleur temporaire se renseigne sur l'existence d'une CCT étendue dans le domaine dans lequel il travaille.

595. — En outre, si une agence de travail temporaire apprend qu'une CCT la concernant sera fort probablement étendue, rien ne l'empêche de l'appliquer de manière anticipée à ses travailleurs dans la mesure où cela est bénéfique pour eux. Il se peut également que ce soit le souhait d'une entreprise cliente de l'agence de travail temporaire, à savoir l'entreprise locataire de services, d'exiger l'application anticipée d'une CCT qui sera vraisemblablement étendue dans son domaine. Nous renvoyons au point traitant de l'intégration d'une CCT dans un contrat individuel de travail.

596. — Pour comprendre la portée de l'article 20 LSE ainsi que ses « défauts de fabrication », il faut se plonger dans les débats parlementaires de l'époque.

16.2. L'origine et la *ratio legis* de l'article 20 LSE

16.2.1. Message du Conseil fédéral

597. — L'article 20 LSE d'origine reprend exactement le texte proposé par le Conseil fédéral dans son message du 27 novembre 1985 concernant la révision de la loi fédérale sur le service de l'emploi et la location de services⁶⁹⁸.

598. — Selon le Conseil fédéral, les conditions de concurrence, notamment dans la construction, peuvent être mises à mal lorsqu'une agence de travail temporaire peut placer auprès d'une entreprise de mission, des travailleurs dont les conditions de travail ne sont pas conformes à la convention collective applicable à l'entreprise de mission⁶⁹⁹. Le but de l'article 20 LSE est donc de rétablir des conditions de concurrence loyales, au moins dans les branches

⁶⁹⁷ Message LSE du 27.11.1985 in FF 1985 III p. 524, 589-590.

⁶⁹⁸ *Idem* p. 524, 625.

⁶⁹⁹ *Idem* p. 524, 589.

auxquelles s'applique une CCT ayant fait l'objet d'une décision d'extension⁷⁰⁰.

599. — Le rétablissement des conditions de concurrence loyales est limité : le Conseil fédéral a abandonné l'application de cette règle dans les cas où l'entreprise de mission est soumise à une CCT non étendue. Il a estimé qu'on ne pouvait pas attendre des agences de travail temporaire qu'elles étudient les conditions de travail propres à chacune de leurs clientes⁷⁰¹. Autre limite que l'on peut mentionner : l'application de l'article 20 LSE se fait seulement par rapport au salaire et à la durée de travail. Une application de l'entier de la CCT étendue reviendrait à mettre le travailleur temporaire au bénéfice de prestations inhabituelles dans le domaine de la location de services, compte tenu de la nature particulière du contrat de travail temporaire⁷⁰².

600. — Pour retenir l'essentiel, le Conseil fédéral a proposé l'introduction de l'article 20 LSE pour mettre fin au climat de concurrence qui régnait dans certaines branches, au sein des entreprises de mission, en raison des différences de salaires entre les employés temporaires de l'agence de travail temporaire et les employés fixes de l'entreprise de mission⁷⁰³.

16.2.2. Débats parlementaires

16.2.2.1. Devant le Conseil national

601. — La proposition de révision de la LSE en 1985 a suscité beaucoup de discussions lors des délibérations aux Chambres fédérales. La commission du Conseil national, d'avis que les travailleurs temporaires engagés dans une entreprise soumise à une CCT doivent être protégés au même titre que les autres travailleurs, a proposé que les règles relatives aux conditions de salaire et de travail de la CCT applicable à l'entreprise locataire de services, doivent leur être applicables, peu importe que la CCT soit étendue ou non⁷⁰⁴.

⁷⁰⁰ *Idem* p. 524, 589.

⁷⁰¹ Message LSE du 27.11.1985 in FF 1985 III p. 524, 589-590, puis intervention du Conseiller fédéral J.-P. Delamuraz in BOCN 1987 I p. 208.

⁷⁰² Message LSE du 27.11.1985 in FF 1985 III 524, 589.

⁷⁰³ Message LSE du 27.11.1985 in FF 1985 III 524, 589 ; CAPH GE du 13.05.1998, c. 3 in JAR 1999 354.

⁷⁰⁴ BO CN 1987 I p. 180, intervention de M. Darbellay.

602. — Le texte de l'article 20 LSE, proposé par la majorité de la commission du Conseil national, était le suivant : « *Lorsqu'une entreprise est soumise à une convention collective de travail, le bailleur de services doit appliquer au travailleur les dispositions de la convention collective concernant le salaire et les conditions de travail.* »⁷⁰⁵.

603. — Relativement au message du Conseil fédéral, le groupe socialiste du Conseil national a approuvé en particulier l'extension du régime de l'autorisation obligatoire dans tous les domaines de placement et de location de services en vue de diminuer les abus. Il a approuvé également « *l'introduction de dispositions fixant des conditions plus précises aux bailleurs de services, notamment l'obligation de fournir une caution en garantie des prétentions de salaire des travailleurs et l'obligation de faire bénéficier ces derniers, dont ils louent les services, des dispositions contenues dans les conventions collectives* »⁷⁰⁶. En ce sens, le groupe socialiste a considéré « *l'article 20, dans la version de la majorité de la commission, comme un élément très important du projet de révision* »⁷⁰⁷.

604. — La voix des syndicats, rapportée par le conseiller national socialiste Jean Clivaz, annonce qu'ils attendent depuis longtemps la révision de cette loi pour deux raisons. Tout d'abord pour accroître l'efficacité des services publics de l'emploi, révélés inefficaces lors de la crise des années septante : la RSR avait dû mettre sur pied un service de contact entre les employeurs qui avaient du travail à offrir et les travailleurs en quête d'emploi. Ensuite, comme la location de services s'est développée de façon extrêmement rapide et a conduit à de nombreux abus, une réglementation de cette activité devenait absolument nécessaire⁷⁰⁸.

605. — Les opposants à la proposition de la majorité de la commission ont surtout soulevé le problème de publicité des CCT non étendues : selon eux, il n'y a aucune certitude quant au nombre exact des CCT en vigueur en Suisse vu qu'elles ne sont répertoriées nulle part⁷⁰⁹. D'autant plus que maintenant le bailleur de services a la qualité d'employeur et doit être considéré à l'égal de

⁷⁰⁵ *Idem* p. 205.

⁷⁰⁶ *Idem* p. 184, intervention de M. Carobbio.

⁷⁰⁷ *Idem* p. 184, intervention de M. Carobbio.

⁷⁰⁸ *Idem* p. 186, intervention de M. Clivaz.

⁷⁰⁹ *Idem* p. 205, intervention de M. Allenspach.

tous les autres employeurs, ce qui est suffisant pour assurer une protection des travailleurs⁷¹⁰.

606. — À ces arguments moyennement convaincants, la voix des syndicats, toujours par l'intermédiaire du conseiller national socialiste Jean Clivaz, déplore une telle attitude face aux CCT mais également un raisonnement trop simpliste sur la question de la relation triangulaire. Il n'est pas concevable de considérer que le bailleur de services soit un employeur comme les autres : les personnes engagées par le bailleur de services sont louées à d'autres entreprises où elles exercent leur activité⁷¹¹. Cette particularité est un danger pour les CCT : si on ne prévoit pas d'appliquer la CCT à laquelle l'entreprise locataire de services est soumise, on contourne les CCT existantes dans notre pays et on les vide alors de leur substance⁷¹².

607. — Au moment de voter le contenu de l'article 20 LSE, le rapporteur de la majorité de la commission a accentué son intervention sur la nécessité d'avoir des conditions de salaire et de travail égales entre les travailleurs temporaires et les travailleurs fixes d'une même entreprise⁷¹³. Ensuite, il a relevé que le Conseil fédéral a bien compris cette nécessité en proposant d'appliquer aux travailleurs temporaires la CCT étendue à laquelle l'entreprise de mission est soumise⁷¹⁴. Toutefois, « *la commission a jugé cela insuffisant du fait que le nombre de conventions collectives ayant reçu cette déclaration d'extension est presque dérisoire* »⁷¹⁵. Pour cette raison notamment, la solution proposée par le CF n'est pas à même de résoudre le problème, et il est en conséquence indispensable de faire un pas supplémentaire en proposant une application de toutes les CCT. D'après la commission, « *on a largement exagéré les difficultés qui pouvaient en résulter. On se référerait spécialement au nombre considérable de conventions collectives de travail. Certes, celles-ci sont nombreuses mais, de toute façon, les maisons de location de services ne seront pas obligées de s'intéresser à toutes ces conventions.* »⁷¹⁶. À juste titre, la commission souligne que les bailleurs de services doivent obligatoirement, pour établir le contrat, prendre contact avec les entreprises utilisatrices. Il ne serait donc pas

⁷¹⁰ *Idem* p. 205-206, intervention de M. Allenspach.

⁷¹¹ *Idem* p. 207, intervention de M. Clivaz.

⁷¹² *Idem* p. 207, intervention de M. Clivaz.

⁷¹³ *Idem* p. 208, intervention de M. Darbellay.

⁷¹⁴ *Idem* p. 208, intervention de M. Darbellay.

⁷¹⁵ *Idem* p. 208, intervention de M. Darbellay.

⁷¹⁶ *Idem* p. 208, intervention de M. Darbellay.

très compliqué, au moment où ils prennent ce contact, de s'informer sur les CCT auxquelles ces entreprises sont soumises⁷¹⁷.

608. — En réponse à la proposition de la commission, le Conseiller fédéral Delamuraz a reconnu que la tâche administrative consistant à appliquer toutes les CCT ne serait pas impossible, mais énorme et la cause de nombreuses erreurs⁷¹⁸. Il a enfin soutenu le projet du Conseil fédéral en argumentant qu'il ne faut pas pousser au perfectionnisme dans cette première étape, tout en soutenant qu'il sera nécessaire, dans quelques années, d'introduire la formule proposée par la majorité de la commission⁷¹⁹.

16.2.2.2. Devant le Conseil des États

609. — Les débats devant le Conseil des États ont essentiellement porté sur la proposition de la minorité de la commission qui demandait une application de toutes les conditions de travail contenues dans la CCT⁷²⁰. La majorité, contre la proposition de la minorité, a essentiellement soulevé des complications relatives à l'application de la CCT⁷²¹.

610. — Le Conseiller fédéral Delamuraz a rappelé que le CF propose, dans son message, de limiter aux deux piliers essentiels de la convention – le salaire et la durée de travail – car le contrat de travail temporaire, de par ses spécificités, se prêterait mal à l'application de toutes les conditions valables pour un travail fixe⁷²².

611. — Comme déjà évoqué, l'article 20 LSE d'origine prescrivait une application des règles relatives au salaire et à la durée du travail de la CCT étendue à laquelle l'entreprise de mission était soumise. Ces deux notions ont été précisées dans un premier temps par la pratique, puis en 1999, par l'introduction de l'article 48a OSE.

612. — Les deux listes de l'article 48a OSE sont exhaustives et ne permettent pas un élargissement de la portée de l'article 20 LSE⁷²³. Toutefois, les

⁷¹⁷ *Idem* p. 208, intervention de M. Darbellay.

⁷¹⁸ *Idem* p. 208, intervention du Conseiller fédéral J.-P. Delamuraz.

⁷¹⁹ *Idem* p. 208, intervention du Conseiller fédéral J.-P. Delamuraz.

⁷²⁰ BO CE 1988 I p. 582, intervention de M. Delalay.

⁷²¹ *Idem* p. 582-583, intervention de M. Delalay.

⁷²² *Idem* p. 583, intervention du Conseiller fédéral J.-P. Delamuraz.

⁷²³ PORTMANN (2007), p. 398, n. 187 ; *contra* : BRUCHEZ (2010), p. 187, n. 104.

notions utilisées à l'article 48a OSE peuvent encore donner lieu à interprétation, et de ce fait, encore préciser la portée de l'article 20 LSE⁷²⁴.

16.3. Le salaire

613. — Selon l'article 48a al. 1 OSE, par « *dispositions concernant le salaire* », il faut entendre 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 moyen⁷²⁵ dans l'entreprise (let. a) ;
- les suppléments pour heures supplémentaires, travail posté, travail à la tâche, travail de nuit, le dimanche et les jours fériés (let. b) ;
- la compensation des vacances *pro rata temporis* (let. c) ;
- le 13^{ème} salaire *pro rata temporis* (let. d) ;
- les jours fériés et les jours de repos payés (let. e) ;
- la part des primes à l'assurance-maladie (assurance pour perte de gain) selon l'article 324a al. 4 CO (let. f) ;
- le salaire en cas d'empêchement non fautif du travailleur selon l'article 324a 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 (let. g).

614. — Cette dernière lettre a été introduite en référence à un ATF essentiel rendu en la matière en 1997⁷²⁶. Le TF devait se prononcer sur l'existence d'un droit au salaire en cas d'empêchement de travailler pour un travailleur engagé par une entreprise locataire de services soumise à une CCT avec déclaration d'extension. Dans cet arrêt, le TF devait précisément décider si, parmi les dispositions concernant le salaire au sens de l'article 20 LSE, figuraient celles relatives aux indemnités en cas de maladie.

615. — Selon la jurisprudence, toute loi s'interprète en premier lieu d'après sa lettre (*interprétation littérale*). Si le texte légal n'est pas absolument clair et

⁷²⁴ ATF 135 III 640, c. 2.3.2.

⁷²⁵ Le salaire moyen dans l'entreprise ne doit servir de barème que si la CCT étendue ne fixe pas de salaire minimum, cf. SECO Directives et commentaires relatifs à la LSE, l'OSE et la TE-LSE, Berne 2003, p. 134.

⁷²⁶ ATF 124 III 126.

si plusieurs interprétations sont possibles, le juge recherchera la véritable portée de la norme en la dégagant de tous les éléments à considérer, soit de sa relation avec d'autres dispositions légales, de son contexte (*interprétation systématique*), du but poursuivi, de l'esprit de la règle, des valeurs sur lesquelles elle repose, particulièrement de l'intérêt protégé (*interprétation téléologique*), ainsi que de la volonté du législateur telle qu'elle ressort notamment des travaux préparatoires (*interprétation historique*)⁷²⁷. Le sens que prend la disposition dans son contexte est également important⁷²⁸.

616. — Dans son raisonnement, le TF soulève qu'au cours des débats devant les Chambres fédérales, il a été proposé que les bailleurs de services appliquent aux travailleurs temporaires les dispositions des CCT étendues relatives au salaire et à la durée du travail, mais également aux conditions de travail envisagées d'une manière générale⁷²⁹. Cette proposition a été rejetée afin d'éviter que les travailleurs puissent se prévaloir de dispositions qui, par leur nature, sont étrangères à leur statut. Pour reprendre les exemples du conseiller fédéral J.-P. Delamuraz, on citera les cas du perfectionnement professionnel, des caisses de pension, des installations communes aux parties contractantes, des congés spéciaux pour jeunes et des plans sociaux⁷³⁰. Toutefois, de ce rejet, on ne peut pas déduire une volonté d'interpréter strictement les termes « salaire » et « durée de travail »⁷³¹.

617. — Au moment où le TF a pris position par rapport aux indemnités en cas de maladie, le SECO (à l'époque l'OFIAMT) avait déjà édité son commentaire de la LSE et de ses deux ordonnances. Dans le commentaire de l'article 20 LSE, le SECO avait déjà précisé que « *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* »⁷³². L'opinion du SECO a été suivie sans réserve par la doctrine⁷³³.

⁷²⁷ ATF 135 II 243. c. 4.1.

⁷²⁸ ATF 132 III 18, c. 4.1. ; ATF 131 II 361, c. 4.2.

⁷²⁹ BO CN 1987 p. 205 ; BO CE 1988 p. 582 ; BO CN 1989 p. 255 et 1248.

⁷³⁰ BO CN 1987 p. 208 ; BO CE 1988 p. 583 ; BO CN 1989 p. 257.

⁷³¹ ATF 124 III 126, c. 1b.

⁷³² *Ibid.*

⁷³³ REHBINDER (1992), n. 3 ad. art. 20 LSE, p. 67 ; RITTER (1994), p. 150/151 ; THÉVENOZ (1993), p. 32, note 20.

618. — Selon le TF, l'avis du SECO doit être approuvé car il est conforme au texte et à la systématique de la loi. En effet, dans le CO, le droit du travailleur en cas d'empêchement de travailler dû à une maladie est réglé sous la rubrique « Salaire en cas d'empêchement de travailler »⁷³⁴. De plus, les régimes dérogatoires, qui mettent en œuvre une assurance perte de gain, sont prévus à l'article 324a al. 4 CO qui traite du salaire en cas d'empêchement du travailleur.

619. — L'avis émis par le SECO est également conforme au but de la loi puisque le régime de la protection du travailleur contre la perte de gain en cas d'incapacité de travail est inclus dans les coûts salariaux⁷³⁵. Et à ce titre, il faut rappeler que le législateur a décidé d'obliger les bailleurs de services à respecter les dispositions des CCT étendues concernant le salaire afin de rendre loyales les conditions de concurrence dans le domaine du travail temporaire, particulièrement dans le domaine de la construction⁷³⁶. Si les bailleurs de services n'étaient pas soumis à une telle obligation, cela provoquerait une sous-enchère salariale nuisible aux travailleurs, mais également aux employeurs qui appliquent la CCT à leurs propres travailleurs⁷³⁷.

620. — Au vu de ce qui précède, le TF a en conséquence décidé que : « *le travailleur intérimaire a besoin d'être protégé contre la perte de gain aussi bien que le travailleur stable, même si les emplois qu'il occupe sont relativement de brève durée* »⁷³⁸.

621. — Dernièrement, le TF a décidé que la disposition 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 n'était pas une disposition concernant le salaire au sens de l'article 20 al. 1 LSE⁷³⁹. Selon le TF, « [...] *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* ». En conséquence, le travailleur temporaire ne

⁷³⁴ cf. note marginale précédant les articles 324 à 324b CO.

⁷³⁵ ATF 124 III 126, c. 1b.

⁷³⁶ *Ibid.*

⁷³⁷ *Ibid.*

⁷³⁸ *Ibid.*

⁷³⁹ ATF 135 III 640, c. 2.3.2.

peut prétendre à la réparation du dommage qu'il a subi pour ne pas avoir bénéficié d'indemnités journalières en cas de maladie faute d'avoir pu demander son transfert dans l'assurance individuelle⁷⁴⁰.

622. — Les dispositions de la CCT concernant la prévention professionnelle, à savoir le 2^{ème} pilier, ne sont pas des dispositions relatives au salaire au sens de l'article 20 LSE, respectivement de l'article 48a OSE⁷⁴¹.

623. — Toujours relativement à la notion de « salaire », deux jurisprudences cantonales ont repris l'avis de THÉVENOZ⁷⁴² et celui du SECO⁷⁴³ en considérant que les dispositions d'une CCT étendue relatives au remboursement des frais de déplacements et de repas doivent trouver application en cas de contrat de travail temporaire au motif que la LSE vise à protéger les travailleurs qui recourent à la location de services et à éviter le dumping salarial⁷⁴⁴.

16.4. La durée du travail

624. — Selon l'article 48a al. 2 OSE, sont réputées dispositions concernant la durée du travail les dispositions de la CCT étendue 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'attente⁷⁴⁵.

625. — Le SECO ne précise pas cet alinéa dans ses directives et commentaires⁷⁴⁶.

⁷⁴⁰ *Ibid.*

⁷⁴¹ SECO Directives et commentaires relatifs à la LSE, l'OSE et la TE-LSE, Berne 2003, p. 135.

⁷⁴² THÉVENOZ (1993) p. 32.

⁷⁴³ SECO Directives et commentaires relatifs à la LSE, l'OSE et la TE-LSE, Berne 2003, p. 135.

⁷⁴⁴ TC NE du 30.01.2003 in RJN 2003 p. 187, TPH VD (Est vaudois) du 23.05.2007.

⁷⁴⁵ SECO Directives et commentaires relatifs à la LSE, l'OSE et la TE-LSE, Berne 2003, p. 135.

⁷⁴⁶ *Ibid.*

Chapitre 17 : Le nouvel article 20 LSE

17.1. Généralités

626. — Depuis la révision en 2006 des mesures d'accompagnement relatives à l'ALCP, l'article 20 LSE a subi une modification et s'applique désormais également pour les dispositions de la CCT étendue qui sont relatives au paiement d'une contribution obligatoire aux frais de formation continue et aux frais d'exécution, ainsi que pour les dispositions instituant un régime de retraite anticipée.

627. — Lors de cette même révision, on a renforcé l'efficacité de l'article 20 LSE par l'introduction de l'alinéa 2 qui permet à l'organe paritaire de contrôle prévu par la CCT étendue de contrôler le bailleur de services. En outre, en cas d'infraction grave, il devra en informer l'office cantonal du travail qui pourra infliger au bailleur de services une peine prévue par la CCT et/ou imputer au bailleur de services tout ou partie des frais de contrôle.

628. — Le nouvel article 20 LSE, entré en vigueur le 1^{er} avril 2006, a le contenu suivant :

Art. 20 LSE

¹ *Lorsqu'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.*

² *L'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.*

Lorsqu'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 services 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.

629. — En 1987, lors des débats parlementaires, on n'imaginait certainement pas que l'article 20 LSE serait modifié dans ce sens puisqu'il avait été soulevé que l'on ne pouvait pas appliquer aux travailleurs temporaires toutes les dispositions de la CCT étendue relatives aux conditions de travail envisagées d'une manière générale⁷⁴⁷. On voulait éviter que les travailleurs temporaires puissent se prévaloir de dispositions qui, par leur nature, sont étrangères à leur statut. On pensait notamment aux cas du perfectionnement professionnel, des caisses de pension, etc.⁷⁴⁸.

630. — Pour suivre la systématique de l'article, nous traiterons d'abord de la contribution obligatoire aux frais de formation continue et aux frais d'exécution, puis de la retraite anticipée. La modification de l'article 20 LSE dans ce sens a été accompagnée de l'introduction de deux articles dans l'OSE, l'article 48b relatif à la contribution obligatoire aux frais de formation continue et aux frais d'exécution et l'article 48c relatif à la retraite anticipée.

17.2. La contribution obligatoire aux frais de formation continue et aux frais d'exécution (alinéa 1)

631. — L'article 48b OSE a le contenu suivant :

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

(art. 20, al. 1, 2e phrase, LSE)

¹ *Si 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.*

⁷⁴⁷ BO CN 1987 p. 205 ; BO CE 1988 p. 582 ; BO CN 1989 p. 255 et 1248.

⁷⁴⁸ BO CN 1987 p. 208 ; BO CE 1988 p. 583 ; BO CN 1989 p. 257.

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

³ *Le 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.*

17.2.1. La contribution obligatoire aux frais de formation continue

632. — Le milieu syndical, au moment de la révision de l'article 20 LSE et de l'introduction de l'article 48b OSE, trouvait logique que les travailleurs temporaires, au même titre que les employés fixes, aient le droit de suivre les cours de formation continue régis par une CCT étendue⁷⁴⁹. En effet, puisque de nombreux travailleurs temporaires appartiennent à une branche déterminée et s'efforcent, après avoir perdu un poste fixe, de retourner dans cette branche, il est nécessaire qu'eux aussi puissent tirer parti du programme de formation continue des partenaires contractuels de la branche, de manière à améliorer leurs qualifications et leurs possibilités de retrouver un emploi fixe⁷⁵⁰.

633. — Une autre raison est apparue dans le contexte du renforcement des mesures d'accompagnement, lors des débats parlementaires, la Conseillère aux États socialiste Christiane Brunner, a relevé que beaucoup de partenaires sociaux ont fait des efforts pour la formation continue du personnel, tant au niveau de l'apprentissage de la langue qu'au niveau de la formation sur les normes de sécurité requises. C'est par exemple le cas sur les grands chantiers où les travailleurs détachés travaillent quelques mois en Suisse. Les bailleurs de services pouvant mettre à disposition de tels travailleurs, il était donc nécessaire qu'ils commencent à participer à l'effort de formation⁷⁵¹.

⁷⁴⁹ USS, Consultation portant sur la révision de l'ordonnance sur le service de l'emploi et de l'ordonnance d'exécution de la loi sur les travailleurs détachés, Berne, 11 novembre 2005, pp. 3-4.

⁷⁵⁰ USS, Consultation portant sur la révision de l'ordonnance sur le service de l'emploi et de l'ordonnance d'exécution de la loi sur les travailleurs détachés, Berne, 11 novembre 2005, pp. 3-4.

⁷⁵¹ BO CE 2004 p. 752.

634. — L'obligation de contribution obligatoire aux frais de formation continue naît le jour où un travailleur temporaire entre dans le champ d'application d'une CCT qui prévoit une telle obligation (art. 48b al. 1 OSE). Dès ce jour, le bailleur de services doit s'acquitter de cette obligation au prorata de la durée de l'engagement (art. 20 al. 1 LSE). Selon l'alinéa 2, les contributions sont payées et affectées selon les règles fixées par la CCT (art. 48b al. 2 OSE).

635. — Une contribution relative à la formation initiale ne peut être considérée comme une contribution relative à la formation continue⁷⁵².

636. — Il est important de différencier *formation continue* de formation de base ou de formation professionnelle supérieure. En pratique, il y a notamment eu un malentendu en relation avec la participation au fonds en faveur de la formation professionnelle Construction, rendue obligatoire par le Conseil fédéral le 2 décembre 2009⁷⁵³. Comme il s'agit d'une contribution destinée exclusivement à la formation de base, l'article 20 LSE ne trouve pas application et les agences de travail temporaire ne doivent pas contribuer à ce fonds⁷⁵⁴.

