



Article scientifique

Article

1991

Published version

Open Access

This is the published version of the publication, made available in accordance with the publisher's policy.

---

## Travail intérimaire et location de services

---

Thévenoz, Luc

### How to cite

THÉVENOZ, Luc. Travail intérimaire et location de services. In: Fiches juridiques suisses, 1991, n° 772, p. 1–15.

This publication URL: <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:9676>

## TRAVAIL INTERIMAIRE ET LOCATION DE SERVICES

Fiche : 772

Etat : 1991

Auteur : Luc *Thévenoz* docteur en droit avocat au Barreau de Genève chargé de cours à l'Université de Genève

La location de services (Personalverleih) — ou mise à disposition de personnel (Arbeitnehmerüberlassung)<sup>1</sup> — se caractérise par une dissociation de fait de la qualité d'employeur. L'employeur au sens du droit civil appelé bailleur de services, est lié par un contrat individuel de travail à un salarié. Par un second contrat, dit de location de services, il met ce travailleur à la disposition d'un tiers, le locataire de services. Le salarié se trouve dès lors soumis aux instructions du locataire de services pour l'exécution de sa prestation, la détermination des modalités de son travail, le choix des moyens et procédés à mettre en œuvre. Mais il est et reste lié par le contrat de travail au seul bailleur de services, dont il reçoit son salaire. De ces rapports triangulaires qui reposent sur deux contrats, il résulte un transfert étendu — mais non pas total — du pouvoir de donner des instructions au locataire de services, ce qui est le critère distinctif de la location de services (art. 26 OSE)<sup>2</sup>.

La loi fédérale sur le service de l'emploi et la location de services (LSE), dans sa nouvelle teneur du 6 octobre 1989, est entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> juillet 1991<sup>3</sup>. L'une de ses principales innovations par rapport à celle de 1951<sup>4</sup> consiste à assujettir à une autorisation de police du commerce l'activité des entreprises de travail intérimaire et des entreprises dites " de travail en régie ", soit d'une manière générale toute mise à disposition de travailleurs à titre commercial. Cette autorisation requiert en particulier le dépôt de sûretés en garantie des prétentions de salaire (I). La LSE comprend quelques normes de droit privé réglant certains aspects du contrat de location de services (II) et du contrat de travail (III). En revanche, elle ne dit rien des rapports de travail de fait qui se nouent entre le travailleur et le locataire de services, rapports qui sont néanmoins soumis à certaines règles de droit privé et public du travail (IV). La LSE précise les conséquences de la prise d'un emploi durable au terme de la mission dans l'entreprise du locataire de services (V). Enfin, elle restreint le cercle des travailleurs étrangers dont on peut louer les services (VI) et institue une protection étendue des données personnelles (VII).

La LSE règle également le placement privé et public de travailleurs ainsi que la statistique du marché de l'emploi, qui ne font pas l'objet de cette fiche.

### I. AUTORISATION ADMINISTRATIVE

#### 1. Activités assujetties à autorisation

Celui qui fait commerce de mettre des travailleurs à la disposition de tiers doit obtenir une autorisation (art. 12 al. 1 LSE). L'art. 29 OSE précise que cette obligation vise la location de services à titre régulier<sup>5</sup> (mais pas nécessairement exclusif) et dans l'intention de réaliser un profit (même si le résultat s'avère déficitaire). En pratique, on rencontre deux formes de location de services assujetties à

---

<sup>1</sup> Ce terme, équivalent et à mon avis préférable, est employé à l'art. 27 OSE. En allemand, l'on trouve encore celui de Dienstverschaffung. Sur la terminologie, cf. Thévenoz, NN. 215-218.

<sup>2</sup> Quant à la distinction entre location de services et sous-traitance, montage, " groupes de travail ", " contrats en cascade ", ainsi que placement privé et conseil en personnel, cf. Nef, pp. 21-24; Thévenoz, NN. 22-26 et 254-287; Huber Martin O., " Rechtliche Aspekte der Personalberatung ", thèse, Zurich 1989, pp. 8 s. A propos des agences de mannequins, cf. JAR 1990 103.

<sup>3</sup> RO 1991 392, RS 823. 11. Cf. ordonnance du 6 janvier 1991 sur le service de l'emploi et la location de services (OSE), RO 1991 408, RS 823.111.

<sup>4</sup> Loi fédérale sur le service de l'emploi, du 22 juin 1951, RO 1951 1217.

<sup>5</sup> L'art. 29 al. 2 OSE précise qu'il y a activité régulière à partir de dix contrats de location de services dans l'année.

autorisation: le travail intérimaire, et le travail dit en régie (Leiharbeit), aussi appelé mise à disposition de travailleurs à titre principal<sup>6</sup>.

Il y a travail intérimaire<sup>7</sup> lorsqu'un bailleur de services conclut un contrat de travail avec un salarié en vue et pour la durée d'une seule mission auprès d'un locataire de services (art. 27 al. 2 OSE). La durée du contrat de travail se confond en principe avec celle de la mission<sup>8</sup>. Entre deux missions, l'employeur n'a pas l'obligation d'occuper ou de rémunérer l'intérimaire, et celui-ci n'a en contrepartie pas l'obligation d'accepter les missions qu'on lui propose.

Le travail en régie<sup>9</sup>,<sup>10</sup>, ou mise à disposition à titre principal, consiste à engager un salarié principalement en vue de louer ses services à des tiers, mais sans que le contrat de travail ne prenne fin avec chaque mission (art. 27 al. 3 OSE). Que l'employeur-bailleur de services ait ou non une exploitation propre dans laquelle il puisse occuper le salarié entre deux missions, il est tenu de le rémunérer, et supporte donc le risque économique de son inactivité. Il est fréquent que les entreprises de travail intérimaire emploient un petit nombre de salariés de cette manière<sup>11</sup>.

