



Schweizerische Eidgenossenschaft
Confédération suisse
Confederazione Svizzera
Confederazion svizra

Département fédéral de l'économie, de la formation et de la recherche DEFR
Sécretariat d'Etat à l'économie SECO

Directives et commentaires

- CONCERNANT LA LOI FÉDÉRALE DU 6 OCTOBRE 1989 SUR LE SERVICE DE L'EMPLOI ET LA LOCATION DE SERVICES (LSE)
- CONCERNANT L'ORDONNANCE DU 16 JANVIER 1991 SUR LE SERVICE DE L'EMPLOI ET LA LOCATION DE SERVICES (OSE)
- CONCERNANT L'ORDONNANCE DU 16 JANVIER 1991 SUR LES ÉMOLUMENTS, COMMISSIONS ET SÛRETÉS PRÉVUS PAR LA LOI SUR LE SERVICE DE L'EMPLOI (OEMOL-LSE)



Berne, juin 2024

Les présentes directives et explications ont été élaborées par des collaborateurs du secteur placement et location de services.

Editeur :

SECO - Direction du travail
Placement et Location de services PAVV
Holzikofenweg 36
3003 Berne
info.pavv@seco.admin.ch

Commandes :

OFCL | Office fédéral des constructions et de la logistique, 3003 Berne
www.bundespublikationen.ch
Numéro d'article : 710.030.f

Téléchargement :

sous www.arbeit.swiss
→ Services de l'emploi → Placement privé et location de services

Mise en page/graphisme : UNIKUM Graphic Design, Postgasse 40, 3011 Berne, www.unikum.ch

Avertissement :

Les présents commentaires se rapportent uniquement au placement privé de personnel et à la location de services (art. 1 à 22). Le reste des articles (24 à 44) ne sont commentés que s'ils présentent de l'importance pour ces deux activités.

Certains aspects du placement privé et de la location de services sont réglés de manière analogue par la LSE et l'OSE. Il est en principe renoncé à effectuer un même commentaire à deux reprises, le point concerné étant alors traité dans le cadre du placement de personnel. Font exception les points qui sont réglés différemment dans la location de services. On trouve notamment des dispositions parallèles sur les sujets suivants :

- Succursales, sections d'établissement, siège principal et succursales (2.1.4) ;
- Conditions d'octroi de l'autorisation (2.2) ;
- Durée et portée de l'autorisation (2.3) ;
- Retrait de l'autorisation (2.4) ;
- Obligation de renseigner (2.5) ;
- Franchisage (2.8.4).

Table des matières

1	BUT	18
1.1	ARTICLE 1 LSE : BUT DE LA LOI	18
2	LE PLACEMENT PRIVÉ DE PERSONNEL	19
2.1	ARTICLE 2 LSE : ACTIVITÉS SOUMISES À AUTORISATION (ART. 1 À 7 OSE)	19
2.1.1	Qui est réputé placeur ?	19
2.1.1.1	Formes sous lesquelles se présente le placement	22
2.1.1.2	Il n'y a pas, en principe, placement de personnel soumis à autorisation au sens de la LSE dans les cas suivants :	22
2.1.1.3	Canaux de placement (art. 1a OSE)	24
2.1.2	Quelles sont les activités soumises à autorisation ? (art. 1 à 7 OSE)	24
2.1.2.1	Notion de régularité (art. 2 OSE)	24
2.1.2.2	Rémunération (art. 3 OSE)	25
2.1.3	Placement à l'étranger (art. 5 OSE)	25
2.1.3.1	Généralités	25
2.1.3.2	Le cas spécial du placement par Internet	26
2.1.4	Succursales, sections d'établissement, siège principal et filiales	27
2.1.5	Vue d'ensemble du régime de l'autorisation	28
2.2	ARTICLE 3 LSE : CONDITIONS D'OCTROI DE L'AUTORISATION (ART. 8 À 12 OSE)	29
2.2.1	Conditions auxquelles doit répondre l'entreprise (art. 3, al. 1 LSE, art. 8 OSE)	29
2.2.1.1	Inscription au registre suisse du commerce (let. a)	29
2.2.1.2	Local commercial approprié (let. b)	30
2.2.1.3	Interdiction d'exercer une activité préjudiciable (let. c)	31
2.2.2	Conditions auxquelles doivent répondre les personnes responsables (art. 3, al. 2 LSE, art. 9 OSE)	33
2.2.2.1	Citoyens suisses ou titulaires d'un permis d'établissement (let. a)	33
2.2.2.2	Assurer un service de placement satisfaisant aux règles de la profession (let. b)	34
2.2.2.3	Notion de bonne réputation (let. c)	35
2.2.3	Activités de placement intéressant l'étranger (art. 10 OSE)	36

2.2.4	Demande d'autorisation (art. 11 et 40 OSE)	37
2.3	ARTICLE 4 LSE : DURÉE ET PORTÉE GÉNÉRALE DE L'AUTORISATION (ART. 13 OSE)	39
2.3.1	Autorisation	39
2.3.1.1	Obligation d'obtenir une autorisation pour les succursales et les sections d'établissement	40
2.3.2	Émoluments perçus pour l'octroi de l'autorisation	40
2.3.3	Contrôle périodique des conditions dont dépend l'autorisation (art. 6 LSE)	41
2.3.4	La procédure en cas de reprise d'une société	41
2.4	ARTICLE 5 LSE : RETRAIT DE L'AUTORISATION (ART. 15 ET 16 OSE)	41
2.4.1	Généralités	41
2.4.2	Informations inexactes ou trompeuses ou dissimulation de faits essentiels	42
2.4.3	Violation grave ou répétée de la LSE ou de ses dispositions d'exécution ou des dispositions fédérales ou cantonales relatives à l'admission des étrangers	43
2.4.4	Émoluments	43
2.4.5	Retrait ou suppression de l'autorisation en cas de faillite	43
2.4.5.1	Retrait ou suppression ?	44
2.4.5.2	Quand l'autorité compétente doit-elle intervenir ?	44
2.4.5.3	Décision ou simple communication ?	45
2.4.5.4	L'autorité compétente peut-elle faire payer des frais ?	45
2.4.5.5	Procédure entre l'autorité cantonale et le SECO	45
2.5	ARTICLE 6 LSE : OBLIGATION DE RENSEIGNER (ART. 14 OSE)	45
2.6	ARTICLE 7 LSE : OBLIGATIONS PROPRES AU PLACEUR (ART. 17 À 19 OSE)	46
2.6.1	Publication d'annonces	46
2.6.2	Comptabilité (art. 17 OSE)	46
2.6.3	Observation du marché du travail (art. 18 OSE)	46
2.6.4	Protection des données (art. 19 OSE)	47
2.6.4.1	Généralités	47
2.6.4.2	Points importants dans le placement par Internet	49
2.6.4.3	Parenthèse : Règlement européen sur la protection des données (RGPD)	50
2.7	ARTICLE 8 LSE : CONTRAT DE PLACEMENT	50
2.7.1	Généralités	50

2.7.2	Interdiction du placement exclusif	51
2.7.3	For	51
2.7.4	Contrat de placement pour des représentations artistiques ou manifestations semblables (art. 22 OSE)	52
2.7.5	Délimitation entre activité indépendante et activité salariée chez les artistes	52
2.8	ARTICLE 9 LSE : TAXE D'INSCRIPTION ET COMMISSION DE PLACEMENT (ART. 20 À 23 OSE, ART. 2 À 5 OEMOL-LSE)	53
2.8.1	Taxe d'inscription (art. 2 OEMOL-LSE)	53
2.8.2	Commission de placement (art. 20, 21, 22, 23 OSE, art. 3 à 5 OEMOL-LSE)	53
2.8.2.1	Commission	53
2.8.2.2	Indemnité supplémentaire pour prestations de services spéciales convenues	54
2.8.2.3	Points auxquels il convient de veiller dans le placement par le canal de plateformes d'emploi	55
2.8.2.4	Points à considérer particulièrement dans le placement par Internet	56
2.8.2.5	Naissance du droit à la rémunération spéciale et à la commission	57
2.8.2.6	Taux de commission de placement relatifs aux représentations artistiques ou manifestations semblables	57
2.8.3	Cas spéciaux	58
2.8.3.1	Prestations supplémentaires lors du placement de mannequins, modèles, hôtes et hôtesses	58
2.8.3.2	Le placement de sportifs	59
2.8.3.3	Placement au pair	63
2.8.4	Parenthèse : autorisation LSE et franchisage	66
3	LA LOCATION DE SERVICES	69
3.1	ARTICLE 12 LSE : ACTIVITÉS SOUMISES À AUTORISATION (ART. 26 – 31 OSE)	69
3.1.1	Quels contrats relèvent de la LSE ?	69
3.1.1.1	La location de services par des institutions reconnues d'utilité publique ne relève pas des activités de location de services soumises à autorisation	70
3.1.1.2	Quelles peuvent être les différentes configurations de contrats et comment les distinguer ?	71
3.1.1.3	Parenthèse : quand parle-t-on d'une activité indépendante ?	73
3.1.1.4	Distinction entre l'exécution d'un mandat / d'un contrat d'entreprise et la prestation de travail (= location de services) ?	74
3.1.2	Formes de la location de services (art. 27 OSE)	76
3.1.2.1	Généralités	76

3.1.2.2	Caractéristiques propres à chaque forme	77
3.1.2.3	Quelles sont les activités de location de services soumises à autorisation ? (art. 28, al. 1 OSE)	78
3.1.2.4	Location des services du propriétaire ou du copropriétaire de l'entreprise (art. 28, al. 2 OSE)	79
3.1.2.5	Cas spécial des communautés de travail (art. 26, al. 4 OSE)	79
3.1.2.6	Cas spéciaux : payrolling, employer of record, portage salarial	80
3.1.2.7	La location de services via Internet, les applications et les plateformes	80
3.1.3	Notion de faire commerce (art. 29 OSE)	80
3.1.3.1	Intention de réaliser un profit	81
3.1.3.2	Caractère régulier de l'activité	81
3.1.3.3	Chiffre d'affaires annuel de 100 000 francs	81
3.1.3.4	Contradiction apparente entre l'article 28 et l'article 29, alinéa 1 OSE	81
3.1.4	Location de services de et à l'étranger	82
3.1.5	Parenthèse : interdiction de pratiquer la location indirecte de services de l'étranger en Suisse	82
3.1.6	Aperçu de l'assujettissement à l'autorisation et de l'interdiction de pratiquer la location de services	83
3.1.7	Parenthèse : droit d'obtenir une décision de constatation du non-assujettissement	84
3.2	ARTICLE 13 LSE : CONDITIONS D'OCTROI DE L'AUTORISATION (ART. 32 – 34 OSE)	85
3.2.1	Conditions auxquelles doit répondre l'entreprise (art. 32 OSE)	85
3.2.1.1	Inscription du but au registre du commerce dans le cas de la location de services entre sociétés d'un même groupe soumises au régime de l'autorisation	85
3.2.1.2	Inscription de l'organe de révision	86
3.2.2	Conditions auxquelles doivent répondre les personnes responsables (art. 33 OSE)	86
3.3	ARTICLE 14 LSE : SÛRETÉS (ART. 35 – 39 OSE, ART. 6 OEMOL-LSE)	86
3.3.1	Sûretés à fournir (art. 35 OSE)	86
3.3.2	Forme des sûretés (art. 37 OSE)	87
3.3.3	Comment procéder en cas de résiliation d'un cautionnement, d'une déclaration de garantie ou d'une assurance de garantie ?	88
3.3.4	Quelle exigence faut-il impérativement poser concernant l'assurance de garantie pour le cas où le bailleur de services ne paierait pas les primes ?	88
3.3.5	Libération des sûretés (art. 38 OSE)	88
3.3.6	Emploi des sûretés en cas de faillite (art. 39 OSE)	89
3.3.7	Qui emploie les sûretés ? (art. 39, al. 3 et 4 OSE)	89

3.3.8	Particularités concernant l'emploi des sûretés de la catégorie 2 (art. 39, al. 4 OSE)	91
3.3.9	Quelles sont les créances de salaire couvertes par les sûretés ?	93
3.3.10	Les sûretés garantissent les dettes de salaire de quelle succursale ?	93
3.3.11	Comment l'office des faillites obtient-il la disposition des sûretés déposées ou de l'assurance de garantie conclue par le bailleur de services ?	94
3.3.12	Emploi des sûretés en cas de suppression ou de retrait de l'autorisation de location de services	94
3.3.13	Exemple d'acte de cautionnement	95
3.4	ARTICLE 15 LSE : DURÉE ET PORTÉE DE L'AUTORISATION (ART. 42 ET 43 OSE, ART. 7 OEMOL-LSE)	96
3.4.1	Émoluments (art. 7 OEMOL-LSE)	96
3.4.2	Portée de l'autorisation (art. 42 OSE)	96
3.5	ARTICLE 16 LSE : RETRAIT OU SUPPRESSION DE L'AUTORISATION (ART. 44 ET 45 OSE)	96
3.5.1	Généralités	96
3.5.2	Violation grave ou répétée de la LSE ou de ses dispositions d'exécution ou des dispositions fédérales et cantonales relatives à l'admission des étrangers	96
3.5.3	Violation des dispositions impératives de protection des travailleurs	97
3.6	ARTICLE 17 LSE : OBLIGATION DE RENSEIGNER (ART. 43 OSE)	97
3.7	ARTICLE 18 LSE : OBLIGATIONS PROPRES AU BAILLEUR DE SERVICES	98
3.7.1	Dispositions en matière de protection des données applicables au bailleur de services (art. 18, al. 3 LSE et art. 47 OSE)	98
3.8	ARTICLE 19 LSE : CONTRAT DE TRAVAIL (ART. 48 ET 49 OSE)	101
3.8.1	Rapport entre la LSE et le CO	101
3.8.2	Forme écrite (art. 48 OSE)	101
3.8.3	Obligation d'accepter une mission	102
3.8.4	Rapport entre l'article 19, alinéa 3 et l'article 20 LSE	102
3.8.5	Fixation du salaire	102
3.8.6	Location en sus de logement	103
3.8.7	Travail à l'essai non rémunéré	103
3.8.8	Décompte des frais	103
3.8.9	Contrats en chaîne	104

3.8.10 Délais de congé en cas de missions à durée indéterminée	105
3.8.11 Délais de congé en cas de missions à durée déterminée	106
3.8.12 Calcul du délai de congé lorsqu'il est fixé en jours	106
3.8.13 Prolongation de contrats de travail à durée déterminée	106
3.8.14 Horaires de travail	106
3.8.14.1 Horaires de travail figurant dans le contrat de mission en tant que base pour le calcul du paiement du salaire	109
3.8.14.2 Se baser de manière licite sur le rapport relatif aux heures de travail/sur le rapport relatif au travail ou s'écarte de la durée du travail contractuellement convenue	110
3.8.14.3 Réglementation des heures de travail supplémentaires et du travail supplémentaire	111
3.8.15 Temps d'essai	112
3.8.16 Indemnités de vacances et pour jours fériés	113
3.8.17 Salaire en cas d'empêchement du travailleur	113
3.8.17.1 Réglementation de base	113
3.8.17.2 Autre solution équivalente	115
3.8.17.3 Réglementation en cas d'assurance obligatoire	116
3.8.18 Assurance-accidents	116
3.8.19 Déductions pour la caisse de pension	117
3.8.20 Parenthèse : vue d'ensemble des assurances sociales obligatoires pour le travailleur	118
3.8.21 Allocations familiales	124
3.8.22 Droit au salaire en cas de grève	124
3.8.23 Validité des conventions collectives de travail	125
3.8.24 Accords nuls et non avenus (art. 19, al. 5 LSE) et clause prohibant la concurrence	125
3.8.25 Nullité du contrat pour défaut d'autorisation (art. 19, al. 6 LSE)	126
3.8.26 Liste de contrôle pour l'examen des contrats de travail	126
3.8.27 For	127
3.8.28 Modèle de contrat de travail	127
3.8.28.1 Remarques à propos du travail temporaire	128
3.8.28.2 Remarques concernant le point « Prestations sociales »	128
3.8.28.3 Remarque à propos de la mise à disposition de travailleurs à titre principal	128
3.8.28.4 Remarque à propos de la mise à disposition occasionnelle de services	128

3.9	ARTICLE 20 LSE : CONVENTIONS COLLECTIVES DE TRAVAIL AVEC DÉCLARATION D'EXTENSION	128
3.9.1	Buts de l'article 20 LSE	128
3.9.2	Rapport entre l'article 19, alinéa 3 et l'article 20 LSE	129
3.9.3	Dispositions concernant le salaire et la durée du travail	130
3.9.3.1	Selon l'article 20 LSE et l'article 48a, alinéa 1 OSE, sont réputées dispositions concernant le salaire les prescriptions de la CCT étendue régissant	130
3.9.3.2	Selon l'article 48a, alinéa 2 OSE, sont réputées dispositions concernant la durée du travail les prescriptions de la CCT étendue régissant	131
3.9.4	Contributions aux frais de formation continue et aux frais d'exécution (art. 48b OSE)	131
3.9.5	Retraite anticipée (art. 48c OSE)	131
3.9.6	Contrôle du respect d'une CCT (art. 20 LSE et art. 48d OSE)	131
3.9.6.1	Contrôle	131
3.9.6.2	Conséquences d'un contrôle	133
3.9.7	Échange de données entre l'organe de contrôle de la CCT et l'autorité chargée de l'exécution de la LSE	133
3.9.8	Obligation de rendre compte et de présenter un rapport (art. 48e OSE)	133
3.9.9	Quelle CCT étendue s'applique en cas de changement de lieu de mission ?	134
3.9.10	Parenthèse : CCT Location de services	135
3.10	ARTICLE 21 LSE : TRAVAILLEURS ÉTRANGERS EN SUISSE	136
3.10.1	Quels sont les étrangers dont les services peuvent être loués ?	136
3.10.1.1	Location de services de ressortissants de l'UE/AELE primo-immigrants	136
3.10.1.2	Location de services de ressortissants de pays tiers primo-immigrants	136
3.10.2	Dans quels cas les services de ressortissants de pays tiers primo-immigrants peuvent-ils néanmoins être loués ?	137
3.10.2.1	Régime dérogatoire	137
3.10.2.2	Quelles sont les règles particulières à observer en cas de dérogation ?	138
3.10.2.3	Location des services de ressortissants de pays résidant déjà en Suisse	138
3.10.2.4	À qui appartient la compétence de demander et d'accorder l'autorisation de travail et de séjour pour les ressortissants de pays tiers ?	138
3.10.3	Subordination aux assurances sociales	139
3.10.4	Parenthèse : les incidences de l'Accord sur la libre circulation des personnes avec l'UE et de la modification de la Convention AELE sur le placement et la location de services	139

3.10.4.1	Admission d'entreprises de placement et de location de services ayant leur siège dans un État membre de l'UE ou de l'AELE	139
3.10.4.2	Admission de ressortissants des pays de l'UE et de l'AELE en qualité de travailleurs d'entreprises de placement ou de location de services	140
3.10.4.3	Conséquences de l'Accord pour les entreprises de placement et de location de services	140
3.10.4.4	La location de services à des prestataires de services étrangers	143
3.10.4.5	Conséquences de l'ALCP pour les ressortissants de l'UE / l'AELE qui veulent créer une entreprise de placement ou de location de services en Suisse	144
3.10.4.6	Mesures visant à prévenir les abus	144
3.10.4.7	En vertu de quelle base légale une autorisation fédérale de location de services est-elle exigée pour le recrutement de ressortissants de l'UE et de l'AELE ?	145
3.10.4.8	Quelles sont les conséquences juridiques si un bailleur de services non titulaire d'une autorisation fédérale engage des ressortissants de l'UE/AELE ?	146
3.11	ARTICLE 22 LSE : CONTRAT DE LOCATION DE SERVICES (ART. 50 OSE)	147
3.11.1	Généralités	147
3.11.2	Accords d'indemnisation en cas de transfert du travailleur à l'entreprise de mission (art. 22, al. 2 à 4 LSE)	147
3.11.3	Nullité pour défaut d'autorisation (art. 22, al. 5 LSE)	148
3.11.4	Le droit de résiliation du rapport de travail peut-il être cédé à l'entreprise de mission ?	148
3.11.5	La location de services ultérieure ou la sous-location de services est-elle licite ?	148
3.11.6	Quelles sont les règles particulières à observer en cas de location de services intragroupe ?	150
3.11.7	Différence entre travailleurs dont les services ont été loués et travailleurs détachés	152
3.11.8	Succursales internes dans le cas d'entreprises de location de services	153
3.11.9	Conséquences en cas de licenciement collectif	153
3.11.10	Le cas des « preferred suppliers » (fournisseurs privilégiés)	154
3.11.11	Liste de contrôle pour l'examen des contrats de location de services	155
3.11.12	Modèle de contrat de location de services	155
3.11.13	Tableau synoptique de la location de services	156
3.11.14	Parenthèse : services d'assistance et domestiques	157
3.11.15	Spécificité : placement et location de services dans la Principauté de Liechtenstein	158

4	AUTORITÉS	160
4.1	ARTICLE 31 LSE : AUTORITÉ FÉDÉRALE DONT RELÈVE LE MARCHÉ DU TRAVAIL	160
4.2	ARTICLE 32 LSE : CANTONS	160
4.3	ARTICLE 33 LSE : COLLABORATION (ART. 56 OSE)	160
4.4	ARTICLE 33A LSE : TRAITEMENT DE DONNÉES PERSONNELLES	161
4.4.1	Généralités	161
4.4.2	Données personnelles sensibles	161
4.5	ARTICLE 34 LSE : OBLIGATION DE GARDER LE SECRET	162
4.6	ARTICLE 34A LSE : COMMUNICATION DE DONNÉES (ART. 57 ET 57A OSE)	162
4.6.1	Généralités	162
4.7	ARTICLE 34B LSE : CONSULTATION DU DOSSIER (ART. 58 OSE)	164
4.8	ARTICLE 35B LSE : FICHIER DES ENTREPRISES DE PLACEMENT ET DE LOCATION DE SERVICES AUTORISÉES (ART. 59A OSE)	166
4.9	ARTICLE 39 LSE : DISPOSITIONS PÉNALES	166
4.9.1	Placement, location de services sans autorisation	166
4.9.2	Conséquences pénales pour les entreprises autorisées	166
4.9.3	Conséquences pénales pour les employeurs qui travaillent avec des entreprises non autorisées	167
4.9.4	Contrat écrit	167
4.9.5	Poursuite pénale	167
4.9.6	Vue d'ensemble des dispositions pénales de la LSE	168