17.2.2. La contribution obligatoire aux frais d'exécution

637. — Il est de pratique courante que les parties à une CCT prévoient des dispositions qui obligent les employeurs et les travailleurs soumis à la CCT à verser des contributions destinées à financer des institutions communes aux deux parties, souvent consacrées au financement de l'exécution de la CCT et de son contrôle⁷⁵⁵.

⁷⁵² SECO, Aide-mémoire sur les contributions aux frais d'exécution, septembre 2004, <http://www.seco.admin.ch/dokumentation/publikation/00009/00027/01825/index.html?lang=fr>, (29.03.2011), p. 5.

⁷⁵³ http://www.ahvbaumeister.ch/fileadmin/image/Sozialinstitutionen/BBF-/BBF_BAU/ext_091222_AVE_BBF_Bau_BB1_f.pdf (18.03.2011).

⁷⁵⁴ http://www.swissstaffing.ch/documents/Newsletter_fr_01173_00.pdf (18.03.2011).

⁷⁵⁵ SECO, Aide-mémoire sur les contributions aux frais d'exécution, septembre 2004, <http://www.seco.admin.ch/dokumentation/publikation/00009/00027/01825/index.html?lang=fr>, (29.03.2011), p. 4.

638. — Pour l'exécution de la CCT, souvent, les parties créent une commission paritaire ayant la forme juridique d'une association⁷⁵⁶. Seul le versement de contributions à une institution commune, telle qu'une commission paritaire, peut être déclaré obligatoire et non le versement de cotisations aux associations syndicales ou aux associations patronales⁷⁵⁷.

639. — Les dispositions sur les contributions aux frais d'exécution sont des dispositions semi-normatives, et pour être étendues, les parties contractantes doivent avoir convenu qu'elles auront le droit, en commun, d'en exiger l'observation de la part des employeurs et des travailleurs liés (art. 1, al. 2, LECCT et art. 357b, al. 1, CO). La création d'une commission paritaire et la réglementation de ses tâches peuvent être considérées comme une reconnaissance implicite de ce droit, mais il est conseillé de le formuler expressément dans une clause⁷⁵⁸.

640. — Exemple d'une telle disposition de CCT :

*« Les parties à la convention collective de travail ont le droit, en commun, d'exiger le respect des dispositions de la convention collective de travail par les employeurs et les travailleurs liés, conformément à l'art. 357b CO. »*⁷⁵⁹

641. — De telles contributions ne peuvent être utilisées que pour atteindre des buts en relation avec les rapports de travail réglementés par la CCT, et non par exemple pour promouvoir la branche ou la profession⁷⁶⁰. La CCT doit énoncer exhaustivement dans quel but quelle contribution peut être utilisée⁷⁶¹. En outre, les dispositions relatives aux contributions aux frais d'exécution doivent respecter les prescriptions de l'article 3 LECCT et les conditions générales d'une extension au sens de l'article 2 LECCT, elles ne doivent notamment pas porter atteinte à l'égalité devant la loi ou à la liberté d'association⁷⁶².

642. — D'après l'art. 3, al. 2, let. b LECCT, les contributions aux frais d'exécution qui sont imposées aux employeurs et aux travailleurs non parties à

⁷⁵⁶ *Idem*, p. 5.

⁷⁵⁶ *Idem*, p. 6.

⁷⁵⁷ *Idem*, p. 4.

⁷⁵⁸ *Idem*, p. 5.

⁷⁵⁹ *Idem*, p. 5.

⁷⁶⁰ *Idem*, p. 5.

⁷⁶¹ *Idem*, p. 5.

⁷⁶² *Idem*, p. 6.

la CCT ne doivent pas dépasser les montants que l'on obtiendrait en répartissant les frais effectifs de manière égale entre tous les employeurs, d'une part, et entre tous les travailleurs, d'autre part. Dans la pratique du Conseil fédéral, le montant des contributions est limité en fonction de deux critères : l'utilisation effective des contributions et le montant des cotisations des membres des syndicats et des associations d'employeurs⁷⁶³. Les contributions aux frais d'exécution doivent correspondre aux frais effectifs et être inférieures aux cotisations des membres des syndicats et des associations d'employeurs⁷⁶⁴.

643. — Comme pour la contribution obligatoire aux frais de formation continue, l'obligation de contribution obligatoire aux frais d'exécution naît le jour où un travailleur temporaire entre dans le champ d'application d'une CCT qui prévoit une telle obligation (art. 48b al. 1 OSE). Dès ce jour, le bailleur de services doit s'acquitter de cette obligation au *pro rata* de la durée de l'engagement (art. 20 al. 1 LSE). Selon l'alinéa 2, les contributions sont payées et affectées selon les règles fixées par la CCT (art. 48b al. 2 OSE).

17.3. Le régime de retraite anticipée (alinéa 3)

17.3.1. Généralités

644. — L'article 20 al. 3 LSE prévoit que « *Lorsqu'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 services 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.* »

645. — Il est complété par l'article 48c OSE qui a le contenu suivant :

Art. 48c *Retraite anticipée*

(art. 20, al. 3, LSE)

⁷⁶³ *Idem*, p. 6.

⁷⁶⁴ *Idem*, p. 6.

¹ *Si 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.*

² *Sont 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.*

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

646. — L'introduction du régime de retraite anticipée avait été appuyée par l'USS, consultée par le SECO lors de la révision de l'ordonnance sur le service de l'emploi et de l'ordonnance d'exécution de la loi sur les travailleurs détachés⁷⁶⁵. Selon l'USS, cette norme n'a pas seulement pour objectif d'assurer l'égalité des chances entre employeurs de la branche économique et bailleurs de services, mais elle vise aussi à concrétiser le principe de la priorité de l'engagement fixe sur l'engagement via des agences de travail temporaire, ce qui a plusieurs justifications économiques. En effet, les contributions de retraite anticipée versées à une institution créée par une CCT ne sont pas négligeables, les employeurs de la branche pourraient donc être tentés de supprimer des emplois fixes pour créer des emplois de courte durée (missions) répétés via des bailleurs de services, dans le seul but d'épargner les coûts relatifs à la retraite anticipée. L'USS relevait aussi l'importance de l'obligation de verser des contributions dès le premier jour de travail⁷⁶⁶.

647. — Cet avis a été pleinement soutenu sous la coupole fédérale dans les termes suivants : « *En ce qui concerne l'alinéa 3 de l'article 20, les bailleurs de services ne sont pas tenus de respecter les régimes de retraite anticipée institués par les partenaires sociaux dans les conventions collectives de travail. Certains employeurs malins se sont donc mis à employer un nombre de plus en plus important de travailleurs temporaires parce que, coûtant moins cher, ils leur permettent de baisser leurs prix et d'emporter ainsi les commandes. Les entreprises engageaient normalement des travailleurs tempo-*

⁷⁶⁵ USS, Consultation portant sur la révision de l'ordonnance sur le service de l'emploi et de l'ordonnance d'exécution de la loi sur les travailleurs détachés, Berne, 11 novembre 2005, pp. 4-5.

⁷⁶⁶ *Ibid.*

raires pour les dépanner dans les périodes de presse ; elles le font maintenant dans le but d'être plus concurrentielles. Il est même arrivé que des entreprises licencient des travailleurs peu de temps avant qu'ils aient droit à une retraite anticipée, leur faisant ainsi perdre ce droit, pour les remplacer par des travailleurs temporaires. »⁷⁶⁷.

648. — L'obligation, pour le bailleur de services, de verser une contribution de retraite anticipée naît le jour où le travailleur entre dans le champ d'application d'une CCT étendue prévoyant un régime de retraite anticipée (art. 48c al. 1 OSE), sous réserve des exceptions énumérées par l'article 48c al. 2 OSE.

649. — Les critères énumérés à l'article 48c al. 2 OSE, relatifs à l'exemption de l'obligation de verser la contribution relative à la retraite anticipée, doivent être remplis de manière cumulative⁷⁶⁸. En d'autres termes, l'obligation de verser des contributions relatives à la retraite anticipée ne disparaît que si les trois critères sont satisfaits⁷⁶⁹.

17.3.2. Prévoyance professionnelle et travail temporaire

650. — Depuis le 1^{er} janvier 2005, l'article 2 OPP 2 précise que les travailleurs occupés auprès d'une entreprise tierce dans le cadre de la location de services au sens de la LSE sont réputés être des travailleurs salariés de l'entreprise bailleuse de services.

651. — En pratique, concernant la prévoyance professionnelle, les travailleurs temporaires en contrat avec des agences de travail temporaire membres de Swisstaffing sont affiliés à la fondation de prévoyance créée par Swisstaffing le 1^{er} janvier 1985. Cette fondation, dans son règlement, prévoit qu'« *une intermission (temps non travaillé entre deux missions pour le même employeur) entraîne la fin de l'assurance si elle dépasse trois mois* »⁷⁷⁰. Selon ce même règlement, les travailleurs temporaires ont la possibilité d'être affi-

⁷⁶⁷ BO CE 2004, p. 752.

⁷⁶⁸ SECO, Commentaire des mesures d'accompagnement à la libre circulation des personnes, octobre 2008, p. 97.

⁷⁶⁹ *Ibid.*

⁷⁷⁰ http://www.swisstaffing.ch/documents/me110101f0_temp.pdf, (29.03.2011), p. 1.

liés dès le premier jour de la mission s'ils en font la demande expresse⁷⁷¹, et ce conformément à l'article 4 al. 1 LPP.

17.3.2.1. Situation avant modification de l'OPP 2

652. — Avant, ce même règlement prévoyait « *qu'une fois affiliés, les salariés le restent, pour autant qu'une interruption de travail entre deux missions n'exécède pas deux semaines pendant les six premiers mois et cinq semaines dès le septième mois* » (art. 3 al. 2).

653. — En 2006, dans une prise de position sur cette pratique l'OFAS précise avoir « [...] *toujours soutenu le principe qu'en cas de missions de courte durée sans interruption notable pour la même entreprise de travail temporaire, il y a lieu de considérer cette série de missions comme une prolongation du premier rapport de travail et que, par conséquent, il y a aussi assujettissement à la LPP dans ce cas-là si la limite des trois mois est dépassée* »⁷⁷².

654. — L'OFAS précise qu'il y a assujettissement à la LPP si la durée cumulée des missions pour la même entreprise de travail temporaire est supérieure à trois mois et qu'il n'y a pas plus de deux semaines d'interruption entre les missions⁷⁷³. Par contre, si entre les deux missions, il y a une interruption de plus de deux semaines, le calcul de la durée cumulée des missions repart à zéro⁷⁷⁴. C'est par exemple le cas d'une personne qui effectue une première mission de deux mois, puis arrête de travailler pendant quatre semaines et effectue ensuite une mission d'un mois⁷⁷⁵. On ne peut comptabiliser qu'un mois de travail et le travailleur n'est dès lors pas assujetti à la LPP. Il faut souligner que les délais en question ne sont pas applicables s'il y a interruption pour cause de maladie, d'accident, de service militaire ou civil obligatoire ou de protection civile⁷⁷⁶. En cas de maternité, le délai d'interruption est fixé à 14 semaines⁷⁷⁷.

⁷⁷¹ *Ibid.*

⁷⁷² OFAS, Bulletin de prévoyance n° 91, ch. 529, 6 avril 2006, p. 6.

⁷⁷³ *Ibid.*

⁷⁷⁴ *Ibid.*

⁷⁷⁵ *Ibid.*

⁷⁷⁶ *Ibid.*

⁷⁷⁷ *Ibid.*

655. — Afin de protéger le travailleur, il faut aussi réserver le cas de l'abus de droit avec des contrats de durée déterminée conclus en chaîne par lesquels un travailleur serait engagé, licencié, réengagé à plusieurs reprises, à chaque fois juste après la limite des deux semaines entre les deux missions. S'il n'y a pas de raison d'agir de la sorte, il faut retenir que le seul but de l'employeur est d'échapper à l'assurance obligatoire LPP⁷⁷⁸. L'OFAS précise encore que sa prise de position vise le cas où il s'agit de rapports de travail de durée déterminée. *A contrario*, lorsqu'il s'agit de rapports de travail de durée indéterminée, le travailleur doit être assuré dès le début des rapports de travail⁷⁷⁹.

656. — Pour suivre cette prise de position de l'OFAS, à son tour, le SECO a élaboré une directive sur la *Validité de l'affiliation à la LPP pour les travailleurs dont les services sont loués*⁷⁸⁰. De cette directive datant également de 2006, il faut retenir cinq règles qui sont applicables à l'affiliation à la LPP des travailleurs temporaires :

- Si le travailleur temporaire le demande, il peut être affilié à la LPP dès le début des rapports contractuels avec l'agence de travail temporaire, quelle que soit la durée de son engagement.
- Selon les articles 2 al. 1 LPP, 1 al. 1 let. b et 2 OPP 2, le travailleur temporaire doit être affilié à la LPP dès le début des rapports contractuels avec l'agence de travail temporaire lorsqu'il a été engagé avec un contrat de durée indéterminée ou déterminée supérieure à trois mois.
- Lorsque le travailleur temporaire est engagé pour une durée déterminée de trois mois au maximum et qu'il y a ensuite prolongation des rapports contractuels au-delà de trois mois, le travailleur doit être affilié à la LPP dès le 4^{ème} mois (ou 14^{ème} semaine) ou dès le moment où la prolongation a été convenue (art. 1 al.1 let. b OPP 2).
- Lorsque le travailleur temporaire effectue plusieurs missions pour le compte de la même agence de travail temporaire et qu'aucune des missions ne dépasse trois mois, le travailleur devra être affilié à la LPP dès le début du 4^{ème} mois (14^{ème} semaine) pour autant que la durée totale des missions avec la même agence de travail temporaire dépasse trois mois, y compris lorsque les missions ne se suivent pas immédiatement

⁷⁷⁸ ATF 119 V 46, c. 1c.

⁷⁷⁹ OFAS, Bulletin de prévoyance no 91, ch. 529, 6 avril 2006, p. 6

⁷⁸⁰ SECO, Validité de l'affiliation à la LPP pour les travailleurs dont les services sont loués, Directive 2006/2 ; précisions des directives et commentaires relatifs à la LSE.

(art. 1 al. 1 let. b et art. 2 OPP 2 en relation avec l'art. 19 LSE). Mais le cumul des missions n'aura pas lieu si l'interruption entre deux missions dure plus de deux semaines. L'interruption ne peut toutefois pas 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 d'interruption est de 14 semaines.

- Seul le travailleur temporaire qui est engagé pour une durée limitée à trois mois au maximum sans prolongation et qui n'effectue pas d'autres missions pour le compte de l'agence de travail temporaire, n'est pas affilié obligatoirement à la LPP.

657. — Suite à la prise de position de l'OFAS et à la directive du SECO, une question a été déposée par le Conseiller national Paul Rechsteiner le 22 juin 2006 afin que le Conseil fédéral se prononce par rapport à la prise de position de l'OFAS, jugée en contradiction avec la loi par le groupe socialiste. Le texte déposé était le suivant :

« La protection sociale des intérimaires (protection vieillesse, survivants et invalidité) est largement compromise s'il n'y a pas d'obligation de se soumettre à la LPP. Or, la loi rend la LPP obligatoire seulement pour les contrats de travail de plus de trois mois. Apparemment, l'OFAS a encore restreint cette obligation pour les entreprises de travail temporaire : un intervalle de deux semaines entre deux emplois temporaires successifs suffit à dispenser de cette obligation. Cela contredit non seulement les exigences de la protection sociale, mais aussi l'intention de la loi. En outre, le fait de réduire artificiellement le coût du travail en excluant les intérimaires des dispositions de protection sociale fragilise aussi les rapports de travail réguliers. »⁷⁸¹

17.3.2.2. Modification de l'OPP 2

658. — Le 25 juin 2008, le Conseil fédéral a décidé de modifier l'art. 1j al. 1 let. b OPP 2 afin d'améliorer la prévoyance professionnelle des travailleurs atypiques. Cette modification est due à un rapport de l'OFAS de mars 2008, intitulé « *Analyses de solutions éventuelles en vue d'améliorer l'assujettissement au régime obligatoire LPP des travailleurs atypiques, conformément à l'art. 2, al. 4, 1^{ère} phrase, LPP* »⁷⁸². Relativement au travail temporaire, pour améliorer l'assujettissement des travailleurs temporaires à la LPP, il a été

⁷⁸¹ http://www.parlament.ch/f/suche/pages/geschaefte.aspx?gesch_id=20071077, (29.03.2011).

⁷⁸² PIEGAI (2008), p. 52ss.

proposé de modifier les délais de carence entre chaque nouvelle mission. Il a été décidé de faire repartir un nouveau contrat, donc une nouvelle affiliation à la prévoyance, lorsque l'interruption entre les missions était supérieure à trois mois au lieu des deux semaines prévues jusqu'alors. Selon l'OFAS, avec le bref délai de deux semaines, le risque était plus grand qu'une agence de travail temporaire impose au travailleur, ayant déjà effectué une mission de trois mois, une interruption d'un peu plus de deux semaines, uniquement pour éviter l'assujettissement à la LPP, avant de le réengager pour une nouvelle mission de trois mois⁷⁸³.

659. — L'article 1k OPP 2 a également été introduit en 2008. Il prévoit que les salariés engagés pour une durée limitée ne dépassant pas trois mois ne sont pas soumis à l'assurance obligatoire⁷⁸⁴. Une unification des délais facilite aussi les démarches pratiques⁷⁸⁵.

660. — En outre, le délai d'interruption de deux semaines était trop court pour justifier un non-assujettissement à la LPP. Par contre, si le délai est de trois mois, on peut clairement en déduire qu'il ne s'agit plus d'une interruption de courte durée⁷⁸⁶.

661. — En conséquence, depuis le 1^{er} janvier 2009, selon le nouvel article 1k OPP 2 :

« les salariés dont la durée d'engagement ou de mission est limitée sont assujettis à l'assurance obligatoire, lorsque que :

- a. les rapports de travail sont prolongés au-delà de trois mois, sans qu'il y ait interruption desdits rapports : dans ce cas, le salarié est soumis à l'assurance obligatoire dès le moment où la prolongation a été convenue ;*
- b. 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 : dans ce cas, le salarié est soumis à l'assurance obligatoire dès le début du quatrième mois de travail ; lorsqu'il a été convenu, avant le début du travail, que le salarié est engagé pour une durée totale supérieure à trois mois, l'assujettissement commence en même temps que les rapports de travail. »*

⁷⁸³ OFAS, Analyses de solutions éventuelles en vue d'améliorer l'assujettissement au régime obligatoire LPP des travailleurs atypiques, conformément à l'art. 2, al. 4, 1^{ère} phrase, LPP, Rapport du 11 mars 2008, p. 13.

⁷⁸⁴ *Ibid.*

⁷⁸⁵ *Ibid.*

⁷⁸⁶ *Ibid.*

662. — Ainsi, le délai d'interruption de deux semaines entre deux missions qui était pratiqué par Swisstaffing et confirmé par le SECO, a été remplacé par un délai de trois mois selon ce nouvel article, ce qui devrait diminuer le risque d'abus lié aux contrats en chaîne⁷⁸⁷, ainsi qu'augmenter la couverture sociale des travailleurs temporaires. De toutes parts, cette modification a été bien accueillie, notamment par Swisstaffing qui relate dans HR Today (Portail suisse des ressources humaines) que « *la consolidation de la protection LPP a été décidée après consultation de swisstaffing qui approuve, dans l'intérêt d'une prévoyance vieillesse largement fondée, le cumul des engagements auprès du même employeur. Le système suisse de la prévoyance vieillesse est basé sur trois piliers qui sont alimentés par les travailleurs et les employeurs tout au long de la vie professionnelle. Le système doit permettre que toute personne active puisse maintenir le train de vie usuel, également à l'âge de la retraite et qu'elle n'ait pas à dépendre de prestations sociales. De cette manière, la prévoyance vieillesse suisse décharge l'Etat social et redistributeur.* »⁷⁸⁸.

663. — En parallèle de l'article 20 al. 3 LSE qui ne prévoit que l'application des dispositions relatives à la retraite anticipée, cette modification de l'OPP 2 est essentielle pour l'ensemble des travailleurs temporaires.

17.4. Le rôle de l'organe paritaire de la CCT étendue (alinéa 2)

664. — Depuis 2006, une autre innovation est à mentionner par rapport à la modification de l'article 20 LSE, c'est l'introduction de l'alinéa 2 qui permet à l'organe de contrôle prévu par la CCT étendue (applicable à l'entreprise locataire de services) de contrôler le bailleur de services.

⁷⁸⁷ À préciser que selon une pratique établie depuis longtemps, la jurisprudence considère l'enchaînement de contrats de travail de durée déterminée comme un acte abusif destiné à se dérober aux dispositions légales qui régissent les rapports de travail de durée indéterminée, dispositions contenant notamment des mesures de protection du travailleur en ce qui concerne le salaire en cas de maladie, les délais de congé etc., Jugement du 26 mars 1996 du Tribunal des Prud'hommes de Zurich in : Ju-Trav 1997 p. 69.

⁷⁸⁸ [http://www.hrtoday.ch/hrtoday/fr/themen/archiv/502038/502745/Recrutement_et_r%C3%A9seaux_sociaux_%C3%A9tat_des_lieux_et_perspectives,\(29.03.2011\)](http://www.hrtoday.ch/hrtoday/fr/themen/archiv/502038/502745/Recrutement_et_r%C3%A9seaux_sociaux_%C3%A9tat_des_lieux_et_perspectives,(29.03.2011))

665. — L'article 48d OSE précise l'article 20 al. 2 LSE et a le contenu suivant :

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

(art. 20, al. 2, LSE)

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

² *Les 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.*

³ *Les 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.*

⁴ *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'art. 6 de la loi fédérale du 28 septembre 1956 permettant d'étendre le champ d'application de la convention collective de travail est applicable par analogie.*

666. — Lors des débats parlementaires relatifs à la modification de l'article 20 LSE, relativement à l'alinéa 2, il a été souligné que cette disposition concorde avec les directives actuelles relatives à l'article 20 LSE et qu'on ne fait que les ancrer dans la loi⁷⁸⁹. En effet, il a toujours été reconnu que le but de l'article 20 LSE ne pouvait être atteint que si les bailleurs de services étaient susceptibles de se faire contrôler par les organes paritaires, au même titre que toute autre entreprise entrant dans le champ d'application de la CCT étendue en question⁷⁹⁰. L'article 20 LSE a pour mission de soumettre les bailleurs de services aux mêmes obligations que les employeurs « normaux » lorsqu'il y a une CCT étendue, il est dès lors inconcevable de pouvoir exempter les bailleurs de services d'un tel contrôle si la CCT étendue en prévoit un⁷⁹¹.

667. — En application de ce système, dans les branches soumises à une CCT étendue, les agences de travail temporaire se doivent de présenter à l'organe de contrôle paritaire tous les documents nécessaires au contrôle du respect des conditions de travail et de salaire usuelles dans la localité. Et dans les branches où il n'y a pas de CCT étendue, les agences de travail temporaire,

⁷⁸⁹ BO CE 2004, p. 754, intervention de Mme Brunner.

⁷⁹⁰ SECO Directives et commentaires relatifs à la LSE, l'OSE et la TE-LSE, Berne 2003, p. 136.

⁷⁹¹ *Ibid.*

en vue de faciliter les opérations de contrôle, devront fournir toutes les informations nécessaires aux commissions tripartites cantonales compétentes⁷⁹².

668. — Relativement à l'alinéa 2 de l'article 48d OSE, les organes paritaires annoncent le contrôle au bailleur de services dans un délai raisonnable. Par délai raisonnable, il faut entendre trois semaines selon le SECO⁷⁹³. En outre, *« on mentionnera les personnes qui doivent exécuter le contrôle et l'on devrait également préciser à quelle CCT étendue le contrôle se rapportera. Lors du contrôle, les contrôleurs doivent être en mesure d'établir leur identité »*⁷⁹⁴.

669. — L'alinéa 2 de l'article 20 LSE précise qu'en cas d'infraction grave de la part de l'agence de travail temporaire, l'organe paritaire doit en informer l'office cantonal du travail et peut infliger à l'agence de travail temporaire une peine prévue par la CCT et/ou lui imputer tout ou partie des frais de contrôle.

670. — Conformément à l'article 48d al. 4 OSE, le bailleur de services peut demander à l'autorité cantonale compétente de désigner un organe de contrôle indépendant des parties à la CCT. L'article 6 LECCT est applicable par analogie et selon l'alinéa 2 de ce même article, l'autorité cantonale compétente fixe l'objet et l'étendue du contrôle après avoir entendu les parties et le bailleur de services. Et selon l'alinéa 3, les frais de contrôle sont supportés par l'employeur ou le travailleur qui a demandé la désignation de l'organe de contrôle indépendant ou qui a refusé de se soumettre à un contrôle de l'organe paritaire.

671. — Si le bailleur de services refuse de se laisser contrôler et qu'il ne demande pas par la suite la désignation d'un organe indépendant (au sens de l'art. 6 LECCT), il se rend incompétent pour garantir une location de services satisfaisant aux règles de la profession et ne remplit plus la condition d'autorisation exigée par l'article 13 al. 2 LSE⁷⁹⁵.

⁷⁹² BO CE 2004 p. 754, Mme Brunner.

⁷⁹³ SECO Directives et commentaires relatifs à la LSE, l'OSE et la TE-LSE, Berne 2003, p. 138

⁷⁹⁴ SECO, Commentaire des mesures d'accompagnement à la libre circulation des personnes, octobre 2008, p. 93.