La seule forme de location de services qui ne soit pas soumise à autorisation est la mise à disposition occasionnelle de travailleurs (art. 28 OSE)<sup>12</sup>. Elle se caractérise par le fait que les services d'un salarié, embauché principalement pour travailler dans l'exploitation de son employeur contractuel, peuvent exceptionnellement être loués à un tiers, mais sans que cela soit le but de la relation de travail dont la durée reste totalement indépendante de ces éventuels détachements (art. 27 al. 4 OSE). Elle est parfois liée à la location d'une machine<sup>13</sup>, ce qui ne modifie pas sa qualification. Bien que quelques dispositions de la LSE puissent lui être appliquées, il s'agit en principe d'un contrat de travail à durée indéterminée régi par les art. 319 ss CO<sup>14</sup>.

## 2. Conditions de l'autorisation

L'autorisation de pratiquer la location de services est, pour l'essentiel, soumise aux conditions habituelles en matière de police économique (connaissance et respect des règles de la profession, inscription au registre du commerce, bonne réputation, etc., cf. art. 13 LSE, 33 OSE). Trois conditions appellent cependant quelques remarques.

---

<sup>6</sup> A propos de la distinction entre travail intérimaire, travail en régie et mise à disposition occasionnelle, cf. en particulier OFIAMT, Directives et commentaires, ad art. 12 LSE; Thévenoz, NN. 27-42.

<sup>7</sup> L'art. 27 al. 2 OSE parle malencontreusement de " travail temporaire ", suivant la terminologie allemande (Temporarbeit). Au sens large, le travail temporaire inclut de nombreuses formes non durables de travail qui ne comprennent pas de location de services et se distinguent ainsi du travail intérimaire comme par exemple le travail occasionnel (Aushilfs- oder Gelegenheitsarbeit), cf. JAR 1989 97, 99.

<sup>8</sup> Sous la réserve, importante, que la détermination du délai de congé ou du droit au salaire en cas d'empêchement de travailler dépend de la durée effective de la relation de travail, et peut donc cumuler plusieurs missions, cf. infra III.3 et III.5.

<sup>9</sup> Le travail en régie au sens de mise à disposition de salariés à titre principal, qui repose sur un contrat de location de services, ne doit pas être confondu avec un contrat d'entreprise où la rémunération serait calculée aux prix effectifs (art. 374 CO), qu'on appelle souvent prix de régie, cf. Gauch Peter, " Der Werkvertrag ", 3<sup>e</sup> éd., Zurich 1985, N. 668.

<sup>10</sup> Pour des exemples, cf. BJM 1959 75; RSJ 1979 29.

<sup>11</sup> Cf. ATF 108 V 95; JAR 1990 236.

<sup>12</sup> Cf. ATF 42 II 614; ATF 48 II 109, JdT 1922 I 330; SJ 1932 54; SJ 1955 353; ATF 88 II 516, JdT 1963 I 331.

<sup>13</sup> Cf. notamment ATF 51 II 494, JdT 1916 I 6; ATF 50 II 469, JdT 1925 I 53; ATF 91 II 291, JdT 1966 I 180; ATF 98 II 288, JdT 1973 I 639.

<sup>14</sup> Ni la loi ni l'ordonnance ne précisent dans quelle mesure les art. 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 art. 20, 21 et 22 al. 1 LSE ont vocation à régir la location de services qui n'est pas soumise à autorisation. Dans un sens légèrement différent, cf. OFIAMT, Directives et commentaires, tableau synoptique post art. 22 LSE.

Le bailleur de service ne peut pas exercer une autre activité professionnelle qui pourrait nuire aux intérêts des travailleurs ou des entreprises locataires de services (art. 13 al. 1 lit. c LSE). La loi veut surtout éviter que ces éventuelles autres activités entravent la liberté de choix ou augmentent la dépendance des travailleurs à l'égard du bailleur de services (art. 32 OSE), ce que l'on devrait craindre, par exemple, si le bailleur de services octroyait des petits crédits à ses travailleurs. Le caractère admissible de ces autres activités doit être apprécié in concreto<sup>15</sup>.

La mise à disposition de travailleurs suisses à l'étranger requiert de plus la connaissance des réglementations en vigueur dans les pays pour lesquels l'autorisation est demandée (art. 13 al. 3 LSE, 34 OSE).

L'autorisation n'est octroyée qu'après le dépôt de sûretés pour les prétentions de salaires résultant de la location de services (art. 14 LSE, 35 à 39 OSE). Cette exigence a suscité les plus vifs débats parlementaires<sup>16</sup>. Elle trouve sa justification dans le fait que, moyennant un investissement minime, une entreprise de location de services peut gérer un nombre considérable de travailleurs, et donc une masse salariale sans proportion avec ses fonds propres. Il en découle un risque accru d'insolvabilité, dont le législateur a voulu prévenir les conséquences pour les travailleurs et pour l'assurance-chômage — tenue de verser des allocations en cas d'insolvabilité — en exigeant la fourniture de sûretés schématiquement proportionnelles à l'ampleur de l'activité commerciale<sup>17</sup>.

### 3. Autorité compétente et procédure

Le bailleur de services doit obtenir une autorisation non seulement du canton dans lequel il exploite son établissement principal, mais encore pour toutes les succursales<sup>18</sup> dans leurs cantons respectifs. Chaque succursale est assujettie au dépôt de sûretés pour sa propre activité, à moins que le siège principal n'ait fourni des sûretés forfaitaires<sup>19</sup>. Elle ne peut commencer son activité avant d'avoir obtenu l'autorisation<sup>20</sup>.

La location de services vers l'étranger est soumise à une autorisation supplémentaire de la compétence de l'OFIAMT sur préavis de l'autorité cantonale (art. 13 al. 2 LSE, 40 al. 3 OSE).

Au surplus, la LSE (art. 15 à 17), complétée par l'OSE (art. 31 à 45), règle la procédure, la durée de l'autorisation, et statue les conditions de son retrait, qui doit être ordonné notamment quand le bailleur de services enfreint de manière répétée ou grave la législation sur la location de services, la protection des travailleurs ou l'admission des travailleurs étrangers (art. 16 al. 1 lit. b LSE).

### 4. Sanctions civiles et pénales

---

<sup>15</sup> A la différence de l'art. 8 OSE (placement privé), l'art. 32 n'énumère pas d'activités interdites ipso jure.