Liste des tableaux

Tableau 1 :	
Montants des taxes et rémunérations maximum pouvant être prélevés dans le secteur au pair	64
Tableau 2 :	
Généralités sur les assurances sociales obligatoires	119
Tableau 3 :	
Obligation de cotiser	120
Tableau 4 :	
Débiteur des cotisations	120
Tableau 5 :	
Début de l'obligation de cotiser	121
Tableau 6 :	
Fin de l'obligation de cotiser	122
Tableau 7 :	
Contributions	123
Tableau 8 :	
Salaire assuré	124
Tableau 9 :	
Synoptique de la location de services	156
Tableau 10 :	
Vue d'ensemble des dispositions pénales de la LSE	168

Table des abréviations

Abréviation	Signification
AA	Assurance-accidents
AC	Assurance-chômage
ACF	Arrêté du Conseil fédéral étendant le champ d'application de la convention collective de travail de la branche du travail temporaire ; ACF 2016 3267
AELE	Association européenne de libre-échange
aff.	Affaire
AI	Assurance-invalidité
al.	Alinéa
ALCP	Accord du 21 juin 1999 entre la Confédération suisse, d'une part, et la Communauté européenne et ses Etats membres, d'autre part, sur la libre circulation des personnes ; RS 0.142.112.681
AM	Assurance militaire
ANP	Accident non professionnel
AP	Accident professionnel
APG	Allocation pour perte de gain
art.	Article
ASCO	Association Suisse des Cafés-Concerts, Cabarets, Dancings et Discothèques
ASR	Autorité fédérale de surveillance en matière de révision
ATF	Arrêt du Tribunal fédéral
AVS	Assurance-vieillesse et survivants
CCT étendue	Convention collective de travail étendue
CCT Location de services	Convention collective de travail de la branche du travail temporaire
CEE	Communauté économique européenne
cf.	Du latin « confer », reportez-vous à
chap.	Chapitre
CHF	Francs suisses
Chiff.	Chiffre

CJCE	Cour de justice de l'Union européenne
CO	Loi fédérale du 30 mars 1911 complétant le Code civil suisse (Livre cinquième : Droit des obligations) ; RS 220
cons.	Considérant
Convention AELE	Convention instituant l'Association européenne de libre-échange (AELE) ; RS 0.632.31
CP	Code pénal suisse du 21 décembre 1937 ; RS 311.0
CPC	Code de procédure civile suisse du 19 décembre 2008 ; RS 272
Cst.	Constitution fédérale du 18 avril 1999 de la Confédération Suisse ; RS 101
CV	Curriculum vitae
DEFR	Département fédéral de l'économie, de la formation et de la recherche
EEE	Espace économique européen
etc.	et cetera
ExLSE	Répertoire des entreprises de placement et de location de services titulaires d'une autorisation
FF	Feuille fédérale
LAA	Loi fédérale du 20 mars 1981 sur l'assurance-accidents ; RS 832.20
LACI	Loi fédérale du 25 juin 1982 sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité, loi sur l'assurance-chômage ; RS 837.0
LAFam	Loi fédérale du 24 mars 2006 sur les allocations familiales et les aides financières allouées aux organisations familiales, loi sur les allocations familiales ; RS 836.2
LAI	Loi fédérale du 19 juin 1959 sur l'assurance-invalidité ; RS 831.20
LAmal	Loi fédérale du 18 mars 1994 sur l'assurance-maladie ; RS 832.10
LAMat	Loi (cantonale genevoise) instituant une assurance en cas de maternité et d'adoption ; rsGE J 5 07
LAPG	Loi fédérale du 25 septembre 1952 sur les allocations pour perte de gain ; RS 834.1
LAVS	Loi fédérale du 20 décembre 1946 sur l'assurance-vieillesse et survivants ; RS 831.10
LCA	Loi fédérale du 2 avril 1908 sur le contrat d'assurance ; RS 221.229.1
LCR	Loi fédérale du 19 décembre 1958 sur la circulation routière ; RS 741.01
LDét	Loi fédérale du 8 octobre 1999 sur les mesures d'accompagnement applicables aux travailleurs détachés et aux contrôles des salaires minimaux prévus par les contrats-types de travail ; 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
LEI	Loi fédérale du 6 décembre 2005 sur les étrangers et l'intégration ; RS 142.20
let.	Lettre
LFA	Loi fédérale du 20 juin 1952 sur les allocations familiales dans l'agriculture ; RS 836.1
LIFD	Loi fédérale du 14 décembre 1990 sur l'impôt fédéral direct ; RS 642.11
LP	Loi fédérale du 11 avril 1889 sur la poursuite pour dettes et la faillite ; RS 281.1
LPD	Loi fédérale du 25 septembre 2020 sur la protection des données ; RS 235.1
LPGA	Loi fédérale du 6 octobre 2000 sur la partie générale du droit des assurances sociales ; RS 830.1
LPP	Loi fédérale du 25 juin 1982 sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité ; RS 831.40
LSE	Loi fédérale du 6 octobre 1999 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 ; RS 822.11
LTrans	Loi fédérale du 17 décembre 2004 sur le principe de la transparence dans l'administration ; RS 152.03
OACI	Ordonnance du 31 août 1983 sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité ; RS 837.02
OAPG	Ordonnance du 24 novembre 2004 sur les allocations pour perte de gain ; RS 834.11
OASA	Ordonnance du 24 octobre 2007 relative à l'admission, au séjour et à l'exercice d'une activité lucrative ; RS 142.201
Oem-LEI	Ordonnance du 24 octobre 2007 sur les émoluments perçus en application de la loi sur les étrangers et l'intégration, Tarif des émoluments LEI ; RS 142.209
OFIAMT	Office fédéral de l'industrie, des arts et métiers et du travail
OFRC	Office fédéral du registre de commerce
OLAA	Ordonnance du 20 décembre 1982 sur l'assurance-accidents ; RS 832.202
OLCP	Ordonnance du 22 mai 2002 sur la libre circulation des personnes entre la Suisse et l'Union européenne et ses États membres, entre la Suisse et le Royaume-Uni, ainsi qu'entre les États membres de l'Association européenne de libre-échange, Ordonnance sur la libre circulation des personnes ; RS 142.203

Olico	Ordonnance du 24 avril 2002 concernant la tenue et la conservation des livres de comptes ; RS 221.431
OLT 1	Ordonnance 1 du 10 mai 2000 relative à la loi sur le travail ; RS 822.111
OPA	Ordonnance du 19 décembre 1983 sur la prévention des accidents et des maladies pro-fessionnelles, 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
ORC	Ordonnance du 17 octobre 2007 sur le registre du commerce ; RS 221.411
ORP	Office régional de placement
OSE	Ordonnance du 16 janvier 1991 sur le service de l'emploi et la location de services ; RS 823.111
PA	Loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative ; RS 172.021
p. ex.	Par exemple
PFPDT	Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence
PP	Prévoyance professionnelle
Pratique VSI	Revue de la caisse de compensation
RAVS	Règlement du 31 octobre 1947 sur l'assurance-vieillesse et survivants ; RS 831.101
resp.	respectivement
RGPD	RÈGLEMENT (UE) 2016/679 DU PARLEMENT EUROPÉEN ET DU CONSEIL du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/46
RH	Ressources humaines
RO	Recueil officiel
RS	Recueil systématique du droit fédéral
SECO	Secrétariat d'Etat à l'économie
SEM	Secrétariat d'Etat aux migrations
ss	et suivants
SUVA	Caisse nationale suisse d'assurance en cas d'accidents
TAF	Tribunal administratif fédéral
TFA	Tribunal fédéral des assurances
UE	Union européenne



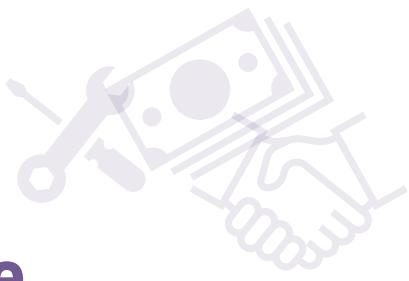
1 But

1.1 ARTICLE 1 LSE : BUT DE LA LOI

La loi vise à

- régir le placement privé de personnel et la location de services (let. a) ;
- assurer un service public de l'emploi qui contribue à créer et à maintenir un marché du travail équilibré (let. b, ce but ne fait pas l'objet des présents commentaires et directives) ;
- protéger les travailleurs qui recourent au placement privé de personnel, au service public de l'emploi ou à la location de services (let. c).

Cet article relatif aux buts fait office de ligne directrice pour l'interprétation de chacun des articles suivants. La lettre c pose, dans ce domaine, les bases d'une surveillance de police du commerce pour le placement privé de personnel et la location de services. Les dispositions spécifiques de droit public énoncées par la LSE qui dépassent le cadre des prescriptions du droit des obligations en matière de protection des travailleurs, permettent d'obtenir un effet préventif aux fins de la protection des demandeurs d'emploi et des salariés. Il peut aussi être tenu compte, en particulier, du besoin de protection accru des travailleurs dont les services sont loués qui résulte des spécificités de la location de services.



2 Le placement privé de personnel

2.1 ARTICLE 2 LSE : ACTIVITÉS SOUMISES À AUTORISATION (ART. 1 À 7 OSE)

Quiconque exerce une activité de placeur est soumis aux règles de la LSE. Sont assujetties au régime de l'autorisation les personnes qui pratiquent le placement régulièrement et contre rémunération.

2.1.1 QUI EST RÉPUTÉ PLACEUR ?

La loi considère comme placeur quiconque, qui :

- a) en vue de conclure un **contrat de travail** ou
- b) aux fins de **représentations artistiques ou de manifestations semblables**,
- c) **met en contact** employeurs et demandeurs d'emploi

a) Contrat de travail

Le but de la mise en contact doit être la conclusion d'un contrat de travail entre l'employeur et le demandeur d'emploi au sens des articles 319 et suivants CO. Lorsque le demandeur d'emploi est placé à l'étranger, le contrat de travail peut également reposer sur la législation du pays de placement.

Il n'y a pas placement de personnel au sens de la LSE lorsque deux parties sont mises en contact afin de conclure un contrat d'entreprise ou un mandat, ou encore lorsqu'un travailleur est loué à une entreprise locataire de services qui, en tant que telle, n'est pas employeur au sens du CO.

Le placement de membres de conseil d'administration est en règle générale un placement de personnel aux yeux de la loi. Près de trois quarts des délégués de conseil d'administration sont employés par leur société dans le cadre d'un contrat de travail et perçoivent un salaire à ce titre. Le salaire perçu en tant qu'employé constitue la principale forme de rémunération d'un délégué de conseil d'administration (cf. Roland Müller, *Der Verwaltungsrat als Arbeitnehmer* « Le salariat au sein des conseils d'administration », Zurich 2005, tableau 18, p. 127).

b) Représentations artistiques ou manifestations semblables (art. 4 OSE)

Le type de contrat (contrat d'entreprise, mandat, contrat de travail) en vertu duquel une personne est tenue à des prestations publiques ne joue aucun rôle quant à l'obligation de bénéficier de l'autorisation visée à l'article 2, alinéa 2 LSE. Il y a toujours placement au sens de la loi lorsqu'un responsable de manifestation (organisateur, direction, etc.) est mis en contact avec une personne engagée à fournir des prestations artistiques ou d'autres prestations analogues. Le fait que la seconde travaille en qualité d'indépendant ou de salarié du premier ne revêt donc aucune importance.

Constituent des « représentations artistiques ou des manifestations semblables » au sens de la LSE des activités telles que celles de chanteur, musicien, acteur, danseur, artiste, discjockey, conférencier, modèles (mannequins/photomodèles), etc.

2

Peu importe en l'occurrence que les artistes se produisent seuls ou en groupe.

Les conférences scientifiques ou les lectures publiques données par des auteurs ne constituent pas des représentations artistiques ou des manifestations semblables au sens de la LSE. De même, le placement de photographes ou de maquilleurs indépendants n'est pas un placement d'artiste, car il ne s'agit pas non plus d'une prestation artistique ou similaire.



Remarque :

Les modèles ont habituellement le statut de travailleurs indépendants. C'est donc à eux qu'incombe le soin d'acquitter leurs cotisations sociales. Dans la pratique, il arrive que leur agence s'en charge à leur place. Mais cela ne fait pas encore d'elles des bailleresses de services au sens des articles 12 et suivants LSE. Tel ne serait le cas qu'à partir du moment où elles concluraient un contrat de travail avec les modèles. Les modèles n'exercent d'activité indépendante que s'ils ne se trouvent pas dans une relation de subordination vis-à-vis du client. Toutefois, pour que cela soit reconnu aux yeux de la sécurité sociale, le modèle doit être en mesure de prouver qu'il a été reconnu comme tel par une caisse de compensation AVS. Dans le cas contraire, il devra être considéré comme employé du client, cf. 2.8.3.1.

c) Mise en contact (art. 1 OSE)

Le placement de personnel est, à proprement parler, une activité de courtage consistant à indiquer au client des personnes susceptibles d'être intéressées et la possibilité de conclure un contrat. Il comprend la recherche et la sélection de potentielles parties au contrat, et il est considéré par la loi comme accompli dès le moment où une partie a été informée qu'elle aurait la possibilité de conclure un contrat de travail avec l'autre partie. Même si le contrat de travail n'est pas conclu par la suite, le courtier a agi en tant que placeur. Il ne lui est donc pas possible de se soustraire au champ d'application de la LSE en faisant valoir que le contrat n'a pas été conclu ou que le demandeur d'emploi n'a jamais occupé le poste de travail en cause chez l'employeur. Toutefois, la commission n'est due qu'à partir du moment où le placement a abouti à la conclusion d'un contrat (art. 9, al. 2 LSE).

Est considéré comme placeur quiconque met en contact l'employeur et le demandeur d'emploi. La notion de « mise en contact » telle que la loi l'utilise doit être comprise dans un sens très large. Il faut entendre par là tout acte ayant pour finalité de faire savoir à une partie qu'une ou plusieurs autres parties sont intéressées par la conclusion d'un contrat avec elle. L'acte de la mise en contact ne se borne pas à établir un contact physique dans le bureau du placeur, mais consiste aussi en la transmission ou la remise d'adresses personnelles, de numéros de boîtes postales, d'annonces anonymes, de coordonnées téléphoniques ou de listes complètes d'adresses de personnes intéressées. Un code peut également être assimilé à une « adresse » au sens de l'article 1, lettre d'OSE. Ce qui compte est que cette indication permette d'établir le contact avec un potentiel co-contractant. Constitue déjà un acte de mise en contact, en particulier, le fait d'offrir à un demandeur d'emploi la possibilité de communiquer ses coordonnées et à un employeur de diffuser une offre d'emploi au moyen d'un moteur de recherche Internet, et de leur permettre ainsi à tous deux d'en prendre mutuellement connaissance. **Peu importe, en l'occurrence, que le rapprochement entre les deux parties soit opéré par les intéressés eux-mêmes, par un collaborateur du gestionnaire du site ou automatiquement par un ordinateur.** Dès lors qu'une activité entre dans le champ d'application de l'article 1 OSE, la personne qui agit est réputée placeur indépendamment de la désignation commerciale ou du titre qu'elle se donne (placeur, conseiller, chasseur de têtes, etc.). Il est également sans importance qu'elle exerce cette activité à titre principal ou accessoire.

2

Important :

1. Le but du placement de personnel est la conclusion d'un contrat. Un placeur intervient exclusivement en amont et n'assume aucune tâche d'employeur pendant la durée du contrat de travail établi. Si le placeur exerce néanmoins des activités, ces services doivent être matériellement proches du placement. C'est par exemple le cas du conseil en organisation, en entreprise ou en carrière individuelle (arrêt du Tribunal fédéral du 2 novembre 2018, 2C_132/2018, cons. 4.2.2). Si un placeur vient à prendre en charge d'autres activités, telles que la comptabilité des salaires, la déclaration auprès des assurances sociales ou la demande d'autorisation de travail, il est à qualifier de bailleur de services et doit solliciter l'autorisation correspondante.
2. Les négociations contractuelles entrent toujours dans l'activité de placement à proprement parler, et ne constituent pas des prestations de service faisant l'objet d'un arrangement spécial au sens de l'article 9, alinéa 1 LSE. Elles ne peuvent donc être facturées en sus, au-delà du montant maximum de la commission, au demandeur d'emploi. Tout placement ayant pour but la conclusion d'un contrat de travail constitue donc une activité où le placeur a pour rôle non seulement de mettre des parties en contact, mais aussi de parvenir à la signature d'un contrat.

Particularités :

Placement sur Internet

En principe, un contact purement électronique via un site Internet constitue déjà une mise en contact au sens de l'article 1, lettres a, b et c OSE.

- Les agences sur le site Internet desquelles demandeurs d'emploi et employeurs peuvent s'annoncer et sont mis en contact par le système informatique tombent sous le coup de l'article 1, lettre a OSE (« met les deux parties en relation après une opération de sélection »).
 - Les agences sur le site Internet desquelles demandeurs d'emploi et employeurs peuvent consulter leurs coordonnées réciproques et entrer ainsi en relation tombent sous le coup de l'article 1, lettre b OSE (« met en relation les deux parties en fournissant à l'une des listes d'adresses de l'autre »).
 - Dans les deux cas susmentionnés, ces agences tombent de surcroît sous le coup de l'article 1, lettre d OSE, car leur site Internet doit être considéré comme un organe de publication spécialisé, normalement non lié à une partie journalistique principale, et dans lequel il est fait commerce d'adresses de demandeurs d'emploi ou d'employeurs.
- **Le placement sur Internet est donc également un placement de personnel au sens de la LSE ! Ces explications valent également pour le placement par le biais d'une application.**

Contact avec une seule des deux parties

Peut également être réputé placeur celui qui entre en contact avec une seule des deux futures parties au contrat (art. 1, let. c et d OSE).

Mise en contact d'entreprises de placement

L'article 1, lettre e OSE assujettit également à l'autorisation les personnes qui n'exécutent qu'une partie des négociations de placement. Son but est d'éviter que cet artifice puisse être utilisé pour échapper au régime de l'autorisation. L'assujettissement est aussi le seul moyen de garantir que le demandeur d'emploi n'aura à payer la commission qu'une seule fois.

2

- Les agences de placement ne peuvent engager du personnel que dans le cadre d'un contrat de travail. Un indépendant (ou « freelancer ») intervenant pour une agence de placement doit être lui-même titulaire d'une autorisation de placement.

2.1.1.1 FORMES SOUS LESQUELLES SE PRÉSENTE LE PLACEMENT

Les « chercheurs exécutifs » et les chasseurs de têtes (headhunters) pratiquent en règle générale la mise en contact (mise en contact des deux parties, sélection).

Les conseillers en personnel ou en gestion d'entreprise ne pratiquent pas toujours la mise en contact, car ils n'ont souvent de contacts qu'avec l'une des parties. Tant qu'ils se bornent à conseiller, ils ne tombent pas sous le coup de la LSE. Mais dès qu'ils pratiquent également, dans le cadre de leur activité de conseiller, la mise en contact en vue de la conclusion de contrats de travail entre les parties intéressées, ils sont réputés placeurs.

Les agents artistiques sont en principe des placeurs.

Exceptions :

1. Lorsque l'agent est engagé par l'artiste en vertu d'un contrat de travail au sens du CO, il agit alors au nom de l'artiste en qualité d'auxiliaire de celui-ci (la recherche d'un partenaire contractuel pour soi-même ne constitue pas un placement). En revanche, l'agent lié par mandat (qui se trouve ainsi être le placeur) ne perd pas sa qualité de placeur même s'il conclut aussi le contrat d'engagement en tant que représentant de l'artiste et pour le compte de celui-ci.
2. Les personnes qui organisent entièrement une manifestation en leur propre nom et à leurs propres risques ou qui sont mandatées par un tiers pour l'organiser en tout ou partie agissent en qualité d'employeurs ou de mandants, et non en tant que placeurs, lorsqu'elles engagent elles-mêmes des artistes dans le cadre de cette fonction.

2.1.1.2 IL N'Y A PAS, EN PRINCIPE, PLACEMENT DE PERSONNEL SOUMIS À AUTORISATION AU SENS DE LA LSE DANS LES CAS SUIVANTS :

Selon l'article 6 OSE, en cas d'activité de placement exercée gratuitement par

- a. des institutions de formation qui se bornent exclusivement à placer leurs élèves après que ceux-ci ont obtenu un diplôme final reconnu par l'État ou par une organisation professionnelle représentative ; et
- b. des employeurs qui placent leurs employés. En revanche, toute personne qui demande une rémunération à l'employeur est soumise à autorisation.

L'aspect de la gratuité se réfère à l'employé ; aucune rémunération ne peut être exigée de lui.

Conformément à leur déontologie, les conseillers en outplacement n'entretiennent de contacts qu'avec les demandeurs d'emploi et leur ex-employeur, et non avec de nouveaux employeurs potentiels. Ils n'ont donc pas coutume de mettre des employés et des employeurs en contact. En règle générale, le conseiller en outplacement perçoit sa rémunération indépendamment du fait que ses efforts permettent ou non au demandeur d'accéder à un nouvel emploi. Il n'y a donc pas, en principe, activité de placement soumise à autorisation.

2

Le **Try and Hire** (pré-embauche) est habituellement pratiqué par des entreprises de location de services qui mettent temporairement leur personnel au service de leur client. Pour la rémunération, l'article 22, alinéas 3 et 4 LSE fait foi. Même si le bailleur place son travailleur temporaire, il n'a pas besoin, conformément à l'article 6, lettre b OSE, d'une autorisation de placement en plus de son autorisation de location de services (voir ci-dessus ; sauf si l'employeur perçoit de l'employé une rémunération à ce titre).