⁷⁹⁵ SECO Directives et commentaires relatifs à la LSE, l'OSE et la TE-LSE, Berne 2003, p. 137.

672. — Jusqu'en décembre 2008, la portée pratique de cet alinéa 2 n'a pas fait ses preuves, puisque les autorités LSE n'ont reçu que rarement de telles informations de la part des commissions paritaires⁷⁹⁶.

17.5. L'obligation de rendre compte et de présenter un rapport

673. — En 2006, l'article 20 LSE a également été complété par l'article 48e OSE qui a le contenu suivant :

Art. 4e Obligation de rendre compte et de présenter un rapport

(art. 20 LSE)

¹ *Les 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.*

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

674. — La portée pratique de cet article est discutée puisque la présentation des rapports ne fonctionne pas suffisamment bien⁷⁹⁷. Partant, le SECO se demande si l'on peut donc supposer que les infractions constatées dans le cadre des mesures d'accompagnement ne sont pas des infractions graves au sens de l'article 20, al. 2 LSE qui pourraient même justifier éventuellement un retrait de l'autorisation selon l'article 16, al. 1, let. b LSE⁷⁹⁸.

⁷⁹⁶ Rapport du SECO du 18.12.08, Examen de la situation actuelle dans le domaine de la location de services (Loi fédérale sur le service de l'emploi et la location de services, LSE), p. 64.

⁷⁹⁷ *Idem*, p. 65.

⁷⁹⁸ *Idem*, p. 64.

Chapitre 18 : L'impact de l'ALCP

18.1. Contexte général

675. — Suite à la décision de la Communauté européenne d'accueillir dix nouveaux États membres (à savoir la Pologne, la République Tchèque, la Hongrie, la Slovaquie, la Lituanie, la Lettonie, la Slovénie, l'Estonie, Chypre et Malte) dès le 1^{er} mai 2004, des négociations ont été initiées entre la Suisse et la CE relativement à l'extension de l'ALCP, signé le 21 juin 1999 et entré en vigueur le 1^{er} juin 2002, entre la Suisse et les quinze États membres de la CE⁷⁹⁹.

676. — Dans ce contexte, l'USS et Travail.Suisse ont soumis leur soutien à une extension de l'ALCP à l'adoption d'une série de mesures d'accompagnement devant compléter celles déjà adoptées par le Parlement en octobre 1999 et entrées en vigueur le 1^{er} juin 2004⁸⁰⁰.

18.2. Les mesures d'accompagnement

677. — Le premier volet de mesures d'accompagnement a pour but de protéger les acteurs du monde du travail contre le risque de sous-enchère sociale et salariale lié à l'entrée en vigueur de l'ALCP conclu entre la Suisse et la Communauté européenne.

⁷⁹⁹ Message loi fédérale révisant les mesures d'accompagnement à l'ALCP du 01.10.2004 in FF 2004 p. 6192.

⁸⁰⁰ *Ibid.*

678. — Ce premier volet de mesures d'accompagnement à la libre circulation des personnes comprend trois points fondamentaux, trois moyens d'enrayer une sous-enchère sociale et salariale⁸⁰¹ :

1. Les travailleurs, provisoirement détachés en Suisse par une entreprise européenne, sont soumis aux conditions salariales et de travail minimales applicables en Suisse (modification de la LDét).
2. En cas de sous-enchère abusive répétée, les CCT peuvent être étendues plus facilement afin que les dispositions relatives aux salaires et aux temps de travail s'appliquent à tous les employés de la branche, travailleurs temporaires y compris (modification de la LECCT et de la LSE).
3. Dans des branches dépourvues de CCT ou sans CCT susceptible d'être étendue, la Confédération et les cantons peuvent (voire doivent) introduire, en cas d'abus répétés, des salaires minimaux obligatoires dans un contrat-type de durée déterminée.

679. — Ces trois points seront plus amplement développés ci-dessous.

680. — Les mesures d'accompagnement, en vue d'augmenter leur efficacité en pratique, ont également renforcé le rôle des commissions tripartites actives sur le plan cantonal et fédéral⁸⁰².

18.3. Le renforcement des mesures d'accompagnement⁸⁰³

681. — L'Union européenne comprend dix nouveaux états membres depuis le 1^{er} mai 2004. Cet élargissement de l'UE impliquait l'adaptation aux nouveaux États membres des accords bilatéraux conclus en 1999 entre la Suisse et l'UE. L'ALCP a nécessité un certain nombre de modifications qui ont été négociées et formalisées dans le protocole du 26 octobre 2004 relatif à l'extension de l'ALCP aux nouveaux États membres de la Communauté européenne. Lors d'une votation populaire, le 25 septembre 2005, le peuple suisse a accepté l'extension de l'ALCP aux nouveaux États membres de l'Union européenne et la révision des mesures d'accompagnement. A l'appui de son message, le Conseil fédéral a proposé un renforcement des mesures d'accompagnement,

⁸⁰¹ SECO, Commentaire des mesures d'accompagnement à la libre circulation des personnes, octobre 2008, p. 6.

⁸⁰² *Ibid.*

⁸⁰³ WYLER (2008 Marchés publics), p. 257-258.

notamment sous l'impulsion des revendications des organisations syndicales, à savoir l'USS et Travail. Suisse. Ces revendications étaient motivées par les différences très importantes en matière de salaire et de conditions de travail qui prévalent dans les dix nouveaux États membres de l'UE, par rapport aux conditions de salaire et de travail que l'on connaît en Suisse.

682. — Le 1^{er} avril 2006, les mesures renforcées, issues d'une coopération entre le SECO et les partenaires sociaux, sont entrées en vigueur et se sont traduites par la modification de la LDét qui a obligé les cantons à engager un nombre suffisant d'inspecteurs du marché du travail chargés de contrôler les conditions de travail et de communiquer les abus. Afin de rendre l'application de la LDét plus efficace, des obligations accrues et des sanctions plus sévères ont été introduites à l'encontre des employeurs étrangers fautifs. Les employeurs étrangers peuvent maintenant être plus facilement exclus (provisoirement) du marché suisse. En outre, la procédure d'annonce a été renforcée et les employeurs étrangers qui détachent provisoirement des employés en Suisse doivent fournir par écrit aux autorités suisses l'indication de leur identité, de leur activité, de leur lieu de travail etc.

683. — Autres modifications dues au renforcement des mesures d'accompagnement, l'introduction de l'article 330b CO qui consacre une obligation d'informer les travailleurs sur les éléments essentiels du contrat, la facilitation de l'extension des CCT fixant des salaires minimaux (art. 2 ch. 3bis LECCT) et l'augmentation de la protection des travailleurs temporaires (art. 17 al. 3 et 20 LSE)⁸⁰⁴.

684. — Il nous paraît important de traiter des modifications de la LDét, pour certains aspects en lien avec la location de services. Puis nous mettrons un accent supplémentaire sur les modifications de la LECCT et de la LSE, les deux lois qui sont au centre de la présente étude.

18.3.1. La Loi fédérale sur les travailleurs détachés (LDét)

685. — La LDét prévoit deux cas de détachement de travailleurs, d'une part, l'employeur dont le siège est à l'étranger qui envoie une partie de ses travailleurs en Suisse afin qu'ils y fournissent en son nom et pour son compte des

⁸⁰⁴ *Idem*, p. 257.

prestations de travail (art. 1 al. 1 let. a LDét), d'autre part, l'employeur dont le siège est à l'étranger qui envoie provisoirement des travailleurs dans une filiale suisse ou dans une entreprise établie en Suisse et qui appartient au groupe d'entreprises de l'employeur ayant son siège à l'étranger (art. 1 al. 1 let. b LDét).

686. — Selon WYLER, une troisième forme de détachement est possible : une entreprise bailleuse de services envoie des travailleurs dans un État tiers en tant que travailleurs temporaires⁸⁰⁵. Comme nous l'avons déjà vu, le secteur de la location de services transfrontalière ne fait pas l'objet d'une libéralisation dans le cadre des accords bilatéraux⁸⁰⁶. L'article 12 al. 2 LSE interdit la location de services par un bailleur de services sis à l'étranger qui recruterait les services de travailleurs à l'étranger ou en Suisse et dont le lieu de mission serait en Suisse.

687. — Dans les deux premiers cas de détachement, les travailleurs détachés restent liés au contrat de travail conclu avec leur employeur dont le siège est à l'étranger. La LDét intervient toutefois en réglementant les conditions minimales de travail et de salaire de tous les contrats de travail étrangers des travailleurs détachés durant la période de détachement en Suisse (art. 2 LDét)⁸⁰⁷.

688. — En rapport avec la location de services, il faut surtout souligner le contenu de l'art. 2 al. 2 bis LDét : « *Si les conventions collectives de travail déclarées de force obligatoire prévoient une contribution obligatoire aux frais de formation continue, ces dispositions s'appliquent également aux employeurs qui détachent des travailleurs en Suisse lorsque le détachement dure plus de 90 jours.* ». Cet alinéa est devenu nécessaire suite à la constatation suivante : souvent, en cas d'exécution de travaux importants par des travailleurs détachés, les partenaires sociaux doivent prendre en charge différents cours (cours de langues, cours pour des techniques particulières de chantier etc.) destinés à ces derniers et on a constaté qu'il était nécessaire que les employeurs de ces travailleurs s'acquittent d'une telle contribution. L'obligation de contribution aux frais de formation continue naît le 91^{ème} jour⁸⁰⁸.

⁸⁰⁵ *Idem*, p. 258.

⁸⁰⁶ *Idem*, p. 258.

⁸⁰⁷ SECO, Commentaire des mesures d'accompagnement à la libre circulation des personnes, octobre 2008, p. 8.

⁸⁰⁸ *Idem*, p. 16.

689. — La LDét s'applique à tous les travailleurs détachés de l'étranger en Suisse qu'ils viennent d'un pays membre de l'UE, de l'AELE ou d'un État tiers⁸⁰⁹. La durée de détachement n'est pas une condition d'application de la LDét⁸¹⁰. Il suffit qu'ils soient détachés pendant une semaine pour que la LDét s'applique. La LDét s'applique en outre à toutes les branches économiques. Par contre, la LDét ne s'applique pas aux personnes étrangères employées par une entreprise dont le siège est en Suisse⁸¹¹. Elle ne s'applique pas non plus aux indépendants⁸¹².

690. — Par « travailleurs détachés », il faut entendre les travailleurs qui sont envoyés en Suisse par une entreprise dont le siège est à l'étranger, dans le cadre d'un rapport de subordination régi par le droit du travail, en vue de fournir des prestations pour un ou plusieurs bénéficiaires de prestations (personnes physiques ou morales)⁸¹³.

691. — À préciser aussi que l'engagement n'est pas assimilé à un détachement lorsqu'un bailleur de services dont le siège est en Suisse loue les services de travailleurs étrangers auprès d'une entreprise de mission⁸¹⁴.

18.3.2. L'extension facilitée des CCT (LECCT)

18.3.2.1. Article 1a LECCT

692. — Cet article a été introduit lors du premier volet des mesures d'accompagnement et est entré en vigueur le 1^{er} juin 2004. Il a le contenu suivant :

« Si la commission tripartite, au sens de l'art. 360b du code des obligations, constate que, dans une branche économique ou une profession, les salaires et la durée du travail usuels dans la localité, la branche ou la profession font l'objet d'une sous-enchère abusive et répétée, elle peut demander, avec l'accord des parties signataires, l'extension des dispositions de la convention applicable à cette branche portant sur la rémunération minimale et sur la durée du travail lui correspondant ainsi que l'extension des dispositions relatives aux contrôles paritaires. »

⁸⁰⁹ *Idem*, p. 8

⁸¹⁰ *Idem*, p. 8.

⁸¹¹ *Idem*, p. 8.

⁸¹² *Idem*, p. 9.

⁸¹³ *Idem*, p. 8.

⁸¹⁴ *Idem*, p. 8.

693. — Pour qu'une commission tripartite puisse demander une telle mesure, elle doit au préalable avoir constaté une sous-enchère abusive et répétée relativement aux salaires usuels dans une branche ou dans une profession⁸¹⁵. La mesure a pour but d'empêcher que la sous-enchère ne se propage ou que les salaires ne baissent encore davantage⁸¹⁶.

694. — Après avoir constaté une sous-enchère abusive et répétée, la commission tripartite a deux possibilités : demander l'extension facilitée de la CCT pour autant qu'il en existe une dans la branche en question ou demander qu'un contrat-type de travail indiquant des salaires minimaux contraignants soit édicté. Il y a également l'étape intermédiaire, prévue par l'article 360b al. 3 CO, qui permet à la commission tripartite de commencer par tenter de trouver directement un terrain d'entente avec l'employeur auprès duquel un abus a été constaté⁸¹⁷.

18.3.2.2. Article 2, ch. 3^{bis} LECCT

695. — Depuis que les mesures d'accompagnement sont entrées en vigueur le 1^{er} juin 2004, il existe deux types d'extension des CCT : premièrement la déclaration ordinaire d'extension selon les trois quorums prévus par l'article 2 al. 3 LECCT et deuxièmement l'extension facilitée avec quorum unique selon l'article 2 ch. 3 bis LECCT⁸¹⁸.

696. — Dès lors, pour comprendre la portée de l'article 2 ch. 3 bis LECCT, il faut commencer par analyser l'article 2 ch. 3 LECCT qui dispose que « *les employeurs et les travailleurs liés par la convention doivent respectivement former la majorité des employeurs et des travailleurs auxquels le champ d'application de la convention doit être étendu, et les employeurs liés par la convention doivent en outre occuper la majorité de tous les travailleurs* ». De manière exceptionnelle, il peut être dérogé à la règle qui exige la majorité des travailleurs liés par la CCT. Alors que la règle relative à la majorité des employeurs liés par la CCT est impérative.

⁸¹⁵ *Idem*, p. 84.

⁸¹⁶ *Idem*, p. 84.

⁸¹⁷ *Idem*, p. 8.

⁸¹⁸ *Idem*, p. 85.

697. — L'interprétation du premier quorum de l'article précité a fait l'objet d'une interpellation au Conseil national en date du 3 octobre 2008⁸¹⁹. Il a notamment été demandé au Conseil fédéral s'il était possible d'interpréter la majorité des employeurs auxquels le champ d'application de la convention doit être étendu de telle manière que plus de 50 % de la masse salariale de la branche concernée par la CCT doit être représentée par l'association patronale qui conclut la convention⁸²⁰.

698. — L'interprétation faite jusqu'à ce jour consiste à retenir que 50 % des entreprises concernées par la CCT doivent appartenir à l'union patronale qui conclut ladite convention. Selon certains avis, cette interprétation peut créer des situations insatisfaisantes dans les branches où de grands groupes coexistent avec de petites entreprises⁸²¹.

699. — Comme exemple pour illustrer ce problème, il est fait référence au domaine du travail temporaire qui vient de se doter d'une CCT qui fait dépendre l'entrée en vigueur de ladite CCT à la date de décision d'extension. Le quorum de la majorité des employeurs auxquels le champ d'application doit être étendu pourrait entraver les démarches en vue de l'extension car l'association interprofessionnelle des agences temporaires représente 247 entreprises, dont une part importante des grands groupes et quelques petites entreprises. En conséquence, du fait de représenter les grands groupes, elle représente environ deux tiers de la masse salariale de la branche, mais seulement un quart des entreprises œuvrant dans le domaine du travail temporaire. Cela paraît donc étrange qu'une petite entreprise ait le même poids qu'un grand groupe à la masse salariale beaucoup plus élevée et au nombre de travailleurs beaucoup plus important⁸²².

700. — Dans sa réponse du 26 novembre 2008, le Conseil fédéral affirme que le texte de loi est clair et rappelle que le Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale du 29 janvier 1954, à l'appui du projet de loi sur la CCT et l'extension de son champ d'application, n'admet aucune autre interprétation ; « [...] *Pour qu'une minorité ne puisse pas, contrairement à tous les principes de la démocratie, plier la majorité à une règle, le projet exige le*

⁸¹⁹ Interpellation du Conseiller national Christophe Darbellay, 03.10.08, pp. 2-3 http://www.parlament.ch/F/Suche/Pages/geschaefte.aspx?gesch_id=20083735.

⁸²⁰ *Ibid.*

⁸²¹ *Ibid.*

⁸²² *Ibid.*

quorum, qui se compose de trois éléments : les employeurs liés par la convention doivent former la majorité de l'ensemble des employeurs qui seront soumis à la convention après la décision d'extension ; ... »⁸²³. Le Conseil fédéral a donc pris la conclusion suivante : « La loi en vigueur ne permet donc pas de définir le quorum des employeurs sur la base de la masse salariale des employeurs liés par la CCT. Le critère de la masse salariale correspond plus ou moins au quorum mixte, qui doit être respecté en sus du quorum des employeurs lors de l'extension ordinaire du champ d'application de la CCT. Il n'y aurait aucun sens à interpréter le quorum des employeurs de telle manière qu'il corresponde en pratique au quorum mixte car il n'y aurait alors plus que deux quorums à respecter et non les trois imposés par la loi. »⁸²⁴.

701. — Pour qu'il y ait une extension facilitée de la CCT, comme dans le cas d'une extension ordinaire, il faut qu'il y ait un constat préalable d'une sous-enchère salariale abusive⁸²⁵. Dans un tel cas, selon l'article 2, ch. 3 bis LECCT, la majorité des employeurs n'est plus requise ainsi que celle des travailleurs, alors que le troisième quorum est fixé à 50 %. Cela signifie que les employeurs liés à la CCT doivent employer 50 % de tous les travailleurs concernés par l'extension, qu'ils appartiennent ou non à une association de travailleurs.

702. — Une autre différence est à mentionner en cas d'extension facilitée : seules certaines dispositions peuvent être étendues, celles relatives à la rémunération minimale et au temps de travail qui lui correspond ainsi que celles relatives aux contrôles paritaires.⁸²⁶

703. — Par rémunération minimale, on entend le salaire, mais également les augmentations de travail, les gratifications, les majorations pour le travail de nuit ou pour le travail pénible et le treizième salaire⁸²⁷.

704. — Quant aux dispositions relatives aux contrôles paritaires, il était nécessaire de leur donner une portée étendue afin que les parties à la CCT puissent contrôler l'observation des dispositions étendues également auprès des

⁸²³ Message LECCT du 29.01.1954 in FF 1954 I 125, p. 172.

⁸²⁴ Interpellation du Conseiller national Christophe Darbellay, 03.10.08, p. 3 http://www.parlament.ch/F/Suche/Pages/geschaefte.aspx?gesch_id=20083735.

⁸²⁵ SECO, Commentaire des mesures d'accompagnement à la libre circulation des personnes, octobre 2008, p. 87.

⁸²⁶ *Idem*, p. 86.

⁸²⁷ *Idem*, p. 86.

employeurs et des travailleurs non liés à la CCT, notamment les travailleurs détachés⁸²⁸.

705. — Lorsqu'une sous-enchère abusive et répétée a été constatée, il appartient à la commission tripartite de déposer, avec l'assentiment des parties à la CCT, la demande d'extension facilitée (art. 1a LECCT)⁸²⁹. Alors que dans un cas d'extension ordinaire, ce rôle revient aux parties à la CCT.

706. — En matière de compétence, les mêmes règles qu'en cas d'extension « ordinaire » sont applicables à l'extension facilitée : le Conseil fédéral est compétent si l'extension vise l'ensemble du territoire suisse ou au moins deux cantons (art. 7 al. 1 LECCT). Et si l'extension vise le territoire d'un canton ou une partie du territoire d'un canton, l'autorité compétente au niveau cantonal sera compétente (art. 7 al. 2 LECCT).

18.3.2.3. Article 6 LECCT

707. — Le contenu de l'article 6 LECCT n'a pas fondamentalement changé. L'élément nouveau se trouve à l'alinéa 1 : les parties à la CCT peuvent également demander le recours à un organe de contrôle spécial si un employeur ou un travailleur auquel la CCT est étendue refuse de se soumettre à un contrôle de l'organe paritaire⁸³⁰.

708. — Un vide légal a été comblé : cela permet aux parties à la CCT d'agir lorsque un employeur ou un travailleur refuse de se faire contrôler par l'organe paritaire, mais ne demande pas la désignation d'un organe de contrôle spécial. Désormais, les parties à la CCT peuvent, sur la base de cet article, demander la désignation d'un organe de contrôle spécial⁸³¹.

709. — En application de l'article 20 al. 2 LSE, de l'article 48d al. 4 OSE et de l'article 6 LECCT, si un bailleur de services refuse de se faire contrôler par l'organe paritaire institué par la CCT, les parties à cette dernière ont la possibilité de demander la désignation d'un organe de contrôle spécial si le bailleur de services ne le fait pas lui-même. Dans l'intervalle, le comportement du bailleur de services n'aura plus été conforme aux règles de la profession, et de ce fait, ce dernier ne remplit plus la condition de l'autorisation exigée par

⁸²⁸ *Idem*, p. 87.

⁸²⁹ *Idem*, p. 87.

⁸³⁰ *Idem*, p. 91.

⁸³¹ *Idem*, p. 91.

l'article 13 al. 2 LSE. Et les coûts du contrôle sont imputés au bailleur de services même si l'on ne constate aucun manquement de la part de ce dernier⁸³².

18.3.2.4. Article 20 al. 2 LECCT

710. — Comme l'article 6 LECCT, l'article 20 LECCT n'est pas fondamentalement nouveau. L'alinéa 2 a été modifié en partie par les mesures d'accompagnement ; si une demande d'engagement d'un organe de contrôle spécial au sens de l'article 6 LECCT est déposée, le SECO est responsable de désigner cet organe de contrôle, pour autant qu'il s'agisse d'une extension décidée au niveau fédéral⁸³³.

711. — S'il s'agit d'une extension au niveau cantonal, l'autorité du canton sera responsable de désigner un tel organe (art. 20 al. 1 LECCT).

18.3.3. La loi sur le service de l'emploi et la location de services (LSE)

712. — Le but des mesures d'accompagnement, surtout des mesures d'accompagnement renforcées, est d'assurer une égalité entre les travailleurs suisses et les travailleurs étrangers⁸³⁴. Pour ce faire, il faut que les employeurs suisses et les employeurs étrangers qui détachent des travailleurs en Suisse, soient soumis aux mêmes obligations et aux mêmes coûts⁸³⁵. Mais cette égalité doit aussi être garantie entre toutes les personnes actives sur le marché suisse du travail, notamment entre les travailleurs fixes et les travailleurs temporaires⁸³⁶.

713. — Pour respecter cette égalité, les bailleurs de services doivent, depuis le 1^{er} avril 2006, contribuer au financement des coûts d'exécution et de formation continue et se conformer au régime de retraite anticipée de la CCT étendue applicable à l'entreprise utilisatrice qui loue les services de leurs travailleurs. Avant le renforcement des mesures d'accompagnement, les bailleurs de

⁸³² *Idem*, p. 98.

⁸³³ *Idem*, p. 93.

⁸³⁴ *Idem*, p. 94.

⁸³⁵ *Idem*, p. 94.

⁸³⁶ *Idem*, p. 94.

services ne devaient appliquer à leurs travailleurs, selon l'article 20 LSE, que les règles relatives au salaire et à la durée de travail de la CCT étendue à laquelle l'entreprise de mission était soumise.

18.3.3.1. Article 17 al. 3 LSE

714. — Dès le 1^{er} avril 2006, l'obligation de renseigner imposée au bailleur de services a été étendue de la manière suivante : « *Dans les domaines non régis par une convention collective de travail étendue, les renseignements doivent être fournis à la commission cantonale tripartite compétente.* » (art. 17 al. 3 in fine LSE).

715. — En conséquence, l'obligation de renseigner du bailleur de services vaut envers les autorités responsables de délivrer les autorisations de pratiquer la location de services, envers les commissions paritaires et envers les commissions tripartites⁸³⁷. Par « documents », il faut entendre particulièrement le contrat de travail au sens de l'article 19 LSE et le contrat de location de services au sens de l'article 22 LSE, tous deux contiennent les informations nécessaires au contrôle des conditions de salaire et de travail⁸³⁸.

18.3.3.2. Article 20 LSE

716. — L'article 20 LSE, ayant déjà été traité abondamment, nous vous renvoyons aux chapitres 1 et 2.

18.3.4. Les commissions tripartites et paritaires

717. — Lors de l'élaboration des mesures d'accompagnement, il était logique de faire appel aux partenaires sociaux qui sont proches de la réalité du marché de l'emploi ; ceux-ci étant très au courant de tous les enjeux et risques inhérents au marché du travail. Raison pour laquelle, ils ont tenu à avoir un rôle dans l'exécution des mesures d'accompagnement. Une tâche d'exécution ne

⁸³⁷ *Idem*, p. 95.

⁸³⁸ *Idem*, p. 95.

pouvait être laissée uniquement aux partenaires sociaux, c'est pourquoi une intervention de l'État était nécessaire.

718. — Par commission tripartite, on entend des commissions composées en nombre égal de représentants des autorités, des employeurs et des travailleurs (art. 360b al.1 CO). Les commissions tripartites surveillent le marché du travail et peuvent proposer les mesures qu'il faudrait prendre en vue d'éviter une sous-enchère salariale.

719. — Pour respecter l'article 360b CO, une commission tripartite fédérale ainsi qu'une commission tripartite par canton ont dû être créées. Ces commissions doivent être composées d'un nombre égal de représentants des employeurs, de représentants des travailleurs, ainsi que de représentants de l'État (Confédération et cantons).