<sup>16</sup> Cf. BO 1987 N 203 s., 1988 E 573 ss, 1989 N 238 ss, 1989 E 353 s.

<sup>17</sup> Conformément à l'art 6 du tarif des émoluments de la loi sur le service de l'emploi, du 16 janvier 1991 (RS 823.113, RO 1991 425), ces sûretés s'élèvent à 50 000, 100 000 ou 150 000 francs pour l'établissement principal (" maison mère ") comme pour chaque succursale individuellement. Le premier peut toutefois dispenser ses succursales de fournir chacune des sûretés en déposant dans son canton des sûretés forfaitaires au montant de 1000 000 de francs.

<sup>18</sup> Un bureau ou un comptoir commercial qui n'est pas une succursale au sens de l'art. 935 CO ne peut pas être titulaire d'une autorisation, pour laquelle l'art. 13 al. 1 lit. a LSE exige l'inscription au registre du commerce. On ne peut donc ouvrir un tel bureau que dans le canton où l'établissement principal ou la succursale dont il dépend a déjà obtenu une autorisation. L'ouverture du comptoir doit être annoncée à l'autorité, qui lui étendra les effets de l'autorisation accordée à l'établissement principal ou à la succursale. Cf. OFIAMT, Directives et commentaires, ad art. 7 OSE.

<sup>19</sup> Cf. supra note 17.

<sup>20</sup> L'ouverture d'une succursale est facilitée dans le canton de l'établissement principal, à qui il suffit de la déclarer et de consigner les sûretés requises pour pouvoir en commencer l'exploitation, sans attendre que l'autorisation additionnelle soit octroyée, cf. art. 31 et 41 OSE.

Celui qui pratique la location de services sans avoir obtenu l'autorisation requise par la loi encourt une amende jusqu'à 100 000 francs. Les personnes qui lui louent du personnel en sachant que le bailleur de services ne dispose pas de l'autorisation nécessaire s'exposent à une amende jusqu'à 40 000 francs (art. 39 LSE). Au plan civil, tous les contrats de location de services conclus par un bailleur de services non autorisé sont nuls, quelle que soit la bonne ou mauvaise foi de ses cocontractants (art. 22 al. 5 LSE). Le bailleur de services est ainsi privé du droit à la rémunération convenue et renvoyé aux règles sur l'enrichissement illégitime. La même nullité frappe le contrat de travail (art. 19 al. 6 LSE), avec les conséquences prévues à l'art. 320 al. 3 CO, ce qui est critiquable<sup>21</sup>.

La violation de certaines formalités prescrites par la LSE rend passible de l'amende jusqu'à 40 000 francs (art. 39 al. 2 LSE).

## II. CONTRAT DE LOCATION DE SERVICES

### 1. Conclusion et forme

Le contrat de location de services requiert la forme écrite (art. 22 al. 1 LSE). C'est la responsabilité du bailleur de services d'obtenir la signature (art. 13 al. 1 CO) de son cocontractant, en principe avant le début de la mission sauf si l'urgence ne le permet pas (art. 50 OSE).

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. Le contrat est usuellement assorti de conditions générales, lesquelles doivent en particulier préciser quels suppléments sont dus en cas d'heures supplémentaires, travail de nuit ou du dimanche. Ces conditions générales stipulent presque toujours une indemnité en cas d'embauche du collaborateur par le locataire au terme de la mission (infra V).

Si ces exigences de forme ne sont pas satisfaites, le contrat est nul (art. 11 al. 2 CO). Il en résulte notamment que le bailleur ne peut réclamer la rémunération stipulée et se trouve renvoyé aux règles sur l'enrichissement illégitime pour obtenir du locataire de services le remboursement du salaire et des cotisations sociales effectivement versées, à l'exclusion de tous autres frais et bénéfices. Une violation répétée des prescriptions de forme est au surplus un motif de retrait de l'autorisation (art. 16 al. 1 lit. b LSE)

### 2. Durée

Que l'on qualifie le contrat de location de services comme un mandat ou comme un contrat sui generis comportant des éléments de mandat<sup>22</sup>, les modalités de sa résiliation échappent désormais au couperet de l'art. 404 CO dès lors que l'art. 22 al. 1 lit. d prévoit que les parties règlent " la durée de l'engagement ou les délais de congé ". Le législateur a voulu permettre au bailleur de stipuler que le contrat de location de services se termine aux mêmes conditions que le contrat de travail. Le sort des deux contrats reste néanmoins distinct. Ainsi, la résiliation du premier, généralement à l'initiative du locataire de services, n'a pas d'effet direct sur le second, qu'il appartient au bailleur de services de dénoncer à l'égard du travailleur intérimaire<sup>23</sup>.

### 3. Responsabilités respectives du bailleur et du locataire de services

Comme le salarié est subordonné au locataire de services dans l'exécution de son travail, ce dernier peut être appelé à répondre des actes illicites du premier en vertu de l'art. 55 CO<sup>24</sup>. De même, dans la

<sup>21</sup> Cf. Thévenoz, NN. 1137-1156.

<sup>22</sup> Controverse et discussion dans Thévenoz, NN. 304 ss.

<sup>23</sup> Cf. Thévenoz, NN. 634-639 et 715-726; contra JAR 1984 113; indécis: RJN 1989 79.

<sup>24</sup> Cf. ATF 41 II 494, JdT 1916 I 6; 42 II 615; 50 II 469, JdT 1925 I 53. Cf. Thévenoz, NN. 992-1005.

mesure où le collaborateur en mission exécute des tâches auxquelles le locataire de services s'est obligé à l'égard des tiers, c'est ce dernier qui assume la responsabilité contractuelle de l'art. 101 CO<sup>25</sup>.

Qu'il supporte un dommage propre ou qu'il soit appelé en responsabilité par des tiers, le locataire de services ne peut se retourner contre le bailleur de services que s'il prouve une violation du contrat qui les lie. En tant que mandataire, ce dernier promet principalement de choisir avec soin un salarié ayant les qualifications précisées par le locataire. Il répond de sa diligence dans ce choix (art. 398 CO), mais non pas de la qualité des services du salarié<sup>26</sup>.