Le **placement de célébrités** n'est pas considéré comme une activité de placement au sens de la LSE dès lors que ces personnes ont uniquement à faire acte de présence lors des manifestations ou rencontres. Il en va de même pour le placement de services d'escorte. En règle générale, celui-ci consiste en une simple offre d'accompagnement pour une durée déterminée. Les services érotiques ne sont, en principe, qualifiés ni en prestations de travail ni en représentations artistiques ou manifestations semblables, et n'entrent donc pas davantage dans le champ d'application de la LSE. La doctrine dominante veut que les services érotiques ne soient pas fournis dans le cadre d'un contrat de travail traditionnel ; on a ici plutôt affaire à un « *contrat sui generis* semblable à un contrat de travail ».

Il faudra porter une appréciation différente si la personne placée fournit une prestation de travail (consistant par exemple à animer une manifestation) et qu'elle est de ce fait soumise aux instructions de l'organisateur, ou si elle réalise une prestation artistique en plus de sa simple présence.

Annonceurs avec ou sans partie principale journalistique

L'**éditeur d'un organe de publication** qui n'est pas lié à une partie principale journalistique et dans lequel il est fait commerce d'adresses de demandeurs d'emploi ou d'employeurs est considéré comme placeur (art. 1, let. d OSE). Le commerce d'adresses sous forme de journal d'offres d'emploi constitue une activité de placement, car les données personnelles de demandeurs d'emploi ou l'emploi vacant d'un employeur sont insérés dans un organe de publication ne comportant pas de partie principale journalistique. Il en va de même des produits journalistiques publiés dans des médias électroniques. Une vigilance spéciale doit être vouée, dans ces cas-là, à la protection des données (cf. aussi 2.6.4). Pour établir s'il y a ou non partie principale journalistique, il convient de considérer les points suivants :

- a) Le **produit journalistique doit occuper une place nettement plus importante**, c'est-à-dire constituer l'objectif principal. L'éditeur ne peut chercher à donner le change en gonflant artificiellement la partie journalistique par rapport à la partie annonces ou demandes d'emploi, par exemple en utilisant des caractères plus grands ou d'autres moyens graphiques. La partie journalistique doit être réellement prépondérante sur le plan du contenu. S'agissant de sites Internet, un sommaire des imprimés ne constitue pas une partie journalistique.
- b) Il y a **également** placement lorsque la publication comporte, **outre les offres et les demandes d'emploi, d'autres types d'annonces** ayant trait p. ex. à des appartements, des immeubles, des automobiles, etc., **sans** présenter de **partie principale journalistique** ; et cela même si les offres d'emploi occupent moins de place que les autres annonces.
- c) Dans le cas d'Internet, le fait que les intéressés peuvent accéder directement aux annonces d'emploi ne suffit pas à lui seul à affirmer que l'on est en face d'une activité de placement soumise à autorisation. La réponse est non si le site est lié à une partie principale journalistique et ne constitue manifestement qu'une sous-adresse de cette partie principale. Si, en revanche, les annonces d'emploi ont leur propre mise en page et adresse web, on sera en présence d'une activité de placement soumise à autorisation.

2

S'il est établi, à la lumière des critères susmentionnés, qu'il n'y a pas de partie principale journalistique, l'éditeur de l'organe de publication doit être considéré comme placeur soumis à la LSE.



Exemple :

Les entreprises proposant des emplois ou diffusant des demandes d'emploi à la radio ou à la télévision, agissent en qualité de placeurs. Par contre, la radio ou la télévision ne sont normalement pas des placeurs (sauf s'il s'agit d'un émetteur publicitaire particulier) dans la mesure où son activité comprend une partie principale journalistique.

2.1.1.3 CANAUX DE PLACEMENT (ART. 1A OSE)

L'alinéa 1 énumère, dans une liste non exhaustive, les médias les plus courants par lesquels peuvent être opérés des placements. Ceci est nécessaire pour éviter d'entendre uniquement sous ce terme l'activité de placement traditionnelle par l'entremise d'une agence de placement ou d'une feuille d'annonces. Or, une activité de placement ne se limite pas seulement à ces deux possibilités.

L'alinéa 2 interdit d'accorder l'autorisation aux médias dont les demandeurs d'emploi ne peuvent pas connaître d'avance le contenu ; cela d'autant plus qu'il serait difficile de contrôler si ces médias respectent les prescriptions de l'OEmol-LSE. Le placement via des numéros de téléphone payants, par exemple, ne peut être autorisé que si la possibilité est donnée au demandeur d'emploi, par un moyen approprié, de recevoir d'abord la liste des offres d'emplois et d'accéder ensuite directement aux offres qui l'intéressent de manière à ce qu'il puisse évaluer approximativement ses coûts téléphoniques et économiser des communications inutiles. Cela vaut également pour le placement par Internet. Le demandeur d'emploi doit recevoir une liste de l'ensemble des offres et avoir la possibilité d'accéder directement aux offres qui l'intéressent. Le principe énoncé par la LSE vise à protéger le demandeur d'emploi contre le risque d'exploitation.

2.1.2 QUELLES SONT LES ACTIVITÉS SOUMISES À AUTORISATION ? (ART. 1 À 7 OSE)

Est soumis à autorisation quiconque pratique le placement régulièrement et contre rémunération.

Les conditions dont dépend l'autorisation se rapportent aux trois types de placement mentionnés à l'article 2 LSE :

- a. le placement en vue de la conclusion de contrats de travail (art. 2, al. 1 LSE),
- b. le placement de personnes pour des représentations artistiques ou des manifestations semblables (art. 2, al. 2 LSE) et
- c. le placement de personnel de et à l'étranger (art. 2, al. 3 LSE).

LES DIFFÉRENTS ÉLÉMENTS :

2.1.2.1 NOTION DE RÉGULARITÉ (ART. 2 OSE)

La définition donnée à l'article 2 OSE comporte aussi bien un aspect qualitatif (let. a) qu'un aspect quantitatif (let. b). L'activité de placement est réputée régulière si l'une des deux conditions suivantes est remplie (condition alternative) :

2

Lettre a :

La volonté d'offrir de manière répétée ses services de placeur est le critère déterminant de la régularité. Cette volonté se manifeste notamment par l'inscription de l'activité de placement au registre du commerce ou par des mesures organisationnelles en ce sens, en particulier la publication d'annonces publicitaires, l'impression de papier à lettre ou de cartes de visite ou l'exploitation d'un site web, qui permettent d'en conclure au lancement d'une telle activité. L' « offre » d'exercer la fonction de placeur intervient non seulement dans le cadre des exemples précités, mais aussi par tout geste signalant la volonté de répondre à une demande en ce sens. En vertu de ces bases légales, les placeurs professionnels étrangers, qui invoquent souvent l'argument de placements sporadiques en Suisse, tombent également dans le champ d'application de la LSE.

Lettre b :

L'activité de placement est régulière lorsque le placeur l'a exercée à dix reprises au moins au cours des douze derniers mois. Le fait de placer à une seule occasion un groupe de plusieurs personnes doit compter pour un acte de placement. En revanche, le fait de placer plusieurs fois la même personne constitue plusieurs placements.

Important :

dès lors, une interprétation à la lettre de l'article 2, lettre b OSE, voudrait qu'un placeur qui effectue, en l'espace de douze mois, neuf placements en Suisse et neuf placements à l'étranger ne soit pas considéré comme exerçant régulièrement le placement ni en Suisse ni à l'étranger. Cette solution paraît cependant inéquitable, car une activité de placement aussi intense est signe que l'intéressé est manifestement prêt à pratiquer le placement à de multiples reprises. Dans le cas d'espèce, il convient donc de retenir pour critère sa volonté au sens de l'article 2, lettre a OSE et non pas le nombre des placements effectués.

2.1.2.2 RÉMUNÉRATION (ART. 3 OSE)

Le simple remboursement de débours représente déjà une rémunération. Peu importe que la rémunération soit versée par le demandeur d'emploi, l'employeur ou une tierce personne. Le seul élément déterminant est qu'il s'agisse en l'occurrence d'un paiement dont la cause est le placement. Si un placeur opérant via Internet se finance exclusivement au moyen de bannières publicitaires, il n'y a donc pas de placement contre rémunération au sens de la LSE.

2.1.3 PLACEMENT À L'ÉTRANGER (ART. 5 OSE)

2.1.3.1 GÉNÉRALITÉS

La notion de placement de et à l'étranger selon la LSE recouvre quatre cas de figure :

Suisse – étranger :

Un emploi est procuré à l'étranger à un demandeur d'emploi qui séjourne en Suisse.

Étranger – Suisse :

Un emploi en Suisse est procuré à un demandeur d'emploi qui séjourne à l'étranger. Ce cas de figure inclut le placement d'un frontalier dont ce sera le premier emploi en Suisse.

2

Entre également dans cette catégorie par exemple le placement de danseuses de cabaret qui séjournent déjà en Suisse et qui sont titulaires d'un permis L pour les engagements courants. Toutefois, le permis L ne leur ouvre l'accès au marché du travail suisse que pour une courte période et pour des engagements précis. À l'expiration de ce permis, elles seront à nouveau traitées, du point de vue du marché du travail indigène, comme si elles se trouvaient à l'étranger. **En conséquence, quiconque veut placer ces danseuses en Suisse doit avoir une autorisation, délivrée par le SECO, de pratiquer le placement transfrontalier.** Suite à la suppression du statut de danseuse au 1^{er} janvier 2016, l'exercice d'une activité lucrative est devenu impossible pour les danseuses de cabaret non issues d'un État membre de l'UE ou de l'AELE.

Etranger – étranger :

Un emploi à l'étranger est procuré à un demandeur d'emploi qui séjourne à l'étranger. Cette activité de placement ne tombe sous le coup de la LSE que s'il existe un lien suffisant entre la Suisse et l'activité du placeur. C'est notamment le cas lorsque le placeur est établi en Suisse et qu'une partie au moins des opérations de placement a lieu en Suisse ou que le droit suisse est applicable aux obligations contractuelles liant le placeur et le demandeur d'emploi ou l'employeur. Si le placeur est basé en Suisse, on peut partir du principe que les deux situations décrites sont données. Sinon il n'y aurait aucune raison pour le placeur d'avoir son siège en Suisse et de bénéficier ainsi de la sécurité juridique correspondante. De plus, l'aspect local n'a plus beaucoup de poids aujourd'hui, car il est possible de travailler à distance pour une entreprise depuis n'importe quel endroit grâce à Internet et le résultat de l'intermédiation (par ex. les revenus) se fera quand même en Suisse.

Suisse – Suisse :

Un demandeur d'emploi qui séjourne en Suisse est placé en Suisse. Ce type de placement est réputé placement intéressant l'étranger lorsque le demandeur d'emploi est un étranger **qui séjourne déjà en Suisse** mais n'est pas encore autorisé à y exercer une activité lucrative. Cela vaut par exemple pour les touristes, les écoliers, les étudiants ou les demandeurs d'asile (art. 2, al. 4 LSE).

Il y a également placement intéressant l'étranger dans le cas des résidents de courte durée (permis L), ces derniers n'étant admis sur le marché du travail suisse que pour la durée d'une mission ou d'un contrat de travail concret. Comme le montre l'exemple des danseuses de cabaret, le placement de résidents de courte durée (permis L) concerne toutefois le cas étranger-Suisse.

N'est pas réputé placement intéressant l'étranger le placement de ressortissants de l'UE/AELE qui sont déjà en possession d'un permis C, B ou G. Les ressortissants de pays tiers n'entrent pas non plus dans le cadre du placement intéressant l'étranger s'ils disposent d'un permis C ou d'un permis B établi aux fins de l'exercice d'une activité salariée sans conditions.

De même, les étrangers admis à titre provisoire et les réfugiés admis à titre provisoire avec un permis F ne sont pas concernés par le placement à l'étranger, car ils sont autorisés à exercer une activité lucrative.

La nationalité de la personne placée ne joue un rôle que dans le quatrième cas (Suisse-Suisse). Dans les trois autres cas, il est sans importance que la personne placée soit suisse ou étrangère.

2.1.3.2 LE CAS SPÉCIAL DU PLACEMENT PAR INTERNET

Internet étant utilisable dans le monde entier, il rend en principe possible un placement transfrontalier à tout moment. Pour autant, les agences opérant par Internet ne souhaitent pas toutes faire

2

du placement transfrontalier. Les placeurs opérant par Internet doivent donc être traités comme les autres placeurs, c'est-à-dire en se fondant sur les déclarations faites dans leur dossier de demande d'autorisation et non en présumant d'emblée qu'ils pratiquent le placement intéressant l'étranger. Ils n'ont donc pas toujours besoin d'une autorisation fédérale. Toutefois, dès le moment où ils souhaitent opérer à l'échelle transfrontalière, ils doivent demander ladite autorisation. Faute de quoi ils se rendraient coupables d'infraction selon l'article 39, alinéa 1, lettre a LSE.

→ **Les commentaires ci-après s'appliquent également à la location de services :**

2.1.4 SUCCURSALES, SECTIONS D'ÉTABLISSEMENT, SIÈGE PRINCIPAL ET FILIALES

Selon la structure juridique et économique d'une entreprise, on distingue entre :

- siège principal
- filiale
- succursale
- section d'établissement

Les **filiales** sont des entreprises juridiquement indépendantes du siège principal ; elles sont **toujours soumises à autorisation**.

Sont réputées succursales selon la jurisprudence relative à l'article 935 CO les entreprises qui, bien que juridiquement dépendantes du siège principal, c'est-à-dire appartenant à la même personne morale ou société, jouissent néanmoins d'une certaine autonomie économique et peuvent et doivent par conséquent être inscrites au registre du commerce. Non seulement les entreprises juridiquement indépendantes (sièges principaux, filiales) **mais également les succursales sont soumises à autorisation**. Une distinction est faite, dans le cadre de la procédure d'autorisation, entre les succursales qui ne sont pas domiciliées dans le même canton que le siège principal et celles qui se trouvent dans le même canton (cf. 2.3.1.1).

En revanche, les parties d'entreprise qui ne remplissent pas les critères d'une succursale au sens de l'article 935 CO, faute d'une autonomie économique suffisante, ne sont considérées que comme des sections d'établissement. Les sections d'établissement doivent être mentionnés comme adresses commerciales supplémentaires dans l'autorisation délivrée au siège principal ou à une succursale. **Elles n'ont pas besoin d'avoir leur propre autorisation** si elles sont basées dans le même canton que le siège principal ou une succursale.

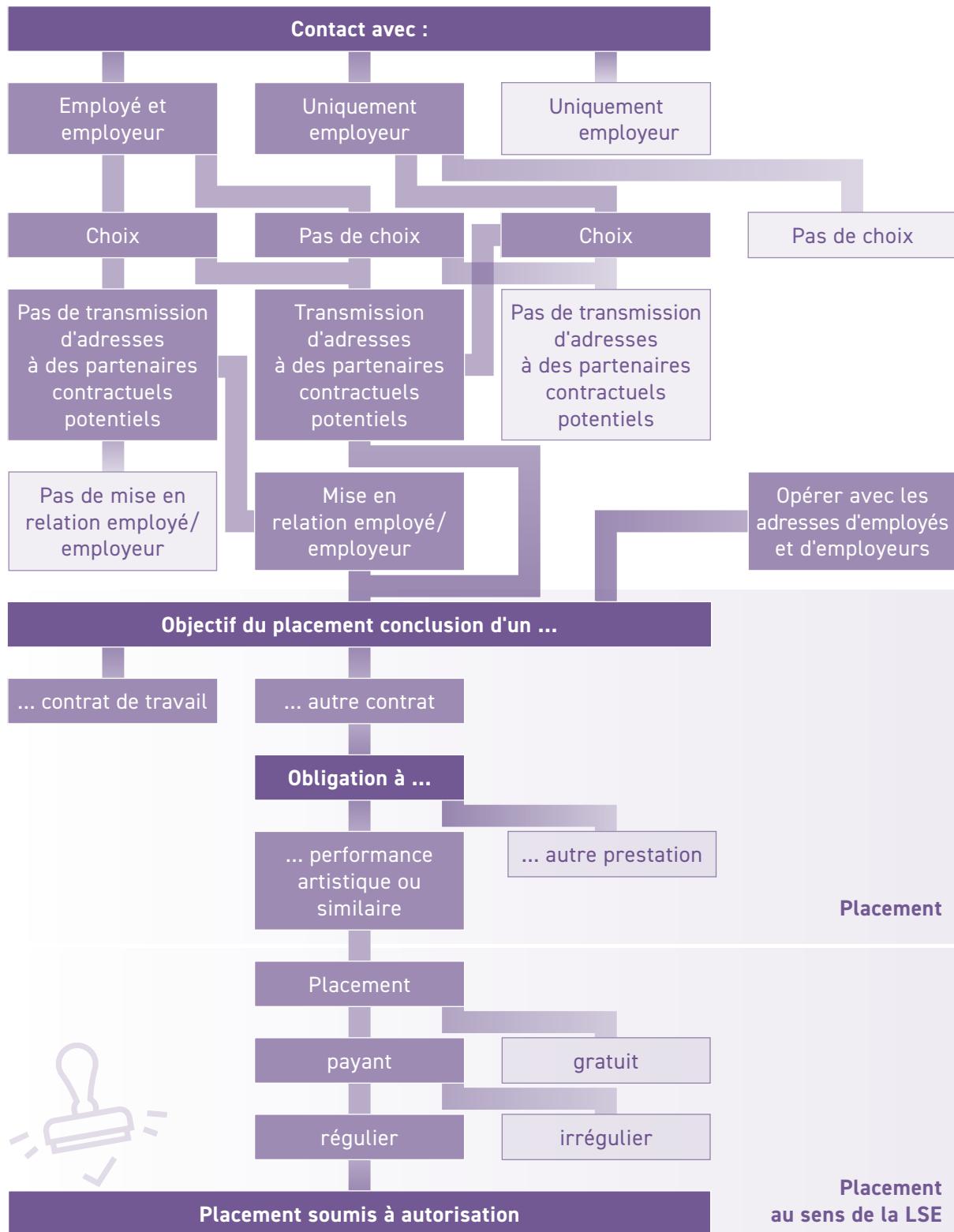
Il en résulte :

Une section d'établissement suppose la présence du siège principal ou de la succursale dans le même canton. En d'autres termes, la gestion d'une section d'établissement dans un canton où ne sont domiciliés ni un siège principal ni une succursale de la même entreprise, n'est pas autorisée. Dans ce cas, il faut que la section d'établissement cesse son activité ou bien qu'elle soit transformée en succursale pouvant faire l'objet d'une inscription au registre du commerce, et devant en conséquence demander une autorisation propre.

En ce qui concerne l'octroi de l'autorisation, nous renvoyons à 2.3.

2

2.1.5 VUE D'ENSEMBLE DU RÉGIME DE L'AUTORISATION



2

2.2 ARTICLE 3 LSE : CONDITIONS D'OCTROI DE L'AUTORISATION (ART. 8 À 12 OSE)

En principe, les commentaires qui suivent valent aussi pour la location de services au sens de l'article 13 LSE et des articles 32 à 41 OSE. Les règles s'appliquant spécifiquement à la location de services sont abordées dans le chapitre correspondant.

Tous les placeurs assujettis à l'autorisation en vertu de la LSE doivent satisfaire à l'intégralité des conditions fixées dans la LSE et l'OSE.

Exceptions :

Les bureaux de placement d'organisations professionnelles et d'institutions d'utilité publique n'ont pas besoin d'être inscrits au registre du commerce et sont libérés de l'obligation de justifier d'un local commercial approprié (art. 3, al. 4 LSE).

2.2.1 CONDITIONS AUXQUELLES DOIT RÉPONDRE L'ENTREPRISE (ART. 3, AL. 1 LSE, ART. 8 OSE)

2.2.1.1 INSCRIPTION AU REGISTRE SUISSE DU COMMERCE (LET. A)

L'entreprise doit être inscrite avec sa raison sociale. L'adresse indiquée doit être celle du lieu où l'entreprise exerce effectivement son activité (adresse de l'établissement). Les sections d'établissement qui dépendent d'elle peuvent, mais ne doivent pas forcément être inscrites.

À noter :

L'autorisation est octroyée individuellement pour chaque succursale. L'inscription au registre du commerce constituant l'une des conditions préalables à l'autorisation, il faut non seulement que le siège principal mais aussi que chaque succursale y soit enregistrée. Les requérants qui s'opposent à ces exigences ne peuvent, aux yeux de la LSE, bénéficier d'une autorisation (cf. aussi l'arrêt du Tribunal administratif fédéral du 18 mai 2016 relatif à l'activité de location de services exercée par XY Group SA, B-434/2015).

L'activité de placement de l'entreprise doit être mentionnée à la rubrique « But de l'entreprise », ou tout du moins ressortir en substance d'un terme générique. Dans ce dernier cas, l'autorité qui délivre l'autorisation peut exiger du demandeur un document dans lequel il déclare exercer aussi le placement.

Le nom de la personne figurant sur l'autorisation comme responsable de la gestion doit apparaître dans l'inscription au registre. L'obligation d'inscription découle de l'ORC, qui exige que les personnes habilitées à représenter la société soient mentionnées : Entreprise individuelle (art. 38, let. f), société en nom collectif et en commandite (art. 41, al. 1, let. g et al. 2, let. i), société anonyme (art. 45, al. 1, let. o), société en commandite par actions (art. 68, al. 1, let. o), société à responsabilité limitée (art. 73, al. 1, let. q), société coopérative (art. 87, al. 1, let. l), fondation (art. 95, al. 1, let. j).

Dans le cas de la succursale, il est stipulé à l'article 110, alinéa 1, lettre e ORC que la personne habilitée à représenter celle-ci doit être inscrite au registre du commerce si son pouvoir de représentation ne ressort pas de l'inscription du siège principal. Tel est en effet le cas lors-que ce pouvoir de représentation se limite à la succursale. Un pouvoir de représentation illimité au niveau du siège principal

2

s'étend aussi à la succursale, si bien qu'une inscription ne peut apparaître à cet endroit. En l'absence de mention au registre du commerce du siège principal, le responsable de la gestion peut être inscrit en sa fonction au registre du commerce de la succursale. Son pouvoir de représentation sera en ce cas limité à la succursale.