720. — Les membres des commissions tripartites sont soumis au secret de fonction durant l'exécution de leurs tâches et après la fin de leur activité au sein de la commission tripartite (art. 360c CO).

721. — Il faut également souligner la présence des commissions paritaires dans les domaines régis par une CCT déclarée de force obligatoire. Les commissions paritaires sont quant à elles composées de représentants des partenaires sociaux (syndicats) et des employeurs concernés par la CCT.

18.3.4.1. L'application concrète des mesures d'accompagnement par les cantons

722. — Afin d'effectuer les contrôles relatifs aux éventuels abus et infractions aux conditions minimales, la loi prévoit que les cantons doivent mettre à disposition un nombre suffisant d'inspecteurs (art. 7a Odét). Pour l'ensemble du territoire helvétique, lors des débats politiques, il avait été arrêté un nombre total de 150 inspecteurs⁸³⁹. Dans les faits, il y en a 153 ; 86 inspecteurs sont issus des cantons et 67 des commissions paritaires des différentes CCT étendues⁸⁴⁰.

723. — Comme les cantons sont compétents en matière d'organisation des contrôles, chaque canton a mis au point son propre système d'exécution (art. 7 et 7a Odét).

⁸³⁹ *Idem*, p. 35.

⁸⁴⁰ <http://www.seco.admin.ch/aktuell/00277/01164/01980/index.html?lang=fr&msg-id=14787>, (30.03.2011).

724. — Plusieurs cantons ont opté pour une collaboration étroite avec les commissions paritaires en concluant des contrats de prestations avec elles. En conséquence, les contrôles dans les branches avec et sans CCT étendue sont effectués par la même instance et dans des conditions uniformes. Cela représente un avantage pour l'échange des données et la coordination des contrôles⁸⁴¹.

725. — Il faut différencier le système de contrôles qui est prévu dans l'ordonnance fédérale limitant le nombre d'étrangers (abrégée : OLE) de celui qui est retenu par les mesures d'accompagnement. Dans le premier système, on est en face de contrôles systématiques et préventifs, c'est-à-dire avant la prise d'emploi. Alors que dans les mesures d'accompagnement, il s'agit de contrôles ponctuels qui se font lorsque la personne travaille déjà en Suisse. Ainsi, il n'y a pas de prévention. À préciser que cette différence est uniquement utilisée à titre de comparaison puisque l'OLE ne s'applique plus aux ressortissants de l'UE depuis le 1^{er} juin 2004.

18.3.4.2. L'observation du marché du travail

726. — Pour effectuer les tâches qui leur incombent en vertu de l'article 11 Odét, les commissions tripartites se doivent d'observer le marché du travail dans un premier temps. Et en cas de situation suspecte, la commission tripartite mène une enquête qui aboutira éventuellement au constat d'un cas de sous-enchère abusive et répétée⁸⁴².

727. — Dès le constat d'un tel cas, la commission tripartite peut essayer de trouver un accord avec l'employeur qui pratique cette sous-enchère⁸⁴³. Si un accord ne peut être passé, la commission tripartite peut, d'une part, proposer à l'autorité de fixer des salaires minimaux par un contrat-type de travail si le domaine n'est pas régi par une CCT, d'autre part, proposer une extension de la CCT si le domaine n'est pas régi par une CCT⁸⁴⁴.

⁸⁴¹ SIBYLLE BURGER-BONO, *Les mesures d'accompagnement : un bilan globalement positif*, in : La Vie économique Revue de politique économique 10-2007, p. 49 ; http://www.bfs.admin.ch/bfs/portal/fr/index/themen/03/05/blank/key/gesamtarbeit_svertraege0/struktur.html, (20.03.2011).

⁸⁴² SECO, Commentaire des mesures d'accompagnement à la libre circulation des personnes, octobre 2008, p. 73.

⁸⁴³ *Idem*, p. 73.

⁸⁴⁴ *Idem*, p. 73

728. — Aux termes de l'article 1a LECCT, la commission tripartite qui constate une sous-enchère abusive et répétée, en matière de salaire et de durée de travail usuels, dans une branche couverte par une CCT, peut, avec l'accord des parties signataires, demander l'extension des dispositions de la CCT applicable à cette branche portant sur la rémunération minimale et sur la durée du travail⁸⁴⁵.

729. — Afin de bien observer et contrôler le marché du travail, les commissions tripartites peuvent faire appel à des experts lorsque des sujets particuliers sont traités (art. 12 Odét)⁸⁴⁶.

18.3.4.3. Les ressources

730. — Les frais de fonctionnement et de secrétariat des commissions tripartites cantonales sont à la charge de chaque canton (art. 14 Odét), alors que les frais de fonctionnement et de secrétariat de la commission tripartite fédérale sont à la charge de la Confédération (art. 15 Odét).

18.3.4.4. L'information et la communication⁸⁴⁷

731. — L'article 13 Odét prévoit une coopération entre les commissions tripartites (fédérale et cantonales) et les commissions paritaires des CCT étendues. Cette coopération consiste en l'échange d'informations et de documents qui peut se faire par la transmission des rapports annuels des commissions, l'organisation de journées d'information et de formation, la création d'un site internet etc. Il appartient à la commission tripartite fédérale de favoriser la coopération entre les différentes commissions.

⁸⁴⁵ *Idem*, p. 73.

⁸⁴⁶ *Idem*, p. 75.

⁸⁴⁷ *Idem*, p. 41 et p. 77.

18.3.5. L'impact concret de l'ALCP sur le travail temporaire

18.3.5.1. **Maintien de l'interdiction de location de services à partir de l'étranger**

732. — La libéralisation partielle de la circulation des services qui est prévue par l'ALCP ne s'applique pas aux activités des agences de placement et des agences de travail temporaire (art. 22 al. 3 Annexe I de l'ALCP). Par conséquent, conformément à l'article 12 al. 2 LSE, la location de services à partir de l'étranger demeure exclue⁸⁴⁸. Par exemple, une agence de travail temporaire établie dans un pays membre de l'UE ou de l'AELE ne peut pas exercer librement la location de services en Suisse⁸⁴⁹.

733. — Il faut toutefois préciser que l'art. 22 al. 3 de l'Annexe I de l'ALCP ne s'applique qu'aux entreprises de placement et de location de services de l'UE et de l'AELE qui désirent placer des travailleurs ou louer leurs services en Suisse. Par contre, ce même article n'interdit pas aux ressortissants de l'UE d'accéder au marché du travail suisse ; ils peuvent être engagés par un bailleur de services sis en Suisse⁸⁵⁰.

18.3.5.2. **Admission des ressortissants des pays de l'UE et de l'AELE en qualité de salariés d'entreprises de location de services**

734. — Comme nous venons de le mentionner, l'article 22 al. 3 de l'Annexe I de l'ALCP s'applique uniquement aux entreprises de placement ou de location de services sises dans un pays membre de l'UE ou de l'AELE qui veulent placer des travailleurs ou louer leurs services en Suisse. *A contrario*, l'article susmentionné ne s'applique pas aux ressortissants de l'UE/AELE qui voudraient être engagés par un bailleur de services sis en Suisse.

735. — Selon l'article 21 LSE, un bailleur de services ne peut engager en Suisse que des étrangers qui possèdent déjà une autorisation leur permettant

⁸⁴⁸ SECO/ODM, Directive commune du 01.07.08 sur les incidences de l'ALCP avec l'UE et de l'Accord AELE sur les prescriptions régissant le placement et la location de services, p. 2.

⁸⁴⁹ *Idem*, p. 2.

⁸⁵⁰ *Idem*, p. 2.

d'exercer une activité lucrative et de changer d'emploi et de profession⁸⁵¹. Depuis l'entrée en vigueur de l'ALCP, la situation est différente. En effet, les ressortissants de l'UE/AELE peuvent maintenant conclure un contrat de travail avec un bailleur de services suisse sans avoir été admis auparavant en Suisse pour y exercer une activité lucrative⁸⁵².

736. — Un bémol doit être apporté puisque tous les ressortissants de l'UE/AELE ne seront pas sur un pied d'égalité jusqu'en 2014.

737. — Les ressortissants des États signataires, – l'Allemagne, l'Autriche, la Belgique, le Danemark, l'Espagne, la Finlande, la France, le Royaume-Uni, la Grèce, l'Irlande, l'Italie, le Luxembourg, les Pays-Bas, le Portugal et la Suède, ainsi que Chypre et Malte – depuis le 1^{er} juin 2007 ne sont plus soumis à aucune condition ; dès qu'ils disposent d'un emploi en Suisse, ils obtiennent un titre de séjour en Suisse.

738. — Alors que les ressortissants des dix « nouveaux » États membres exceptés Chypre et Malte (Estonie, Lettonie, Lituanie, Pologne, Slovaquie, Slovénie, Hongrie, République Tchèque), ayant adhéré à l'UE au 1^{er} avril 2004, ont été soumis jusqu'au 31 mars 2011, au contingentement, c'est-à-dire au principe de la priorité des travailleurs indigènes dans la localité et la profession et au respect des conditions de salaire et de travail en usage dans la localité et la profession. Ce n'est que depuis le 1^{er} avril 2011 que les ressortissants des pays susmentionnés ont droit à la libre circulation sur l'unique justification d'un rapport de travail. Par rapport à ces dix nouveaux États membres de l'UE, la Suisse, par le biais d'une clause de sauvegarde, a jusqu'au 31 mai 2014 la possibilité de réintroduire des contingents en cas d'immigration massive⁸⁵³.

739. — Concernant les ressortissants de Bulgarie et Roumanie, le protocole d'extension de l'ALCP à ces deux nouveaux États membres est entré en vigueur le 1er juin 2009 (Protocole additionnel II). Il prévoit des dispositions transitoires concernant l'exercice d'une activité lucrative et la prestation de services en Suisse. Jusqu'en 2016, la Suisse peut maintenir à l'égard des ressortissants roumains et bulgares certaines restrictions relatives au marché du travail, tels les contingents séparés, la priorité des travailleurs indigènes et le contrôle des conditions de travail et de salaire. Dès lors, pour les travailleurs

⁸⁵¹ *Idem*, p. 3.

⁸⁵² *Idem*, p. 3.

⁸⁵³ *Idem*, p. 3.

bulgares et roumains, au sens de l'article 21 LSE, ils doivent être en possession d'une autorisation leur permettant d'exercer une activité lucrative et de changer d'emploi et de profession pour pouvoir être engagés par un bailleur de services en Suisse.

Chapitre 19 : L'application des CCT aux contrats de travail temporaire

740. — L'application par une agence de travail temporaire d'une CCT étendue, dans le cadre du contrat de travail conclu avec le travailleur temporaire, renferme quatre éléments qu'il convient de développer, soit le lieu, le temps, les entreprises et les collaborateurs.

741. — Les mêmes paramètres d'application, évoqués au moment de traiter des CCT, sont à prendre en compte lorsque l'agence de travail temporaire est appelée à appliquer une CCT étendue. Ces paramètres connaissent toutefois des variations dues aux particularités du travail temporaire.

742. — Dans l'ordre, nous traiterons de l'application de la CCT étendue au contrat de travail temporaire quant au territoire (point 19.1). Puis nous traiterons de son application au niveau temporel (point 19.2). Enfin, nous traiterons du champ d'application de la CCT étendue quant aux entreprises (point 19.3) et aux collaborateurs (point 19.4).

19.1. L'application quant au territoire

743. — Nous nous pencherons tout d'abord sur la question des conflits de CCT étendues qui peuvent survenir lorsque l'autorité appelée à étendre n'a pas défini clairement le territoire et nous préciserons, en préambule à l'analyse de l'article 20 LSE, que le lieu de travail n'est pas à confondre avec le lieu de l'engagement (point 19.1.2). Ensuite, dans l'analyse de la solution consacrée à l'article 20 LSE qui prévoit que c'est la CCT étendue à laquelle l'entreprise locataire de services est soumise qui s'appliquera (point 19.1.3), nous arriverons au conflit de CCT étendues qui peut exister du fait que le siège de l'entreprise locataire de services ne correspond pas toujours au lieu de travail (ou lieu de mission ou lieu de situation du chantier) (point 19.1.4).

19.1.1. Généralités

744. — Comme déjà mentionné, 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 un conflit de CCT⁸⁵⁴. Il ressort de la pratique que parfois deux CCT étendues sont susceptibles de s'appliquer au contrat de travail conclu entre l'agence de travail temporaire et le travailleur temporaire.

745. — L'article 4 al. 2 LECCT prévoit une règle de conflit entre une CCT et une CCT étendue : « *les clauses de la convention étendue l'emportent sur celles des conventions non étendues, à la réserve des dérogations stipulées en faveur des travailleurs* ». Bien que la décision d'extension – qui a uniquement pour effet d'élargir le champ d'application quant aux personnes – ne soit pas une source de droit d'un rang supérieur à celui de la CCT ordinaire, le législateur a voulu, pour des raisons de sécurité juridique, régler le rapport entre la CCT ordinaire et la CCT étendue en réglant l'éventuel conflit à l'article 4 al. 2 LECCT précité⁸⁵⁵. En conséquence, si une CCT ordinaire ayant le même champ d'application qu'une CCT étendue prévoit des salaires plus hauts que celle-ci, c'est la CCT ordinaire qui prévaut en application du principe de la clause la plus favorable⁸⁵⁶.

746. — En raison du contenu de l'article 20 LSE, dans le cas d'un contrat de travail conclu entre une agence de travail temporaire et un travailleur, seul un conflit entre deux CCT étendues peut se poser. Or, comme nous l'avons déjà évoqué, aucune règle de conflit n'existe pour déterminer laquelle des deux CCT étendues s'applique au détriment de l'autre.

747. — Lorsqu'elle prononce l'extension d'une CCT, l'autorité compétente ne peut pas s'abstenir de définir son champ d'application territorial. L'article 12 al. 2 LECCT oblige l'autorité à fixer le champ d'application quant au territoire. Par exemple, l'article 2 al. 1 de l'arrêté du Conseil fédéral étendant le champ d'application de la convention collective de travail pour la retraite anticipée dans le secteur principal de la construction (abrégée : CCT RA) précise que « *l'extension s'applique à l'ensemble du territoire de la Suisse à*

⁸⁵⁴ ZK-VISCHER/ALBRECHT (2006), n. 130 ad. art. 356 CO, p. 104 ; BerK-STÖCKLI (1999), n. 67 ad art. 356 CO, p. 97.

⁸⁵⁵ RONCORONI (2010), n° 194 ad. art. 4 LECCT, p. 444-445.

⁸⁵⁶ *Idem*, p. 445.

l'exception du canton du Valais »⁸⁵⁷. Mais la LECCT n'indique nulle part les circonstances de rattachement permettant de délimiter avec exactitude la portée territoriale de la CCT étendue. Et soulignons enfin qu'une décision d'extension ne saurait élargir le champ d'application naturel qui a été assigné à la CCT par ses signataires⁸⁵⁸.

748. — Afin de savoir si le champ d'application territorial d'une CCT dont l'extension est demandée se recoupe avec celui d'une CCT déjà étendue, l'autorité doit se référer à la volonté des organisations contractantes⁸⁵⁹. Si la volonté de ces dernières ne permet pas de trancher cette question, il appartient à l'autorité d'éviter que la CCT qu'elle doit étendre se recoupe avec une CCT déjà étendue⁸⁶⁰. Souvent, elle règle dans l'arrêté d'extension lui-même les rapports entre la CCT qu'elle étend et telle autre qui lui est antérieure ou alors elle restreint le champ d'application de la nouvelle extension ou celui de l'extension déjà déclarée⁸⁶¹.

749. — Nous sommes d'avis que l'autorité appelée à étendre une CCT localise les contrats de travail en un point fixe et durable : cela pourrait être le siège de l'entreprise mais aussi celui de la succursale ou, pour les travailleurs auxiliaires, le lieu de situation du chantier, tout en définissant le territoire de manière à éliminer la concurrence déloyale entre les acteurs d'une branche déterminée, et par là atteindre le but de l'extension d'une CCT.

750. — Il ne faut pas perdre de vue les situations imparfaites, où malgré toutes les bienveillances de l'autorité appelée à prononcer l'extension, deux CCT étendues seraient néanmoins applicables à un même contrat de travail temporaire. Comme nous l'avons déjà évoqué, si aucune des deux CCT ne prévoit une autre solution, seule est alors applicable l'une des deux CCT à

⁸⁵⁷ <http://www.seco.admin.ch/themen/00385/00420/00430/01416/index.html?lang=fr>, (31.03.2011).

⁸⁵⁸ TF du 04.02.2009, 4A_491/2008, c. 2.3.2 ; TF du 15.05.1996, 4C.409/1995, c. 2a in JAR 1997 265.

⁸⁵⁹ RONCORONI (2010), n° 286 ad. art.12 LECCT, p. 467.

⁸⁶⁰ *Idem*, p. 467.

⁸⁶¹ *Idem*, p. 468.

l'exclusion de l'autre⁸⁶², afin que l'équilibre de chacune des conventions ne soit pas bouleversé au préjudice de l'employeur ou du travailleur⁸⁶³.

751. — Si le conflit existe entre une CCT sectorielle qui vise tous les travailleurs d'une branche indépendamment de leur activité concrète, et une CCT professionnelle, qui ne vise que des travailleurs remplissant certaines conditions notamment par rapport à leur formation, en vertu du principe de l'unité de tarif, la primauté doit être donnée à la CCT sectorielle, afin que tous les travailleurs d'une même entreprise de la branche relèvent de la même CCT⁸⁶⁴.

752. — Par contre, en cas de conflit entre deux CCT sectorielles, aucune règle ne permet de déterminer laquelle prime. Dans une entreprise mixte où les activités sont diversifiées, il se peut que deux CCT sectorielles entrent en conflit. Selon le TF⁸⁶⁵, dans un tel cas, il n'est parfois pas nécessaire de résoudre le conflit par l'application du principe de l'unité de tarif. Le TF a admis une coexistence de deux CCT sectorielles dans une même entreprise. Mais à certaines conditions seulement. Premièrement, l'entreprise est active dans deux secteurs bien distincts, et c'est visible tant à l'intérieur qu'à l'extérieur de l'entreprise⁸⁶⁶. Deuxièmement, les deux CCT vouées à coexister doivent prévoir dans leur texte qu'elles peuvent être appliquées à une partie de l'entreprise seulement⁸⁶⁷.

753. — Et s'il est impossible de déterminer clairement les deux secteurs d'activités de l'entreprise, on privilégie l'application du principe de l'unité de tarif comme dans un conflit entre une CCT professionnelle et une CCT sectorielle. Une difficulté subsiste : déterminer, en raison de la mixité « trouble », lequel des deux secteurs est prédominant et appliquer la CCT du secteur prédominant. Restent également les principes de la spécialité et de la clause la plus favorable s'il est envisageable de les appliquer sans équivoque.

⁸⁶² ZK-VISCHER/ALBRECHT (2006), n. 130 ad. art. 356 CO, p. 104 ; BERK-STÖCKLI (1999), n. 67 ad art. 356 CO, p. 97.

⁸⁶³ WYLER (2008), p. 700-701 ; STREIFF/VON KAENEL (2006), n. 4 ad art. 356 CO, p. 1019-1021.

⁸⁶⁴ TC VD du 19.10.2001 in JdT 2003 III 3, c. 3b) aa).

⁸⁶⁵ TF du 12.03.2001, 4C.350/2000.

⁸⁶⁶ *Ibid.*

⁸⁶⁷ *Ibid.*

19.1.2. Lieu de l'engagement et lieu de travail : deux notions distinctes

754. — Par rapport au champ d'application territorial à proprement parler, il faut préciser que le lieu de l'engagement, soit le siège de l'agence de travail temporaire, ne correspond en principe pas au lieu de travail du travailleur. En effet, l'article 19 al. 2 LSE prévoit que le contrat conclu entre l'agence de travail temporaire et le travailleur temporaire 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 al. 1 LSE prévoit que le contrat conclu entre le bailleur de services, soit l'agence de travail temporaire, et le locataire de services doit indiquer la propre adresse du bailleur de services, soit l'agence de travail temporaire, et le lieu de travail du travailleur temporaire. Par conséquent, les notions de lieu d'engagement et de lieu de travail ne se recoupent pas⁸⁶⁸.

755. — Comme nous le verrons ci-dessous, en application de l'article 20 LSE, la CCT étendue déterminante est celle à laquelle l'entreprise locataire de services est soumise, et non celle applicable au siège de l'agence de travail temporaire. Et la même problématique, relative à la distinction des lieux, se posera puisque le lieu de travail du travailleur ne correspond pas nécessairement à celui du siège de l'entreprise locataire de services.

19.1.3. Article 20 LSE

756. — Selon l'article 20 LSE, l'agence de travail temporaire doit appliquer aux travailleurs temporaires la CCT étendue à laquelle l'entreprise locataire de services est soumise, ce qui est logique : le but de l'article 20 LSE étant d'assurer une égalité entre travailleurs temporaires et travailleurs fixes d'une même entreprise. À la teneur de cette disposition, nous pouvons donc exclure le siège de l'agence de travail temporaire comme lieu permettant de déterminer quelle CCT étendue est applicable.

757. — L'article 20 LSE détermine clairement qu'il faut appliquer la CCT étendue applicable à l'entreprise locataire de services, mais il n'est pas précis

⁸⁶⁸ TC NE du 30.01.2003 in RJN 2003 p. 187.

quant au lieu de rattachement. Faut-il appliquer la CCT étendue applicable au siège de l'entreprise locataire de services ou celle applicable au lieu où le travailleur est en mission ? En effet, ces deux lieux ne sont pas nécessairement les mêmes.

758. — À titre d'exemple, une agence de travail temporaire ayant son siège à Fribourg conclut un contrat de travail avec Monsieur X, maçon habitant à Payerne (VD). Ce dernier doit effectuer sa première mission auprès de l'entreprise Y à Neuchâtel sur un chantier se trouvant à Gampelen (BE). Quel lieu sera retenu pour déterminer la CCT étendue qui s'applique au contrat de travail conclu entre l'agence de travail temporaire et Monsieur X ?

759. — Suivant le contenu de l'article 20 LSE, il faudrait se référer à la CCT étendue qui est applicable à l'entreprise Y, sise dans le canton de Neuchâtel. Or, le chantier sur lequel Monsieur X travaille se trouve à Gampelen, dans le canton de Berne.

760. — En conséquence, il faut se renseigner sur l'existence dans le canton de Neuchâtel et/ou dans le canton de Berne d'une CCT étendue régissant la profession de maçon. S'il existe une CCT étendue dans le domaine, dans chacun des deux cantons, quel lieu doit être retenu afin de déterminer quelle CCT est applicable au contrat de travail de Monsieur X ? Le siège de l'entreprise locataire de services ou le lieu de situation du chantier ?

761. — Comme autre exemple pouvant illustrer le manque de précision de l'article 20 LSE : une agence de travail temporaire a son siège à Monthey (VS) et elle loue les services de son travailleur temporaire à une entreprise d'électricité qui a son siège à Villeneuve (VD) mais dont le chantier se trouve à Genève. En sachant que la CCT de la branche suisse de l'installation électrique et de l'installation de télécommunication a été étendue à tout le territoire de la Confédération à l'exception des cantons de Genève et du Valais, il est important de savoir si le lieu du siège de ladite entreprise locataire de services ou si le lieu de situation du chantier détermine l'application de la CCT étendue. À préciser encore que dans le canton de Genève, la CCT pour le métier de monteur électricien a été étendue, à tout le canton de Genève, dès le 1er septembre 2007. Afin de déterminer quelle CCT étendue s'applique, il est primordial de définir si le siège de l'entreprise locataire de services ou le lieu de situation du chantier détermine la CCT à laquelle l'entreprise locataire de services est soumise en vertu de l'article 20 LSE.

762. — GEISER est d'avis que si le travail doit être accompli en un autre lieu que celui du siège de l'entreprise utilisatrice, la CCT applicable est celle du lieu où le travail doit être accompli et non celle qui est applicable au lieu de

l'engagement⁸⁶⁹. Cet avis semble approprié vu que le but d'une CCT est d'offrir de meilleures conditions de travail à tout un secteur ou à l'ensemble d'une profession, et que l'un des buts de l'article 20 LSE est d'éviter un climat de concurrence en assurant notamment une égalité salariale entre les travailleurs temporaires et les travailleurs fixes exécutant une même prestation de travail en un même lieu. En appliquant la CCT étendue du lieu de mission du travailleur, les deux buts précités sont atteints.

19.1.4. Directive 2009/1 du SECO (6 juillet 2009)

763. — Face à cette imprécision de la loi, le SECO a rendu une directive relative à cette problématique le 6 juillet 2009⁸⁷⁰. À cette occasion, le SECO relève même que « *par le passé, il n'a pas toujours été aisé de mettre en pratique cet article, car il n'était pas toujours possible d'établir clairement quelle CCT étendue devait effectivement être prise en compte* »⁸⁷¹.

764. — Le SECO propose une règle générale et deux variantes lorsque le travailleur change de lieu de travail fréquemment et rapidement.

19.1.4.1. Règle générale

765. — La règle générale proposée est l'application de la CCT étendue en vigueur au lieu de mission (lieu de travail) du travailleur. L'argumentation du SECO repose premièrement sur le fait que le lieu de mission doit être consigné tant dans le contrat de travail que dans le contrat de location de services (art. 19 al. 2 let. b et art. 22 al. 1 let. c LSE)⁸⁷².