### III. CONTRAT DE TRAVAIL

#### 1. Publicité, conclusion et forme

Dans ses offres d'emploi, qu'elle doit publier sous sa propre raison sociale, l'entreprise qui pratique le travail intérimaire ou en régie est tenue d'indiquer qu'elle recherche des salariés afin de louer services à des tiers (art. 18 al. 1 LSE).

Lors du premier contact avec un candidat au travail intérimaire<sup>27</sup>, le bailleur fait souvent<sup>28</sup> signer et remet un premier document, généralement intitulé contrat-cadre. Ce document stipule les conditions qui seront applicables à d'éventuelles missions, mais il n'oblige pas le bailleur à en proposer, ni le candidat à en accepter. Les effets de ce contrat sont donc soumis à la condition suspensive que les parties se mettent ultérieurement d'accord sur une mission, notamment sa durée et sa rémunération<sup>29</sup>.

Ce second accord, souvent intitulé contrat de mission, complété par les clauses convenues dans le contrat-cadre, constitue le contrat de travail au sens de l'art. 319 al. 1 CO. Le titre dixième du CO lui est applicable, sous réserve des règles particulières des art. 19 et 20 LSE. Il doit être consigné par écrit (art. 19 al. 1 LSE) — avant le début de la mission à moins que l'urgence ne le permette pas (art. 48 OSE) — et contenir certaines indications relatives à la nature, au lieu et à la durée de la mission, ainsi que la rémunération et les frais convenus (art. 19 al. 2 LSE). Le contrat de mission doit être signé par les deux parties (art. 13 al. 1 CO). A défaut 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 n'aient été convenues verbalement (art. 19 al. 3 LSE).

C'est la responsabilité du bailleur de services de veiller au respect des exigences de forme. S'il ne le fait pas, il encourt des sanctions pénales et s'expose, en cas d'infraction répétée, au retrait de son autorisation (art. 39 al. 2 lit. c, 16 al. 1 lit. b LSE).

#### 2. Application des conventions collectives

a) Les membres de la Fédération suisse des entreprises de travail temporaire (FSETT) — qui estiment représenter quelque 70% du marché suisse — ont conclu dès 1981 une convention collective avec la Société suisse des employés de commerce (SSEC), convention applicable au personnel administratif, commercial et technico-commercial (art. 2 al. 1 de la convention). La révision de la LSE a entraîné celle de la convention.

---

<sup>25</sup> ATF 77 II 148; ATF 83 II 238 s.; ATF 91 II 294, JdT 1966 I 184; ATF 98 II 292 s., JdT 1973 I 641. Cf. Thévenoz, NN. 1009-1013.

<sup>26</sup> Cf. Thévenoz, NN. 960 ss.

<sup>27</sup> Le contrat de travail en régie, qui doit être dressé par écrit, est indépendant dans son existence et sa durée de chaque mission (art. 27 al. 3 OSE). Chaque mission doit faire l'objet d'un avenant écrit portant les indications énumérées à l'art. 19 al. 2 OSE.

<sup>28</sup> Mais ce n'est pas un préalable nécessaire, cf. RJN 1989 72.

<sup>29</sup> Sur les rapports entre contrat-cadre et contrat de mission, cf. Thévenoz, NN. 198-212; Brühwiler, p. 222.

Comme toute convention collective, celle-ci bénéficie d'abord aux salariés entrant dans son champ d'application, c'est-à-dire aux membres de la SSEC qui sont employés par une entreprise membre de la FSETT. La grande majorité du personnel administratif, commercial et technico-commercial n'est toutefois affiliée à aucun syndicat. Ces personnes sont donc invitées à signer une déclaration individuelle de soumission (art. 356 b al. 1 CO, art. 2 al. 2 de la convention), ce qui les met au bénéfice de l'effet direct et impératif (Günstigkeitsprinzip) des dispositions normatives de la convention (art. 357 CO)<sup>30</sup>.

b) Le législateur de 1989<sup>31</sup> a voulu éviter que des employeurs soumis à une convention collective étendue<sup>32</sup> ne s'y soustraient en s'adressant à des agences de travail intérimaire ou en régie qui n'y serait pas assujetties. L'art. 20 LSE met les travailleurs détachés dans une entreprise soumise à une convention étendue au bénéfice des dispositions normatives de cette convention qui régissent le salaire et la durée du travail. Il s'agit notamment des clauses relatives à la durée ordinaire du travail, aux heures supplémentaires, au travail de nuit et du dimanche, aux vacances, jours fériés et autres congés, ainsi qu'au salaire minimum, aux suppléments divers, primes et indemnités et au 13<sup>e</sup> salaire<sup>33</sup>.

C'est la responsabilité du bailleur de services de respecter ces conventions étendues; il fera bien de s'en faire confirmer l'existence, et cas échéant la teneur, par les locataires de services.

### 3. Empêchement du travailleur

Les entreprises qui mettent à disposition du personnel temporaire sont soumises à l'assurance-accidents obligatoire auprès de la CNA (art. 66 al. 1 lit. o LAA). En cas d'incapacité de travail résultant d'un accident, une indemnité de 80% du salaire est versée par la CNA, les deux premiers jours restant à la charge de l'employeur (art. 324b al. 3 CO). L'assurance prend effet le premier jour de la mission et cesse le 31<sup>e</sup> jour après sa fin (art. 3 LAA).

Le salaire en cas de maladie ou de grossesse est dû conformément à l'art. 324a CO; ce droit ne naît qu'après trois mois de rapports de travail sans interruption notable<sup>34</sup>. La convention collective FSETT-SSEC (art. 24) prévoit cependant un régime plus favorable. Moyennant une participation de l'intérimaire au paiement de la prime, l'assurance prend effet le premier jour des rapports de travail et, après un délai de carence de deux jours, assure une indemnité de 80% du salaire pendant un nombre de jours en rapport avec la durée des rapports de travail.

Quant au salaire lors de l'accomplissement d'obligations militaires, cette convention collective institue un régime proche de celui qui résulte de l'art. 324b CO en lien avec la LAPG.