Si des marques sont utilisées pour certains services, il est recommandé à l'entreprise de formuler la description du but de manière à ce qu'il soit fait référence à une marque. Une telle inscription sert la transparence. En vertu de l'obligation d'utiliser la raison de commerce et le nom (art. 954a CO), la raison sociale portée au registre du commerce doit toujours figurer de manière complète et inchangée dans la correspondance, sur le site web, etc. vis-à-vis du public, et dans les contrats vis-à-vis des cocontractants. L'ajout de logos, de noms commerciaux ou d'indications analogues est possible. Si l'entreprise utilise une marque pour ses services, il convient de noter que l'utilisation isolée de la marque n'est pas autorisée.

Il faut donc toujours préciser, en cas d'emploi d'une marque, à quelle société celle-ci se rapporte.

- Sur le site web, l'information en question doit apparaître à la page d'accueil. Ceci sera exigé de l'entreprise avant toute délivrance d'une autorisation.
- La marque peut être inscrite dans EXLSE en tant que section d'établissement ; elle apparaît alors également dans le registre des entreprises agréées.
- Dans le registre du commerce, une inscription correspondante dans le but est également utile. La décision est laissée à l'entreprise.

Ces mesures permettent d'éviter des questions à ce sujet auprès des autorités d'exécution de la LSE.

2.2.1.2 LOCAL COMMERCIAL APPROPRIÉ (LET. B)

En principe, l'entreprise de placement doit au moins disposer d'un bureau à son usage exclusif et permanent, et avoir son nom à l'entrée du bureau et de l'immeuble ainsi que sur la boîte aux lettres. Cela vaut également pour les espaces de co-working.

Dans quelques branches, il est très rare que le placeur effectue ses activités dans ses propres locaux. En ce cas, le local commercial sera soumis à de moindres exigences. Un espace d'habitation pourra en certaines circonstances suffire, à condition toutefois qu'il s'agisse en l'occurrence d'une pièce strictement réservée à cette activité. L'autorité qui délivre l'autorisation peut exiger du demandeur une attestation du loueur confirmant qu'il est autorisé à exercer cette activité dans l'appartement. Une grande liberté est laissée aux cantons dans l'appréciation des cas d'espèce. Les prescriptions de la police sanitaire, de la police des constructions et de la police du commerce demeurent réservées. Il est aussi rappelé, en particulier, que la LPD exige, à son article 7, de protéger les données personnelles contre tout traitement illicite par des mesures organisationnelles et techniques appropriées.

La dénomination **espace de travail virtuel**, également appelé **bureau virtuel**, comme local commercial n'est en principe pas autorisée, car un bureau virtuel n'est généralement qu'une adresse pour une entreprise, dans laquelle on ne travaille en principe pas. Une présence commerciale acquise au moyen d'une adresse de bureau virtuel auprès d'un fournisseur d'espaces de travail peut néanmoins offrir plus qu'une adresse représentative, y compris une enseigne. Il est par exemple possible de faire appel à un service de traitement du courrier (la réception permet par exemple de gérer le courrier. Les réceptionnistes reçoivent les lettres, les paquets et les courriers). De plus, de telles installations offrent la possibilité d'utiliser les bureaux de manière ponctuelle, en fonction des besoins. De cette

2

manière, les entreprises pourraient travailler à partir d'un seul endroit, sans disposer de leur propre local commercial et sans pouvoir y accéder sur place. Un tel procédé ne correspond pas à la volonté du législateur et ne peut donc pas être autorisé. En revanche, s'il est possible d'occuper un local commercial complet et permanent sur le site de l'espace de travail virtuel, disposant de ses propres raccordements et répondant aux exigences de la protection des données, ce type de local commercial peut être autorisé.

L'utilisation d'une adresse *c/o* n'est pas non plus autorisée. L'entreprise de placement doit avoir sa propre adresse, sinon elle risque d'ouvrir une société dite "boîte aux lettres".

2.2.1.3 INTERDICTION D'EXERCER UNE ACTIVITÉ PRÉJUDICIALE (LET. C)

L'entreprise ne peut exercer en plus de son activité de placement d'autres activités professionnelles pouvant nuire aux intérêts des demandeurs d'emploi ou des employeurs (cf. aussi 2.8.3.2) :

L'article 8, alinéa 2 OSE exclut de manière impérative l'octroi d'autorisations aux entreprises qui exploitent certains établissements, les risques encourus étant considérés comme généralement trop élevés. La lettre d'étend l'interdiction non seulement aux personnes dirigeantes ce genre d'établissements mais aussi aux personnes employées dans ces derniers.

Cette réglementation vise en particulier les propriétaires et les gérants de cabarets qui désirent exploiter simultanément une agence de placement pour les danseuses de cabaret. La même personne ne peut assumer d'un côté la responsabilité du placement de danseuses et, de l'autre, la gestion du cabaret en qualité d'employeur de ces mêmes danseuses. Cela afin d'éviter que les danseuses soient dépendantes de leur employeur qui est en même temps leur placeur et plus particulièrement que cela entrave leur liberté de décision. Cette restriction touche également les copropriétaires.

Il est interdit à une personne ou à une entreprise possédant ou dirigeant un établissement de divertissement d'ouvrir une agence de placement, car les responsabilités ne sont pas clairement séparées sur le plan de la gestion, des locaux et du personnel. Les employés d'une agence de placement ne peuvent pas, eux non plus, travailler simultanément pour un établissement de divertissement. La direction de l'agence de placement doit être confiée à une personne qui n'a aucun lien avec la gestion du cabaret ou son propriétaire. Il convient de s'assurer en l'occurrence que l'entreprise de cabaret ne conserve aucun intérêt dans la nouvelle agence de placement, que ce soit par un associé ou par papiers-valeurs, et qu'elle ne se cache pas derrière un homme de paille. De même, le propriétaire ou le gérant d'une agence de placement ne peut détenir aucun intérêt dans un cabaret.



Remarque :

au 1er janvier 2016, le statut des danseuses de cabaret a été abrogé. Celui-ci prévoyait, à titre d'exception pour l'accès à la main-d'œuvre non qualifiée en provenance de pays tiers, que les danseuses de cabaret de pays tiers pouvaient travailler en tant que telles jusqu'à 8 mois par an au maximum.

Ces restrictions s'appliquent également aux agences matrimoniales, appelées aujourd'hui sites de rencontre (lettre b de l'art. 8 OSE), et aux établissements de crédit (lettre c de l'art. 8 OSE).

L'article 8, alinéa 1 OSE définit de manière abstraite le préjudice pouvant être subi par les demandeurs d'emploi et les employeurs. Se fondant sur cet alinéa, les autorités délivrant l'autorisation peuvent interdire dans d'autres cas à une entreprise d'exercer une activité de placement lorsqu'il existe des indices que le placeur pourrait établir un lien avec d'autres affaires commerciales de nature à entraver la liberté de décision de ses clients ou à accroître leur dépendance à son égard en leur imposant des

2

obligations supplémentaires. Ainsi, l'exercice d'activités commerciales, de service ou hôtelières ne constitue pas en principe un obstacle à l'octroi de l'autorisation. Toutefois, il peut le devenir dans certains cas d'espèce lorsque le placeur risque d'imbriquer les deux domaines en obligeant de surcroît le demandeur d'emploi ou l'employeur par exemple à louer un appartement coûteux ou à acheter chez lui des biens de consommation à un prix élevé. Autre exemple : le fait qu'une école de modèles place ses diplômés n'est pas préjudiciable en soi. Mais dès que l'agence s'arroge un monopole régional et ne place les modèles qu'après que ceux-ci ont suivi son cours, elle res-treint leur liberté de décision.

En vertu de l'article 3, alinéa 1, lettre c LSE et de l'article 8, alinéas 1 et 2 OSE pour ce qui est du placement, et de l'article 13, alinéa 1, lettre c LSE et de l'article 32, alinéa 1 OSE pour ce qui est de la location de services, les entreprises avaient déjà avant 2014 interdiction de pratiquer le placement ou la location de services auprès d'autres entreprises dont elles ne sont pas indépendantes.

Dans un souci de transparence, la dernière révision de l'OSE en date du 1er janvier 2014 a entraîné l'insertion du nouvel alinéa 3 à l'article 8 OSE et du nouvel alinéa 2 à l'article 32 OSE. Ainsi l'autorisation peut-elle être refusée aux placeurs ou bailleurs de services qui cherchent à placer des demandeurs d'emploi ou à louer les services d'employés à des personnes dont ils ne sont pas indépendants.

Par l'article 1, lettre c, l'OSE vise fondamentalement la protection des travailleurs qui recourent à des prestataires pratiquant le placement privé de personnel ou la location de services. Une telle protection n'est pas assurée lorsque le placeur ou le bailleur de services n'est pas indépendant de l'entreprise cliente auprès de laquelle il effectue le placement ou la location de services.

S'agissant du placement, le placeur a lui-même intérêt, par exemple, à négocier un salaire aussi élevé que possible pour le demandeur d'emploi puisque sa commission est liée au montant de ce salaire. À supposer maintenant que le placeur ait des liens avec l'entreprise cliente, le salaire risque de ne pas être négocié au plus haut niveau possible. Il existe aussi à d'autres égards un risque que tous les intérêts du demandeur d'emploi ne soient pas pris en considération.

S'agissant de la location de services, il y a également un risque que l'entreprise locataire de services fonde sa propre entreprise de location de services ou une entreprise de location de services soumise à son contrôle et que le manque d'impartialité du bailleur de services mette en péril les intérêts de l'employé. Dans de telles constellations, l'entreprise locataire de services pourrait par exemple profiter du fait que le recours à du personnel loué, contrairement à une embauche en bonne et due forme de personnel propre au sens du CO, ne la contraindrait à respecter que les délais de résiliation plus courts prévus par la LSE.

De ce fait, la coopération entre membres d'une même famille ou entre personnes liées par un accord contractuel ou un lien d'autre nature (p. ex. sous forme d'une collaboration entre amis, partenaires commerciaux ou par l'entremise d'intermédiaires), ne peut être tolérée. Mais on peut songer à d'autres constellations encore où le manque d'indépendance serait susceptible de mettre en péril les intérêts du demandeur d'emploi ou du travailleur loué, tout comme ceux du nouvel employeur ou de l'entreprise locataire de services. Dans son arrêt du 23 décembre 2021 (2C_659/2020), le Tribunal fédéral a confirmé l'interdiction de collaborer imposée par le SECO en raison des liens économiques et personnels entre les entreprises. Cette pratique permet d'éviter qu'une entreprise crée ou participe à une entreprise de location de services et puisse ainsi se louer du personnel à des conditions « plus avantageuses ». De même, il est garanti qu'une entreprise de placement ne peut pas placer les demandeurs d'emploi auprès d'une entreprise tierce dont elle dépend afin de préserver ses propres intérêts. Les autorisations déjà accordées peuvent être annulées ou modifiées si l'on découvre après coup de telles interdépendances et collaborations.

2

2.2.2 CONDITIONS AUXQUELLES DOIVENT RÉPONDRE LES PERSONNES RESPONSABLES (ART. 3, AL. 2 LSE, ART. 9 OSE)

Pour l'octroi de l'autorisation, seules comptent les qualifications des personnes responsables. Celles-ci doivent répondre de la qualité professionnelle de l'activité de placement de tous leurs collaborateurs. Si la personne responsable n'est pas en mesure de prévenir les fautes de ses collaborateurs, elle s'expose à des sanctions en vertu de l'article 5, alinéa 1, lettre c LSE (retrait ou menace de retrait de l'autorisation). Un demandeur ne peut donc exciper des connaissances de son avocat ou de son fiduciaire.

Il y a lieu de se demander si la personne responsable de la gestion est vraiment en mesure de garantir un placement correct lorsqu'elle assume cette responsabilité simultanément pour plusieurs entreprises ou qu'elle exerce des activités professionnelles accessoires. Le temps consacré à la direction de plusieurs entreprises ou la nature des activités accessoires pourraient nuire à la qualité de ses activités de placeur. Face à un tel cas, l'autorité qui délivre l'autorisation vérifiera si cette importante condition d'octroi est effectivement remplie. Un temps de présence de 50 % doit être considéré en l'occurrence comme un minimum. Par conséquent, un responsable peut assumer tout au plus la responsabilité de deux entreprises. Le seul cas permettant de déroger à cette règle est celui où les locaux commerciaux des bureaux se trouvent à la même adresse. Exceptionnellement, la responsabilité pour trois entreprises peut être admise. La condition est que les trois sièges sociaux se trouvent à une distance maximale de 50 kilomètres les uns des autres. La distance est calculée au moyen de Google Maps. L'accent est mis sur le moyen de déplacement qu'est la voiture et sur le trajet le plus court. La personne responsable de trois entreprises est ainsi tenue d'être présente à 33,33% dans chaque entreprise.

En principe, la personne en charge de la gestion devrait produire un contrat de travail avec l'agence de placement ou de location de services. Exceptionnellement, il peut aussi suffire que les responsables de la gestion de l'entreprise exercent cette fonction sur simple mandat. Dans ce cas, il faudra présenter à l'administration le contrat de mandat faisant explicitement état de cette fonction. Il doit, par ailleurs, ressortir du contrat de mandat qu'une relation de long terme est prévue entre l'agence et le responsable mandaté. Le caractère sérieux de ce mandat de long terme doit également ressortir du contrat ; à défaut, il sera permis de douter que l'entreprise puisse assurer un service de placement satisfaisant aux règles de la profession. Ce point pourra être par exemple prouvé au moyen d'un accord prévoyant une rémunération stable.

2.2.2.1 CITOYENS SUISSES OU TITULAIRES D'UN PERMIS D'ÉTABLISSEMENT (LET. A)

Avec l'entrée en vigueur de l'ALCP, la disposition stipulant que les personnes responsables de la gestion doivent être obligatoirement de nationalité suisse ou titulaires d'un permis d'établissement a connu une modification. Depuis lors, les ressortissants de l'Union européenne sont également (suivant leur titre de séjour) éligibles en qualité de personnes responsables. Cette règle s'étend aux ressortissants de pays membres de l'AELE. Pour plus de précisions, se reporter à 3.10.4.

Les membres étrangers de la famille d'un citoyen de l'UE/AELE sont soumis, indépendamment de leur nationalité, aux dispositions de l'ALCP. En d'autres termes, ces personnes sont également autorisées à gérer un bureau de placement ou de location de services.

Les ressortissants d'un Etat tiers, membres de la famille d'un ressortissant suisse, ne peuvent se prévaloir de l'ALCP que s'ils quittent, avec celui-ci, un État membre de l'UE ou de l'AELE pour revenir ou entrer en Suisse, en exerçant ainsi leur droit de libre circulation (ATF 129 II 249). Si des ressortissants étrangers membres de la famille d'un ressortissant suisse entrent en Suisse en provenance d'un pays

2

non membre de l'UE/AELE, c'est la LEI qui s'applique. Ces personnes ne peuvent pas se prévaloir de l'ALCP. Exemple : un citoyen américain ou un citoyen français marié à une ressortissante suisse quitte les États-Unis pour entrer en Suisse ; la législation en vigueur ne lui permet pas d'être personne responsable d'une entreprise de placement privé ou de location de services au sens de la LSE.

2.2.2.2 ASSURER UN SERVICE DE PLACEMENT SATISFAISANT AUX RÈGLES DE LA PROFESSION (LET. B)

L'article 3, alinéa 2, lettre b LSE limite la délivrance d'une autorisation aux personnes disposant d'une certaine expérience et connaissance de la branche. Comme le stipule l'article 9 OSE, il faut donc non seulement être titulaire d'un certificat de fin d'apprentissage ou d'une formation équivalente et se prévaloir d'une expérience professionnelle de plusieurs années, mais encore faire cumulativement aux exigences de la lettre a ou b. Le requérant doit posséder soit une formation reconnue de placeur ou de bailleur de services, soit une expérience professionnelle de plusieurs années dans les domaines du placement, de la location de services, du conseil en personnel, en organisation ou en entreprise ou de la gestion de personnel. Par « plusieurs années », il faut entendre au moins trois ans.

L'adverbe « notamment » confère une certaine souplesse dans les cas particuliers où un demandeur ne remplit pas tout à fait les critères de la lettre a ou b mais paraît tout de même qualifié, au vu de l'ensemble des éléments, pour recevoir une autorisation. Il convient toutefois d'user avec la plus grande réserve de cette possibilité.

L'adverbe « **notamment** » confère une certaine souplesse dans les cas particuliers où un demandeur ne remplit pas tout à fait les critères de la lettre a ou b mais paraît tout de même qualifié, au vu de l'ensemble des éléments, pour recevoir une autorisation. Il convient toutefois d'user avec la plus grande réserve de cette possibilité.

Dans la pratique, des exceptions sont envisageables pour :

- les demandeurs titulaires d'un diplôme universitaire ;
- les demandeurs justifiant d'une formation professionnelle supérieure telle qu'un examen professionnel fédéral ou un examen professionnel fédéral supérieur, ou ayant accompli le cursus d'une école supérieure spécialisée ;
- les professionnels hautement spécialisés dont on est en droit de présumer que leur compétence d'expert les rendent, dans le cas particulier, tout aussi aptes à faire du placement que les personnes remplissant les conditions prévues aux lettres a et b ;
- les demandeurs ayant effectué les formations suivantes :
 - le module « droit du travail » du cours préparatoire au brevet fédéral de spécialiste en ressources humaines,
 - le module « assurances sociales » du cours préparatoire au brevet fédéral de spécialiste en ressources humaines, et
 - une formation en rapport avec le domaine d'activité de la personne responsable (ressources humaines, placement, conseil, etc.).

Compte tenu de l'ensemble des circonstances, une autorisation pourra exceptionnellement être aussi délivrée aux demandeurs se déclarant disposés à assister aux modules de formation. La formation fait en principe l'objet d'un libre choix. Une proposition en ce sens devra être

2

soumise à l'autorité compétente. Si la personne responsable dispose déjà d'une expérience internationale en matière de placement, et que seule lui manque l'expérience du marché du travail suisse, l'autorité compétente pourra renoncer à la troisième formation et exiger simplement du demandeur qu'il assiste aux deux autres modules sur le droit du travail et les assurances sociales. Ces formations ne pouvant être sanctionnées par un diplôme, la personne responsable a en alternative la possibilité de suivre la formation d'assistant en gestion de personnel ou la formation de collaborateur spécialisé RH. Ce cursus doit déboucher sur un certificat ou un diplôme. L'autorisation délivrée contient la mention que la personne responsable doit satisfaire à ses obligations et que l'autorisation peut, à défaut, lui être retirée.

- les demandeurs qui ont eux-mêmes déjà dirigé une entreprise comptant au moins cinq employés et se sont ainsi familiarisés avec la gestion de personnel ;
- les artistes et mannequins ayant longtemps travaillé dans la branche (au moins cinq ans) et acquis durant cette période une connaissance suffisante de l'activité de placement.
- Dans certains segments très spécifiques de l'activité de placement, tels que le placement de sportifs, d'artistes et de modèles ou le placement par le biais d'une plateforme web, il peut être renoncé dans certains cas à l'obligation de participer aux formations précitées. En ce cas, la personne responsable devra déjà disposer d'une connaissance approfondie de la branche et avoir acquis des compétences particulières. Ce cas de figure est envisageable si la personne a exercé une activité professionnelle dans ce secteur ou fait carrière en tant que sportif.
- Attention, ce n'est pas parce qu'une personne remplit l'une des possibilités d'exception ci-dessus qu'elle satisfait forcément pour autant aux conditions personnelles stipulées à l'article 9, lettres a et b OSE. La question doit être tranchée dans chaque cas particulier en appréciant l'ensemble des faits.

2.2.2.3 NOTION DE BONNE RÉPUTATION (LET. C)

La **bonne réputation** implique en particulier l'absence de :

- antécédents judiciaires,
- poursuites,
- faillites,
- dettes fiscales.

Les antécédents judiciaires, poursuites, faillites et dettes fiscales ne sont toutefois pertinents que s'ils remettent en question l'aptitude à gérer une entreprise de placement, c'est-à-dire s'ils ont une relation avec l'activité de placement. Ainsi, une condamnation pour infraction au code de la route ne remet généralement pas en question l'aptitude à gérer une entreprise de placement. Si, en revanche, des délits mineurs, y compris ceux visés par la LCR, ont été commis à plusieurs reprises, ceci peut constituer un indice de l'incapacité générale du demandeur à se conformer aux prescriptions légales ou aux injonctions administratives. Dans de tels cas, ces mentions pourront peser en défaveur du demandeur. Sont en revanche pertinents les condamnations ou problèmes financiers en relation avec de précédentes activités commerciales, en particulier si elles ont nui à des travailleurs.

Les documents à remettre (extrait du casier judiciaire, extrait du registre des poursuites, attestation fiscale, certificat de bonnes mœurs, etc.) ne pourront dater de plus de six mois au moment du dépôt de la demande.

2

2.2.3 ACTIVITÉS DE PLACEMENT INTÉRESSANT L’ÉTRANGER (ART. 10 OSE)

Il convient de ne pas se montrer trop exigeant en ce qui concerne la preuve que l’entreprise remplit les conditions fixées à l’article 10 OSE. On se contentera en règle générale des informations données par le demandeur. L’autorité qui délivre l’autorisation reste néanmoins en droit de requérir (en vertu de l’art. 6 LSE), dans certains cas, des documents supplémentaires ou de s’assurer, par un entretien personnel, que les collaborateurs possèdent les connaissances exigées.

Le placeur qui opère à l’étranger doit tenir compte également du droit des étrangers du pays cible en matière de séjour et de travail. Les exigences posées à son égard sont donc plus élevées que pour les placeurs opérant à l’intérieur du pays. L’autorisation d’exercer des activités de placement intéressant l’étranger ne garantit pas que le placement soit autorisé dans n’importe quel pays. Les placeurs sont donc tenus de respecter et de se conformer à la législation étrangère en vigueur.

Le placement intéressant l’étranger ne peut être pratiqué qu’avec l’autorisation fédérale d’exercer des activités de placement intéressant l’étranger. Cette autorisation n’est accordée que si l’entreprise a son siège en Suisse (art. 3, al. 1, let. a LSE, inscription au registre suisse du commerce).