766. — Ensuite, par élimination, le siège du lieu de l'entreprise de mission ne peut être relevant pour deux raisons. D'une part, cela entraînerait des inégalités de traitement par rapport aux travailleurs détachés en Suisse depuis l'étranger puisque que pour eux la LDét prévoit l'application de la CCT étendue valable au lieu de travail, d'autre part, s'il n'y avait pas de CCT étendue

⁸⁶⁹ GEISER (2007), p. 216.

⁸⁷⁰ SECO, Directive 2009/1 du 6 juillet 2009 ; Précisions des directives et commentaires relatifs à la LSE.

⁸⁷¹ *Idem*, p. 1.

⁸⁷² *Idem*, p. 1.

applicable au lieu du siège de l'entreprise locataire de services, l'article 20 LSE ne pourrait pas être applicable et le travailleur temporaire s'en trouverait pénalisé alors qu'il travaille dans un endroit où potentiellement il se peut qu'il y ait une CCT étendue applicable dans sa branche ou dans sa profession⁸⁷³.

767. — Cette règle générale peut rencontrer certaines limites si le travailleur change de lieu de travail fréquemment et rapidement. Au-devant d'une telle situation, le SECO différencie deux cas : soit il existe un lieu de travail principal, soit il n'en existe pas.

19.1.4.2. Lieu de travail principal

768. — Pour illustrer la première variante – l'existence d'un lieu de travail principal – le SECO se réfère à un travailleur temporaire qui est affecté à un chantier en particulier mais l'entreprise utilisatrice l'envoie quand même quelques jours ou quelques heures par semaine sur un autre chantier. Le SECO assimile un tel cas, et ce à juste titre, à un *détachement*. Et en conséquence, il applique par analogie la LMI qui régit le détachement de travailleurs au sein du territoire de la Confédération : est appliquée la règle du lieu de destination (lieu où le travailleur temporaire est détaché épisodiquement) uniquement s'il existe en ce lieu une CCT étendue dont le standard minimal est nettement supérieur ou plus avantageux pour le travailleur que celui de la CCT étendue du lieu de provenance (le lieu de travail principal).

769. — Le SECO précise que « *l'on considérera la CCT étendue du lieu de détachement que si, par ex., ses conditions de salaire ou de durée du travail sont nettement plus avantageuses que celles de la CCT étendue du lieu de provenance. En ce qui concerne les dispositions relatives aux contributions pour les frais d'exécution, de formation continue ou le régime de retraite anticipée, on applique, dans un tel cas, celles de la CCT étendue du lieu de provenance (lieu de travail principal).* »⁸⁷⁴.

770. — Lorsqu'il y a un lieu de travail principal, on applique la CCT étendue du lieu de travail principal. Si une CCT, concernant le salaire et la durée de travail, est nettement plus favorable au lieu de détachement, on l'applique. Par contre, la CCT du lieu de travail principal reste applicable pour ce qui est

⁸⁷³ *Idem*, p. 2.

⁸⁷⁴ *Idem*, p. 2.

des contributions pour les frais d'exécution et de formation continue, ainsi que pour la retraite anticipée.

19.1.4.3. Aucun lieu de travail principal

771. — Selon le SECO, lorsqu'il n'est pas possible de déterminer un lieu de travail car l'entreprise locataire de services emploie le travailleur à différents lieux sans qu'il y en ait un qui domine, il faut appliquer la CCT étendue relative au premier lieu de travail inscrit dans le contrat⁸⁷⁵.

772. — Cette solution paraît discutable car le point de rattachement est autant illusoire que si nous avons décidé d'appliquer la CCT étendue en vigueur au lieu du siège de l'entreprise utilisatrice.

773. — Afin de garantir une application efficace de l'article 20 LSE dans un tel cas, il nous paraît nécessaire de prévoir deux solutions. S'il y a une CCT étendue au premier lieu de travail, on l'applique pour la suite de la mission qui se déroule en plusieurs lieux sans qu'il y en ait un qui devienne principal. Par contre, s'il n'y a pas de CCT étendue en vigueur au premier lieu de travail, on applique la CCT étendue applicable au lieu du siège de l'entreprise locataire de services.

19.1.5. Conclusion

774. — L'application quant au territoire d'une CCT étendue applicable au contrat de travail conclu entre le bailleur de services et le travailleur temporaire peut poser deux problèmes : un conflit entre deux CCT étendues et la détermination du lieu de rattachement de la CCT étendue applicable.

775. — Le premier problème est à résoudre selon les règles de conflit déterminées par la doctrine et la jurisprudence. Appliquer le principe de l'unité de tarif si le conflit survient entre une CCT étendue sectorielle et une CCT étendue professionnelle. Si deux CCT sectorielles peuvent coexister, à certaines conditions, on applique les deux CCT à chacune des parties de l'entreprise qui leur est correspondante.

⁸⁷⁵ *Idem*, p. 2.

776. — Quant au lieu de rattachement de la CCT, il faut retenir le lieu où le travailleur exécute sa prestation de travail, à savoir le lieu de mission. S'il change souvent de lieu de travail, on retient le lieu de travail principal comme point de rattachement déterminant quelle CCT est applicable, sous réserve d'une application de la CCT étendue du lieu de destination au sens de la LMI, si celle-ci prévoit des conditions de salaire et de durée de travail nettement meilleures que la CCT applicable au lieu de travail principal. Et si le travailleur n'a pas de lieu de travail principal, on applique la CCT étendue du premier lieu de mission du travailleur. Dans un tel cas, nous préconisons également l'application de la CCT étendue du lieu du siège de l'entreprise locataire de services s'il n'y a pas de CCT étendue au premier lieu de mission.

19.2. L'application quant au temps

777. — L'application de la CCT étendue au contrat de travail conclu entre le travailleur temporaire et l'agence de travail temporaire pose deux questions que nous traiterons sous ce point. Il s'agit de la durée de la décision d'extension de la CCT (point 19.2.1) et de l'éventuel effet rétroactif que pourrait avoir une telle décision (point 19.2.2). Pour finir, nous exposerons trois cas de figure qui peuvent se poser en pratique (point 19.2.3).

19.2.1. Détermination de la durée de la CCT étendue

778. — Comme nous venons de le voir, l'autorité compétente pour étendre une CCT doit préciser la durée de l'extension, soit l'entrée en vigueur et la fin de l'arrêté qui étend la CCT en question, en vertu de l'article 12 al. 2 LECCT. À titre d'exemple, nous avons ci-dessous l'article 7 de l'arrêté rendu par le Conseil d'État du Valais qui étend le champ d'application de l'avenant à la convention collective de travail de la branche automobile du canton du Valais du 27 août 2008 :

« Art. 7

Le présent arrêté entre en vigueur dès son approbation par le Département fédéral de l'économie et le premier jour du mois suivant sa publication au Bulletin officiel, et déploie

ses effets jusqu'au 30 avril 2013 pour la convention et jusqu'au 30 avril 2009 pour l'avenant. »⁸⁷⁶

779. — L'autorité détermine la durée de l'extension sur proposition des parties contractantes⁸⁷⁷. Cette durée ne peut évidemment pas dépasser celle de la CCT⁸⁷⁸. Cependant, lorsque la CCT est conclue pour une durée minimum ferme de deux ans par exemple et contient une clause de reconduction tacite rien ne s'oppose à ce que l'extension soit prononcée pour quelques années⁸⁷⁹. À supposer qu'ensuite la CCT soit dénoncée et doit prendre fin avant que la décision d'extension ait cessé de porter effet, il y aurait lieu de reporter cette décision, pour la même date, en vertu de l'article 17 al. 1 LECCT⁸⁸⁰.

780. — Concernant l'entrée en vigueur de l'arrêté, selon une circulaire du SECO, pour les décisions d'extension prises pendant la première moitié du mois, l'extension entre en vigueur le premier jour du mois suivant, et pour les décisions prises pendant la seconde moitié du mois, l'extension entre en vigueur le premier jour du mois suivant le mois suivant⁸⁸¹. Ceci pour tenir compte des besoins légitimes des entreprises de location de services auxquelles il serait difficile d'imposer le respect de clauses étendues qui n'auraient été publiées que très peu de temps avant l'entrée en vigueur de l'extension⁸⁸².

19.2.2. Effet rétroactif

781. — Comme l'extension ne peut pas entrer en vigueur avant la date de sa publication, une entrée en vigueur rétroactive est donc exclue⁸⁸³. En consé-

⁸⁷⁶ <http://www.seco.admin.ch/themen/00385/00420/02500/03264/index.html?lang=fr>, (31.03.2011).

⁸⁷⁷ RONCORONI (2010), n. 298 ad. art.12 LECCT, p. 471.

⁸⁷⁸ *Idem*, n. 301 ad. art.12 LECCT, p. 472.

⁸⁷⁹ *Idem*, n. 301 ad. art.12 LECCT, p. 472.

⁸⁸⁰ SCHWEINGRUBER/BIGLER (1985), n. 5 ad art. 12 LECCT, p. 132.

⁸⁸¹ SECO, Circulaire du 26 septembre 2006.

⁸⁸² RONCORONI (2010), n. 298 ad. art.12 LECCT, p. 471.

⁸⁸³ *Idem*, n. 299 ad. art.12 LECCT, p. 471.

quence, l'autorité compétente pour étendre le champ d'application d'une CCT ne peut pas faire rétroagir la décision d'extension⁸⁸⁴.

782. — La sécurité juridique répond d'ailleurs à une nécessité qui s'oppose à ce que l'on puisse obliger les employeurs dissidents à augmenter la contre-prestation du travail pour une période antérieure au prononcé de l'extension⁸⁸⁵.

783. — Ce serait également contraire à l'égalité de traitement qui vise à empêcher que les employeurs dissidents ne soient moins bien traités que les membres des organisations contractantes⁸⁸⁶.

784. — Un tel raisonnement est applicable aux bailleurs de services ; on ne peut exiger du bailleur de services qu'il applique la CCT étendue de manière rétroactive.

19.2.3. Trois cas de figure

785. — Concernant le contrat de travail conclu entre le bailleur de services et le travailleur temporaire, trois cas de figure sont envisageables en pratique : le contrat de travail est conclu alors que la CCT étendue est déjà entrée en vigueur, l'extension de la CCT prend fin avant la fin du contrat de travail ou l'extension entre en vigueur après que le contrat de travail a été conclu.

19.2.3.1. Contrat de travail conclu – CCT déjà étendue

786. — Lorsque l'agence de travail temporaire conclut un contrat de travail avec un travailleur et que l'entreprise locataire de services, à laquelle le travailleur est loué, est soumise à une CCT étendue, selon l'article 20 LSE, l'agence de travail temporaire doit appliquer au travailleur les dispositions relatives au salaire et à la durée de travail, aux contributions aux frais de for-

⁸⁸⁴ SCHWEINGRUBER/BIGLER (1985), n. 5 ad art. 12 LECCT, p. 132 ; BerK-STÖCKLI (1999), n. 111 ad art. 356b CO, p. 226 ; ZK-VISCHER/ALBRECHT (2006), n. 154-160 ad. art. 356b CO, p. 184-185.

⁸⁸⁵ SCHWEINGRUBER/BIGLER (1985), n. 5 ad art. 12 LECCT, p. 132 ; BerK-STÖCKLI (1999), n. 111 ad art. 356b CO, p. 226 ; ZK-VISCHER/ALBRECHT (2006), n. 154-160 ad. art. 356b CO, p. 184-185.

⁸⁸⁶ RONCORONI (2010), n. 299 ad. Art. 12 LECCT p. 471 et n. 127 ad art. 2 LECCT, p. 428 ; SCHWEINGRUBER/BIGLER (1985), n. 5 ad art. 12 LECCT, p. 108

mation continue et aux frais d'exécution, et à la retraite anticipée, de la CCT étendue.

787. — Ce cas de figure ne pose aucun problème ; dès le début de la relation contractuelle, le travailleur bénéficie des dispositions de la CCT étendue dans la mesure où l'article 20 LSE le permet.

19.2.3.1.1. Salaire et durée de travail

788. — Si la CCT étendue à laquelle est soumise l'entreprise locataire de services prévoit par exemple un salaire minimum, l'agence de travail temporaire doit verser ce salaire minimum à son travailleur en mission au sein de cette entreprise locataire de services.

789. — En matière de durée de travail, suivant l'article 48a, alinéa 1, let. e OSE, déjà évoqué, les dispositions relatives aux jours fériés font partie des dispositions conventionnelles applicables aux travailleurs temporaires en cas d'extension de la CCT à laquelle est soumise l'entreprise locataire de services. Par conséquent, si l'entreprise dans laquelle le travailleur temporaire est en mission est soumise à une CCT étendue, celui-ci a droit au paiement des jours fériés selon les modalités fixées dans ladite convention.

19.2.3.1.2. Contributions aux frais de formation continue et d'exécution

790. — Conformément à l'article 48b al. 1 OSE, l'obligation des contributions aux frais de formation continue et aux frais d'exécution, naît le premier jour où le travailleur temporaire entre dans le champ d'application de la CCT étendue, soit dès le premier jour de sa mission dans l'entreprise locataire de services soumise à une CCT étendue.

19.2.3.1.3. Retraite anticipée

791. — Relativement à la retraite anticipée, l'obligation de verser une contribution naît également le jour où le travailleur entre dans le champ d'application de la CCT étendue (art. 48c al. 1 OSE). Cela signifie donc qu'un travailleur dont les services sont loués a droit à cette contribution dès le premier jour de sa mission.

792. — Sont toutefois exemptés les travailleurs de moins de 28 ans qui suivent une formation pour une profession qui n'entre pas dans le champ

d'application de la CCT étendue et dont la mission est limitée à trois mois (art. 48c al. 2 OSE).

793. — En conclusion, si le travailleur est en mission dans une entreprise locataire de services soumise à une CCT étendue qui prévoit des contributions en matière de retraite anticipée, il a droit au paiement de ces contributions par l'agence de travail temporaire selon les règles de la CCT au même titre qu'un autre employé normalement soumis à la CCT en question.

794. — C'est notamment le cas de la CCT pour la retraite anticipée dans le second œuvre romand (abrégée : CCRA) qui a été étendue le 9 juin 2004⁸⁸⁷. L'agence de travail temporaire qui loue un travailleur dans le second œuvre romand doit vérifier dans l'arrêté d'extension du Conseil fédéral relatif à la CCRA si l'entreprise locataire de services entre dans les critères de l'extension (art. 2 dudit arrêté). À titre d'exemple, un travailleur envoyé en mission dans une entreprise de plâtrerie du canton de Neuchâtel aurait le droit de recevoir des contributions relatives à la retraite anticipée de la part de l'agence de travail temporaire qui l'a engagé, en vertu de l'article 2 al. 2 let. c dudit arrêté et suivant les articles 4ss de la CCRA⁸⁸⁸.

19.2.3.2. Contrat de travail conclu – extension de la CCT prend fin en cours de contrat

19.2.3.2.1. Généralités

795. — Lorsque l'agence de travail temporaire a signé un contrat de travail de trois mois avec le travailleur le 1er juillet 2007 et que l'entreprise locataire de services dans laquelle le travailleur est en mission était soumise jusqu'au 31 juillet 2007 à une CCT étendue, il faut se poser la question de savoir si le travailleur reste soumis aux règles de la CCT étendue ou si ses conditions de travail seront uniquement régies par le contrat-cadre de travail qui le lie à l'agence de travail temporaire pour les mois d'août et septembre.

796. — Comme nous l'avons déjà évoqué, en 2003, le TF a admis que lorsque la CCT arrive à échéance, l'employeur et le travailleur soumis à celle-ci doivent continuer de l'appliquer comme si son contenu était intégré au contrat

⁸⁸⁷ <http://www.seco.admin.ch/themen/00385/00420/00430/01376/index.html?lang=fr>, (31.03.2011).

⁸⁸⁸ *Ibid.*

individuel de travail qui les lie⁸⁸⁹. Cet effet posthume de la CCT ne peut être impératif et cesse d'exister une fois que le contrat de travail est valablement modifié⁸⁹⁰.

797. — Dès lors, dans le cas précité, tant qu'il n'y a pas de modification valable du contrat, le travailleur temporaire reste soumis à la CCT étendue. Par contre, si le contrat de travail est modifié valablement, l'effet posthume de la CCT étendue s'éteint et le travailleur est soumis à de nouvelles conditions de travail.

19.2.3.2.2. Modification du contrat de travail

798. — La conclusion d'un contrat de travail nécessite l'accord de volontés réciproques et concordantes de la part de l'employeur et du travailleur. Cela signifie que, logiquement, toute modification contractuelle ultérieure doit réunir l'accord de l'employeur et du travailleur⁸⁹¹. En conséquence, si l'employeur modifie seul le contrat, sans le consentement du travailleur, cette modification est jugée nulle⁸⁹².

799. — La partie qui entend modifier un contrat de travail ne peut donc le faire qu'avec l'accord du cocontractant⁸⁹³. Si ce dernier refuse de modifier les conditions contractuelles, la partie qui souhaite modifier le contrat a le choix entre abandonner son souhait ou mettre fin au contrat par le biais d'un *congé-modification*⁸⁹⁴.

800. — Par *congé-modification*, on entend la résiliation du contrat de travail mais accompagnée ou suivie d'une offre de conclure un nouveau contrat à des conditions modifiées⁸⁹⁵. Le *congé-modification* vise ainsi à maintenir la relation de travail tout en modifiant le contrat qui en est à la base. Si le cocontractant refuse de signer ce nouveau contrat, la relation de travail cesse. En conclusion, le *congé-modification* a pour but premier la modification du contrat

⁸⁸⁹ AUBERT (2004), p. 11-12.

⁸⁹⁰ BRUCHEZ (2010), p. 184, n° 92 ; ATF 130 III 19, c. 3.1 ; voir les règles sur le congé-modification.

⁸⁹¹ FAVRE MOREILLON (2006), p. 187, BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ (2005), n. 11 ad art. 320 CO, p. 49.

⁸⁹² FAVRE MOREILLON (2006), p. 187.

⁸⁹³ *Ibid.*

⁸⁹⁴ *Ibid.*

⁸⁹⁵ GLOOR (2008), in ARV/DTA 2008, p. 251.

de travail et non la cessation de la relation de travail. « *L'intention de l'employeur n'est pas de résilier les rapports de travail, mais d'obtenir, moyennant la pression du congé, l'acceptation de l'offre modificative formulée avant ou avec la notification du congé.* »⁸⁹⁶.

801. — Si l'extension d'une CCT prend fin alors que le contrat-cadre de travail entre l'agence de travail temporaire et le travailleur temporaire a été conclu par exemple il y a trois mois, plusieurs cas de figure peuvent se poser.

802. — Tout d'abord, l'agence de travail temporaire continue d'appliquer les règles contenues dans la CCT afin de ne pas défavoriser le travailleur temporaire. En effet, l'agence de travail temporaire est habilitée à continuer d'appliquer la CCT bien qu'elle ne soit plus étendue, si cela est dans l'intérêt du travailleur. L'effet posthume de la CCT subsiste. Ce qui est conforme à la jurisprudence du TF⁸⁹⁷, mais également aux buts poursuivis par l'article 20 LSE.

803. — Par contre, si l'agence de travail temporaire décide de ne pas continuer à appliquer la CCT du fait que l'extension n'est plus en vigueur, elle doit procéder à une modification du contrat de travail. Si la modification est acceptée par le travailleur, un nouveau contrat de travail est signé. Si la modification n'est pas acceptée par le travailleur, l'agence de travail temporaire peut procéder à la modification de la relation de travail par le biais du *congé-modification*. Pour ce faire, l'agence de travail temporaire doit respecter une série de conditions. Il faut que le *congé-modification*⁸⁹⁸ :

- décrive précisément les nouvelles conditions de travail proposées⁸⁹⁹ ;
- indique la date d'entrée en vigueur de la modification contractuelle (dans tous les cas, la date d'entrée en vigueur ne peut pas intervenir avant le délai ordinaire de congé, sinon il s'agit d'un congé abusif au sens de l'art. 336 al. 1 let. d CO)⁹⁰⁰ ;
- indique clairement que le refus de la modification contractuelle entraîne l'extinction des rapports de travail à l'échéance du délai de congé⁹⁰¹ ;

⁸⁹⁶ GLOOR (2008), in ARV/DTA 2008, p. 251 ; FAVRE MOREILLON (2006), p. 188 ; ATF 123 III 246, c. 3, JdT 1998 I 300.

⁸⁹⁷ ATF 124 III 126.

⁸⁹⁸ FAVRE MOREILLON (2006), p. 188-192.

⁸⁹⁹ *Idem*, p. 188.

⁹⁰⁰ *Idem*, p. 188.

⁹⁰¹ *Idem*, p. 190.

- indique au travailleur qu'à défaut d'une acceptation écrite expresse, les rapports de travail prennent fin à l'échéance du délai de congé (dans ce cas, le silence ne vaut donc pas acceptation⁹⁰² et les délais de congé sont ceux prévus par la LSE)⁹⁰³ ;
- indique dans quel délai le travailleur peut accepter l'offre de modifier le contrat de travail⁹⁰⁴.

804. — En conclusion, l'agence de travail temporaire peut accepter l'effet posthume de la CCT et continuer à appliquer les règles de la CCT au travailleur. De par la durée relativement courte des missions, une telle solution, en plus d'être conforme à la jurisprudence du TF, paraît plus adéquate : procéder à une modification du contrat de travail lors d'une mission de trois semaines semble absurde. Si l'agence de travail temporaire désire « éteindre » l'effet posthume de la CCT, elle peut proposer une modification au travailleur, si ce dernier refuse, elle est autorisée à lui mettre la pression par le congé-modification.

19.2.3.3. Contrat de travail conclu – extension de la CCT prend effet en cours de contrat

805. — Dans le cas d'espèce, l'agence de travail temporaire a conclu un contrat de travail avec le travailleur temporaire, avant que la CCT, qui régit le domaine dans lequel le travailleur temporaire est en mission, soit étendue.

806. — En conséquence, il faut se demander si la CCT étendue s'applique également au contrat de travail conclu antérieurement entre l'agence de travail temporaire et le travailleur temporaire.

19.2.3.3.1. Salaire et durée de travail

807. — Concernant le salaire et la durée de travail, il faut vérifier si ce qui est prévu dans la CCT étendue est plus favorable au travailleur que ce qui est prévu dans le contrat de travail.

808. — En effet, les contrats de travail conclus entre une agence de travail temporaire et un travailleur temporaire sont régis par la LSE, mais pour le

⁹⁰² GEISER (1999), p. 67-68.

⁹⁰³ FAVRE MOREILLON (2006), p. 190.

⁹⁰⁴ *Idem*, p. 192.

surplus, le CO s'applique à de tels contrats. Or, selon l'article 362 CO, les dispositions relatives au salaire, aux congés et aux vacances sont des dispositions impératives auxquelles les parties ne peuvent déroger au détriment du travailleur. En conséquence, les règles relatives au salaire et à la durée de travail de la CCT étendue ne peuvent s'appliquer que si elles sont plus favorables que celles contenues dans le contrat de travail conclu entre l'agence de travail temporaire et le travailleur temporaire.

19.2.3.3.2. Contributions aux frais de formation continue et d'exécution

809. — Selon l'article 48b OSE, les contributions aux frais de formation continue et aux frais d'exécution sont versées dès le premier jour où le travailleur entre dans le champ d'application de la CCT étendue.

810. — Dans un tel cas, le premier jour où l'extension de la CCT prend effet, le travailleur temporaire en mission dans le domaine soumis à la CCT étendue peut bénéficier de telles contributions.

811. — Les contributions aux frais de formation continue et d'exécution sont, de par leur nature, caractéristiques des CCT, et il est très peu probable que l'on ait l'équivalent de telles dispositions dans un contrat de travail temporaire. Dès lors, il est très rare que l'on doive procéder à une comparaison entre les différentes clauses pour en dégager la plus favorable.

19.2.3.3.3. Retraite anticipée

812. — Selon l'article 48c OSE, l'obligation de verser une contribution de retraite anticipée naît le jour où le travailleur temporaire entre dans le champ d'application d'une CCT étendue qui prévoit une telle contribution.

813. — En conséquence, le premier jour où l'extension de la CCT prend effet, le travailleur temporaire, en mission dans le domaine soumis à la CCT étendue, peut bénéficier de la contribution de retraite anticipée.

814. — Si le travailleur bénéficie déjà de contributions pour la retraite anticipée sur la base du contrat de travail qui le lie à l'agence de travail temporaire, il faut comparer les deux régimes de retraite anticipée et lui appliquer le régime qui lui est le plus favorable.

19.2.3.3.4. Conclusion

815. — En matière de salaire et durée de travail, il faut vérifier, en application de l'article 362 CO, si les dispositions de la CCT sont plus favorables au travailleur. Si ce n'est pas le cas, on continue à appliquer le contrat de travail. Concernant les contributions aux frais de formation continue et aux frais d'exécution, ainsi que la retraite anticipée, l'article 362 CO n'est pas applicable, toutefois il faut procéder à une comparaison entre les dispositions de la CCT et celles du contrat et appliquer au travailleur celles qui lui sont le plus favorable.

19.3. L'application quant aux entreprises

816. — Nous traiterons tout d'abord des règles contenues dans la LECCT relatives au champ d'application quant aux entreprises. Puis nous analyserons l'éventualité d'un conflit de CCT étendues dans le cas de l'entreprise à un secteur d'activité et dans le cas de l'entreprise mixte.