### 4. Vacances

Le droit aux vacances comporte deux aspects: se reposer, c'est-à-dire ne pas travailler, et recevoir son salaire pendant cette période. Tant que durent les rapports de travail, les vacances ne peuvent en principe pas être remplacées par des prestations en argent (art. 329d al. 2 CO). Doctrine et

---

<sup>30</sup> En revanche, un simple renvoi du contrat individuel à la convention collective, voire la reproduction littérale de ses clauses, ne confère pas cet effet direct et impératif, cf. Thévenoz, NN. 467-510; JAR 1988 385; et contrairement à ce qu'a pu juger le Tribunal genevois des Prud'hommes, JAR 1988 268.

<sup>31</sup> Au terme d'un long débat, cf. BO 1987 N 205 ss., 1988 E 582 s., 1989 N 255 ss, 1989 E 355, 1989 N 1248 ss.

<sup>32</sup> Conformément à la loi fédérale du 28 septembre 1956 permettant d'étendre le champ d'application de la convention collective de travail (RS 221.215.311). Au 30 juin 1990, il s'agissait de 11 conventions cantonales et de 10 autres couvrant le territoire de plusieurs cantons, cf. JAR 1990 84.

<sup>33</sup> Pour une énumération complète, cf. OFIAMT, Directives et commentaires, ad art. 20 LSE.

<sup>34</sup> Il s'agit des rapports de travail (Arbeitsverhältnis), et non de chaque contrat de mission, car des missions qui se succèdent sans interruption notable ajoutent à la durée des rapports prise en considération à l'art. 324a CO. Cf. Thévenoz, NN. 811 et 698-714; OFIAMT, Directives et commentaires, ad art. 19 LSE; et infra III.5.

jurisprudence font toutefois une exception pour les rapports de travail à ce point irréguliers qu'ils rendent difficile à l'excès l'octroi des vacances in natura<sup>35</sup>.

a) Cette exception s'applique au travail intérimaire typique, où des missions de durée variable se succèdent sans régularité, ne cumulant pas plus de quelques semaines ou quelques mois d'emploi ininterrompu. Dans ces situations, le bailleur peut verser avec chaque salaire (hebdomadaire ou mensuel) un supplément correspondant au salaire des vacances qui ne sont pas prises in natura pendant la durée des missions. Mieux encore, il peut verser à la fin des rapports de travail — c'est-à-dire quand l'intérimaire n'accepte pas ou ne se voit pas offrir de nouvelle mission — l'indemnité vacances qui s'est accumulée.

Encore faut-il, et la jurisprudence est particulièrement ferme là-dessus, que ce mode d'indemnisation des vacances ait été convenu par les parties, c'est-à-dire stipulé dans le contrat de travail, et que le montant du salaire afférent aux vacances puisse être clairement identifié par le travailleur sur chaque bulletin de paye. Un simple " salaire global ", " vacances comprises ", n'est pas admis: le montant relatif aux vacances qui ne serait pas individualisé reste dû et pourra être réclamé par l'intérimaire en fin de mission<sup>36</sup>.

Lorsque ce mode d'indemnisation est permis, le salaire relatif aux vacances représente un supplément de 8,33% (10,64% pour les travailleurs jusqu'à l'âge de 20 ans révolus, qui ont droit à cinq semaines de vacances par année, art. 329a CO)<sup>37</sup>.

b) En cas de travail intérimaire atypique et a fortiori de travail en régie, lorsque le salarié accomplit une mission après l'autre et acquiert ainsi une certaine ancienneté, les vacances ne peuvent plus être simplement indemnisées: elles doivent être effectivement prises sous forme de jours de repos rémunérés. Dans le cas contraire, le salarié pourra, son contrat résilié, demander l'indemnisation des vacances qui ne lui ont pas été effectivement octroyées pendant les cinq dernières années (art. 128 ch. 3 CO)<sup>38</sup>.

## 5. Fin des rapports de travail

L'art. 19 al. 4 LSE déroge aux délais de congé prévus à l'art. 335b CO. Ce régime spécial ne s'applique qu'au travail intérimaire<sup>39</sup>, mais ni au travail en régie ni à la mise à disposition occasionnelle de personnel puisque, dans ces deux dernières formes de location de services, le salarié est lié au bailleur de services par un contrat de travail durable qui n'expire pas avec la fin d'une mission<sup>40</sup>.

Bien qu'il soit possible de stipuler une durée déterminée, la plupart des missions intérimaires sont de durée indéterminée. L'art. 19 al. 4 LSE les soumet à un délai minimum de congé de 2 jours civils pendant les trois premiers mois d'un " emploi ininterrompu ", puis de 7 jours civils entre le quatrième et le sixième mois. Ces délais peuvent être prolongés, mais non raccourcis, par le contrat individuel ou par la convention collective. Au-delà du sixième mois, le législateur a estimé qu'il ne s'agit plus véritablement de travail temporaire et que la résiliation du contrat doit être régie par les règles communes (art. 335b et 335c CO).

---

<sup>35</sup> Cf. ATF 107 II 434, qui a posé le principe, et récemment JAR 1988 109 et 301, 1989 281, 1990 204. Autres références dans Thévenoz, n. 6 p. 254.

<sup>36</sup> Cf. ATF 107 II 434; JAR 1988 109, 1990 149 et 205. Autres références dans Thévenoz, n. 12 p. 255.

<sup>37</sup> OFIAMT, in DTA 1988 47; Thévenoz, N. 757.

<sup>38</sup> Cf. JAR 1990 341 et 443.

<sup>39</sup> Dans son message, le Conseil fédéral n'avait pas prévu de délais de congé particuliers au travail intérimaire. L'art. 19 al. 4 a été introduit par la commission du Conseil des Etats (BO 1988 E 579 ss), puis amendée par le Conseil national (BO 1989 N 250 ss), finalement suivi par les Etats (BO 1989 E 355). Cf. Brühwiler, p. 223.

<sup>40</sup> Art. 49, 27 al. 3 lit. b et 27 al. 4 lit. c OSE.