Comme le placement privé régulier et rémunéré est soumis à autorisation en Suisse, une agence de placement ayant son siège à l’étranger ne peut pas exercer son activité en Suisse. En effet, une entreprise étrangère qui n’a pas de siège en Suisse ne peut pas remplir la condition nécessaire de l’inscription au registre du commerce (art. 3 al. 1 let. a LSE). Si un placeur étranger entend pratiquer le placement transfrontalier, il doit collaborer avec un placeur suisse agréé ou établir un siège social en Suisse.

Une telle collaboration sera notifiée aux autorités chargées de l’octroi. La coopération entre placeurs étrangers et suisses est régie par les règles suivantes :

- À noter, lors du choix de l’agence de placement suisse agréée, qu’il s’agit en règle générale d’un simple bureau de placement. Si, exceptionnellement, l’agence partenaire dispose aussi d’une autorisation de pratiquer la location de services, il faut certifier par écrit à l’autorité cantonale tout comme au SECO que les demandeurs d’emploi transmis à l’entreprise suisse ne sont pas engagés par l’entreprise partenaire elle-même dans le cadre d’une location de services, mais replacés auprès d’une société tierce indépendante. Dans ce cas, en effet, il s’agirait d’un placement direct – et donc interdit – depuis l’étranger.
- L’éventuelle commission de placement facturée au demandeur d’emploi ne doit pas excéder 5 % du premier salaire annuel brut (art. 3, al. 1 OEMOL-LSE). Ce montant sera partagé entre les placeurs suisse et étranger.
- Toutes les opérations de placement qui ont lieu sur le sol national doivent être effectuées par le placeur suisse. Le placeur étranger ne peut avoir de contact direct avec l’employeur suisse. Les instructions données par le client suisse au placeur étranger doivent être communiquées à ce dernier par l’intermédiaire du placeur suisse.
- Le placeur étranger est habilité à diffuser des offres d’emploi sur la base des informations obtenues du placeur suisse. Ces offres doivent expressément mentionner que le placement a lieu en coopération avec un placeur suisse agréé. Il faut aussi y préciser que les demandes d’emploi sont transmises au placeur suisse agréé et qu’elles seront traitées par ce dernier dans le respect de la loi suisse. Les demandes d’emploi doivent être transmises par le placeur étranger au placeur suisse. Ce dernier procède ensuite à une sélection des candidats en fonction des instructions du client suisse.

2

S'il opère tout de même des placements de l'étranger en Suisse directement et donc sans l'autorisation requise, le placeur étranger s'expose lui-même ainsi que l'employeur avec lequel il coopère à des sanctions (cf. dispositions pénales de l'art. 39 LSE).

L'autorisation n'est toutefois obligatoire que pour celui qui opère régulièrement en Suisse et contre rémunération. Cette « régularité » est établie sur la foi de l'ensemble des activités du placeur étranger, non de ses seules activités en Suisse. Il est en effet impossible de contrôler s'il a opéré moins de dix fois en Suisse, alors qu'on peut, à partir de son positionnement sur le marché (p. ex. en consultant son site), facilement vérifier s'il s'agit d'un placeur exerçant à titre commercial.

2.2.4 DEMANDE D'AUTORISATION (ART. 11 ET 40 OSE)

Les formulaires de demande d'autorisation peuvent être obtenus auprès de l'autorité cantonale compétente.

Pour qu'une requête soit examinée, il faut présenter au moins les documents suivants :

- 1) un **formulaire de demande d'autorisation** dûment rempli, daté et signé par l'entreprise ;
- 2) un **formulaire concernant la personne responsable** dûment rempli, daté et signé (possibilité de renvoi à des documents annexés) ;
- 3) l'ensemble des **documents attestant clairement** que la personne responsable satisfait aux exigences légales.



Exemples :

- La personne fait état dans le CV joint d'un diplôme universitaire. L'autorité cantonale en charge du marché du travail doit exiger une copie de ce diplôme.
 - La personne indique dans le CV joint avoir travaillé pendant un certain temps pour certaines entreprises à un poste donné. L'autorité cantonale doit réclamer des copies des certificats ou des attestations de travail.
- 4) une copie d'une **pièce d'identité en règle** de la personne responsable : pour les ressortissants suisses, une copie de la carte d'identité ou du passeport ; pour les ressortissants étrangers, en outre, une copie de l'autorisation correspondante.
 - 5) l'ensemble des **modèles de contrats** à examiner par l'autorité cantonale délivrant l'autorisation aux termes des articles 10a et 34a OSE, y compris d'éventuelles conditions générales ou autres contrats auxquels il est fait référence dans les modèles de contrats.
 - 6) En cas de placement :
Les placeurs qui n'exigent aucune rémunération des demandeurs d'emploi en apporteront la preuve en présentant un modèle du contrat conclu avec leurs clients ou une attestation allant dans ce sens ;
 - 7) En cas de location de services :
 - a. Il faut établir clairement si l'entreprise envisage d'effectuer **du travail temporaire et/ou de la mise à disposition de travailleurs à titre principal (travail en régie)**. Les contrats

2

relatifs à ces deux formes de location de services ne sont pas identiques. Une entreprise souhaitant exercer la location de services sous les deux formes doit produire les modèles de contrats correspondants.

- b. l'acte original de la **caution** effectuée, dont une copie pourra ensuite être transmise par le canton au SECO ;
- 8) l'**extrait certifié conforme établi par le registre du commerce en original**, datant de six mois au maximum à partir du moment de la remise de la demande auprès du Canton; les extraits obtenus via Internet étant fournis sans garantie et ne produisant pas d'effets juridiques ;
- 9) l'**extrait du casier judiciaire** datant de six mois au maximum de la personne responsable ;
- 10) l'**extrait de l'office des poursuites** datant de six mois au maximum de la personne responsable. L'extrait doit fournir des informations sur l'année en cours et sur les deux années précédentes. Si la personne responsable a déménagé lors de cette période, l'information devra aussi être obtenue de l'office des poursuites de l'ancien domicile ;
- 11) des renseignements écrits de la commune de domicile de la personne responsable sur le **paiement des impôts** des deux dernières années ;
- 12) le **certificat de bonnes mœurs** datant de six mois au maximum de la personne responsable. Ce certificat n'étant plus en vigueur dans tous les cantons, c'est à l'autorité cantonale délivrant l'autorisation qu'il appartient de décider si elle souhaite ou non le réclamer ;
- 13) un document (contrat de bail, par exemple) attestant que l'entreprise dispose d'un **local commercial approprié** et a l'autorisation d'y exercer son activité ;

Les cantons ne peuvent délivrer l'autorisation d'exercer le placement privé/la location de services avant d'avoir examiné les documents mentionnés. C'est le seul moyen de vérifier si les conditions d'octroi de l'autorisation sont réunies.

Au cas où le requérant sollicite une autorisation fédérale en plus de l'autorisation cantonale, l'autorité cantonale du marché du travail devra transmettre la demande correspondante au SECO avec l'ensemble des documents énumérés (cette procédure vaut également pour les demandes de modifications de l'autorisation). **Les demandes incomplètes ne peuvent être traitées.** L'autorité cantonale joindra en outre à la demande d'autorisation fédérale :

1. la ou les **décision(s)** cantonale(s) concernant l'octroi d'une autorisation de pratiquer le placement privé et/ou la location de services ;
2. les **actes d'autorisation** de pratiquer le placement privé et/ou la location de services délivrés par l'office cantonal du travail.

2

2.3 ARTICLE 4 LSE : DURÉE ET PORTÉE GÉNÉRALE DE L'AUTORISATION (ART. 13 OSE)

Les commentaires qui suivent s'appliquent aussi à la location de services au sens des articles 15 LSE et 42 OSE, sauf mention spécifique au chapitre concernant l'art. 15.

2.3.1 AUTORISATION

L'autorisation est établie au nom de l'entreprise. Elle est délivrée pour une durée illimitée. Conformément à la volonté claire du législateur, une durée limitée n'est pas possible (art. 4, al. 1 LSE).

Est réputée « entreprise » la personne juridique ou physique, ou la société au nom de laquelle l'activité de placement est exercée.

L'autorisation cantonale donne le droit d'exercer le placement dans toutes les branches d'activité et dans toute la Suisse.

L'autorisation fédérale donne le droit d'exercer des activités de placement intéressant l'étranger dans toutes les branches. Elle peut être limitée à certains États.

Le champ d'application géographique et matériel de l'autorisation peut être restreint. Les indications données dans le formulaire de demande sur les professions et les branches sur les-quelles porte l'activité de placement servent, d'une part, à préciser le secteur d'activité dans l'autorisation et, d'autre part, à établir le répertoire des entreprises de placement et de location de services titulaires d'une autorisation. Toute extension entraîne une modification de l'autorisation, laquelle est soumise à émoluments.

L'autorisation confère des droits et des obligations ; elle doit donc être donnée sous forme de décision. Cela vaut aussi bien pour l'octroi de la première autorisation que pour toute modification qui y est apportée par la suite.

L'autorité délivrant l'autorisation établit deux documents :

- une **décision**, et
- un **acte d'autorisation**.

La décision peut renvoyer, sur la plupart des points, au titre d'autorisation en tant que partie intégrante de la décision, mais doit dans tous les cas mentionner les voies de recours.

Le titre d'autorisation a un caractère de publicité. L'article 13 OSE énumère les indications minimales que doit contenir le titre. Les cantons ont toute latitude d'y faire figurer d'autres renseignements. Ainsi, une marque désignant une prestation de l'entreprise pourra par exemple être mentionnée dans le titre d'autorisation.

Le droit fédéral n'oblige plus le titulaire à afficher bien en vue son titre d'autorisation dans ses locaux. Publier le titre d'autorisation sur le site de l'entreprise est interdit en raison du risque d'utilisation illicite des images. En lieu et place, le SECO recommande d'insérer sur le site un renvoi au répertoire EXLSE, dans lequel on trouvera toutes les sociétés agréées en Suisse :

<http://www.avg-seco.admin.ch/WebVerzeichnis/ServletWebVerzeichnis>

2

2.3.1.1 OBLIGATION D'OBTENIR UNE AUTORISATION POUR LES SUCCURSALES ET LES SECTIONS D'ÉTABLISSEMENT

Lorsque la succursale est située dans un autre canton que le siège principal de l'entreprise, elle doit présenter une demande d'autorisation selon la procédure normale. La succursale reçoit systématiquement une autorisation propre. Elle peut commencer son activité de placement à compter de la date d'obtention de l'autorisation qui figure dans ExLSE (l'autorisation a un caractère constitutif).

Lorsque le siège principal et la succursale sont domiciliés dans le même canton, quelques simplifications administratives sont prévues (art. 2, al. 5 LSE). Dans ce cas, la succursale peut exercer son activité de placement dès qu'elle a été déclarée à l'autorité qui délivre l'autorisation. L'autorisation est accordée après réception de la notification par l'autorité compétente dans le cadre d'une procédure d'autorisation normale (dans ce cas elle a seulement un caractère déclaratoire). Si la succursale ne remplit pas les conditions d'autorisation, l'autorité lui impartit un délai pour y remédier. Si rien n'est fait dans ce délai, l'autorisation est refusée et la cessation de l'activité de placement ordonnée. L'obligation de déclaration s'applique au siège principal de l'entreprise. Le destinataire de la décision d'autorisation est la succursale.

Les sections d'établissement ne reçoivent pas d'autorisation propre, mais sont indiqués sur le titre du siège principal ou de la succursale dont ils font juridiquement partie. Ils ne peuvent commencer leur activité que lorsque le siège principal ou la succursale ont déclaré leur ouverture à l'autorité cantonale compétente. L'entreprise autorisée répond également de la légalité de l'activité de placement de ses sections d'établissement.

À noter :

Toute modification des faits susceptibles d'avoir une incidence sur le maintien des conditions d'autorisation doit, selon l'article 14 OSE, être immédiatement communiquée à l'autorité cantonale compétente. Les contrats validés par les autorités étant, dans la pratique, entendus comme une condition d'autorisation, toute modification de ces contrats doit être également notifiée à l'autorité cantonale aux fins d'examen (art. 10a OSE).

Pour la définition de la succursale et de la section d'établissement, se reporter à 2.1.4.

2.3.2 ÉMOLUMENTS PERCUS POUR L'OCTROI DE L'AUTORISATION

Les émoluments à acquitter par les entreprises pour obtenir l'autorisation sont spécifiées à l'article 1 de l'OEmol-LSE. Ces émoluments varient en fonction du travail occasionné aux autorités. Le montant facturé au titre de ce travail est laissé à l'appréciation de l'autorité d'exécution concernée, qui a toute latitude pour le fixer dans le cadre de la fourchette stipulée par l'OEmol-LSE.

S'agissant des bureaux de placement d'institutions d'utilité publique, l'ordonnance dispose que si l'émolument « représente une charge financière manifestement trop lourde », l'autorité délivrant l'autorisation peut décider de réduire ou supprimer celui-ci. Elle omet toutefois d'indiquer ce qu'il faut entendre par ces termes et ne précise pas les critères auxquels doit répondre le bureau de placement pour que l'émolument soit réduit ou supprimé. Les conditions de nature à justifier une réduction ou une suppression de l'émolument sont notamment réunies lorsque le règlement de la somme intégrale mettrait en péril l'existence économique de l'institution. Pour en juger, la situation économique dans son ensemble sera déterminante. L'existence d'une situation difficile ou critique doit être démontrée et prouvée dans le cadre de la demande. L'autorité tranchera ensuite à sa discrétion.

2

Il arrive fréquemment qu'une entreprise entame une procédure d'autorisation, puis retire sa demande avant même l'octroi de l'autorisation. Ou encore, elle ne réagit pas aux courriers administratifs, ce qui empêche de mener la procédure à terme. Si, dans de tels cas, l'autorité a déjà entrepris des travaux, elle peut, en vertu de l'article 1, alinéa 4 OEmol-LSE, facturer le travail occasionné à concurrence du montant maximal de l'émolument perçu pour l'octroi de l'autorisation.

2.3.3 CONTRÔLE PÉRIODIQUE DES CONDITIONS DONT DÉPEND L'AUTORISATION (ART. 6 LSE)

L'autorisation est délivrée pour une durée illimitée. Les organes d'exécution cantonaux peuvent toutefois, dans le cadre de leur devoir de surveillance, réexaminer (périodiquement, sporadiquement ou à une occasion spéciale) si les conditions dont dépend l'autorisation sont encore remplies. La compétence de l'autorité à effectuer de telles vérifications découle de l'article 6 LSE, qui contraint le placeur à fournir tous renseignements nécessaires si l'autorité délivrant l'autorisation en fait la requête.

2.3.4 LA PROCÉDURE EN CAS DE REPRISE D'UNE SOCIÉTÉ

Les autorisations LSE sont des autorisations de police qui sont délivrées au cas par cas par décision. En principe, les règles suivantes s'appliquent à la transférabilité de ces autorisations :

- autorisation personnelle : non transférable (p. ex. permis de conduire)
- autorisation matérielle : elle est transmissible (p. ex. permis de circulation).

Dans la pratique, cela signifie généralement que la société cédante doit disposer de toutes les autorisations nécessaires à l'exploitation de l'activité de la société cédée. Les autorisations de l'entreprise cédante deviennent caduques.

Etant donné que les autorisations LSE sont des autorisations personnelles, délivrées au cas par cas à une entreprise déterminée avec un dirigeant responsable déterminé, elles ne sont pas transférables.

De tels transferts d'activités doivent donc être traités comme de nouvelles autorisations. La société absorbante doit donc déposer une demande de nouvelle autorisation.

2.4 ARTICLE 5 LSE : RETRAIT DE L'AUTORISATION (ART. 15 ET 16 OSE)

En principe, les considérations ci-après s'appliquent également toujours à la location de services au sens de l'article 16 LSE et des articles 44 et 45 OSE. Les dérogations sont spécialement mentionnées dans le chapitre consacré à l'article 16 LSE.

2.4.1 GÉNÉRALITÉS

Le terme de « placeur » au sens des articles 5 et suivants LSE recouvre l'entreprise elle-même, les personnes responsables du placement ainsi que toutes celles qui en sont chargées.

L'article 5, alinéa 2, LSE se réfère uniquement à l'article 5, alinéa 1, lettre c LSE. Il s'ensuit que dans les cas visés à la lettre c, l'entreprise de placement doit toujours se voir imposer un délai pour régulariser la situation.

Compte tenu du principe de proportionnalité, l'autorité peut en principe accorder un délai de régularisation avant de retirer l'autorisation également dans les cas visés à l'article 5, alinéa 1, lettres a et b LSE.

2

C'est même judicieux dans la plupart des cas pour éviter qu'un tribunal, dans le cadre d'une éventuelle procédure juridique, ne lève le retrait au motif de l'absence du droit d'être entendu.

Lorsqu'il s'agit toutefois de lacunes graves exigeant l'intervention immédiate des autorités ou de lacunes auxquelles il ne peut pas être remédié, il n'est pas nécessaire de fixer un délai (art. 15, al. 1, let. a OSE).

Dans de tels cas, il est également possible d'ordonner un délai d'attente de deux ans au plus avant la reprise d'une activité de placement. Cette décision peut être prise contre l'entreprise, le responsable et l'ayant-droit économique (art. 15, al. 1, let. b OSE). Cela permet d'éviter qu'un responsable ou un ayant-droit économique ne dépose simplement une demande d'autorisation pour une nouvelle entreprise après le retrait. Certains essayent parfois de nommer une autre personne en tant que responsable de la nouvelle entreprise alors que le responsable précédent participe encore aux activités de cette nouvelle entreprise.

Le retrait de l'autorisation cantonale entraîne obligatoirement le retrait de l'autorisation d'exercer une activité de placement de ou à l'étranger (autorisation fédérale) car l'existence d'une autorisation cantonale est une condition sine qua non de l'autorisation fédérale. Le SECO émet à chaque fois sa propre décision.

En cas de retrait de l'autorisation de pratiquer le placement de et à l'étranger, l'autorité cantonale d'autorisation examinera, à sa seule discrétion, s'il y a lieu de retirer également l'autorisation cantonale.

Aux termes de l'article 16 OSE, l'autorisation est supprimée lorsque l'entreprise en fait la demande (al. 1, let. a) ou a cessé toute activité de placement (al. 1, let. b). Il y a présomption de cessation d'activité lorsque l'entreprise n'a plus effectué de placement durant toute une année civile (al. 2).

2.4.2 INFORMATIONS INEXACTES OU TROMPEUSES OU DISSIMULATION DE FAITS ESSENTIELS

Cette infraction est commise notamment par une personne considérée responsable par la direction, lorsque :

- elle se fait délivrer des certificats de travail par des employeurs (qui peuvent être des membres de sa famille gérant une entreprise) auprès desquels elle n'a pas travaillé afin de dissimuler son manque d'expérience professionnelle ;
- elle se fait délivrer de faux taux d'activité dans ses certificats de travail ;
- elle falsifie des extraits du registre des poursuites ou en efface des entrées ;
- elle falsifie des justificatifs de formation, des brevets fédéraux, des diplômes, des actes officiels, etc.

Dans la plupart de ces cas, ces personnes commettent également une infraction visée au CP. C'est le cas par exemple de la falsification d'actes ou de l'escroquerie qui sont par conséquent passibles d'une plainte auprès des autorités pénales. Cela peut ou doit donner lieu à une plainte et être dénoncé aux autorités pénales, car il peut s'agir d'un délit poursuivi d'office.

La responsabilité d'une entreprise est notamment engagée quand :

- elle donne des informations inexactes dans la demande d'autorisation afin de dissimuler des lacunes ;
- elle cache aux autorités le fait qu'en parallèle de ses activités d'agence de placement, elle exploite aussi une entreprise de divertissement, une agence matrimoniale ou un établissement de crédit.

2

2.4.3 VIOLATION GRAVE OU RÉPÉTÉE DE LA LSE OU DE SES DISPOSITIONS D'EXÉCUTION OU DES DISPOSITIONS FÉDÉRALES OU CANTONALES RELATIVES À L'ADMISSION DES ÉTRANGERS

L'article 5, alinéa 1, lettre b LSE crée la base légale habilitant l'autorité délivrant l'autorisation à retirer cette autorisation à une entreprise pour gestion non conforme.

Sont considérés comme des violations de la LSE et de ses dispositions d'exécution, par exemple :

- la violation du droit du travail ou des dispositions d'une CCT ;
- le non-paiement des cotisations sociales ;
- l'utilisation d'un contrat de placement non conforme à la LSE ;
- la violation des dispositions sur les commissions de placement et les taxes d'inscription ;
- la violation de l'obligation de renseigner ;
- le placement de et à l'étranger sans autorisation fédérale.

2.4.4 ÉMOLUMENTS

L'OEmol-LSE ne prévoit qu'un émoluments pour l'octroi et la modification d'une autorisation ainsi que pour les demandes d'autorisation qui sont retirées ou abandonnées et pour les-quelles l'autorité qui délivre l'autorisation a déjà entrepris des travaux.

Les décisions de suppression ou de retrait de l'autorisation ou le refus d'octroi d'une autorisation peuvent également, selon le cas, représenter une charge de travail importante. Le droit fiscal est toutefois très strict sur le principe de légalité. Les autorités compétentes ne peuvent en conséquence demander un émoluments pour le retrait ou la suppression de l'autorisation ou en cas de refus de l'autorisation que si cet émoluments est prévu par la loi. Or la LSE n'en prévoit pas.

La perception d'émoluments est d'autant moins justifiée si l'on considère :

- que les autorités ne font qu'exécuter les tâches de contrôle que leur confie la loi ;
- que leurs prestations servent le but de la loi – protéger le public et les travailleurs – ;
- que le public, qui bénéficie indirectement de ces prestations, les paie à travers les impôts.

La LSE délègue au Conseil fédéral la tâche de fixer les émoluments (art. 4 et 15 LSE). L'OEmol-LSE doit donc être interprétée comme une réglementation finale qui n'octroie aux cantons aucune compétence en matière de perception indépendante des émoluments.