19.3.1. Règles de la LECCT

817. — Selon l'article 12 al. 2 LECCT, l'autorité compétente pour étendre le champ d'application d'une CCT doit fixer le champ d'application de la convention quant à la profession et aux entreprises. Ainsi, elle a l'obligation légale de tenir compte, à la fois, du genre d'activité du travailleur et du genre de production de l'entreprise pour établir le champ d'application de l'extension de la CCT.

818. — L'extension ne peut se rapporter qu'à des entreprises qui appartiennent à la branche économique ou à la profession pour lesquelles la CCT qu'il s'agit d'étendre a été conclue (art. 1 al. 1 LECCT)⁹⁰⁵.

819. — Dans tous les cas, quand des doutes surviennent quant au champ d'application de la convention étendue, le Département fédéral de l'économie ou, le cas échéant l'autorité cantonale d'extension le délimite de façon plus

⁹⁰⁵ RONCORONI (2010), n. 289 ad. art.12 LECCT, p. 469.

précise (art. 12 al. 4 LECCT). L'autorité pourra édicter des ordonnances générales d'interprétation⁹⁰⁶.

820. — Pour illustrer le contenu de l'article 12 alinéa 2 LECCT, aux alinéas 2 et 3 de l'article 2 de l'arrêté du Conseil fédéral étendant le champ d'application de la convention collective de travail pour la retraite anticipée dans le secteur principal de la construction (abrégée : CCT RA)⁹⁰⁷, il est énuméré une série d'exceptions quant à la nature des diverses entreprises. Ainsi, l'extension de la CCT RA dans le secteur principal de la construction ne s'appliquera pas à une série d'entreprises telles que les entreprises d'étanchéité du canton de Genève, les métiers de la pierre du canton de Vaud, mais surtout elle ne s'appliquera pas aux entreprises de location de services.

821. — Il faut en outre distinguer si la CCT étendue a vocation à s'appliquer à une branche économique déterminée (« Industrietarif ») ou à un groupe professionnel déterminé (« Fachtarif »).

822. — Selon le TF, la notion de branche économique ne doit pas être définie précisément car elle peut recouvrir, en fonction des circonstances du cas particulier, une « étendue » plus ou moins grande d'entreprises⁹⁰⁸.

19.3.2. Cas de l'entreprise à un secteur d'activité

823. — Dans un tel cas, il ne peut survenir de conflits de CCT sectorielles étendues puisqu'il n'y a qu'un seul secteur d'activité, donc une seule CCT sectorielle étendue susceptible de s'appliquer.

824. — Un conflit peut toutefois survenir avec une CCT professionnelle étendue. En application du principe de l'unité de tarif, la CCT sectorielle prime.

⁹⁰⁶ Message LECCT du 29.01.1954 in FF 1954 p. 125, 189.

⁹⁰⁷ <http://www.seco.admin.ch/themen/00385/00420/00430/01416/index.html?lang=fr>, (31.03.2011).

⁹⁰⁸ TF du 30.04.2002, 4C.391/2001, c. 3.1 ; TF du 11.07.2002, 4C.45/2002, c. 2.1.2.

19.3.3. Cas de l'entreprise mixte

19.3.3.1. Entreprise mixte avec secteurs d'activité distincts

825. — En principe, si les secteurs d'activité sont bien distincts dans une entreprise mixte, il ne peut y avoir de conflit de CCT.

826. — En effet, si l'entreprise locataire de services a un secteur dédié au carrelage et un autre à la peinture, mais que les locaux des deux secteurs sont bien séparés, cela ne pose pas de problèmes pour déterminer quelle CCT est applicable au travailleur temporaire qui est en mission dans le secteur dédié clairement à la peinture par exemple.

3.3.1 Entreprise mixte avec secteurs d'activité confondus

827. — Par contre, si l'entreprise mixte n'a pas séparé ses différents secteurs d'activité, un conflit de CCT peut intervenir lorsqu'il s'agit de déterminer à quelle CCT étendue est soumis le travailleur temporaire en mission dans une entreprise locataire de services à caractère mixte.

828. — En conséquence, dans le cas des entreprises mixtes avec des secteurs d'activité confondus, il est parfois difficile de déterminer précisément quelle activité est prédominante afin de savoir si l'entreprise est soumise ou non à telle CCT étendue.

829. — En effet, un conflit de CCT peut survenir au sein d'une même entreprise, bien que chaque travailleur n'exécute qu'une espèce de travaux. Il suffit pour cela que l'une des CCT définisse son champ d'application d'après le genre de production de l'entreprise, et l'autre d'après le genre d'activité professionnelle de certaines catégories de travailleurs.

830. — Le TF précise que pour savoir si une entreprise appartient à la branche économique ou à la profession visée et entre, de ce fait, dans le champ d'application de la CCT étendue, il faut examiner de manière concrète l'activité généralement déployée par l'entreprise en cause⁹⁰⁹. Il va sans dire que seule doit être prise en considération, dans le cadre de cet examen, l'activité généralement exercée par l'employeur en question, c'est-à-dire celle qui caractérise son entreprise, et non pas une prestation de service exorbitante de sa sphère d'activité naturelle, qu'il peut être amené à fournir à titre exceptionnel.

⁹⁰⁹ TF du 17.08.2006, 4C.191/2006, c. 2.2 ; TF du 24.04.2006, 4P.49/2006, c. 3.3.

831. — Lorsqu'une entreprise exerce différents types d'activités, celle qui la caractérise est déterminante pour décider de sa soumission à telle ou telle CCT. À préciser que le but social inscrit au registre du commerce n'est pas déterminant pour trancher la question de l'applicabilité d'une CCT étendue à un employeur qui n'est pas lié par cette convention⁹¹⁰.

832. — Enfin, il ne faut pas confondre la question de l'assujettissement d'une entreprise à une CCT étendue avec le champ d'application personnel de celle-ci, sujet qui sera d'ailleurs traité sous point 4.

19.4. L'application quant aux collaborateurs

833. — Selon l'article 357 alinéa 1 CO, les clauses normatives de la CCT n'ont d'effets qu'envers les employeurs et travailleurs qu'elles lient, c'est-à-dire les employeurs qui sont personnellement parties à la convention, les employeurs et les travailleurs qui sont membres d'une association contractante (art. 356 al. 1 CO) ou encore les employeurs et travailleurs qui ont déclaré se soumettre individuellement à la convention (art. 356b al. 1 CO). Toutefois, lorsque la CCT a été étendue en vertu de la LECCT, les clauses normatives de la CCT s'appliquent également aux travailleurs et employeurs auxquels la CCT est étendue. En dehors de ces cas, les rapports entre parties sont régis par le contrat individuel et la loi, éventuellement par un contrat-type de travail, mais pas par la CCT.

834. — Pour commencer, nous évoquerons le cas de l'entreprise à personnel mixte (point 19.4.1). Puis nous verrons qu'en pratique, certaines CCT prévoient une application généralisée à tous les collaborateurs d'une entreprise d'un domaine particulier (point 19.4.2). C'est le cas de la CCT nationale relative aux coiffeurs. Ensuite, certaines CCT trient les collaborateurs qui seront soumis de ceux qui ne seront pas soumis (point 19.4.3). C'est notamment le cas dans le domaine de la construction. Enfin, il sera traité du cas difficile que peut représenter le travailleur temporaire occupé à divers genres de travaux dans la même entreprise (point 19.4.4).

⁹¹⁰ TF du 15.05.1996, c. 2b in JAR 1997 267, aussi : TF du 11.07.2002, 4C.45/2002, c. 2.2.1 ; JAR 1977 271, c. 2b.

19.4.1. Entreprise à personnel mixte

835. — Dans les entreprises à personnel mixte, la situation se complique lorsque les employés, selon les différentes professions auxquelles ils sont rattachés, devraient être soumis à des CCT étendues différentes⁹¹¹.

836. — En principe, même si cela complique la gestion de l'entreprise, cette dernière doit appliquer toutes les CCT qui la lient par les différentes professions qui la composent.

837. — Si une entreprise à personnel mixte entrait dans le champ d'application d'une CCT sectorielle étendue, la question ne se poserait pas puisqu'en application du principe de l'unité de tarif, la CCT sectorielle serait applicable au détriment des autres CCT professionnelles.

19.4.2. Soumission de tous les collaborateurs

838. — Une CCT peut prévoir un champ d'application personnel large qui vise à soumettre un maximum de collaborateurs, voire tous les travailleurs, de la même entreprise.

839. — À titre d'exemple, la CCT nationale des coiffeurs⁹¹² précise en son article 1 alinéa 3 let. b qu' « elle est applicable aux rapports de travail entre les employeurs de la branche de coiffure et leurs travailleurs fournissant des services de coiffure à des clients. » Il est en outre précisé que la CCT s'applique aux coiffeurs qualifiés, coiffeurs semi-qualifiés ainsi qu'aux assistants/es techniques (let. c). La CCT peut même s'appliquer aux gérants, caissiers, réceptionnistes, esthéticiennes et autres collaborateurs si ces derniers apposent leur accord par écrit dans leur contrat de travail individuel. Cette CCT a donc un champ d'application personnel large, en ce sens qu'elle s'applique à tous les coiffeurs, et en cas d'accord, à tous les employés de la branche, à savoir les réceptionnistes etc. Par contre, les apprentis ne sont pas soumis car la loi fédérale sur la formation professionnelle du 13 décembre 2002 (LFPr) s'applique spécialement.

⁹¹¹ RONCORONI (2010), n. 295 ad. art.12 LECCT, p. 470.

⁹¹² <http://www.coiffuresuisse.ch/fr/News/gesamtarbeitsvertrag>, (31.03.2011).

19.4.3. Soumission d'une partie des collaborateurs

840. — Il est toutefois important de souligner que la CCT peut définir précisément son champ d'application du point de vue personnel. À titre d'exemple, nous avons reproduit ci-dessous l'article 3 de la convention nationale du secteur principal de la construction (CN)⁹¹³ :

Art. 3

¹ La CN s'applique aux travailleurs occupés dans les entreprises précitées au sens de l'art. 2 CN (indépendamment du mode de rémunération et de leur lieu d'engagement), aux travailleurs occupés sur des chantiers et dans des ateliers d'entreprises de construction. Cela concerne en particulier :

- a. les chefs d'équipe ;*
- b. les travailleurs professionnels tels que maçons, charpentiers, constructeurs de routes, paveurs ;*
- c. les spécialistes tels que machinistes, chauffeurs, magasiniers, isoleurs et auxiliaires, sous réserve des CCT existant éventuellement avec d'autres organisations de travailleurs notamment pour les chauffeurs et les mécaniciens.*

² La CN n'est pas valable pour : a) les contremaîtres et chefs d'atelier, b) le personnel technique et administratif, c) le personnel de cantine et de nettoyage.

³ La convention pour les apprentis selon l'annexe 1 est applicable pour la réglementation des conditions de formation et de travail des apprentis et ce, indépendamment de leur âge.

841. — L'alinéa 1 précise à qui s'applique ladite convention, alors que l'alinéa 2 exclut trois catégories d'employés.

842. — En conclusion, une CCT étendue ou non ne s'applique pas toujours à tous les collaborateurs travaillant dans le domaine qu'elle régit. Il est donc important, dans l'application pratique de l'article 20 LSE, de vérifier le champ d'application personnel de la CCT.

843. — Pour illustrer cette problématique, imaginons le cas d'une secrétaire membre de la Société suisse des employés de commerce (SEC Suisse) qui est engagée par une agence de travail temporaire membre de Swisstaffing et envoyée en mission dans une entreprise soumise au champ d'application de la Convention nationale du secteur principal de la construction. Entre la secrétaire et l'agence de travail temporaire s'applique la CCT relative aux conditions d'engagement et de travail du personnel employé à titre temporaire con-

⁹¹³ http://www.baumeister.ch/fileadmin/media/2_Kernthemen/LMV/lmv2_f.pdf, (31.03.2011).

clue entre Swisstaffing et SEC Suisse⁹¹⁴. Mais comme la secrétaire travaille dans une entreprise entrant dans le champ d'application de la convention nationale du secteur principal de la construction, il y a un conflit entre deux CCT.

844. — L'article 20 LSE trouve application du fait que la convention nationale du secteur principal de la construction est étendue à tout le territoire suisse et que la relation de travail entre la secrétaire et son employeur est basée sur un contrat de travail temporaire. En vertu de l'article 20 LSE, nous devrions sans hésiter appliquer la convention nationale du secteur principal de la construction vu que l'entreprise de mission y est soumise. Or, si la CCT en question exclut expressément le personnel technique et administratif (art. 3 al. 2 CN), pouvons-nous vraiment l'appliquer à la relation de travail en question ?

845. — À notre sens, si une agence de travail temporaire engage une secrétaire dont il loue les services à une entreprise de mission active dans le secteur de la construction, l'article 20 LSE ne trouve pas application car la secrétaire n'entre pas dans le champ d'application personnel de la CN du secteur principal de la construction. D'autant plus que la secrétaire bénéficie déjà de la protection d'une CCT spécifique à sa profession. En outre, le but de l'article 20 LSE est d'assurer aux travailleurs temporaires des conditions de travail identiques à celles des autres travailleurs actifs dans la même branche. En conséquence, il est inconcevable, par l'effet de l'article 20 LSE, d'appliquer la CN du secteur principal de la construction à une secrétaire engagée de manière temporaire et de ne pas appliquer cette même CCT aux secrétaires fixes.

846. — Il appartient à l'agence de travail temporaire de vérifier si le travailleur temporaire entre ou non dans le champ d'application personnel de la CCT étendue.

19.4.4. Principe de l'unité du contrat de travail

847. — Le principe de l'unité du contrat de travail est respecté lorsque l'on traite le contrat de travail comme un tout et qu'on le soumet à une seule CCT. Lorsque le travailleur est appelé à exécuter des travaux relevant de plusieurs

⁹¹⁴ <http://www.geneve.ch/ocirt/cct/EnVigueur/dati/cct/11905.htm>, (27.03.2011).

professions différentes, l'activité principale du travailleur détermine la CCT applicable à son contrat de travail.

848. — Le TF a précisé qu'en vertu de l'unité du contrat de travail, un travailleur ne peut être soumis qu'à une seule CCT⁹¹⁵. Cet arrêt traite du cas d'un travailleur qui exerçait simultanément une activité dans la plâtrerie et la peinture, de sorte que le TF s'est prononcé sur la base de deux secteurs d'activité différents⁹¹⁶. Selon WYLER, « cette jurisprudence doit être approuvée et généralisée aux hypothèses où le travailleur pourrait être soumis à deux CCT différentes, pour la même activité »⁹¹⁷.

849. — Lorsque deux CCT sont susceptibles de s'appliquer au même travailleur, il faut déterminer quelle est l'activité prédominante du travailleur et appliquer la CCT relative à cette activité prédominante. S'il est impossible de déterminer l'activité prédominante du travailleur, on applique la CCT qui est la plus favorable au travailleur (*Günstigkeitsprinzip*).

⁹¹⁵ WYLER (2008), p. 700 ; TF du 27.02.1996 in JAR 1997 269, c. 2b.

⁹¹⁶ WYLER (2008), p. 700 ; TF du 27.02.1996 in JAR 1997 269, c. 2b.

⁹¹⁷ WYLER (2008), p. 700.

Quatrième partie :
Proposition de réforme

Introduction

850. — Avant de prendre des conclusions, il convient d'examiner l'utilité ou non de proposer une réforme en la matière, et si oui, pour laquelle il serait judicieux d'opter.

851. — Au préalable, relevons qu'un parallélisme peut être fait entre la situation économique d'aujourd'hui et celle de la fin des années 80, moment de l'adoption de la révision de la LSE. A en lire les délibérations faites au Conseil national à cette époque, on croirait que le climat économique actuel est décrit, « [...] nous avons connu, d'une part, une conjoncture sans cesse croissante [...]. Puis ce furent les difficultés, la crise même a-t-on dit. On a connu des fermetures d'entreprises, on a connu le chômage et l'on sait maintenant que la restructuration est devenue nécessaire dans de nombreux domaines. Il s'agit par conséquent de se mettre en accord avec la situation actuelle. »⁹¹⁸.

852. — Au niveau économique, un parallélisme peut être fait. Mais au niveau des moyens de communication, notamment de la publicité des CCT en général, rien n'est plus comparable. En 1987, nous n'imaginions certainement pas qu'un jour Internet révolutionnerait notre quotidien.

853. — Dans cette partie, nous analyserons la possibilité d'un *statu quo* par la mise en exergue de certains faits révélateurs – la loi genevoise sur le service de l'emploi et la location de services, les diverses réactions parlementaires, la conclusion d'une CCT pour la branche du travail temporaire – qui nous permettrons de passer aux solutions proposées pour améliorer les conditions de travail des travailleurs temporaires.

⁹¹⁸ BO CN 1987, I p. 177, intervention de M. Darbellay.

Chapitre 20 : Statu quo

20.1. Loi genevoise sur le service de l'emploi et la location de services

854. — C'est sans aucun doute l'ATF relatif à la loi genevoise sur le service de l'emploi et la location de services du 18 septembre 1992 qui a montré pour la première fois au grand jour les failles et les limites de la LSE, à peine entrée en vigueur le 1^{er} juillet 1991⁹¹⁹.

855. — Le Grand Conseil du canton de Genève a adopté, le 18 septembre 1992 la loi sur le service de l'emploi et la location de services (ci-après : LSE/GE). Cette loi devait remplacer une loi cantonale sur le service de l'emploi datant de 1955 afin d'adapter le droit genevois aux innovations introduites, au niveau fédéral, par la LSE. L'article 8 LSE/GE, à l'origine du litige mené devant le TF, avait le contenu suivant :

*« Le Conseil d'État veille à ce que les salaires bruts et les prestations sociales soient conformes en matière de location de services aux normes usuelles de la profession dans laquelle le personnel exerce sa mission. Il désigne l'autorité compétente chargée de l'exécution des prescriptions mentionnées à l'alinéa 1. »*⁹²⁰

856. — Cet article visait à assurer au travailleur temporaire une protection plus étendue que celle prévue par l'article 20 LSE, à deux égards : d'une part, les bailleurs de services devaient respecter les normes usuelles de la profession définies par l'autorité administrative genevoise, et non seulement les CCT étendues, d'autre part, les bailleurs de services devaient respecter toutes les prestations sociales prévues par ces normes, et non seulement les dispositions relatives au salaire et à la durée du travail⁹²¹.

⁹¹⁹ ATF 120 Ia 89.

⁹²⁰ ATF 120 Ia 89, c. 3b.

⁹²¹ ATF 120 Ia 89, c. 3b

857. — Le Grand Conseil du canton de Genève estimait que cette législation n'enfreindrait pas le principe de la force dérogatoire du droit fédéral puisque elle reprenait une réglementation précédente que le TF avait jugée compatible avec la LSE de 1951⁹²². Or, à cette époque-là, le législateur fédéral n'avait pas usé de ses compétences en matière de location de services...

858. — Cet arrêt du TF démontre qu'au moment de l'entrée en vigueur de la LSE, le canton de Genève a considéré cette loi comme étant insuffisante pour protéger les travailleurs temporaires. En conséquence, il a voulu leur garantir une protection plus étendue. Quant à son contenu, l'article 8 LSE/GE était en lien direct avec l'article 20 LSE et avait pour but, d'une certaine manière, de le compléter. Ce qui est particulièrement révélateur des failles et carences de l'article 20 LSE.

859. — Le but que poursuivait le canton de Genève avec l'article 8 LSE/GE est semblable aux contenus des deux interventions que nous traiterons ci-dessous, à savoir assurer une meilleure protection aux travailleurs temporaires.

20.2. Les diverses réactions des parlementaires

20.2.1. Postulat du conseiller national Meinrado Robbiani le 16.06.2005

860. — Le 16 juin 2005, le Conseiller national Meinrado Robbiani a déposé un postulat intitulé « Norme protettivi più efficaci per il lavoro a prestito »⁹²³. La libre circulation des personnes permet aux agences de travail temporaire de recruter à l'étranger. Et selon Meinrado Robbiani, on peut donc craindre une augmentation de la pression sur les conditions de travail et un déséquilibre du marché de l'emploi. Dans ce cadre-là, le Conseil fédéral a été chargé d'examiner et d'adopter, dans le cadre de l'analyse promise, des mesures de protection plus rigoureuses pour les travailleurs temporaires. Le Département compétent devait notamment porter son attention sur l'application aux travail-

⁹²² ATF 109 Ia 61.

⁹²³ http://www.parlament.ch/i/suche/pagine/geschaefte.aspx?gesch_id=-20053372, (31.03.2011), la traduction française n'est pas correcte : « Travail en régie. Pour des normes de protection plus efficaces ».

leurs temporaires des conditions de travail fixées dans les conventions collectives, y compris dans celles qui n'ont pas été déclarées de force obligatoire⁹²⁴.

861. — Dans sa réponse du 30 septembre 2005, le Conseil fédéral rappelle qu'une proposition visant à appliquer au personnel temporaire les conditions de salaire et de travail fixées dans les conventions collectives, y compris dans celles qui n'ont pas été déclarées de force obligatoire, a déjà été déposée dans le cadre des débats parlementaires sur l'arrêté précité⁹²⁵. Le Conseil fédéral l'avait rejetée, car on ne peut exiger d'un bailleur de services qu'il connaisse toutes les CCT - il y en a plus de 500 aujourd'hui. Connaître les CCT étendues est déjà un défi difficile à relever, car il y en a 45 actuellement. Une autre difficulté vient encore se greffer : les CCT non déclarées de force obligatoire ne sont pas toutes publiées, si bien que les bailleurs de services ne peuvent en avoir connaissance. La situation d'un bailleur de services n'est pas comparable à celle d'un employeur d'une branche spécifique qui ne doit connaître que la CCT de sa branche. Par ailleurs, les parties à la CCT ont la possibilité, si les conditions légales sont remplies, de demander que leur CCT soit déclarée de force obligatoire, de sorte qu'elle soit également applicable aux bailleurs de services conformément à l'article 20 de la loi sur le service de l'emploi et la location de services. Le Parlement a suivi le Conseil fédéral sur ce point. Ces motifs restent valables aujourd'hui – quelques mois plus tard seulement – et il convient de rejeter une telle proposition.

862. — L'argument relatif à la publicité des CCT nous paraît surmontable comme nous le traiterons sous point 4.2 du chapitre 2. Ce postulat démontre que la question de la révision de l'article 20 LSE, en vue d'appliquer toutes les CCT aux travailleurs temporaires, s'est déjà posée deux fois en quelques temps et que le Conseil fédéral « se défile » toujours avec le même argument qu'en 1987⁹²⁶... Et pourtant, en 20 ans, le milieu des communications a vécu une évolution fulgurante grâce à Internet.

⁹²⁴ http://www.parlament.ch/i/suche/pagine/geschaefte.aspx?gesch_id=20053372, (31.03.2011).

⁹²⁵ L'arrêté fédéral, accepté lors de la votation populaire du 25 septembre 2005, relatif à l'extension de l'accord entre la Confédération suisse, d'une part, et la Communauté européenne et ses États membres, d'autre part, sur la libre circulation des personnes aux nouveaux États membres de la Communauté européenne et portant approbation de la révision des mesures d'accompagnement concernant la libre circulation des personnes.

⁹²⁶ BO CN 1987 p. 208, Conseiller fédéral J.-P. Delamuraz

20.2.2. Question du conseiller national Didier Berberat le 13.12.06

863. — Le 13 décembre 2006, le Conseiller national Didier Berberat a posé la question suivante au Conseil fédéral⁹²⁷ : La location de services, un bon moyen de ne pas respecter ses engagements ?

864. — Le texte accompagnant sa question était le suivant : L'article 20 de la loi fédérale sur le service de l'emploi et la location de services (LSE) précise que les entreprises de location de services (bailleurs de services) plaçant des travailleurs dans des entreprises soumises à une convention collective de travail étendue sont tenues d'offrir à ces travailleurs des conditions de travail (portant sur les salaires, la durée du travail, les contributions obligatoires aux frais de formation, les régimes de retraites anticipées) respectant la convention. Toutefois, dans une branche d'activité pour laquelle il n'existe pas de convention collective de travail étendue, le recours à des entreprises de location de services peut s'avérer particulièrement intéressant pour une entreprise ayant néanmoins conclu une convention collective de travail, mais peu encline de respecter ses engagements. En effet, le contrat de travail existant formellement entre le travailleur et le bailleur de services, et non pas avec l'entreprise locataire de services, cette dernière peut louer les services du travailleur à des conditions de travail inférieures à celles prévues dans la convention à laquelle elle est liée avec ses propres employés. Ainsi, une entreprise pourra par exemple s'attacher les services d'un travailleur (par l'intermédiaire d'une entreprise de location de services) à un salaire plus bas qu'à celui qu'elle s'est engagée à verser à ses propres employés! Le recours à cette pratique, notamment constaté par le Service de l'emploi du canton de Neuchâtel, est clairement synonyme de pression sur les salaires et constitue, à nos yeux, une manière de détourner le droit. Sur la base de ce qui précède, le Conseil fédéral n'est-il pas d'avis qu'il serait bienvenu de procéder à une modification de la législation fédérale afin qu'un bailleur de services offrant ses services à une entreprise soumise à une convention collective de travail, même non étendue, ait l'obligation de respecter cette convention⁹²⁸ ?

⁹²⁷ http://www.parlament.ch/F/Suche/Pages/geschaefte.aspx?gesch_id=20061156, (31.03.2011).