Que signifie la condition " d'un emploi ininterrompu " (ununterbrochene Anstellung) dont dépend le délai de congé? Ces termes <sup>41</sup> impliquent que la durée de deux missions ne se cumule pas automatiquement. L'allongement du délai de congé ne se justifie que lorsque, malgré la succession des missions, les rapports de travail avec l'employeur contractuel (le bailleur de services) ne sont pas interrompus. En bref, l'on doit admettre que l'emploi n'est pas interrompu par les quelques jours de carence nécessaires pour trouver une nouvelle mission ni par le simple exercice d'un droit du salarié à interrompre momentanément son activité (vacances, maladie, accident, etc.)<sup>42, 43</sup>.

Au surplus, la protection contre les licenciements abusifs et la résiliation en temps inopportun (art. 336 à 336d CO) ainsi que les dispositions sur la résiliation immédiate pour justes motifs (art. 337 à 337d CO) restent applicables<sup>44</sup>.

## 6. Litiges entre travailleur et bailleur de services

L'art. 23 LSE dispose que les litiges entre bailleurs de services et travailleurs qui portent sur 20 000 francs au plus sont gouvernés par la maxime d'office, la libre appréciation des preuves et que la procédure est en principe gratuite. Le demandeur peut choisir entre le for du domicile du défendeur et celui de l'établissement commercial du bailleur de services<sup>45</sup> qui a négocié et conclu le contrat de travail. Tout autre for est exclu, et une prorogation serait nulle. Sans y être astreints par le droit fédéral, les cantons ont le plus souvent confié à des juridictions spécialisées la compétence de trancher les litiges individuels de travail.

## IV. RAPPORTS DE TRAVAIL ENTRE TRAVAILLEUR ET LOCATAIRE DE SERVICES

Doctrine et jurisprudence s'accordent à constater qu'aucun contrat n'est conclu entre travailleurs et locataires de services<sup>46</sup>. Cela n'en fait pas un vacuum juridique que. Au plan des faits, il s'agit de véritables rapports de travail<sup>47</sup>. Il en résulte des obligations réciproques de droit privé comme de droit public.

### 1. Obligations de droit privé

Certaines obligations réciproques naissent des contrats respectifs que le locataire de services d'une part, le salarié de l'autre, ont conclu avec le bailleur de services. Le travailleur s'est obligé envers son employeur à fournir sa prestation au profit, sous l'autorité et les instructions du locataire de services. Le pouvoir de direction (art. 321 d CO) qui en résulte pour ce dernier repose sur cette stipulation pour autrui contenue dans le contrat de travail (art. 112 al. 1 CO). La qualifier de stipulation parfaite (art. 112

---

<sup>41</sup> Le terme a été créé par la commission du Conseil des Etats et n'a jamais été débattu en plénum. On ne le trouve pas aux art. 319 ss CO, qui parlent généralement de " rapports de travail " (Arbeitsverhältnis).

<sup>42</sup> Thévenoz, NN. 698-714. Different: Brühwiler, p. 223 et n. 11.

<sup>43</sup> Comme l'art. 19 al. 4 LSE règle le délai de congé en se fondant sur la durée d'un emploi ininterrompu indépendamment d'un éventuel temps d'essai, la jurisprudence neuchâteloise qui faisait partir un nouveau temps d'essai avec chaque mission (RJN 1989 71, commenté par Ph. Béguin dans L'expert-comptable suisse 1991 164-168), critiquable sous l'empire de l'art. 335b CO (cf. JAR 1988 157), me paraît désormais caduque.

<sup>44</sup> a Cf. Brühwiler, pp. 224-227.

<sup>45</sup> Non seulement la succursale inscrite au registre du commerce (cf. art. 642 al. 3 CO), mais aussi le simple bureau ou comptoir commercial, cf. supra note 18.

<sup>46</sup> JAR 1983 251; JAR 1987 296; von Büren, pp. 99-101; Nef, pp. 62-64; Thévenoz, N. 358; Vischer, § 56 II 2 c.

<sup>47</sup> Vischer (RDS 1989 I 247) insiste sur cet aspect en les qualifiant d'arbeitsvertragsähnliches Rechtsverhältnis sui generis.

al. 2 CO) ou non est une question, controversée<sup>48</sup>, d'interprétation de ce contrat. La jurisprudence semble admettre que le locataire de services puisse rechercher la responsabilité contractuelle du salarié sur la base de l'art. 321 e CO<sup>49</sup>. Il faut en induire que le premier acquiert une créance contre le second dont il peut poursuivre lui-même l'exécution, mécanisme qui caractérise la stipulation parfaite de l'art. 112 al. 2 CO.

Symétriquement, le contrat de location de services comprend presque toujours la promesse explicite du locataire de services de veiller à la sécurité du salarié, un aspect primordial de la protection de la personnalité de ce dernier (art. 328 CO). Dans les rares cas où le premier n'aurait pas volontairement consenti à assumer de véritables obligations à l'égard du second<sup>50</sup>, il n'en assumerait pas moins certaines des obligations qui sont impérativement à la charge de l'employeur (cf. art. 361 et 362 CO), en particulier celles des art. 328 et 328 a, 329 al. 1, 329 a al. 1, 329 c al. 1 et 2 CO. Il convient à mon sens de combler ainsi une lacune de la loi (art. 1 al. 2 CC), afin de maintenir l'équilibre des prestations entre le travailleur et le locataire de ses services ainsi que d'assurer la protection des travailleurs là où le législateur a voulu qu'elle s'impose même contre la volonté des parties<sup>51</sup>.

Enfin, par l'effet de l'art. 342 al. 2 CO, certaines obligations de droit public dont on va voir qu'elles naissent de ces rapports factuels de travail sont transposées en droit privé, fondant des obligations civiles réciproques entre le salarié et le locataire de services<sup>52</sup>.

## 2. Obligations fondées sur le droit public

La loi fédérale sur le travail fonde son application non pas sur l'existence d'un contrat de travail au sens du droit civil, mais sur le critère factuel de l'occupation d'un travailleur dans l'entreprise d'un employeur (art. 1 al. 2 LTr), occupation qui s'exprime dans un rapport de subordination entre eux<sup>53</sup>. Certaines obligations, notamment pécuniaires (cf. art. 12 LTr) n'ont pas de sens dans le rapport de fait qui s'établit entre intérimaire et locataire. En revanche, les dispositions relatives à l'hygiène (art. 6 LTr) et la durée du travail (art. 9 à 12 et 13 à 28 LTr), à la protection des jeunes gens et des femmes (art. 29 à 36 LTr) ainsi qu'au règlement d'entreprise (art. 37 à 39 LTr) y ont tout leur sens, et sont au premier chef de la responsabilité du locataire de services<sup>54</sup>.