2.4.5 RETRAIT OU SUPPRESSION DE L'AUTORISATION EN CAS DE FAILLITE

La faillite **peut** ou **doit**, selon les circonstances, avoir des conséquences sur l'autorisation d'exercer le placement (ou la location de services). Le caractère facultatif ou obligatoire de l'intervention des autorités dépend du cas. Les cas suivants peuvent se présenter :

- a. S'il s'agit d'une **personne morale** radiée du registre du commerce à l'issue d'une procédure de faillite (art. 159a, al. 1, let. b ORC), l'entreprise n'existe plus et l'autorisation est caduque.
- b. Si une procédure de faillite a été engagée contre une **entreprise individuelle**, l'autorisation devient sans objet seulement si l'entreprise est radiée du registre du commerce. La radiation du

2

registre intervient en principe seulement lorsque la société a cessé ses activités (art. 159a, al. 1, let. a ORC). Demeure réservée la radiation d'office en cas d'arrêt d'activité ou de cession à un tiers ou en cas de décès du titulaire de l'entreprise (art. 39, al. 1 et 2 ORC).

- c. La **révocation de la faillite** n'a en principe aucune influence sur le fondement de l'autorisation.
- d. Si la procédure de faillite est abandonnée par manque d'actifs et qu'aucune objection justifiée n'est formulée dans les trois mois suivant la publication de l'inscription au registre du commerce, la personne morale est radiée d'office et, comme pour le cas a., l'autorisation devient caduque.
- e. **Si personne ne demande la faillite**, la faillite n'est pas ouverte et l'activité n'est pas suspendue d'office. Plusieurs obstacles, dont notamment le montant important des frais à avancer, l'absence de perspectives de recouvrement des créances ou le non-dépôt du compte de résultat et du bilan, peuvent retenir les créanciers de demander l'ouverture d'une procédure de faillite. Dans de tels cas, les autorisations de placement et de location de services ne sont en principe pas remises en question.

2.4.5.1 RETRAIT OU SUPPRESSION ?

a) Suppression

En vertu des articles 16 et 45 OSE, l'autorité compétente **doit** supprimer l'autorisation lorsqu'elle apprend que l'entreprise **a cessé ses activités à l'issue d'une procédure de faillite**. L'autorisation n'est toutefois pas supprimée lorsqu'une entreprise poursuit ses activités à l'issue d'une procédure de faillite (ce qui est légalement possible) ou lorsque l'entreprise n'a pas été liquidée après révocation ou suspension de la faillite.

b) Retrait

L'autorisation **doit** dans tous les cas être retirée, en application de l'article 5, alinéa 1, lettres a et b (ou de l'art. 16, al. 1, let. a et b) LSE, lorsque le propriétaire d'une entreprise individuelle, même si celle-ci poursuit son activité après une faillite, **a enfreint de manière grave et répétée la LSE, l'ordonnance sur le service de l'emploi ou les dispositions légales relatives à l'admission des étrangers**.

L'autorisation **peut** également être retirée lorsque le propriétaire de l'entreprise **n'est** manifestement **plus en mesure** d'assurer le déroulement **correct** des activités de placement (ou de location de services). C'est notamment le cas lorsqu'il a commis, dans le cadre de son activité, un délit passible d'une peine. Les mêmes principes sont valables pour le propriétaire d'une société qui n'a pas été radiée du registre du commerce. L'intéressé doit toutefois dans tous les cas être entendu au préalable car le retrait de l'autorisation est une décision formelle soumise aux principes généraux de la procédure administrative.

Le retrait n'intervient pas forcément en cas de faillite car il n'y a dans ce cas pas d'analogie avec une mauvaise réputation. Les cantons jouissent dans ce cas d'un certain pouvoir d'appréciation et peuvent prendre en considération les circonstances précises de chaque cas particulier.

Délai de régularisation : Lorsque certaines conditions d'octroi de l'autorisation ne sont plus remplies, l'autorité compétente peut, au lieu de retirer l'autorisation, donner au titulaire de l'autorisation un délai de régularisation en application des articles 5, alinéas 2 et 16, alinéa 2 LSE.

2.4.5.2 QUAND L'AUTORITÉ COMPÉTENTE DOIT-ELLE INTERVENIR ?

Dans les cas où l'autorisation doit être **supprimée**, l'autorité n'est pas habilitée à intervenir avant que l'entreprise individuelle ou la société ait été radiée du registre du commerce. Si l'autorité apprend l'ouverture d'une procédure de faillite, elle doit attendre la clôture de la procédure. Avant de prononcer

2

la suppression de l'autorisation, elle s'informera tant auprès de l'office des faillites compétent que du registre du commerce. Comme la suppression a au premier chef un caractère déclaratoire, elle est valable même si elle ne peut plus être notifiée en raison de la fermeture de l'entreprise.

Dans les cas où l'autorisation peut ou doit être **retirée**, l'autorité intervient dès qu'elle apprend l'ouverture d'une procédure de faillite et vérifie si les conditions d'un retrait sont remplies ou s'il est pertinent de donner au responsable de l'entreprise autorisée un délai de régularisation.

2.4.5.3 DÉCISION OU SIMPLE COMMUNICATION ?

La **suppression** de l'autorisation étant une procédure à caractère déclaratoire, une **communication** suffit. Si une entreprise ou une société a cessé son activité ou cessé d'exister, la décision formelle n'est pas requise.

Dans le cas d'un **retrait**, une **décision formelle susceptible de recours** et indiquant les voies de recours doit être établie car il s'agit là d'un acte constitutif qui donne des droits ou impose des obligations à la personne physique ou morale concernée.

Le **délai de régularisation** peut être imparti soit par une décision soit sous la forme d'une simple communication qui devra alors être assortie de la mention : « Sur demande du destinataire, présentée dans les dix jours, le contenu de la présente communication lui sera notifié sous la forme d'une décision susceptible de recours ».

2.4.5.4 L'AUTORITÉ COMPÉTENTE PEUT-ELLE FAIRE PAYER DES FRAIS ?

Lorsqu'elle prononce la **suppression** ou le **retrait** de l'autorisation (avec ou sans délai), l'autorité agit d'office et non à la demande du titulaire de l'autorisation. Elle n'a en conséquence **pas le droit** de lui faire payer des frais.

2.4.5.5 PROCÉDURE ENTRE L'AUTORITÉ CANTONALE ET LE SECO

L'autorité cantonale est en principe informée de l'ouverture d'une faillite. Le cas échéant, elle ne décide des mesures à prendre concernant **l'autorisation cantonale** qu'après concertation avec le **SECO**. Elle informe ensuite le SECO de ses démarches. Si l'entreprise ou la société possède une autorisation fédérale, le SECO prend alors, en ce qui concerne l'autorisation fédérale, les mêmes mesures que l'autorité cantonale. En tout état de cause, les deux autorités doivent coordonner leur action.

2.5 ARTICLE 6 LSE : OBLIGATION DE RENSEIGNER (ART. 14 OSE)

L'obligation de renseigner imposée à l'entreprise de placement par l'article 6 LSE vaut tant avant qu'après l'octroi de l'autorisation, de même que lors des contrôles destinés à vérifier si les conditions dont dépend l'autorisation sont toujours remplies. Cette disposition s'applique d'ailleurs également aux entreprises non autorisées. Par exemple, s'il y a lieu de craindre qu'une société exerce une activité de placement sans autorisation valable, les autorités doivent pouvoir exiger des informations et des documents afin de clarifier la situation.

2

Lorsque ni la loi ni l'ordonnance n'en disposent autrement, les articles 7 à 10 de la loi s'appliquent à l'ensemble des placeurs.

- Les articles 17, 19, 20, 21, 22 et 23 OSE s'appliquent à tous les placeurs.
- L'article 18 OSE s'applique aux placeurs dont l'activité est soumise à autorisation.

Aux termes de l'article 14 OSE, le placeur est tenu de communiquer sans délai à l'autorité cantonale compétente au sens de la LSE tout changement des données qui figurent dans sa demande d'autorisation ou dans l'annonce de sa succursale.

Il est judicieux de mentionner dans la décision d'autorisation l'obligation de communiquer immédiatement tout changement à l'autorité compétente et de prévoir une menace de retrait en cas de non-respect de cette obligation.

2.6 ARTICLE 7 LSE : OBLIGATIONS PROPRES AU PLACEUR (ART. 17 À 19 OSE)

Les considérations ci-après s'appliquent en principe également à la location de services au sens de l'article 18 LSE et de l'article 47 OSE. Les particularités qui concernent uniquement la location sont reprises dans le chapitre relatif à l'article 18 LSE.

2.6.1 PUBLICATION D'ANNONCES

Les placeurs n'ont pas le droit de publier des annonces anonymes. Ils doivent y indiquer leur nom et leur adresse exacte (art. 7, al. 1 LSE).

Les annonces publiées par le placeur doivent correspondre aux conditions réelles. Les offres d'emploi fictives sont interdites. Celui qui recherche uniquement à constituer des fichiers doit l'indiquer dans son annonce. Il doit notamment ressortir clairement de l'annonce s'il s'agit d'un poste auprès d'une entreprise (placement) ou d'un engagement par l'annonceur qui louera ensuite les services de la personne engagée à des tiers (location de services).

Konsequenz:

Les annonces sous chiffres ne peuvent émaner que de demandeurs d'emploi ou d'employeurs. Il n'est cependant pas interdit au placeur de publier une annonce au nom de son mandant.

2.6.2 COMPTABILITÉ (ART. 17 OSE)

L'article 17 OSE assure que soient contrôlées les taxes d'inscriptions et les commissions de placement.

2.6.3 OBSERVATION DU MARCHÉ DU TRAVAIL (ART. 18 OSE)

Il est possible que certains placeurs, notamment les annonceurs ou les placeurs via Internet, ignorent en fin de compte combien de personnes ont été placées suite à leurs annonces. Ils le communiqueront en reportant un zéro dans les rubriques concernées des rapports statistiques.

2

2.6.4 PROTECTION DES DONNÉES (ART. 19 OSE)

2.6.4.1 GÉNÉRALITÉS

L'article 7, alinéa 3 OSE stipule que le placeur n'est habilité à traiter les informations concernant des demandeurs d'emploi et des places vacantes que dans la mesure où et aussi longtemps que ces données sont nécessaires au placement. Il est tenu de garder le secret sur ces données. Cette disposition permet aux placeurs de demander aux demandeurs d'emplois toutes informations qu'ils estiment impérativement nécessaires et qui sont liées à l'accomplissement de leur mandat de placement. L'article 19 OSE précise la norme légale établie par l'article 7, alinéa 3 LSE et établit une distinction entre les cas pour lesquels le traitement des données relatives aux demandeurs d'emplois et aux places vacantes requiert en principe l'assentiment des personnes concernées (art. 19, al. 1 OSE) et les cas pour lesquels le placeur n'a pas besoin de l'assentiment des personnes concernées (art. 19, al. 2 OSE).

De même, les placeurs peuvent s'enquérir de l'état de santé, d'une éventuelle grossesse ainsi que de condamnations antérieures dans la mesure où cela est absolument nécessaire à la bonne exécution du mandat de placement donné par les demandeurs d'emploi.

D'une manière générale, la protection des données est régie par la LPD. L'article 328b CO s'applique en outre aux rapports de travail et au recrutement de personnel.

Principes généraux de la LPD

- **Principe de licéité**, article 6, alinéa 1 LPD : les données personnelles ne peuvent être collectées que de manière licite.
- **Principe de la proportionnalité**, article 6, alinéa 2 LPD : tout traitement de données personnelles touche à la personnalité. Il faut donc veiller à ce que l'atteinte à la vie privée ait une portée limitée. C'est pourquoi le responsable de la collecte de données n'est habilité à traiter que celles qui sont strictement nécessaires et qui sont directement liées à l'exercice des tâches qui lui incombe.
- **Principe de la bonne foi**, article 6, alinéa 2 LPD : le traitement des données doit être effectué conformément au principe de la bonne foi. Cela signifie que le traitement des données doit être reconnaissable pour la personne concernée. Ce principe n'est pas respecté si une personne n'a pas été informée du tout ou été mal informée sur la nature et la finalité du traitement. On parle de tromperie délibérée notamment en cas d'acquisition secrète de données, d'écoute non autorisée de conversations téléphoniques ainsi qu'en cas d'acquisition de données à l'insu de la personne concernée par manipulation de programme.
- **Finalité**, article 6, alinéa 3 LPD : les données personnelles ne doivent être traitées que dans le but qui est indiqué lors de leur collecte, qui est prévu par une loi ou qui ressort des circonstances.
- **Consentement**, article 6, alinéa 6 LPD : lorsque son consentement est requis pour justifier le traitement de données personnelles la concernant, la personne concernée ne consent valablement que si elle exprime sa volonté librement et après avoir été dûment informée. Lorsqu'il s'agit de données sensibles et de profilage, son consentement doit être au surplus explicite (art. 6 al. 7 LPD).

Les dispositions en matière de protection des données de la LSE sont alignées sur celles de la LPD. Partant, la collecte, l'analyse et la communication de données (= activités principales du placeur) sont autorisées dans le cadre des normes en vigueur, à condition qu'elles n'entraînent pas une atteinte

2

illicite à la personnalité de la personne concernée. Les dispositions de la LSE en matière de protection des données répondent aux mêmes exigences.

Les données relatives aux demandeurs d'emploi et aux places vacantes, qui permettent de tirer des conclusions sur la personne ou l'employeur, ne peuvent être traitées qu'avec le consentement des personnes concernées.

Par traitement, on entend selon l'article 5, lettre d LPD: « toute opération relative à des données personnelles, quels que soient les moyens et procédés utilisés, notamment la collecte, l'enregistrement, la conservation, l'utilisation, la modification, la communication, l'archivage, l'effacement ou la destruction de données ».

Seules peuvent être appelées à fournir des références les personnes expressément autorisées à le faire par les intéressés. Il ne suffit pas que l'intéressé donne l'autorisation générale de demander des références sans indiquer nommément à qui.

Lorsque la communication des données se limite aux services internes de l'établissement et à un cercle restreint d'employeurs ou de demandeurs d'emploi potentiels, un assentiment exprès n'est pas nécessaire puisque cet assentiment est déjà compris implicitement dans le mandat de placement. Mais toute communication allant au-delà de ces limites exige un assentiment exprès.

La transmission de données à l'étranger doit satisfaire aux dispositions de l'article 16 LPD. Aux termes de l'article 16, alinéa 1 LPD, des données personnelles peuvent être communiquées à l'étranger si le Conseil fédéral a constaté que l'État concerné dispose d'une législation assurant un niveau de protection adéquat ou qu'un organisme international garantit un niveau de protection adéquat.

En l'absence d'une décision du Conseil fédéral, des données personnelles peuvent, au sens de l'article 16, alinéa 2 LPD, être communiquées à l'étranger si un niveau de protection approprié est garanti par :

- un traité international;
- les clauses de protection des données d'un contrat entre le responsable du traitement ou le sous-traitant et son cocontractant, préalablement communiquées au PFPDT;
- des garanties spécifiques élaborées par l'organe fédéral compétent et préalablement communiquées au PFPDT;
- des clauses type de protection des données préalablement approuvées, établies ou reconnues par le PFPDT;
- des règles d'entreprise contraignantes préalablement approuvées par le PFPDT ou par une autorité chargée de la protection des données relevant d'un État qui assure un niveau de protection adéquat.

Conformément à l'article 16, alinéa 3 LPD, le Conseil fédéral peut prévoir d'autres garanties appropriées au sens de l'alinéa 2.

L'obligation de forme écrite prévue à l'article 19, alinéa 4 OSE s'applique même lorsque le mandat de placement n'est pas formulé par écrit. Sur la base de cette disposition, le placeur doit toujours s'assurer qu'il a obtenu le consentement du traitement des données par voie écrite, quel que soit le cas. Un simple clic sur Internet ne suffit pas.

Les dispositions précitées concernant la nécessité de consentement s'appliquent également en cas de rachat de société. En cas de changement de propriétaire de l'agence de placement, la personne

2

concernée doit en être informée explicitement. Selon la LSE et l'OSE, le nouveau propriétaire doit posséder, pour chaque dossier de placement, l'autorisation de l'intéressé de continuer à traiter les données en question.

Le principe de proportionnalité détermine les limites de la collecte de données. Le placeur est habilité à collecter uniquement les données utiles à la bonne exécution de son mandat de placement.

Principes généraux de la protection des données dans le cadre d'un contrat de travail : 328b CO

Cet article garantit la protection des données dans la relation de travail ainsi que dans le recrutement (pour plus de détails, cf. art. 18 LSE).

Les questions que les agences de placement sont habilitées à poser ne peuvent pas être fondées sur l'article 328b CO parce que le placeur ne prend pas la position d'un employeur. Il est lié au demandeur d'emploi par un contrat de placement et les dispositions contractuelles sont en général établies au sens d'un contrat de courtage conformément aux articles 412 et suivants CO. Afin d'éviter que l'employeur ne contourne les principes énoncés à l'article 328b CO, les données ne peuvent être transmises par le placeur à de futurs employeurs que si les principes énoncés à l'article 328b CO sont respectés.

2.6.4.2 POINTS IMPORTANTS DANS LE PLACEMENT PAR INTERNET

L'inscription du demandeur d'emploi en vue de placement, qui contient en règle générale toute une série de données personnelles, est un assemblage de données permettant d'apprécier les caractéristiques essentielles d'une personne physique, et donc de constituer un profilage de celle-ci selon la définition de l'article 5, lettre e LPD. Si des personnes non autorisées accèdent à ces données, il peut en résulter des **atteintes à la personnalité** (art. 30 LPD).

Au nom des exigences de protection des données, un placeur opérant sur Internet doit en conséquence respecter les règles suivantes :

- Les données personnelles doivent être protégées **contre tout traitement non autorisé** par des mesures techniques et organisationnelles appropriées (art. 7 LPD). Concrètement, aucune personne non autorisée ne doit pouvoir faire un lien entre les nom et adresse et les autres données.
- Le nombre de personnes qui, au sein de l'entreprise, peuvent faire ce lien doit être réduit au **minimum** nécessaire au bon accomplissement du travail.
- Les inscriptions doivent **être conservées dans un endroit sûr**.
- Le placeur doit **s'assurer**, lors de l'inscription, que les données sont **correctes** (art. 6 al. 5 LPD).
- Les **formulaires d'inscription sur papier** doivent être détruits dès que les données ont été saisies informatiquement et que leur exactitude a été vérifiée.
- Les **données** ne doivent pas **être conservées pendant plus de six mois**, ceci pour éviter que le profil de la personnalité traité ne soit plus actuel.

Le placeur doit respecter en outre, le cas échéant, les dispositions cantonales de protection des données.

L'autorité cantonale chargée de l'exécution de la LSE est tenue d'informer, sous une forme appropriée, le placeur opérant sur Internet des règles ci-dessus.

2

2.6.4.3 PARENTHÈSE : RÈGLEMENT EUROPÉEN SUR LA PROTECTION DES DONNÉES (RGPD)

Le RGPD est entré en vigueur le 25 mai 2018.

Le RGPD a des répercussions directes sur un grand nombre d'entreprises suisses.

Le RGPD assure la protection des personnes concernées à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données (art. 1, al. 1 RGPD).

- Les définitions relatives aux données à caractère personnel, aux responsables ou au traitement sont directement et exhaustivement stipulées à l'article 4 RGPD.
- L'applicabilité du RGPD aux entreprises suisses découle des articles 3 et 27 RGPD.
- Les droits des personnes concernées sont fixés aux articles 12 à 23 RGPD. Ils se composent de dispositions procédurales relatives à la communication avec les personnes concernées (art. 12 RGPD), à l'obligation d'information des personnes concernées (art. 13 et 14 RGPD) et notamment au droit d'accès (art. 15 RGPD), à la rectification (art. 16 RGPD) et à l'effacement (art. 17 RGPD).
- Les exigences relatives au traitement des données sont stipulées à l'article 28 RGPD.
- Les transferts de données à caractère personnel d'États membres de l'Union européenne vers la Suisse sont autorisés par une décision de la Commission européenne ayant constaté un niveau de protection adéquat (art. 44 et 45 RGPD).

2.7 ARTICLE 8 LSE : CONTRAT DE PLACEMENT

2.7.1 GÉNÉRALITÉS

Les prestations convenues dans le cadre d'un contrat de placement relèvent en général du contrat de courtage tel qu'il est régi par les articles 412 et suivants CO. Les dispositions de la LSE concernant le contrat de placement prévalent sur celles du CO.

Selon le sens et le but de cet article, le placeur n'est tenu de conclure un contrat de placement écrit avec le demandeur d'emploi que si le demandeur d'emploi le charge de lui trouver un emploi mais non si le demandeur d'emploi ne fait qu'accepter un emploi offert par le placeur. La forme écrite n'est exigée que si le demandeur d'emploi doit (aussi) verser une commission. Cette disposition a pour but de garantir que les demandeurs d'emploi soient traités conformément aux prescriptions légales, en particulier qu'ils ne soient pas soumis à des commissions trop élevées. Si le placeur n'exige aucune commission des demandeurs d'emploi, il en apportera la preuve lors de la procédure d'autorisation en joignant à sa demande d'autorisation le modèle de contrat qui le lie à son client duquel il ressort clairement que seul celui-ci est tenu de payer une commission ou une déclaration écrite allant dans ce sens. Le placement privé traditionnel est normalement gratuit pour les demandeurs d'emploi. L'obligation de déclaration écrite est par conséquent surtout importante pour le placement d'artistes ou de sportifs.

Contrairement à la location de services, le contrat de placement doit, en cas de non-gratuité, toujours exister sous la forme écrite avant que débute l'activité de placement. **Un contrat écrit n'est pas obligatoire dans le seul cas où le placement est fait à titre gratuit.**

S'agissant de l'obligation de forme écrite, la LSE ne prévoit aucune exception. Tout éventuel usage sectoriel différent de ces dispositions n'entre pas en considération.

2

Si le contrat de placement est payant pour le demandeur d'emploi, il doit exister en bonne et due forme, à savoir par écrit et signé, afin d'être valable selon l'article 8, alinéa 1 LSE et article 11, alinéas 2 et 13 CO et afin que des droits puissent en être déduits.

2.7.2 INTERDICTION DU PLACEMENT EXCLUSIF

Aux termes de l'art. 8, al. 2 LSE, sont nuls et non avenus les dispositions qui :

- a. interdisent au demandeur d'emploi de s'adresser à un autre placeur ;
- b. obligent le demandeur d'emploi à verser à nouveau une commission de placement s'il conclut ultérieurement un contrat avec le même employeur, sans l'aide du placeur.