⁹²⁸ *Ibid.*

865. — Dans son texte, le Conseiller national Didier Berberat vise un problème réel : dans les domaines où il n’y a pas de CCT étendue, mais seulement une CCT, les entreprises pourraient être tentées de s’offrir les services de travailleurs temporaires pour certains postes afin de pouvoir pratiquer des salaires plus bas, et par là éviter de devoir respecter les engagements contractuels pris dans la conclusion de la CCT, et le tout sans violation de la loi... Si l’article 20 LSE s’appliquait à toutes les CCT, étendues ou non, un tel contournement de la loi n’existerait pas et les travailleurs temporaires seraient mieux protégés.

866. — Dans sa réponse du 14 février 2007, le Conseil fédéral a rejeté cette proposition car il considère que « *c’est aujourd’hui déjà un immense défi que doivent relever les entreprises de location de services face aux 64 CCT étendues, d’autant plus que ces conventions sont régulièrement modifiées par les partenaires sociaux. Si les bailleurs de services devaient respecter la totalité des conventions collectives, ils seraient confrontés à une masse de charges administratives quasi insurmontable. Il existe en effet actuellement quelque 550 CCT sans déclaration d’extension (150 CCT d’associations au moins et plus de 400 CCT d’entreprises).* »⁹²⁹. En plus de cet aspect administratif, le Conseil fédéral précise que les employeurs ne sont pas tenus de respecter les CCT des autres secteurs d’activité. Si les bailleurs de services devaient y être obligés par une révision de la LSE, ils seraient soumis à une réglementation plus stricte que les autres employeurs, d’où une inégalité de droit⁹³⁰.

867. — Le premier obstacle à une révision de la LSE, à savoir *la masse de charges administratives quasi insurmontable*, nous paraît fondé, mais surmontable. Par contre, le deuxième argument nous semble dénué de sens puisque le bailleur de services, de par ses activités, est appelé à louer des travailleurs dans différents secteurs d’activité, et en conséquence à respecter les CCT de ces différents secteurs qu’elles soient étendues ou non. Le bailleur de services n’est pas un employeur ordinaire qui agit dans un ou deux secteurs ; le bailleur de services peut interagir dans la totalité des secteurs existants.

⁹²⁹ *Ibid.*

⁹³⁰ *Ibid.*

20.3. La conclusion d'une CCT pour la branche du travail temporaire

868. — Enfin, le fait que les partenaires sociaux décident de conclure une CCT pour la branche du travail temporaire démontre qu'il y a une volonté de toutes parts d'améliorer les conditions de travail des travailleurs temporaires parce que ces derniers ne sont pas assez protégés par notre ordre juridique.

869. — Avec la législation actuelle, seulement un tiers des travailleurs temporaires, à savoir ceux qui sont soumis à une convention collective de travail étendue, bénéficient de conditions minimales de travail. Une CCT de la branche du travail temporaire permettrait d'introduire des conditions minimales de travail pour les travailleurs temporaires non soumis à une CCT étendue. Cela permettrait de combler une lacune importante au niveau de la législation et des contrats et de mieux lutter contre le dumping salarial.

870. — À préciser encore que dans sa première version, la CCT prévoyait l'application de toute une série de CCT non étendues aux contrats de travail conclus entre une agence de travail temporaire et un travailleur.

Chapitre 21 : L'application de toutes les CCT

21.1. Généralités

871. — Pour atteindre ses buts premiers – assurer une protection suffisante aux travailleurs temporaires et éviter un climat de concurrence déloyale – l'actuel article 20 LSE est coupé dans son élan puisqu'il ne s'applique que lorsque l'entreprise locataire de services est soumise à une CCT étendue. Afin d'atteindre son but de manière plus efficace, il serait souhaitable que l'article 20 LSE trouve application également lorsque l'entreprise locataire de services est soumise à une CCT non étendue.

872. — En outre, d'une manière générale, les partenaires sociaux déplorent une insuffisance d'exécution de la LSE. Du côté des syndicats, on considère que les directives actuelles protègent trop peu la position des travailleurs en matière de sous-enchère salariale et de prévention des accidents, et que les mesures prises contre les abus sont insuffisantes, voire inexistantes. Ce dernier aspect est également critiqué du côté des employeurs⁹³¹.

873. — Concernant l'article 20 LSE en particulier, les syndicats demandent toujours que les bailleurs de services ne soient pas seulement tenus de respecter les dispositions de CCT étendues, mais aussi celles de CCT sans extension et de CCT d'entreprises⁹³².

⁹³¹ Rapport du SECO du 18.12.08, Examen de la situation actuelle dans le domaine de la location de services (Loi fédérale sur le service de l'emploi et la location de services, LSE), p. 1.

⁹³² *Idem*, p. 67.

21.2. Proposition initiale

874. — Cette solution était celle que proposait la majorité de la commission du Conseil national lors des délibérations relatives à la modification de la LSE en 1987. Le texte proposé était le suivant : « *Lorsqu'une entreprise est soumise à une convention collective de travail, le bailleur doit appliquer au travailleur les dispositions de la convention collective concernant le salaire et les conditions de travail* »⁹³³. Alors que le projet du Conseil fédéral proposait d'appliquer aux travailleurs temporaires seules les CCT qui bénéficiaient d'une déclaration d'extension.

875. — La commission jugea le projet du Conseil fédéral insuffisant du fait que le nombre de conventions collectives ayant reçu la déclaration d'extension était presque dérisoire. Accepter ce projet revenait à ne pas résoudre le problème de base : traiter sur un pied d'égalité les travailleurs fixes soumis à une CCT et leurs collègues qui travaillent de manière temporaire dans la même entreprise. « *Il faut donc – c'est indispensable – faire un pas supplémentaire et admettre que, lorsque l'entreprise qui reçoit les travailleurs est assujettie à une convention collective, tous les travailleurs intéressés, y compris ceux qui sont placés par une maison de travail temporaire, soient soumis à cette convention en ce qui concerne les conditions de salaire et de travail. On a largement exagéré les difficultés qui pouvaient en résulter.* »⁹³⁴.

876. — Le Conseil fédéral avait comme seul argument : la complication que cela engendrerait d'obliger les bailleurs de services à prendre connaissance des CCT non étendues qui ne sont pas publiées. Il craignait un texte de loi trop parfait qui ne pourrait être appliqué et respecté dans les faits. Raison pour laquelle le Conseil fédéral proposait de se rallier à la minorité tout en précisant que cette première étape devrait déboucher sur une deuxième étape qui consisterait à appliquer toutes les CCT aux travailleurs temporaires. En effet, selon l'ancien Conseiller fédéral J.-P. Delamuraz, « *nous n'écrivons pas des textes jusqu'à la fin des siècles, il sera tout à fait possible, et nécessaire je pense, lorsqu'on aura digéré les conséquences et les exigences de cette première étape, de perfectionner l'instrument et d'introduire, dans quelques années, la*

⁹³³ BO CN 1987 I p. 205.

⁹³⁴ BO CN 1987 I p. 208, intervention de M. Darbellay.

formule que la majorité vous propose déjà aujourd'hui. À mon avis, c'est dans ce sens que l'on ira, mais il serait prématuré de le faire aujourd'hui. »⁹³⁵.

877. — Par la suite, sur la base des arguments de la minorité précités, il a été tranché par la jurisprudence que l'on ne peut attendre des bailleurs de services qu'ils soient contraints d'étudier, avant la conclusion du contrat de travail, si l'entreprise locataire de services fait partie de l'association qui a conclu la CCT régissant le domaine en question⁹³⁶.

21.3. En chiffres

878. — En 1987, on dénombrait 17 CCT étendues⁹³⁷ contre 62 au 1^{er} mai 2007⁹³⁸. Actuellement, le nombre de CCT étendues n'est plus dérisoire, ceci dit, il reste faible en comparaison au nombre de CCT conclues en Suisse, à savoir 615 au 1^{er} mai 2007⁹³⁹. D'un autre point de vue, sur 1 682 900 travailleurs soumis à une CCT, seuls 588 200 sont soumis à une CCT étendue⁹⁴⁰. Ce qui équivaut à seulement un tiers des travailleurs.

	1987	2007
CCT conclues en CH	304	615
CCT étendues	17	62

879. — Au niveau du travail temporaire, on estime à environ un tiers le nombre de travailleurs soumis à une CCT étendue et à environ un tiers également le nombre de travailleurs temporaires soumis à aucune CCT⁹⁴¹. Par déduction, le tiers restant serait soumis à une CCT non étendue. Il n'existe malheureusement pas de statistiques relatives à cette problématique. De par leur activité temporaire et pouvant s'exécuter dans plusieurs domaines, il est diffi-

⁹³⁵ BO CN 1987 I p. 209, Conseiller fédéral J.-P. Delamuraz.

⁹³⁶ CAPH GE du 13.05.1998 in JAR 1999 p. 354.

⁹³⁷ BO CE 1988 I p. 582.

⁹³⁸ <http://www.bfs.admin.ch/bfs/portal/fr/index/themen/03/05/blank/key/-gesamtarbeitsvertraege0/struktur.html>, (20.03.2011).

⁹³⁹ *Ibid.*

⁹⁴⁰ *Ibid.*

⁹⁴¹ http://www.swissstaffing.ch/documents/Publikation_fr_00110_00.pdf, (18.03.2011).

cile de comptabiliser les travailleurs temporaires dans les statistiques nationales relatives aux CCT⁹⁴².

21.4. Analyse de la proposition initiale en fonction de la situation actuelle

880. — En 1987, l'application des seules CCT étendues était considérée comme un premier pas vers l'application de toutes les CCT aux travailleurs temporaires. Plus de 20 ans après, il n'est de loin pas question de franchir ce premier pas. Les partenaires sociaux n'arrivant pas à se mettre d'accord sur le contenu d'une CCT applicable à toute la branche, il est fort à parier que les oppositions seraient significatives si une modification de l'article 20 LSE venait à être proposée dans ce sens. Même si des exemples encourageants témoignent que dans certains domaines, tant les associations d'employeurs que de travailleurs sont déterminés à appliquer une CCT non étendue aux travailleurs temporaires afin de leur assurer des conditions de travail correctes. Nous rappelons l'existence de l'article 2.5 de la CCT neuchâteloise Santé 21 et l'article 7.5 de la CCT nationale des industries horlogère et microtechnique suisses (voir point 5.2.5, p. 62).

881. — À l'époque, l'article 20 LSE n'était pas celui que l'on connaît actuellement et le nombre de CCT non étendues était dérisoire. Toutefois, une application de toutes les CCT à l'ensemble des travailleurs temporaires permettrait une meilleure protection car deux tiers des travailleurs seraient couverts par une CCT contre seulement un tiers aujourd'hui.

882. — Il faut admettre que les effets de l'article 20 LSE sont positifs concernant la protection des travailleurs temporaires et que son « existence » est incontestée. Le modifier dans le sens proposé par la majorité de la commission au moment de l'adoption de la LSE en 1987 ne serait qu'une suite logique, et surtout le souhait du législateur, pour permettre à l'article 20 LSE de déployer l'ensemble des effets qu'on voulait lui attribuer.

883. — En conséquence, nous proposons la modification suivante de l'alinéa 1 de l'article 20 LSE :

⁹⁴² <http://www.bfs.admin.ch/bfs/portal/fr/index/news/publikationen.html?publicationID=3733>, p. 13, (20.03.2011).

«¹ Lorsqu'une entreprise locataire de services est soumise à une convention collective de travail, 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 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. »

884. — Deux arguments ont de tout temps été soulevés contre cette modification : la recrudescence de conflits de CCT et le manque de publicité des CCT non étendues.

21.4.1. La recrudescence de conflits de CCT

21.4.1.1. Généralités

885. — Le risque de conflit de CCT existe déjà avec l'application des seules CCT étendues. Il est vrai qu'avec une application de toutes les CCT, le risque de conflit augmente.

886. — Si un conflit devait se produire entre une CCT étendue et une CCT non étendue, il serait réglé par application de l'article 4 al. 2 LECCT qui prévoit que « *les clauses de la convention étendue l'emportent sur celles des conventions non étendues, à la réserve des dérogations stipulées en faveur des travailleurs* ».

887. — Au contraire, si le conflit survenait entre deux CCT non étendues – ce qui pourrait se produire avec un changement de l'article 20 LSE dans le sens souhaité – il faudrait appliquer les règles de conflit déjà évoquées :

- entre deux CCT professionnelles, on applique celle qui est relative à l'activité prépondérante du travailleur, ou celle qui lui est la plus favorable ;
- une CCT professionnelle cède le pas à une CCT sectorielle en application du principe de l'unité de tarif ;
- deux CCT sectorielles peuvent coexister si elles le prévoient et si l'entreprise a deux secteurs d'activité distincts tant à l'intérieur qu'à l'extérieur ;
- une des deux CCT sectorielles s'efface au profit de celle qui correspond à l'exploitation prépondérante de l'entreprise mixte dont les secteurs ne peuvent être clairement distingués, et ce en application du principe de l'unité de tarif ;

- une CCT d'entreprise cède le pas à une CCT professionnelle ou sectorielle dont les clauses sont plus favorables au travailleur en application du principe de la clause la plus favorable.

21.4.1.2. Solutions proposées et modifications subséquentes

888. — Si la recrudescence de conflits de CCT est crainte par les bailleurs de services, en plus des règles élaborées par la jurisprudence et la doctrine, nous proposons l'introduction d'une règle de conflit dans l'article 20 LSE ainsi qu'une définition des différents types de CCT par l'introduction d'un article 48f dans l'OSE.

889. — Pour l'article 20 LSE, nous proposons l'introduction d'un alinéa 1^{bis} :

« ^{1bis} Les clauses de la convention sectorielle l'emportent sur celles des conventions professionnelles. Les conflits entre conventions sectorielles doivent être réglés en application du principe de l'unité de tarif au sein de l'entreprise, sauf si une coexistence des deux conventions est possible. Sont réservées les dérogations faites en faveur des travailleurs. »

890. — De par son existence anecdotique en pratique, nous renonçons à proposer une règle de conflit entre deux CCT professionnelles, de même que pour les cas où une CCT d'entreprise entrerait en conflit avec une CCT professionnelle ou une CCT sectorielle.

891. — Il nous paraît nécessaire de définir les notions de CCT sectorielle et professionnelle par l'introduction d'un article 48f OSE :

Art. 48f **Conflit de conventions collectives de travail**

(art. 20, al. 1^{bis}, LSE)

¹ Par convention collective de travail sectorielle, on entend une convention qui s'applique à l'ensemble des travailleurs d'une branche économique indépendamment de leur activité concrète.

² Par convention collective de travail professionnelle, on entend une convention qui s'applique à l'ensemble d'une profession.

³ La coexistence de deux conventions sectorielles est possible si :

- a. chacune des deux conventions le prévoit ;
- b. l'entreprise comprend deux secteurs d'activité distincts tant à l'intérieur qu'à l'extérieur de l'entreprise.

21.4.2. Le manque de publicité des CCT non étendus

21.4.2.1. Généralités

892. — L'argument de la publicité a été avancé de tout temps pour justifier l'impossibilité d'appliquer toutes les CCT. Dans son message, le Conseil fédéral reconnaît que le bailleur de services est en mesure de connaître les CCT existantes, mais on ne peut attendre de lui qu'il en étudie le contenu avant la conclusion du contrat. L'argument de publicité *stricto sensu* perd un peu de son sens si on admet que le bailleur de services peut connaître les CCT existantes. Ci-après le paragraphe du message relatif à cette problématique :

« 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. »⁹⁴³.

893. — Lors des débats parlementaires, la majorité de la commission a estimé cet argument contre-productif puisque les agences temporaires *« doivent obligatoirement, pour établir le contrat, prendre contact avec les maisons locataires. Il n'est pas très compliqué, au moment où elles prennent ce contact, de s'enquérir des conventions collectives auxquelles ces entreprises locataires sont soumises. Elles peuvent alors assurer à ce personnel précis les conditions qui sont prévues dans ces conventions collectives. »⁹⁴⁴.*

894. — En réponse à cela, et pour défendre le projet du Conseil fédéral, le Conseiller fédéral J.-P. Delamuraz répond : *« Seules, et voilà le critère fondamental sur lequel est partie la rédaction du projet, seules les conventions collectives avec déclaration d'extension sont publiées et par conséquent seules ces conventions-là sont connues de tous les partenaires sociaux, en particulier de tous les bailleurs de services. En revanche, les conventions collectives sans déclaration d'extension ne sont pas soumises à publication. Elles ne sont pas connues des partenaires sociaux, hormis les intéressés, ni des bailleurs de services. Elles sont au nombre de 1000, 1500 peut-être et exiger des bailleurs de services qu'ils les connaissent, afin d'être en mesure de les appliquer en toute connaissance de cause, alors que certaines d'entre*

⁹⁴³ Message LSE du 27.11.1985 in FF 1985 III 524, p. 589-590.

⁹⁴⁴ BO CN 1987 I p. 208, intervention de M. Darbellay.

elles ne concernent parfois qu'une seule et unique entreprise ou des secteurs extrêmement limités, est pratiquement inconcevable. La tâche administrative ne serait pas impossible, j'en conviens, mais elle serait énorme et l'application à ces conventions sans déclaration d'extension des dispositions de la loi comporterait bien évidemment un grand nombre de risques d'erreurs. C'est pourquoi le projet originel ne comprenait pas ce type de convention. »⁹⁴⁵. Le Conseil fédéral reconnaît la possibilité d'une telle solution malgré l'absence de l'obligation de publier les CCT non étendues, mais il craint le grand nombre de risques d'erreurs qui en découlerait.

895. — En 1987, nous étions loin d'imaginer à quel point Internet est devenu un instrument de travail pour tout le monde. Il est vrai qu'en matière de publicité, il était plus compliqué de rendre accessibles les CCT étendues et non étendues, alors qu'aujourd'hui, il suffit de se rendre sur le site du SECO et/ou des grands syndicats et organisations patronales d'envergure pour pouvoir établir une liste de toutes les CCT existantes en Suisse.

896. — L'argument de publicité est un argument obsolète à notre sens et sans grands efforts, nous pourrions y remédier d'une manière efficace grâce aux moyens technologiques dont nous disposons actuellement. Le SECO, en tant qu'organe de surveillance de l'application de la LSE par les cantons, pourrait y jouer un rôle de coordinateur. Et d'un point de vue juridique, pour assurer une communication efficace entre les bailleurs de services et locataires de services au sujet des CCT, nous pourrions introduire une obligation y relative dans le contrat de location de services en modifiant le contenu de l'article 22 LSE, allant de pair avec une modification de l'article 19 alinéa 2 LSE par l'introduction d'une *lettre h* qui obligerait le bailleur de services à mentionner dans le contrat de travail quelle CCT est applicable au travailleur durant la mission concernée.

21.4.2.2. Le SECO en tant que coordinateur

897. — Le SECO fonde sa qualité d'autorité de surveillance des autorités cantonales d'exécution de la LSE sur la base de l'article 31 LSE :

Art. 31 *Autorité fédérale dont relève le marché du travail*

¹ *Le SECO est l'autorité fédérale dont relève le marché du travail.*

⁹⁴⁵ *Ibid.*

² *Il surveille l'exécution de la présente loi par les cantons et encourage la coordination intercantonale du service public de l'emploi.*

³ *Il surveille le placement privé de personnel intéressant l'étranger et la location de services vers l'étranger.*

⁴ *Il 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.*

898. — En tant que tel, le SECO répertorie électroniquement les entreprises dûment autorisées à pratiquer le placement privé ou la location de services. Il émet des directives et commentaires relatifs à la LSE et ses ordonnances. Il agit aussi en autorité de contact si une autorité cantonale ou un bailleur de services a un doute quant à la bonne application de la LSE compte tenu des ordonnances et des directives y relatives.

899. — Sur la base de cet article, le SECO aurait la compétence de remplir un rôle de coordinateur pour l'application de l'article 20 LSE, plus précisément en tenant une rubrique consacrée aux CCT étendues et non étendues sur son site Internet. Il le fait déjà en exécution de la LECCT⁹⁴⁶ pour l'ensemble des CCT étendues au niveau fédéral et cantonal. Une copie de cette liste de CCT étendues pourrait être intégrée sous la page intitulée « Le placement privé et la location de services »⁹⁴⁷ et complétée par une liste des CCT non étendues.

900. — Il est vrai qu'une liste relative aux CCT non étendues serait plus complexe à établir que celle pour les CCT étendues. En matière d'extension, la Confédération est compétente pour décider de l'extension d'une CCT au niveau fédéral ou sur le territoire de plusieurs cantons et elle est également compétente pour approuver les décisions d'extension rendues par les cantons en cas d'extension sur le territoire d'un seul canton (art. 13 LECCT). En conséquence, le SECO détient naturellement les informations relatives à l'ensemble des CCT étendues sur le territoire suisse.

901. — Toutefois, le SECO, en tant qu'organe de surveillance de l'exécution de la LSE, serait légitimé à obtenir des différents partenaires sociaux les CCT non étendues qui sont en vigueur ou qui ont été signées. Dans une certaine mesure, le SECO pourrait aussi travailler en collaboration avec

⁹⁴⁶ <http://www.seco.admin.ch/themen/00385/00420/00430/index.html?lang=fr>, (21.03.2011).

⁹⁴⁷ <http://www.seco.admin.ch/themen/00385/02902/index.html?lang=fr>, (21.03.2011).

l'OFS qui tient chaque année des statistiques relatives aux accords salariaux conclus pour l'année écoulée⁹⁴⁸.

902. — Parmi les partenaires sociaux, notamment Unia⁹⁴⁹, l'USS⁹⁵⁰, Realisator⁹⁵¹, la Fédération suisse des entrepreneurs⁹⁵², il y a déjà cette volonté de répertorier les CCT non étendues et étendues dans un but de publicité pour leurs membres. Dès lors, si les partenaires sociaux ont les moyens de lister les CCT, le SECO, en recourant à la collaboration des différents partenaires sociaux, sera aisément en mesure de le faire. Par ce même biais, il pourra également se procurer les textes des CCT et les mettre à disposition du public.

903. — Au vu de ce qui précède, compte tenu des moyens technologiques à notre disposition aujourd'hui, l'argument du manque de publicité n'est plus pertinent pour empêcher une application de toutes les CCT aux travailleurs temporaires.

21.4.2.3. Modification de l'article 22 LSE

904. — Lors des débats parlementaires, en 1987, le Conseiller fédéral J.-P. Delamuraz, en plus du manque de publicité, craignait un grand nombre de risques d'erreurs. Pour éviter qu'il y ait des erreurs dans le choix de la CCT applicable à l'entreprise locataire de services, et par effet réflexe de l'article 20 LSE au travailleur, nous proposons l'introduction d'une obligation de se renseigner sur la question au moment de la conclusion du contrat de location de services.

905. — Au vu des exigences posées à l'alinéa 1 de l'article 22 LSE, le bailleur de services, lorsqu'il conclut le contrat de location de services, est obligé de se renseigner sur certains points auprès de l'entreprise locataire de services directement. En effet, le bailleur de services devra se renseigner sur le genre de travail, le lieu de travail, l'horaire de travail etc. En conséquence, il ne serait pas disproportionné d'exiger de lui qu'il se renseigne de surcroît sur la

⁹⁴⁸ <http://www.bfs.admin.ch/bfs/portal/fr/index/news/publikationen.html?publicationID=4294>, (21.03.2011)

⁹⁴⁹ http://www.unia.ch/Service-CCT.3578.0.html?&no_cache=1&L=1, (21.03.2011).

⁹⁵⁰ http://www.sgb.ch/uploaded/Dossier/68_EA_f_Negociations-collectives.pdf, (21.03.2011).

⁹⁵¹ <http://www.realisator.ch/index.php?s=6&c=2>, (21.03.2011).

⁹⁵² <http://www.baumeister.ch/index.php?id=372&L=1>, (21.03.2011).

CCT applicable à l'entreprise locataire de services s'il y en a une. Cette obligation de se renseigner nécessite la collaboration active de l'entreprise locataire de services qui est tenue de fournir des renseignements exacts. Et en cas de doute sur les renseignements donnés par le locataire de services, le bailleur de services peut s'adresser à l'autorité cantonale d'exécution ou au SECO.

906. — Pour ce faire, nous proposons l'introduction d'un alinéa 1^{bis} à l'article 22 LSE :

«^{1bis} Le bailleur de services est tenu de se renseigner sur l'existence d'une convention collective de travail applicable à l'entreprise locataire de services, auquel cas, il indiquera dans le contrat quelle convention collective de travail s'applique. L'entreprise locataire de services est tenue de collaborer activement lors de cette prise de renseignements. »

907. — Il est reconnu qu'un contrat de location de services peut être conclu pour la durée de plusieurs missions du travailleur, toutefois, dans un tel cas, on exige que l'article 22 al. 1 LSE soit respecté en précisant pour chacune des missions les points mentionnés aux lettres a à f de cet alinéa. Il en irait de même pour l'indication de la CCT étendue applicable à l'entreprise locataire de services : pour chaque mission, le bailleur de services devra se renseigner et indiquer quelle CCT s'applique. Si on est en mesure d'indiquer le genre de travail, le lieu de travail et l'horaire de travail, on est également en mesure d'indiquer quelle CCT est applicable à l'entreprise locataire de services en fonction de telle mission.

21.4.2.4. Modification de l'article 19 LSE

908. — Comme chaque acteur de la relation triangulaire a des contacts avec les deux autres, spécifiquement le bailleur de services au niveau contractuel, il est nécessaire que le contenu du contrat de travail soit un minimum coordonné à celui du contrat de location de services. C'est pourquoi, les articles 19 al. 2 LSE et 22 al. 1 LSE prévoient une série de mêmes points à indiquer tant dans le contrat de travail que dans le contrat de location de services, notamment le lieu de travail, le début de l'engagement, la durée de l'engagement ou le délai de congé et l'horaire de travail.