La prévention des accidents et maladies professionnelles relève, elle, de la législation sur l'assurance-accidents. Celle-ci prescrit l'assurance obligatoire de tous les salariés (art. 1 LAA), et affine les intérimaires directement auprès de la CNA<sup>55</sup>. " L'employeur qui occupe dans son entreprise de la main-d'œuvre dont il loue les services à un autre employeur, a envers elle les mêmes obligations en matière de sécurité au travail qu'à l'égard de ses propres travailleurs " (art. 10 OPA; cf. art. 81 al. 1 et 82 à 84 LAA).

## V. PASSAGE À UN EMPLOI FIXE

Le contrat de travail ne peut valablement restreindre la liberté du salarié d'accepter, une fois sa mission achevée, un emploi permanent dans l'entreprise qui a précédemment loué ses services (art. 19 al. 5 lit. b LSE)<sup>56</sup>.

<sup>48</sup> S'expriment en faveur d'une stipulation parfaite: von Büren, pp. 84-86; Thévenoz, NN. 385-398; contra Nef, p. 46 s.; Vischer, § 56 II 2 b; JAR 1983 252.

<sup>49</sup> SJ 1955 355; ATF 88 II 439; RSJ 1979 30.

<sup>50</sup> Ici encore par le mécanisme de la stipulation pour autrui parfaite, art. 112 al. 2 CO.

<sup>51</sup> J'ai développé cette thèse dans Thévenoz, NN. 434-458.

<sup>52</sup> Cf. Thévenoz, NN. 376-384.

<sup>53</sup> Thévenoz, N. 585 et doctrine citée.

<sup>54</sup> Cf. Thévenoz, NN. 594-597.

<sup>55</sup> Cf. supra III.3.

<sup>56</sup> La LSE ne fait que préciser ce qui résultait déjà des art. 340 ss CO, à savoir qu'une clause de prohibition de concurrence s'appliquant aux travailleurs intérimaires est invalide, car un intérimaire n'est pas dans un rapport de concurrence avec son employeur. Cf. Message, FF 1985 III 587; Thévenoz, NN. 1067-1076, et jurisprudence citée ad N. 1061.

Le législateur a néanmoins reconnu l'intérêt des professionnels de la branche à éviter que, au prétexte d'un prétendu besoin temporaire, des employeurs louent les services d'un salarié pour en fait le mettre à l'essai avant de l'embaucher, tout ceci à meilleur compte que dans le cadre du placement privé (cf. art. 2 à 10 LSE). C'est pourquoi l'art. 22, al. 2 à 4, LSE autorise la stipulation, dans le contrat de location de services, d'une indemnité à charge du locataire subordonnée à deux conditions cumulatives: 1° que la location de services ait duré moins de trois mois, 2° que le salarié reprenne son activité chez le locataire de services moins de trois mois après la fin de la mission. Le montant de cette indemnité est limité aux frais et au bénéfice (marge brute) que le bailleur de services aurait réalisé si la mission avait effectivement duré trois mois.

## VI. TRAVAILLEURS ÉTRANGERS

A titre commercial ou non, la location en Suisse des services de travailleurs étrangers est soumise à des conditions restrictives. Ne peuvent être mis à la disposition de tiers que les étrangers qui sont en possession d'une autorisation leur permettant d'exercer une activité lucrative et de changer d'emploi et de profession (art. 21 LSE). L'art. 29 OLE détermine quand un travailleur étranger est autorisé à changer d'emploi. Sauf cas de " rigueur excessive " (art. 29 al. 3 OLE), en sont exclus les titulaires d'une autorisation de courte durée, saisonnière ou de stagiaires (permis A et L). Les frontaliers (permis G), les titulaires d'une autorisation à l'année (permis B) et les demandeurs d'asile n'ont le droit de changer d'emploi qu'à partir de leur deuxième année de travail en Suisse<sup>57</sup>. Le détachement dans un autre canton requiert toujours une autorisation de ce dernier (art. 29 al. 3, 2° phrase, OLE).

C'est la responsabilité du bailleur de services, en tant qu'employeur, de vérifier qu'il est autorisé à louer les services d'un travailleur étranger et, dans la négative, de requérir l'autorisation nécessaire<sup>58</sup>. Une infraction l'expose non seulement aux sanctions de la législation sur les étrangers<sup>59</sup>, mais encore à celles de la LSE, soit à une amende qui peut s'élever à 100 000 francs (art. 39 al. 1 lit. a LSE) et, en cas d'infraction grave ou répétée, au retrait de l'autorisation de pratiquer la location de services (art. 16 al. 1 lit. b LSE).

Dès lors que le législateur fédéral a soumis la profession de bailleur de services à une autorisation de police du commerce, les locataires de services, que cette réglementation vise (aussi) à protéger, peuvent légitimement compter que leur mandataire a procédé aux vérifications requises et, le cas échéant, obtenu les autorisations nécessaires. Ils devraient donc être dispensés de procéder aux mêmes vérifications<sup>60</sup>. En revanche, sitôt que naîtrait le soupçon d'une irrégularité dans un cas particulier, le locataire de services doit s'assurer qu'il n'a pas été trompé. S'il découvre que l'art. 21 LSE est violé, il doit exiger le remplacement immédiat du salarié, tout en conservant le droit d'exiger du bailleur de services qu'il l'indemnise du préjudice éventuellement subi (art. 398 CO). Si le locataire de services continue néanmoins d'accepter les services d'un travailleur en situation irrégulière, il encourt une amende jusqu'à 5000 francs voire, en cas de récidive, l'emprisonnement jusqu'à six mois (art. 23 al. 4 et 5 LSEE).