Le but de la lettre a est de garantir au demandeur d'emploi la liberté de s'adresser en tout temps à un autre placeur. C'est pourquoi les contrats de placement qui prévoient une durée déterminée devront contenir une disposition prévoyant que :

Chaque partie dispose en tout temps d'un droit de résiliation sans délai ni réserve.

La lettre b concerne en particulier le domaine artistique où le nombre de placement pour un client déterminé peut, dans un cours laps de temps, augmenter rapidement. Cette disposition tend à éviter que les artistes ne puissent plus être engagés que par l'entremise d'un « manager ». Mais elle s'applique aussi en cas de conclusion de contrats de travail. Si un placeur veut assurer la rémunération de ses services aux termes d'un contrat de placement, ce dernier pourra être libellé comme suit afin d'être conforme à la LSE :

Le placeur (l'agence) perçoit une commission de placement lorsque ses services ont abouti à la conclusion d'un contrat entre le demandeur d'emploi (l'artiste) et l'employeur. On peut considérer que les services ont abouti lorsqu'ils ont été concluants au plus tard six mois après la mise en contact des deux parties. Aucune commission ne sera perçue si les parties ont été mises en relation par un tiers.

Le complément suivant peut être ajouté en cas de placement d'artistes :

La commission est également due si un nouveau contrat est conclu ultérieurement après que le contrat de placement a été annulé ou différé. Cette règle s'applique aussi en cas de prolongation de l'engagement.

2.7.3 GERICHTSSTAND

L'article 34, alinéa 2 CPC s'applique aux litiges résultant d'activité de placement privé. Cet article stipule :

Le tribunal du lieu de l'établissement commercial de l'intermédiaire (à savoir le tribunal compétent du domicile ou du siège du défendeur) avec lequel le contrat a été conclu est également compétent pour statuer sur les actions de demandeurs d'emploi relevant de la loi sur le service de l'emploi et la location de services.

L'autorité qui délivre l'autorisation veille à ce que les placeurs reprennent cette formule dans leurs contrats.

L'article 35 CPC stipule qu'il ne peut pas être renoncé aux fors avant la naissance du litige ou par acceptation tacite.

L'article 34 CPC s'applique également à la location de services.

2

Si le demandeur d'emploi est domicilié à l'étranger :

Dans ce cas, le droit international privé et les conventions internationales sont applicables. En règle générale, une action contre un demandeur d'emploi domicilié à l'étranger peut être intentée uniquement au lieu de son domicile.

2.7.4 CONTRAT DE PLACEMENT POUR DES REPRÉSENTATIONS ARTISTIQUES OU MANIFESTATIONS SEMBLABLES (ART. 22 OSE)

Dans le domaine du placement d'artistes aussi, le contrat de placement entre l'artiste et l'agence de placement doit obligatoirement être conclu par écrit. Selon l'usage actuel, les placeurs d'artistes présentent en règle générale aux parties un contrat d'engagement dans lequel figurent également les droits du placeur à une commission. On a ainsi un type de contrat hybride, mêlant les éléments d'un contrat de travail et ceux d'un contrat de placement. Pour que cette pratique puisse satisfaire aux exigences de la LSE, il faut que le placeur apparaisse sur ce type de contrat en qualité de troisième partie. Si ce n'est pas le cas, un contrat de placement séparé, formulé par écrit, doit être conclu.

Si le placement porte sur un groupe d'artistes, le placeur doit rédiger le contrat de placement en appliquant par analogie l'art. 22 OSE, de manière à ce que le groupe puisse voir clairement quel sera son cachet net global.

Pour les particularités liées au placement de modèles, d'hôtes et d'hôtesses, voir également 2.8.3.1.

Important :

Les danseuses de cabaret ne peuvent être placées que sur la base d'un contrat type de l'ASCO, agréé par le SEM et le SECO. Depuis le 1er janvier 2016, le statut de danseuses de cabaret n'existe plus (voir aussi 2.2.1.3.).

2.7.5 DÉLIMITATION ENTRE ACTIVITÉ INDÉPENDANTE ET ACTIVITÉ SALARIÉE CHEZ LES ARTISTES

A défaut d'un risque spécifique d'entreprise, il y a lieu d'examiner avant tout la liberté d'organisation pour trancher la question de savoir s'il s'agit d'une activité indépendante ou d'une activité salariée. Lorsqu'un artiste est astreint par un organisateur à une série de répétitions et de représentations et qu'il touche un montant fixe sans participer commercialement au succès de la manifestation (en particulier lorsqu'il est tenu, dans les locaux de l'entreprise et sur une longue période convenue à l'avance, de livrer des représentations à certaines heures et moyennant une rémunération définie conformément aux exigences locales, de respecter à tous points de vue le règlement de l'établissement et de se soumettre aux exigences vestimentaires en vigueur), il s'agit manifestement, vu la suzeraineté organisationnelle, d'une activité salariée. En conséquence, la rémunération de musiciens – qu'ils fassent partie d'un orchestre, d'un ensemble, d'un cirque ou qu'ils fournissent des prestations individuellement (p. ex. pianiste de bar) – compte dans le salaire déterminant pour les déductions de charges sociales, qu'ils exercent leur activité à titre principal ou annexe.

En revanche, la rémunération de musiciens et d'artistes, tels que chefs d'orchestre, musiciens d'orchestres, solistes, chanteurs, danseurs, acteurs, conférenciers, qui se produisent seuls ou dans un ensemble lors de manifestations particulières (concerts, soirées chantantes, semaines festives, événements associatifs, mariages), est à mettre au compte d'activités indépendantes, même si les personnes qui se produisent n'organisent pas elles-mêmes ces manifestations.

2

Il faut en outre déterminer l'importance de la personnalité de ces artistes pour la manifestation. La personnalité des artistes indépendants est toujours primordiale.

Selon la jurisprudence, des prestations ponctuelles sont plutôt à mettre au compte d'activités indépendantes, tandis que des engagements à long terme sont à considérer comme des activités salariées.

Dans le cas d'engagements ne relevant pas d'un statut d'indépendant, il y a lieu de déterminer qui joue le rôle de l'employeur. Si l'agence artistique assure également le paiement des salaires et est responsable des versements de cotisations sociales, elle n'agit alors pas en tant que simple placeur mais également en tant qu'employeur et de plus en tant que bailleur de services.

2.8 ARTICLE 9 LSE : TAXE D'INSCRIPTION ET COMMISSION DE PLACEMENT (ART. 20 À 23 OSE, ART. 2 À 5 OEMOL-LSE)

2.8.1 TAXE D'INSCRIPTION (ART. 2 OEMOL-LSE)

La taxe d'inscription ne peut être perçue de chaque demandeur d'emploi qu'une seule fois par ordre de placement (al. 1).

L'alinéa 2 stipule que le montant plafond fixé à l'alinéa 1 ne peut être dépassé même si le placeur place le profil de qualification du demandeur d'emploi dans un organe de publication spécial qu'il publie lui-même. Il arrive souvent que les placeurs publient des demandes d'emploi dans les journaux, sur Internet et dans d'autres médias dans l'espoir de trouver un emploi pour leurs demandeurs d'emploi. Les frais d'annonces (mais non les frais de rédaction et de présentation graphique des annonces, car ces travaux font partie de l'activité normale de placement) peuvent alors être facturés s'il en a été convenu ainsi avec le demandeur d'emploi. Le demandeur d'emploi aurait également dû payer ces frais s'il avait publié lui-même l'annonce. Par contre, le placeur ne peut facturer de frais d'annonces, mais uniquement la taxe d'inscription, s'il est lui-même l'éditeur de l'organe de publication. C'est ce que prescrit l'art. 2, al. 2 OEMOL-LSE. Cette disposition vise à éviter qu'un placeur, éditeur d'un organe de publication, convainque un demandeur d'emploi de diffuser une demande d'emploi dans le seul but de rentabiliser son organe de publication bien que cela n'augmente en rien les chances de placement du demandeur d'emploi.

L'art. 2, al. 3 OEMOL-LSE dispose qu'un ordre de placement qui n'a pas abouti est réputé éteint au plus tôt après six mois. Avant ce délai, le placeur ne peut donc facturer une taxe d'inscription pour un nouvel ordre. Cette disposition vise à éviter qu'un placeur, éditeur d'un organe de publication, puisse contourner les prescriptions relatives au montant plafond de la taxe d'inscription en fixant une durée de contrat plus courte, par ex. un mois.

L'art. 2, al. 4 OEMOL-LSE assure que ce plafond soit également respecté en cas de collaboration entre plusieurs placeurs.

2.8.2 COMMISSION DE PLACEMENT (ART. 20, 21, 22, 23 OSE, ART. 3 À 5 OEMOL-LSE)

2.8.2.1 COMMISSION

Les explications suivantes concernent exclusivement les commissions à la charge des demandeurs d'emploi. Le placeur peut fixer librement la rémunération qu'il exigera de l'employeur.

2

La commission de placement à la charge du demandeur d'emploi se calcule en pourcentage du salaire ou du cachet brut de la personne placée.

La taxe sur la valeur ajoutée relative aux montants de commission peut être répercutée sur les demandeurs d'emploi au-delà des plafonds.

Entrent dans le salaire brut :

- le salaire effectivement versé ;
- les cotisations salariales d'assurances sociales ;
- les retenues de couvert et logis, etc.

Les cotisations patronales aux assurances sociales n'y entrent pas.

Pour les contrats de travail à durée indéterminée et les contrats de travail à durée déterminée d'un an au moins, la base de calcul est toujours le salaire annuel, même lorsque le contrat de travail a été interrompu avant expiration d'un an. Lorsque le contrat de travail est interrompu dans un certain délai, il est parfois usuel que le placeur rembourse à l'employeur une partie de la commission de placement. De tels usages et éventuels arrangements ne sont pas touchés par la LSE. Celle-ci ne se prononce pas à leur sujet et ne les interdit pas. Dans le cas de contrats conclus pour moins d'un an, le salaire brut effectif convenu est déterminant. Ces règles s'appliquent également au placement de personnes pour des représentations artistiques ou des manifestations semblables. S'il est établi, avant le début du contrat de travail, qu'il s'agit d'un emploi à durée déterminée et très courte (par exemple moins d'un mois), la commission pouvant être demandée est de 5 % maximum. Dans ces cas, un calcul de salaire fictif sur un an est interdit.

En d'autres termes, lorsque l'engagement dure plus d'un an, le placeur peut facturer une commission de 5 % maximum **du premier salaire annuel**. Ce plafonnement s'applique aussi aux artistes. Dans ce domaine, les commissions plus élevées sont uniquement autorisées pour des engagements plus courts. **Mais la commission ne peut dépasser, dans tous les cas, 5 % d'un salaire annuel**.

En ce qui concerne le secteur artistique, la commission minimum de 80 francs doit garantir que des artistes peu connus puissent également être placés.

La commission de placement couvre les frais engagés par le placeur pour exécuter correctement et efficacement l'ordre de placement, satisfaisant aux règles de la profession. Outre la commission de placement, le placeur peut faire payer au demandeur d'emploi une indemnité supplémentaire pour des prestations de services spéciales, à condition qu'elles aient été spécifiquement convenues.

Les négociations contractuelles jusqu'à la conclusion du contrat font partie des activités normales de placement et sont rémunérées par la commission. Elles ne peuvent donc pas être facturées en tant que prestations de services spéciales convenues.

2.8.2.2 INDEMNITÉ SUPPLÉMENTAIRE POUR PRESTATIONS DE SERVICES SPÉCIALES CONVENUES

Le Message du Conseil fédéral du 27 novembre 1985 concernant la LSE, commente comme suit, en page 55, la convention de prestations de services spéciales conformément à l'art. 9, al. 1 LSE : « La possibilité de conclure de tels arrangements est indispensable en prévision de cas de placement difficiles ; il ne faut pas exposer le placeur à un risque extraordinairement élevé, qu'il serait amené à compenser par une très importante commission de placement ». Cet article n'a pas soulevé de discussion aux Chambres. Le législateur entendait donc réservé la possibilité de facturer des prestations

2

de services spéciales aux seuls cas où le placement s'avère difficile et où le placeur se rend compte d'emblée que sans l'emploi de moyens extraordinaires, comme des expertises graphologiques ou des tests psycho-professionnels, les chances de placer le demandeur d'emploi sont pratiquement nulles. Dans l'esprit du législateur, seuls n'entraient pas dans le risque commercial, les coûts des prestations extraordinaires qui s'avèrent indispensables en raison de la personne ou de la profession du demandeur d'emploi ou encore des vœux de l'employeur potentiel, prestations que le placeur est généralement obligé d' « acheter » à l'extérieur.

Eu égard à ces considérations, seuls des cas exceptionnels permettent de convenir de prestations de services spéciales. **Toutefois, la prestation de service spéciale doit en tout cas dépasser le simple cadre de l'activité de placement.** Peuvent être considérées comme prestations spéciales par ex. :

- l'accès à la consultation d'une plateforme d'emplois
- un test psychologique
- un test d'aptitude spécial
- l'analyse de l'employabilité du demandeur d'emploi
- la fourniture d'informations supplémentaires sur le marché du travail
- l'accompagnement en matière de rédaction de lettres de candidature
- l'accompagnement en matière de participation à des entretiens d'embauche, etc.

Important :

L'art. 20, al. 3 OSE interdit de fixer **l'indemnité pour prestations de services spéciales sous forme de forfait**. Le demandeur d'emploi doit voir clairement combien il doit payer pour chacune des prestations. Seul peut lui être facturé le **coût effectif** de ces prestations (à l'exception de la possibilité de consulter une plateforme d'emplois, cf. 2.8.2.3). Le placeur ne peut donc utiliser ces prestations pour améliorer sa commission.

Dans ce contexte, il importe également de toujours respecter l'art. 8 OSE. Les prestations supplémentaires convenues ne doivent donc pas s'inscrire en contradiction avec cette disposition qui édicte que l'activité de placement ne doit pas être liée à d'autres affaires qui entravent la liberté de décision du demandeur d'emploi ou des employeurs ou qui accroissent, en leur imposant des obligations supplémentaires, leur dépendance à l'égard du placeur. On peut citer par exemple le fait de proposer des mesures de formation alors que le placeur subordonne son activité de placement à la fréquentation d'un tel cours.

Si un placeur publie une **annonce** pour un demandeur d'emploi dans un journal ou sur une plate-forme d'emplois, il peut alors facturer les frais d'annonce. Il faut cependant s'assurer en l'occurrence que le placeur ne collabore pas avec l'éditeur ou n'a pas de participation dans le journal ou la plate-forme, car cela pourrait être pour lui un moyen de contourner les dispositions relatives à la commission et à la taxe d'inscription (cf. 2.8.1).

2.8.2.3 POINTS AUXQUELS IL CONVIENT DE VEILLER DANS LE PLACEMENT PAR LE CANAL DE PLATEFORMES D'EMPLOI

La publication d'une plateforme d'emploi ne comportant pas de partie principale journalistique (cf. commentaire de l'art. 2, Activités soumises à autorisation, ch. 2 « Formes sous lesquelles se présente le placement , 2.1.1.1 ») constitue une activité de placement au sens de la loi.

2

Le placeur n'est toutefois pas soumis à l'ordonnance sur les émoluments pour ce qui est du prix de l'organe de publication. L'acheteur de l'accès à une plateforme d'emploi ne se tourne dans ce cas pas vers le placeur à des fins de placement mais pour se faire une idée du marché de l'emploi. La disposition relative à la taxe d'inscription ne s'applique donc pas ici puisqu'il n'y a pas d'inscription.

L'éditeur d'une plateforme d'emploi peut en conséquence demander un prix conforme au marché incluant également un bénéfice.

Important :

Eu égard au souci de protection de la LSE, une autorisation de placement ne peut toutefois être délivrée à l'éditeur d'une plateforme d'emploi que sous certaines conditions :

- le demandeur d'emploi doit pouvoir voir d'emblée ce que contient la plateforme ;
- les contenus publiés doivent correspondre à la réalité ; les annonces fantaisistes sont donc interdites ;
- le demandeur d'emploi doit pouvoir accéder directement aux offres qui l'intéressent et évaluer ce que cela lui coûtera ; en d'autres termes, il ne doit pas être pris en otage par le système et promené dans des détours inutiles avant d'accéder aux informations qui l'intéressent.

2.8.2.4 POINTS À CONSIDÉRER PARTICULIÈREMENT DANS LE PLACEMENT PAR INTERNET

1. Le placeur lie le placement du profil du demandeur d'emploi à d'autres prestations

C'est en principe permis, pour autant que le demandeur d'emploi ne soit pas obligé d'acheter toute la gamme des prestations s'il lui en coûte plus de 45 francs, puisque cela reviendrait à contourner le plafond de la taxe d'inscription. Le demandeur d'emploi doit à tout moment avoir la possibilité de commander uniquement la prestation consistant à placer son profil pour un montant maximum de 45 francs. Le placeur a néanmoins la possibilité de facturer en sus les prestations spéciales (cf. lettre suivante).

2. Le placeur offre différents lots de prestations

Il est concevable qu'un placeur entende offrir différents lots de prestations. Par ex. une offre de base consistant dans le placement du profil du demandeur d'emploi sur Internet pendant deux mois pour 45 francs et une offre élargie, pour 200 francs, englobant le placement du profil sur Internet pendant six mois et différentes autres prestations spécialement convenues. Un tel projet ne peut toutefois pas être autorisé en raison de la durée différente de la diffusion sur Internet. Abstraction faite des prestations spéciales, l'offre de base doit être identique à l'offre élargie ; en d'autres termes, l'offre de base doit être tout aussi attractive du point de vue du placement du profil. Sinon, le demandeur d'emploi, dont l'intérêt majeur est que son profil soit diffusé le plus longtemps possible, pourrait être obligé de prendre le lot de prestations le plus cher. Le souci de protection qui sous-tend la fixation d'une taxe d'inscription maximale serait ainsi mis à mal. Dans l'exemple cité, les deux offres de prestations doivent donc proposer les mêmes durées de diffusion sur Internet.

3. Durée minimale du placement du profil d'un demandeur d'emploi sur Internet

En acceptant l'ordre de placement, le placeur s'engage en principe à travailler pour le demandeur d'emploi pendant un temps indéterminé. Si un placeur se contente d'encaisser la taxe d'inscription

2

sans rien entreprendre ou presque pour placer le demandeur d'emploi, il viole cependant le principe de la bonne foi. L'exigence d'égalité de traitement veut que le placeur pratiquant le placement sur Internet assure au demandeur d'emploi une durée minimale de diffusion de son profil. Selon la pratique de longue date, une durée minimale d'un mois est requise, un placement sur Internet plus court viole le principe de la bonne foi. Les projets prévoyant une diffusion du profil sur Internet pendant **moins d'un mois** ne sauraient par conséquent être autorisés.

Si une limitation du placement est prévue, l'article 2, alinéa 3, OEmol-LSE doit également être respecté. Cela signifie qu'il est possible de facturer 45 francs pour un placement d'un mois. Un nouveau placement payant ne peut toutefois pas avoir lieu avant six mois, sauf si le premier placement a été concluant.

2.8.2.5 NAISSANCE DU DROIT À LA RÉMUNÉRATION SPÉCIALE ET À LA COMMISSION

Le placeur a droit à la rémunération pour les prestations de services spéciales convenues en sus dès qu'il a fourni lesdites prestations, et celle-ci **est indépendante du succès du placement** (art. 413, al. 3 CO). Le demandeur d'emploi doit en être informé.

Par contre, le placeur ne peut prétendre à la commission que si le **placement a abouti à la conclusion d'un contrat de travail**. Toute autre stipulation est nulle et non avenue. L'article 9, alinéa 2 LSE revêt, en tant que norme de protection en faveur du demandeur d'emploi, un caractère impératif.

Le montant de la commission est calculé sur la base du revenu fixé dans le contrat de travail. **Si ensuite le demandeur d'emploi ne prend pas l'emploi ou ne l'occupe pas pendant toute la durée convenue, il doit tout de même au placeur la commission calculée sur la base du contrat de travail procuré.**

Selon l'article 9, alinéa 3 LSE, en cas de placement à l'étranger, le demandeur d'emploi ne doit s'acquitter de la commission que lorsqu'il a obtenu une autorisation de travail des autorités du pays de placement. Si le demandeur d'emploi n'obtient pas l'autorisation de travail, l'article 21 OSE autorise toutefois le placeur à lui facturer la moitié des dépenses et des frais effectifs ainsi que la totalité de la rémunération fixée au titre des prestations de services spéciales convenues. Dans des cas particuliers, le demandeur d'emploi peut s'engager à payer plus que la moitié des dépenses et des frais effectifs du placeur ; le montant facturé à ce titre ne peut cependant dépasser celui de la commission de placement autorisée.

2.8.2.6 TAUX DE COMMISSION DE PLACEMENT RELATIFS AUX REPRÉSENTATIONS ARTISTIQUES OU MANIFESTATIONS SEMBLABLES

Selon l'article 4, alinéa 1 et l'article 5 OEmol-LSE, les taux de commission pratiqués dans le secteur artistique à la charge des mannequins/modèles sont différents des taux pratiqués aux autres personnes exerçant dans ce secteur. Les alinéas 2, 3, et 4 de l'article 4 OEmol-LSE s'appliquent toutefois à **toutes les situations** de placement tant de personnes engagées pour des représentations artistiques ou des manifestations semblables que pour le placement de modèles et mannequins.

Lorsque le placement se fait à **l'étranger**, la commission à charge du demandeur d'emploi peut être majorée, au maximum de moitié, uniquement si le placeur est obligé de collaborer avec une agence étrangère ; cette dernière n'a pas le droit de demander une commission supplémentaire à l'artiste. L'article 4, alinéa 4 OEmol-LSE n'autorise une augmentation que pour le placement à l'étranger et non pour le placement depuis l'étranger.