909. — En conséquence, il paraît logique que l'article 19 LSE subisse une modification en lien avec celle de l'article 22 LSE concernant la CCT à appliquer au travailleur. D'autant plus que ce dernier est le plus concerné par l'application d'une CCT au contrat de travail qu'il signe avec le bailleur de services. Partant, il est en droit d'exiger que la CCT à laquelle il sera soumis

soit inscrite dans le contrat de travail également, et non uniquement dans le contrat de location de services auquel il n'est pas partie.

910. — Nous proposons dès lors l'introduction de la *lettre h* à l'alinéa 2 intitulée de la manière suivante :

« *h. la convention collective de travail applicable s'il y en a une, conformément à l'article 20 LSE.* »

21.4.3. Conclusion

911. — Une telle proposition de modification de l'article 20 LSE, respectivement de l'article 22 LSE, paraît nécessaire afin de garantir le souhait initial du législateur : appliquer toutes les CCT, étendues ou non, aux travailleurs temporaires.

912. — En outre, au vu des chiffres, et de l'augmentation constante des travailleurs temporaires, une modification dans ce sens permettrait d'améliorer les conditions de travail d'un tiers des travailleurs temporaires, à savoir environ 80'000 travailleurs en se basant sur les derniers chiffres disponibles, ceux de 2009⁹⁵³.

⁹⁵³ http://www.avg-seco.admin.ch/WebVerzeichnis/bilder/2009/C2_2009.pdf, (21.03.2011).

Chapitre 22 : La conclusion d'une CCT pour la branche du travail temporaire

22.1. Généralités

913. — La volonté de régler le travail temporaire dans le cadre d'une CCT date déjà de 1980 : l'USS et la FSETT (actuellement Swisstaffing) avaient engagé des négociations à cette époque-là⁹⁵⁴. Les partenaires sociaux ont de tout temps considéré qu'il était nécessaire de conclure une CCT pour le domaine du travail temporaire : les délais de congé relativement courts, l'absence de salaires minimaux pour une majorité des travailleurs temporaires, la difficulté de s'insérer durablement dans le monde du travail sont autant d'éléments qui font du travail temporaire une forme de travail précaire.

914. — Une CCT régissant la branche dans son ensemble serait une excellente solution pour assurer une protection accrue aux travailleurs temporaires.

915. — Une telle CCT, en parallèle d'une modification de l'article 20 LSE, assurerait une protection à deux échelons ; elle introduirait un cadre minimal de protection au tiers des travailleurs temporaires non couverts par une CCT et elle compléterait l'article 20 LSE pour les travailleurs temporaires soumis à une CCT, particulièrement pour les règles relatives au temps d'essai ou au délai de congé.

916. — Une modification de l'article 20 LSE, accompagnée de la conclusion d'une CCT pour la branche du travail temporaire, assurerait une protection minimale pour l'ensemble des travailleurs de la branche.

⁹⁵⁴ BO CN 1980 IV p. 112-113.

22.2. Conclusion de la CCT

917. — Durant l'été 2008, après de longs mois de négociations, les partenaires sociaux de la branche du travail temporaire ont fini par conclure une CCT s'appliquant à toute la branche du travail temporaire : elle sera applicable à toutes les entreprises détenant une autorisation fédérale ou cantonale de location de services selon la LSE, ainsi qu'aux travailleurs dont elles louent les services⁹⁵⁵.

918. — En tant qu'« employeurs », les agences de travail temporaire ont elles-mêmes la capacité de conclure des conventions collectives de travail avec « *des organisations syndicales pour régler les conditions de travail des salariés dont elles louent les services* »⁹⁵⁶. Et selon GEISER, il en va de même pour les associations qui regroupent les agences temporaires : elles peuvent conclure des CCT spécifiques à la branche du travail temporaire sur le plan régional, cantonal ou national⁹⁵⁷.

919. — Cette CCT ne peut entrer en vigueur que si elle est étendue. Les parties contractantes, à savoir, Swissstaffing, d'une part, le syndicat Unia, le syndicat Syna, la société suisse des employés de commerce (SEC Suisse) et Employés Suisse, d'autre part, ont par conséquent déposé une demande d'extension auprès du Conseil fédéral. Ils ont plus précisément demandé une extension des articles 3 à 39 ainsi que de l'annexe 1 de la CCT pour tout le territoire suisse et pour une durée de trois ans. La demande d'extension a été publiée dans la FOOSC du 30 juillet 2009⁹⁵⁸.

920. — Suite à la parution de cette demande d'extension dans la FOOSC, 265 oppositions ont été déposées auprès du SECO durant le délai d'opposition de 30 jours.

921. — Depuis lors, les milieux concernés ont observé une sorte de loi du silence. Le 10 décembre 2009, la conseillère nationale socialiste Marina Carobbio Guscetti, a demandé au Conseil fédéral s'il était disposé à étendre le

⁹⁵⁵ Rapport du SECO du 18.12.08, Examen de la situation actuelle dans le domaine de la location de services (Loi fédérale sur le service de l'emploi et la location de services, LSE), p. 66.

⁹⁵⁶ BRUCHEZ (2010), p. 189 n° 109.

⁹⁵⁷ GEISER (2007), p. 226ss, N. 5.1 ss.

⁹⁵⁸ <https://www.shab.ch/DOWNLOADPART/N4905476/N2009.05171250.pdf>. (17.03.2011).

champ d'application de la CCT de la branche du travail temporaire et quand le SECO prendrait une décision formelle⁹⁵⁹.

922. — Par la réponse du Conseil fédéral, en date du 3 février 2010, la situation se clarifie quant à l'avancement de la procédure en cours⁹⁶⁰. À fin octobre 2009, les auteurs de la demande d'extension ont fait parvenir leurs prises de position écrites par rapport aux oppositions. Il semblerait qu'une part importante de ces oppositions concerne l'introduction dans la CCT de certaines dispositions (notamment celle sur les salaires et la durée du travail) provenant de CCT existantes non étendues, de ce fait non déclarées de force obligatoire et listées dans l'annexe 1 de la CCT.

923. — Ces oppositions ont donné lieu à des divergences entre les différentes parties à la CCT. Selon le Conseil fédéral, la complexité de la CCT du travail temporaire et les nombreuses oppositions ne facilitent pas la tâche au SECO, l'autorité administrative compétente pour examiner si les conditions de l'extension prévues par la LECCT sont remplies, et le cas échéant, préparer un arrêté d'extension à soumettre au Conseil fédéral. À préciser encore, tant que les partenaires sociaux ne seront pas parvenus à un accord sur la question de savoir si les CCT non étendues doivent être maintenues ou non dans l'annexe 1, la procédure restera bloquée⁹⁶¹.

924. — En janvier 2011, dans une *newsletter* adressée à ses membres, Swisstaffing annonce que les différentes parties à la CCT ont réussi à trouver un accord sur une procédure à suivre concernant le point litigieux de l'annexe 1, c'est-à-dire appliquer des dispositions contenues dans des CCT non étendues⁹⁶². À cette occasion, Swisstaffing rappelle que diverses organisations patronales et certaines firmes ont formé opposition en été 2009 car elles ont été déstabilisées par le fait que les dispositions relatives aux salaires et au temps de travail de leurs CCT non étendues devaient être automatiquement intégrées dans la CCT de la branche du travail temporaire⁹⁶³. Un an et demi après les oppositions connues, les parties à la CCT ont réussi à trouver une

⁹⁵⁹ Interpellation 09.4179, 10 février 2009, Carobbio Guscelli Marina, Conseillère nationale socialiste : http://www.parlament.ch/f/Suche/Pages/geschaefte.aspx?gesch_id=20094179 (09.06.2010).

⁹⁶⁰ *Ibid.*

⁹⁶¹ *Ibid.*

⁹⁶² http://www.swisstaffing.ch/xml_1/internet/fr/application/d76/f159.cfm (17.03.11).

⁹⁶³ *Ibid.*

solution qui prend en compte les craintes des opposants : les parties signataires de CCT non étendues obtiennent un droit d'option absolu leur permettant de décider si les dispositions de leur CCT portant sur les salaires et le temps de travail doivent également s'appliquer aux travailleurs temporaires⁹⁶⁴. Il n'y aurait donc plus de reprise automatique de CCT non étendues listées dans l'annexe 1 de la CCT sans que les parties signataires concernées exercent formellement un « *opting-in* » de reprise⁹⁶⁵.

925. — Une telle solution pourrait être refusée par les commissions paritaires des CCT non étendues concernées qui perdraient leurs droits aux contributions etc. En cas de refus, la situation serait à nouveau bloquée.

926. — Le contenu de la CCT du travail temporaire reste toutefois intéressant et mérite quelques approfondissements. Comme la version finale de la CCT n'a pas encore été publiée – au vu de ce qui précède, l'article 3 devrait subir quelques changements – nous commenterons essentiellement les innovations que cette CCT entend amener dans le domaine.

22.3. Contenu de la CCT⁹⁶⁶

927. — À l'origine, comme déjà évoqué, d'un point de vue juridique, la grande particularité de cette CCT « *est de rendre applicables aux travailleurs intérimaires, par un système de renvoi, les dispositions de nombreuses conventions collectives non étendues de branche ou d'entreprises relatives aux salaires minimaux et à la durée du travail ; en d'autres termes, cette convention collective permet d'appliquer à de nombreuses conventions collectives non étendues le régime prévu à l'article 20 LSE pour les conventions collectives étendues* »⁹⁶⁷. Mais cette particularité est le centre névralgique des nombreuses oppositions, ce qui compromet sévèrement sa survie.

⁹⁶⁴ *Ibid.*

⁹⁶⁵ *Ibid.*

⁹⁶⁶ <https://www.shab.ch/DOWNLOADPART/N4905476/N2009.05171250.pdf>, (17.03.2011).

⁹⁶⁷ BRUCHEZ (2010), p. 189-190, n° 110.

928. — En outre, la CCT de la branche du travail temporaire contient des dispositions séparées concernant les délais de congé, la LPP, l'exécution et la formation continue ainsi que les indemnités journalières en cas de maladie⁹⁶⁸.

929. — L'article 32 de la CCT est relatif à l'exécution et en substance il faut retenir que « *L'exécution de la CCT s'effectue par le biais des organes paritaires existants, et est coordonnée par la nouvelle Commission paritaire syndicats/swissstaffing.* »⁹⁶⁹.

22.3.1. Salaires minimaux et durée du travail

930. — Spécifiquement en matière de salaires minimaux et de durée du travail, la CCT reprend les dispositions de près de soixante CCT non étendues et d'environ quarante CCT d'entreprises figurant sur la liste de l'annexe 1 à la CCT⁹⁷⁰. En effet, l'article 3 de la CCT prévoit que celle-ci « *est également applicable là où une autre convention de travail s'applique pour une entreprise locataire de services* »⁹⁷¹. Et le cas échéant, la CCT reprend les dispositions concernant les salaires et la durée de travail au sens des articles 20 LSE et 48a OSE des CCT en vigueur dans l'entreprise locataire de services qui font l'objet d'une décision d'extension ou qui figurent sur la liste de l'annexe 1 à la CCT ainsi que d'éventuelles dispositions relatives à la retraite-vieillesse flexible selon l'article 20 LSE⁹⁷².

931. — Et ce qui est particulièrement intéressant, pour les branches sans CCT – ce qui concerne près d'un tiers des travailleurs temporaires – il a été prévu par l'article 20 de la CCT des salaires minimaux comme suit⁹⁷³ :

⁹⁶⁸ Rapport du SECO du 18.12.08, Examen de la situation actuelle dans le domaine de la location de services (Loi fédérale sur le service de l'emploi et la location de services, LSE), p. 66.

⁹⁶⁹ Rapport du SECO du 18.12.08, Examen de la situation actuelle dans le domaine de la location de services (Loi fédérale sur le service de l'emploi et la location de services, LSE), p. 66, <https://www.shab.ch/DOWNLOADPART/N4905476/N2009.05171250.pdf>, (17.03.2011).

⁹⁷⁰ Rapport du SECO du 18.12.08, Examen de la situation actuelle dans le domaine de la location de services (Loi fédérale sur le service de l'emploi et la location de services, LSE), p. 66.

⁹⁷¹ <https://www.shab.ch/DOWNLOADPART/N4905476/N2009.05171250.pdf>, (17.03.2011).

⁹⁷² *Ibid.*

⁹⁷³ *Ibid.*

- pour les régions à haut niveau de salaire :
 - Fr. 23.59/h pour les personnes disposant d'une formation et Fr. 17.56/h pour les personnes sans formation.
- pour les autres régions :
 - Fr. 21.95/h pour les personnes disposant d'une formation et Fr. 16.46/h pour les personnes sans formation.
- dans les cantons du Tessin et du Jura, il faut déduire 10 % pour 2009 et 5 % pour 2010.

22.3.2. Contributions professionnelles

932. — La CCT prévoit des contributions aux frais d'exécution et de formation continue fixées en pourcentage du salaire. Elles s'élèvent à 0,7 % du salaire pour les travailleurs et à 0,3 % pour les employeurs (article 7 al. 4)⁹⁷⁴. Swisstaxi considère que ces cotisations devraient générer des recettes à hauteur de 40 millions de francs par an⁹⁷⁵.

22.3.3. Droit au salaire en cas de maladie

933. — Autre élément novateur : une règle spéciale est prévue pour l'assurance indemnités journalières en cas de maladie. Si le travailleur temporaire est soumis à une CCT étendue ou s'il est soumis à la LPP selon la CCT du travail temporaire, il recevra des prestations pendant 720 jours sur une période de 900 jours (article 28 al. 3)⁹⁷⁶. Si le travailleur n'est ni soumis à une CCT étendue, ni à la LPP selon la CCT du travail temporaire, il recevra des prestations durant 60 jours (article 28 al. 3)⁹⁷⁷.

⁹⁷⁴ *Ibid.*

⁹⁷⁵ Rapport du SECO du 18.12.08, Examen de la situation actuelle dans le domaine de la location de services (Loi fédérale sur le service de l'emploi et la location de services, LSE), p. 66.

⁹⁷⁶ <https://www.shab.ch/DOWNLOADPART/N4905476/N2009.05171250.pdf>, (18.03.2011).

⁹⁷⁷ *Ibid.*

22.3.4. Interaction avec les autres CCT

934. — La CCT de la branche du travail temporaire sera une CCT étendue, et en application de l'article 20 LSE qui ne vise que les CCT étendues, seul un conflit entre CCT étendues peut se poser.

935. — La CCT telle qu'elle a été publiée dans la FOSE, en son article 3 alinéa 1 prévoit une règle de conflit dans le cas où d'autres conventions collectives de travail peuvent trouver application⁹⁷⁸ :

« La CCT pour le travail temporaire est également applicable là où une autre convention de travail s'applique pour une entreprise locataire de services. Le cas échéant elle reprend, à l'exclusion de ses propres dispositions, les dispositions concernant les salaires et la durée du travail visées à l'art. 20 LSE (RS 823.11) et à l'art. 48a OSE (RS 823.111) des CCT en vigueur dans l'entreprise locataire de services :

- qui font l'objet d'une décision d'extension, ou*
- qui représentent, en tant que réglementations sans extension, des conventions entre partenaires sociaux, selon listes annexe I,*
- ainsi que d'éventuelles dispositions relatives à la retraite-vieillesse flexible selon l'art. 20 LSE. »*

936. — Les partenaires sociaux, conscients du risque de conflit entre leur CCT étendue et une autre CCT étendue déjà applicable à l'entreprise locataire de services, ont prévu cette règle de conflit qui consiste à faire coexister les deux CCT : la CCT de la branche du travail temporaire s'applique en parallèle de la CCT étendue déjà applicable à l'entreprise locataire de services par l'effet de l'article 20 LSE.

937. — Cela signifie que pour les dispositions couvertes par l'article 20 LSE (salaire, durée du travail, contributions aux frais de formation continue et d'exécution, retraite anticipée), on reprend celles de la CCT étendue applicable à l'entreprise locataire de services. Et pour le reste, notamment le temps d'essai, les vacances, les jours fériés, on applique la CCT de la branche du travail temporaire au contrat de travail conclu entre le travailleur et le bailleur de services.

938. — Grâce à cet article, il est difficile d'imaginer que la survenance d'un conflit de CCT soit possible. Si un travailleur temporaire exerce une activité

⁹⁷⁸ *Ibid.*

de menuisier⁹⁷⁹ dans une entreprise soumise à la CCT du secteur principal de la construction⁹⁸⁰ sise à Lucerne, deux CCT étendues se collisionnent concernant l'application de l'article 20 LSE. Pour ce conflit, on applique les règles de conflit déjà évoquées et la CCT sectorielle, à savoir la CCT du secteur principal de la construction, prime en vertu du principe de l'unité de tarif. Et concernant les règles qui ne sont pas couvertes par l'article 20 LSE, on applique la CCT de la branche du travail temporaire.

939. — Si malgré la règle de conflit de l'article 3, qui confère à la branche du travail temporaire une application transversale, un conflit devait se poser entre la CCT de la branche du travail temporaire et une autre CCT étendue, nous considérons que les règles de conflit déjà évoquées ne pourraient pas s'appliquer telles quelles dans ce cas.

940. — En effet, si un conflit survient entre la CCT de la branche du travail temporaire et une CCT professionnelle, nous ne pensons pas que la CCT de la branche du travail temporaire, en tant que CCT sectorielle, prime en application du principe de l'unité de tarif. Ce principe a un sens lorsqu'il faut appliquer un même tarif à la majorité des collaborateurs d'une entreprise entrant dans le champ d'application d'une CCT sectorielle. Ce serait le cas, comme dans l'exemple précité, d'un travailleur temporaire exécutant un travail de menuisier dans une entreprise soumise à la CCT du secteur principal de la construction. Or, dans le cas de la CCT de la branche du travail temporaire, il n'est pas envisageable qu'une entreprise emploie une majorité de travailleurs temporaires, et qu'elle prime de ce fait-là. En conséquence, dans un cas de conflit entre la CCT de la branche du travail temporaire et une CCT professionnelle étendue, nous préconisons l'application du principe de la clause la plus favorable au travailleur.

941. — Nous considérons qu'il en va de même si la CCT de la branche du travail temporaire se trouve en conflit avec une CCT sectorielle étendue : il est peu probable que l'on se trouve en face d'une entreprise mixte ayant comme secteurs distincts ou non, le travail temporaire et la construction. Par conséquent, nous recommandons également dans ce cas une application du principe de la clause la plus favorable au travailleur.

⁹⁷⁹ <http://www.seco.admin.ch/themen/00385/00420/00430/01481/index.html?lang=fr>, (18.03.11).

⁹⁸⁰ <http://www.seco.admin.ch/themen/00385/00420/00430/01402/index.html?lang=fr>, (18.03.11).

22.4. Conclusion

942. — Le projet d'une CCT pour toute la branche du travail temporaire pourrait améliorer considérablement la situation des travailleurs ainsi que clarifier la relation triangulaire. En effet, il ne fait point de doute que par rapport à la protection des travailleurs, cette CCT apporterait certaines améliorations, notamment l'introduction d'un salaire minimum pour l'ensemble des travailleurs temporaires et des contrôles du respect des conditions de salaire et de travail dans toute la branche par les commissions paritaires. De ce fait, les sous-enchères salariales pourraient être évitées dans la branche du travail temporaire.

943. — Les syndicats demandent toujours que les bailleurs de services ne soient pas seulement tenus de respecter les dispositions de CCT étendues, mais également les dispositions de CCT non étendues. Grâce à l'article 3 de la CCT de la branche du travail temporaire, ce vœu serait exaucé.

944. — Enfin, cette CCT améliorerait considérablement la situation des travailleurs temporaires n'entrant pas dans le champ d'application d'une CCT étendue ou non, ce qui représenterait environ un tiers des travailleurs temporaires.

Conclusion

945. — De la présente étude ressortent différents problèmes liés à l'application concrète de l'article 20 LSE. Les propositions formulées dans la quatrième partie n'ont pas toutes vocation à résoudre ces problèmes, pour certains insolubles, mais elles contribueraient sans aucun doute à l'amélioration de la situation des travailleurs temporaires.

La problématique liée à l'application concrète de l'article 20 LSE

946. — L'article 20 LSE pose comme problème majeur la détermination du lieu de rattachement de la CCT à laquelle l'entreprise locataire de services est soumise. De cette disposition, il est impossible de déterminer si l'on doit appliquer la CCT du lieu où l'entreprise locataire de services a son siège ou celle du lieu de mission du travailleur. La doctrine et le SECO ont posé certains principes relatifs à cette question. Les solutions proposées peuvent régler les problèmes se posant, mais pour faciliter l'application de l'article 20 LSE, il serait souhaitable que l'on introduise dans l'OSE un article relatif à cette problématique.

947. — Ensuite dans le cadre de l'application de l'article 20 LSE se pose le problème des conflits de CCT. À notre sens, cette problématique reste à certains égards insoluble. Dans un des éléments de la réforme proposée, nous avons rédigé un article relatif à cette problématique. Une telle solution permettrait d'ancrer dans la loi les principes développés par la jurisprudence, mais nous sommes conscients qu'un tel article peut, suivant les situations, rester lettre morte : les CCT sont nombreuses et ont toutes leurs particularités, et il en va de même pour les cas de figure pouvant se poser en pratique. Le conflit de CCT doit toujours être réglé au cas par cas. Toutefois, pour faciliter

l'application de l'article 20 LSE, quelques règles de conflit contenues dans la loi ne seraient pas superflues.

948. — Enfin, l'article 20 LSE, dans son contenu actuel, ne peut atteindre efficacement son but : assurer une égalité entre les travailleurs temporaires et les travailleurs fixes de la même entreprise. Limiter son application aux seules CCT étendues revient à priver un bon tiers de travailleurs temporaires de cette protection. Aujourd'hui, seul un tiers des travailleurs temporaires bénéficie des conditions minimales de travail et de salaire grâce à l'application de l'article 20 LSE. Un tel constat revient à qualifier l'article 20 LSE d'inefficace quand bien même il est devenu un article nécessaire dont on ne pourrait plus se passer dans la protection des travailleurs temporaires.

Les propositions de modification de l'article 20 LSE

949. — Les propositions formulées visent avant tout le dernier point soulevé dans la problématique liée à l'application concrète de l'article 20 LSE : à savoir l'inefficacité de cet article quant au but qu'il poursuit.

950. — Il est ressorti clairement de cette étude que seul un tiers des travailleurs temporaires bénéficiait des « bienfaits » de cet article. Ce constat à lui seul devrait justifier la modification de l'article 20 LSE. Les milieux patronaux ne sont pas enclins à une telle modification sur la seule base de ce constat. Il faut donc consolider cette proposition.

951. — Lors de l'adoption de la LSE, le Conseiller fédéral Delamuraz a posé la première pierre de cette consolidation en précisant qu'il serait nécessaire de faire un pas supplémentaire dans un avenir proche et d'appliquer toutes les CCT aux travailleurs temporaires. L'avenir proche est devenu lointain, et rien ne s'est encore passé. Et pourtant, en 1989, le travail temporaire ne connaissait pas l'expansion pharaonique qu'il connaît aujourd'hui. Et surtout, les moyens de communication n'étaient pas ceux que l'on connaît aujourd'hui : performants, accessibles, devenus indispensables et d'usage quotidien. En 1989, on préconisait un pas supplémentaire dans une situation bien moins favorable que celle d'aujourd'hui...

952. — Depuis lors, les besoins de protection se sont accrus et la situation n'est absolument plus comparable à celle de 1989. Sous la coupole fédérale, le travail temporaire n'a pas manqué de faire l'objet d'interventions ces dernières années. On retiendra principalement le postulat de Meinrado Robbiani et la

question de Didier Berberat portant précisément sur cette problématique : appliquer l'ensemble des CCT aux travailleurs temporaires.

953. — Les partenaires sociaux semblent également conscients de cette problématique. Si bien que dans la première version de la CCT de la branche du travail temporaire, ils avaient prévu l'application de toute une série de CCT non étendues aux contrats de travail conclus entre travailleurs et bailleurs de services.

954. — Comme nous l'avons analysé dans la quatrième partie, une telle solution, avec le soutien du SECO et une modification simultanée des articles 19 et 22 LSE, ne poserait pas plus de problèmes d'application qu'il n'y en a déjà aujourd'hui. Par contre, il est évident, et c'est l'essentiel quant au but poursuivi par l'article 20 LSE qu'une telle modification améliorerait la situation d'un nombre considérable de travailleurs temporaires.

955. — En aval de cette proposition de modification de l'article 20 LSE, il nous semble essentiel d'assurer une issue favorable à l'extension de la CCT de la branche du travail temporaire conclue entre Swisstaffing et l'USS. Elle constituerait le moyen d'introduire des conditions minimales de travail et de salaire au tiers des travailleurs temporaires ne tombant pas sous le champ d'application d'une CCT.

956. — Depuis 1987, nous savons que le pas supplémentaire doit être franchi pour que le but de l'article 20 LSE soit atteint de manière efficace. Le Conseil fédéral, faute d'arguments, se cache toujours derrière le problème de la publicité qui n'en est plus un aujourd'hui. Maintenant, nous espérons que les constats tirés de la présente étude ainsi que les solutions proposées seront véhiculés par l'un de nos élus à Berne !