## VII. PROTECTION DES DONNÉES, STATISTIQUES

Sans attendre l'adoption éventuelle d'un art. 328 b CO<sup>61</sup>, l'art. 18 al. 3 LSE n'habilite les bailleurs de services à traiter les données concernant les travailleurs que dans la mesure et aussi longtemps que ces données sont nécessaires à la location de leurs services. Toute utilisation qui dépasse ce cadre doit reposer sur le consentement exprès, écrit et révocable de l'intéressé (art. 47 al. 4 OSE).

---

<sup>57</sup> Les cantons peuvent toutefois prescrire qu'ils doivent requérir une autorisation, cf. art. 29 al. 6 OLE.

<sup>58</sup> Cf. OFIAMT, Directives et commentaires, ad art. 21 LSE.

<sup>59</sup> Art. 23 al. 4 et 5 LSEE.

<sup>60</sup> Contrairement à la situation qui prévalait alors que les entreprises de travail intérimaire et de travail en régie n'étaient soumises à aucun contrôle administratif, cf. ATF 99 IV 110, JdT 1974 IV 85; Thévenoz, NN. 1275-1278. Toutefois, l'interprétation que je propose ici n'a pas encore été confirmée par la pratique administrative ou judiciaire.

<sup>61</sup> Cf. le projet de loi fédérale sur la protection des données, FF 1988 II 421, 533.

Il en résulte en particulier que<sup>62</sup>:

— Le bailleur de services ne peut exploiter que les données personnelles de candidats qui sont disposés à ce que leurs services soient loués à des tiers.

— A moins d'une autorisation expresse du salarié, le bailleur de services ne peut les exploiter qu'au sein de son établissement auquel ces informations ont été confiées. Un traitement informatique centralisé des données semble donc requérir l'accord écrit de l'intéressé, accord qui peut figurer dans le contrat cadre de travail.

— Toujours sauf consentement exprès du salarié, le bailleur de services qui envoie des offres à plusieurs clients potentiels ne peut fournir que des informations qui ne permettent pas d'identifier les candidats concernés, c'est-à-dire qu'il doit se limiter à décrire les qualifications de ces travailleurs en termes généraux.

— Ce n'est que lorsqu'un client exprime une demande concrète que le bailleur de services peut fournir des informations personnelles au sujet du ou des travailleurs qui pourraient correspondre à cette demande.

— Lorsqu'un salarié a manifesté qu'il n'est plus disposé à accepter une mission, le bailleur de services ne peut plus ni utiliser ni transmettre les données en sa possession.

— Les archives conservées (en vue de litiges éventuels ou à de simples fins comptables ou statistiques) doivent être protégées contre une utilisation abusive<sup>63</sup>.

Au surplus, les bailleurs de services astreints à autorisation sont tenus de fournir, en fin d'année civile, des informations statistiques, au reste fort minimales, sur leur activité (art. 18 al. 2 LSE, 46 OSE).

## BIBLIOGRAPHIE

Brühwiler, Jürg: " Auswirkungen des Bundesgesetz über die Arbeitsvermittlung und den Personalverleih vom 6. Oktober 1989 (AVG) auf den temporären Arbeitsvertrag ", Revue suisse de jurisprudence 87 (1991) 221-229.

Fédération suisse des entreprises de travail temporaire: " Documentation sur l'introduction de la loi sur le service de l'emploi et la location de services ", Zurich, 1991.

Nef, Urs Ch.: " Temporäre Arbeit ", thèse de Zurich, Berne 1971.

Thévenoz, Luc: " Le travail intérimaire ", thèse de Genève, Lausanne 1987.

Vischer, Frank: " Le contrat de travail ", Fribourg 1982 (Traité de droit privé suisse, VII.1.2).

von Büren, Roland: " Teilzeitarbeit und temporäre Arbeit als neue Formen von Dienstleistung im schweizerischen Recht ", thèse, Berne 1971.

## HISTOIRE LÉGISLATIVE

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, Feuille fédérale 1985 III 524-633.

---

<sup>62</sup> Cf. art. 47 OSE.

<sup>63</sup> Sur ce point, les Directives et commentaires de l'OFIAMT ad art. 18 LSE me paraissent trop restrictives. L'art. 47 al. 3 OSE réserve à juste titre les obligations découlant d'autres normes relatives à l'archivage de certaines données. En particulier, les pièces comptables (y compris " la correspondance reçue ou expédiée ") doivent être conservées pendant 10 ans (art. 962 al. 2 et 3 CO).

Débats à l'Assemblée fédérale: Bulletin officiel 1987 N 177 ss, 200 ss, 1988 E 564 ss, 1989 N 236 ss, 250 ss, 1247 ss, 1806; 1989 E 353 ss, 623.

Office fédéral de l'industrie, des arts et métiers et du travail (OFIAMT): Directives et commentaires relatifs à la loi fédérale sur le service de l'emploi et la location de services [...], Berne 1991.

#### LÉGISLATIONS CITÉES PAR LEUR ABRÉVIATION

LAA = Loi fédérale du 20 mars 1981 sur assurance-accidents (RS 832.20)

LAPG = Loi fédérale du 25 septembre 1952 sur le régime des allocations pour perte de gain en faveur des personnes servant dans l'armée ou dans la protection civile (RS 834.1)

LSE = Loi fédérale du 6 octobre 1989 sur le service de l'emploi et la location de services (RS 823.11, RO 1991 392)

LSEE = Loi fédérale du 26 mars 1931 sur le séjour et l'établissement des étrangers (RS 142.20)

LTr = Loi fédérale du 13 mars 1963 sur le travail dans l'industrie, l'artisanat et le commerce (RS 822.11)

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)

OPA = Ordonnance du 19 décembre 1983 sur la prévention des accidentés et des maladies professionnelles (RS 832.30)

OSE = Ordonnance du 6 janvier 1991 sur le service de l'emploi et la location de services (RS 823.111, RO 1991 408)

#### AUTRES ABRÉVIATIONS

Outre les abréviations usuelles, telle qu'elles figurent dans le Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral suisse, on a employé les abréviations suivantes: JAR Jahrbuch des Schweizerischen Arbeitsrechts - RJN Revue de jurisprudence neuchâteloise.

FJS/SJK/1998