2

2.8.3 CAS SPÉCIAUX

2.8.3.1 PRESTATIONS SUPPLÉMENTAIRES LORS DU PLACEMENT DE MANNEQUINS, MODÈLES, HÔTES ET HÔTESSES

Ce chapitre traite de la question de savoir quels services, notamment en ce qui concerne le décompte des assurances sociales, peuvent être fournis sans qu'une autorisation de location de services soit nécessaire. Il est essentiel de distinguer entre activité salariée et activité indépendante en fonction des circonstances concrètes du cas d'espèce et non de la nature juridique ou de la désignation du contrat entre les parties.

Mannequins et modèles

Les mannequins et modèles sont des personnes engagées pour la prise de photos ou de tournage de films à des fins publicitaires, ou qui participent à des manifestations (par exemple défilés de mode) et qui par leur présence promeuvent un produit (mode, bijoux, parfums, appareils techniques, équipements de sport, etc.).

Hôtes et Hôtesses

La dénomination hôtes et hôtesses regroupe les personnes effectuant de la promotion de produits tels que par exemple, cigarettes dans les bars et restaurants, produits alimentaires ou autres dans les commerces, ou voitures au salon de l'automobile. Ces personnes sont mises à disposition de clients en vue d'exercer ces activités de promotion. Le client leur fournit, en règle générale, les vêtements de travail, le matériel de promotion ainsi que les informations sur les produits, et leur dispense éventuellement également une formation.

Placement

On parle de placement, lorsqu'une agence ne fait qu'établir le contact entre des mannequins/modèles ou hôtes/hôtesses et des clients et que ces derniers engagent ces personnes et s'occupent du paiement de leurs cotisations aux assurances sociales.

Location de personnel

On parle de location de personnel lorsque l'agence engage elle-même les mannequins/modèles ou hôtes/hôtesses et les loue à des clients, en cédant son pouvoir de direction à ces derniers. Il peut cependant déjà s'agir de location de services lorsque l'agence assume, pour les mannequins/modèles ou hôtes/hôtesses, toutes les démarches relatives aux assurances sociales et que celles-ci font l'objet de règlements non pas comme pour des travailleurs indépendants mais pour des employés. Dans ce cas également, il y a lieu de considérer qu'il y a une relation d'emploi et que les missions auprès des clients ont qualité de location de services. Dans de tels cas, l'agence doit obtenir une autorisation de location de services.

Remarques relatives aux activités de mannequins et modèles :

Les mannequins/modèles n'exercent une activité indépendante que lorsqu'ils ne se trouvent pas dans une relation de subordination vis-à-vis du client. Toutefois, pour être reconnus en matière de sécurité sociale comme étant indépendants, les modèles doivent pouvoir prouver qu'ils sont reconnus comme tels par une caisse de compensation AVS. Dans le cas contraire, ils doivent être considérés comme employés du client.

2

Par conséquent :

1. Les agences qui mettent en contact des clients et des mannequins/modèles, reconnus comme indépendants par une caisse de compensation AVS, exercent des activités de placement au sens de la LSE et doivent être en possession d'une autorisation de pratiquer le placement privé. Dans ce cas, elles sont également habilitées à se charger du paiement des cotisations aux assurances sociales pour le compte des mannequins/modèles.
2. Les agences qui mettent en contact des clients et des mannequins/modèles, qui ne sont pas reconnus comme indépendants par une caisse de compensation AVS, exercent aussi des activités de placement au sens de la LSE et doivent être en possession d'une autorisation de pratiquer le placement privé. Elles ne peuvent toutefois pas se charger, pour les modèles, du paiement des assurances sociales. Cette tâche incombe au client en tant qu'employeur des personnes précitées. Sinon, il y a lieu de supposer une situation de location de services.
3. Les agences qui se chargent tout de même d'acquitter les cotisations sociales pour les mannequins/modèles non reconnus par une caisse de compensation AVS comme travailleurs indépendants, sont en conséquence considérées comme leur employeur. Ces agences doivent donc être en possession d'une autorisation d'exercer la location de services et conclure des contrats de travail avec les mannequins/modèles.

Remarques relatives aux activités d'hôtes et hôtesses :

Au cas où l'agence détient seule le pouvoir de direction sur les hôtes et hôtesses et assume seule la responsabilité des activités de promotion, il s'agit très vraisemblablement de la réalisation d'un mandat. Les indices permettant d'aboutir à une telle conclusion peuvent être le fait que l'agence élaboré le concept publicitaire dans son intégralité et qu'elle assure la promotion du produit avec du personnel qui lui est exclusivement subordonné.

Par conséquent :

Dans la mesure où les activités des hôtes et hôtesses sont fournies dans le cadre d'un mandat, le pouvoir de direction n'est pas transmis au client et l'agence n'a pas qualité de bailleresse de services au sens de la LSE.

2.8.3.2 LE PLACEMENT DE SPORTIFS

1. Référence à la LSE

Le texte du contrat doit faire référence au cadre juridique de la LSE.

2. Impossibilité d'exclusivité

Selon l'article 8, alinéa 2, lettre a LSE, les arrangements qui interdisent au demandeur d'emploi de s'adresser à un autre placeur sont nuls et non avenus. Il peut certes être prévu que le placeur soit, pour une durée déterminée, le placeur exclusif du sportif, mais la règle suivante est alors impérative :

« Les parties ont à tout moment un droit de résiliation sans délai ni réserve ».

2

3. Commission maximale autorisée lorsque le sportif doit s'acquitter d'une commission

L'article 3, alinéa 1 OEmol-LSE dispose que la commission de placement à charge du joueur peut s'élever au maximum à 5 % du premier salaire annuel brut. À cet égard, il convient donc de retenir que : « L'agent de joueurs perçoit une commission s'élevant à 5 % du premier salaire annuel brut que le joueur gagnera aux termes du contrat de travail négocié par son agent ». Il va de soi que cette réglementation doit également figurer dans toutes les autres dispositions concernant une éventuelle commission, par exemple sur l'encaissement de primes, de cachets publicitaires, de sponsoring, etc.

4. Rémunération pour prestations de services spéciales convenues par contrat

Il est possible de convenir avec le sportif que le placeur fournisse pour lui des prestations de services spéciales (art. 9, al. 1 LSE). Selon l'article 20, alinéa 3 OSE, l'indemnité exigée pour ce type de prestations ne peut pas être fixée sous forme de somme forfaitaire ni en pourcentage du salaire (cf. également 2.8.2.2.). En règle générale, il est facturé un honoraire sur base horaire.

5. Arrangement relatif à des prestations de services spéciales dans le cadre d'un contrat de management

Mais que se passe-t-il en cas de conclusion, avec le sportif, d'un contrat de management prévoyant une prestation de conseil globale associée à une obligation récurrente de versement d'une commission annuelle ?

En principe, un placeur n'est pas habilité à relier son activité de placement à une autre activité professionnelle pouvant nuire aux intérêts des demandeurs d'emploi et des employeurs ; en particulier lorsqu'elle entrave leur liberté de décision ou qu'elle accroît leur dépendance à l'égard du placeur (art. 3, al. 1 LSE et art. 8, al. 1 OSE). Un placeur de joueurs peut fournir des prestations de services spéciales dans le cadre d'un contrat de management moyennant le respect des conditions détaillées ci-après.

Le contrat conclu avec le joueur doit stipuler que celui-ci peut conclure soit un simple contrat de placement, soit un contrat de management (placement compris). En particulier, le joueur doit se voir offrir le choix du type de contrat et il ne peut être conclu qu'il s'agit uniquement d'un contrat de management.

C'est pourquoi une clause d'un contenu similaire aux termes suivants doit être incluse dans le contrat :

2

Par le présent contrat, le joueur a la possibilité, soit de conclure

- *un contrat de placement strict au sens de l'art. 8 de la loi sur le service de l'emploi et la location de services (LSE), pour lequel une commission de placement d'au maximum 5% du premier salaire annuel brut peut être exigée dans le cas où le placement abouti à la conclusion d'un contrat de travail avec un club (sont compris dans cette définition tant la conclusion d'un contrat avec un nouveau club que la prolongation d'un contrat avec le club actuel) (variante A) ;*
- *soit de conclure un contrat de management, selon lequel seront proposées, en plus de l'activité de placement, des prestations de services spéciales, pour lesquelles un pourcentage de ...% du salaire annuel brut devra être versé chaque année dès la deuxième année d'engagement (variante B). Cette commission de management doit être payée chaque année et est due jusqu'au terme du délai de résiliation de ce contrat. Le manageur s'engage, dans le cas de la variante B, à apporter au joueur les prestations de services spéciales suivantes (cette liste est donnée à titre exemplatif et n'est pas exhaustive) :*
 - *accompagnement et conseil concernant la technique de jeu, l'entraînement et la tactique, conseil et placement relatifs à des entraînements supplémentaires ;*
 - *accompagnement et conseil en cas de difficultés rencontrées avec l'entraîneur ou les responsables du club ;*
 - *accompagnement et conseil en cas de problèmes de famille et de santé ;*
 - *aide à la recherche d'un logement, à l'emménagement et au déménagement ;*
 - *accompagnement et conseil pour les déclarations auprès des autorités et des assurances ;*
 - *conseil en accompagnement en matière d'assurances ;*
 - *conseil en matière de prévoyance ;*
 - *planification financière et aide dans la mise en œuvre ;*
 - *conseil fiscal, établissement de la déclaration fiscale ;*
 -
 -
 -

Les prestations précitées sont rémunérées par la commission de placement, respectivement les frais de management. Le recours éventuel à des tiers (p.ex. entraîneur personnel, coach de préparation mentale, conseiller en diététique) est à la charge du joueur.

2

Pour que soit réellement garanti le libre choix du joueur, le contrat doit stipuler, dans une annexe, que celui-ci confirme son choix par une clause libellée en substance comme suit :

Le manager a expressément donné au joueur le choix de le mandater uniquement pour une prestation de placement (variante A). Le joueur confirme par sa signature apposée sur l'annexe 1 pour quelle variante il a donné son accord.

Dans une annexe séparée :

Annexe 1 :

Par la présente, le joueur confirme expressément que le manager lui a donné la possibilité de choisir soit une simple prestation de placement (variante A), soit une prestation de conseil complète, placement compris (variante B). Le joueur a pris connaissance du fait que la rémunération à verser au titre de la prestation de conseil complète reste due tous les ans également après la première année contractuelle.

Par sa signature, le joueur confirme avoir choisi la variante ...

Lieu et date :

Le joueur ou son représentant légal :

Avec ces prescriptions sur le modèle du contrat, il est possible de s'assurer que les intérêts du joueur ont été respectés et qu'il n'y a aucune violation des articles 3, alinéa 1, lettre c LSE et 8, alinéa 1 OSE. Il est bien connu que beaucoup de personnes signent des contrats sans en lire le contenu exact et donc sans le connaître. La signature de l'annexe 1 constitue une garantie nettement plus élevée que le joueur ait réellement eu la possibilité de choisir une simple prestation de placement ou qu'il a consciemment opté pour une prestation de conseil complète, laquelle l'engage à payer une commission annuelle récurrente.

Compte tenu du fait que selon l'article 8, alinéa 1, lettre a LSE les arrangements qui interdisent au demandeur d'emploi de s'adresser à un autre placeur sont nuls et non avenus, les frais de management ne peuvent être prélevés que jusqu'à une éventuelle résiliation du contrat de management, pro rata temporis. En aucun cas, une indemnisation ne saurait être exigée au titre d'une durée de contrat suivant la résiliation. Sinon, il y aurait infraction à l'article 8, alinéa 1, lettres a et b OSE.

Important :

Les négociations contractuelles jusqu'à la conclusion d'un nouveau contrat relèvent de l'activité de placement et ne peuvent donc pas être facturées en tant que prestation supplémentaire convenue.

Clause d'élection de for

Les contrats de placement passés avec les sportifs prévoient fréquemment une clause d'élection de for au domicile de la fédération. L'article 35 CPC stipule qu'il est interdit de renoncer d'emblée à

2

l'élection obligatoire de for prévue à l'article 34, alinéa 2 CPC. Cet article stipule qu'une compétence juridictionnelle supplémentaire doit être élue au domicile du placeur en cas d'action en justice déposée par le demandeur d'emploi. Le contrat de placement devrait en faire mention.

LEI

Au niveau fédéral, le SEM est responsable de toutes les questions relatives à l'admission et aux conditions d'engagement des sportifs et sportives professionnels étrangers.

Droit des associations

Le droit des associations est souvent appliqué dans le droit du sport. Celui-ci n'est pris en compte par le juge étatique que dans la mesure où le droit étatique laisse une place à une réglementation autonome ou qu'aucune norme juridique étatique à respecter impérativement ne s'oppose aux prescriptions de la fédération (ATF 132 III 285 ss. du 20.12.2005). Ainsi, le droit des associations peut par exemple prévoir des taux de commission maximaux plus stricts que ceux prévus par la LSE ou exiger la réussite d'un examen pour l'admission en tant qu'intermédiaire.

2.8.3.3 PLACEMENT AU PAIR

Le placement au pair est pratiqué en Suisse principalement par des institutions d'utilité publique ; il existe néanmoins quelques agences commerciales.

1. Obligation d'autorisation

Les agences qui pratiquent le placement au pair régulièrement et contre rémunération relèvent de l'article 2 LSE et sont donc soumises à autorisation. Cela vaut aussi pour les institutions d'utilité publique, si elles font payer leurs services.

2. Plafonnement des frais afférents aux divers types de prestations

La stricte application du tarif des émoluments prévus par la LSE s'avère irraisonnable si on l'applique au domaine des activités de placement au pair. Pour accomplir leur mission de placement de manière sérieuse et efficace, les agences de placement au pair spécialisées dans ce domaine, qu'il s'agisse ou non d'institutions d'utilité publique, doivent fournir une série de prestations « spécifiques » qui sortent du cadre normal de tarification. C'est pourquoi nous avons établi le tarif ci-dessous en nous fondant sur les pratiques actuellement en usage dans le secteur du placement au pair :

- a) taxe d'inscription
- b) commission de placement
- c) indemnité pour prestations de services spéciales

2

Tableau 1 :

Montants des taxes et rémunérations maximum pouvant être prélevés dans le secteur au pair

Tarif maximum	
a) Taxe d'inscription (enregistrement)	45 CHF
b) Commission de placement : au maximum	773 CHF

Calcul : max. 5 % de la rémunération annuelle moyenne perçue par la personne au pair y inclus salaire en nature (entre 150 et 200 francs par semaine, logé et nourri, frais de voyage payés, etc.).

Ces montants doivent garantir et inclure les prestations suivantes :

- établissement du dossier ;
- activité effective de placement ;
- conclusion et signature du contrat de placement.

c) Autres prestations	
Formation et préparation	72 CHF
Interview	60 CHF
Tests linguistiques et d'adéquation	60 CHF
Frais, matériel, téléphones, fax, etc.	25 CHF
Total max.	217 CHF
Total des coûts admis : max.	1035 CHF

En principe, l'autorisation n'est délivrée aux agences de placement au pair que si elles tiennent compte des plafonds ci-dessus et les respectent.

Ces plafonds correspondent au niveau de l'indice des prix à la consommation de mars 2023. Ils peuvent être adaptés périodiquement en fonction de l'augmentation du coût de la vie.

Important :

En principe, le SECO est compétent uniquement pour les questions en relation avec le placement au pair. Toutes les questions en rapport avec l'admission de personnes au pair et leurs conditions d'embauche relève, au niveau fédéral, du SEM.

Considérations relatives à l'admission et aux conditions d'embauche par rapport à la LEI

1. D'une part l'article 48 OASA soumet l'autorisation de séjour de courte durée de personnes au pair en provenance d'États tiers à un certain nombre de conditions, telles que l'âge (avoir entre 18 et 25 ans), le fait que l'activité n'excède pas 30 heures par semaine, que leur activité ne comprenne que des travaux ménagers simples et la garde des enfants, que la rémunération soit appropriée, que la personne dispose de sa propre chambre chez la famille d'accueil, qu'elle suive

2

un cours de la langue nationale parlée dans leur lieu de séjour. Les autorisations de séjour de courte durée octroyées aux personnes au pair provenant de pays tiers sont limitées à douze mois et ne peuvent pas être prolongées (il n'y a en aucun cas un droit à l'octroi d'une autorisation de séjour avec activité lucrative). En outre, les cantons prévoient des formulaires que les familles d'accueil doivent remplir en fonction des circonstances (en particulier concernant le temps du travail, la langue de la famille, l'accompagnement, le nombre d'enfants, etc.). Les cantons vérifient ensuite ces formulaires. L'article 30, alinéa 1, lettre j LEI stipule également que les personnes au pair d'États tiers ne peuvent bénéficier d'une autorisation de séjour de courte durée que si elles sont placées par des organisations agréées au sens de la LSE. De plus amples informations sont disponibles au 4.4.10 des directives relatives à la LEI.

2. D'autre part, en raison de la clause « stand still » de l'article 13 ALCP, les dispositions relatives à l'âge et au placement par une organisation agréée au sens de la LSE ne sont toutefois pas applicables aux ressortissants au pair des pays de l'UE/AELE. Ces personnes bénéficient, du point de vue de l'âge, d'une limite plus généreuse de 17 à 30 ans. Le séjour d'un ressortissant UE/AELE au pair peut être prolongé à deux ans maximum. Le placement par une organisation reconnue en Suisse n'est pas obligatoire. Cela signifie que les familles qui cherchent un jeune au pair provenant d'un pays de l'UE/AELE ne doivent pas nécessairement contacter une organisation de placement autorisée, mais peuvent aussi recruter elles-mêmes. Toutes les autres dispositions de l'OASA s'appliquent toutefois aux ressortissants UE/AELE au pair en raison de l'accord européen sur le placement au pair.
3. De plus, les cantons ont des modèles de contrat pour l'engagement de personnes au pair qui peuvent prévoir, par exemple, un salaire minimum ou des durées de travail maximum. Enfin, la plupart des cantons sont dotés de contrats-types de travail pour les employés de maison et les personnes au pair. Ces dispositions sont néanmoins applicables indépendamment de l'origine de la personne au pair (CH, UE/AELE, Etat tiers). Il ne devrait donc pas y avoir de différence de traitement.
4. Il ne devrait pas y avoir non plus de différence de traitement entre les différentes nationalités en ce qui concerne les assurances sociales et la caisse-maladie. À titre exceptionnel, il est possible que des ressortissants UE/AELE puissent rester affiliés aux assurances sociales et à la caisse-maladie de leur pays.
5. Les frais relatifs à la taxe d'autorisation de séjour relèvent en principe des taux appliqués par les cantons. L'article 8, alinéa 2 Oem-LEI prévoit une taxe normale de maximum 65 francs pour les ressortissants UE/AELE. La taxe d'octroi ou de prolongation de l'autorisation de séjour de courte durée de 95 francs peut être exigée des personnes au pair des États tiers (art. 8, al. 1, let. b Oem-LEI). Les émoluments relatifs à la surveillance du marché de l'emploi auprès des offices cantonaux du travail sont de la compétence des cantons.

Indications sur les prestataires de cours de langue à l'étranger qui proposent également des emplois, des stages, des programmes de travail, des postes au pair ou similaires (demi-pair) :

Si les écoles de langues suisses mettent en contact, contre rémunération, leurs clients avec les employeurs étrangers avec lesquels elles sont en contact, elles agissent en tant qu'agences de placement et sont soumises à autorisation.

2

2.8.4 PARENTHÈSE : AUTORISATION LSE ET FRANCHISAGE

Le franchisage est un « mariage d'affaires » entre une entreprise existante (le franchiseur) et le propriétaire d'une nouvelle entreprise (le franchisé).

Par contrat de franchise, le franchiseur met à disposition du franchisé, moyennant redevance (droits d'entrée et d'exploitation, souvent aussi droits sur le chiffre d'affaires), un concept commercial intégral. Les investissements de la nouvelle entreprise sont faits par le franchisé. Le franchiseur pour sa part fournit des biens ou des services spécifiques, un concept de marketing éprouvé, des marques et du savoir-faire, ainsi qu'un encadrement régulier et un développement constant du concept commercial. La caractéristique du franchisage est l'unicité de l'image de marque.

La chaîne McDonald's est un bon exemple de franchisage. Le public a l'impression que tous les restaurants McDonald's appartiennent à la même société. Pourtant une bonne partie d'entre eux sont dirigés par des gérants indépendants mais selon le concept et sous le nom de McDonald's.

En matière de placement et de location de services, cela signifie par exemple que le franchisé reçoit le droit d'utiliser le concept de marketing et d'entreprise, le nom et la marque, voire d'autres droits protégés du franchiseur ; ce dernier peut également donner au premier une formation sur les activités de placement et de location de services et mettre à sa disposition des modèles de contrat. Le franchisé s'engage, moyennant rémunération, à pratiquer le placement ou la location de services pour son propre compte selon le concept développé par le franchiseur. Il est possible qu'il y ait plusieurs franchisés. Il leur est souvent accordé le droit d'opérer sur une zone déterminée.

Le franchisé est en l'occurrence un indépendant qui travaille pour son propre compte et à ses propres risques : il a donc lui-même toujours besoin d'une autorisation de pratiquer le placement ou la location de services. Le droit à une autorisation ne peut jamais faire partie du « package » offert par la franchise. En règle générale, le franchisé veut toutefois, dans le cadre de son activité, être associé au franchiseur. En raison de l'obligation d'usage de la raison sociale, sanctionnée pénalement, il n'est cependant pas autorisé à utiliser le nom et la marque du franchiseur sans y faire figurer le nom de sa propre entreprise. Dans la pratique, il désignera son entreprise de manière à ce qu'il apparaisse clairement qu'il est un partenaire du franchiseur (voir l'exemple 1). Il arrive parfois que dans le cadre du « package », le franchisé s'installe dans les locaux du franchiseur (exemple 2). Dans ce cas, l'établissement n'a pas seulement une raison sociale indiquant une relation de partenariat mais également la même adresse que le franchiseur ; en d'autres termes, deux ou plusieurs établissements existent sous la même adresse et avec des raisons sociales concordantes. Il peut aussi arriver que le franchisé ne reprenne que le concept, mais aucun des éléments de l'entreprise ni la marque du franchiseur (exemple 3). Enfin, il existe des cas où le franchisé conclut les contrats au nom du franchiseur, laissant l'encaissement au franchiseur. Après déductions des redevances de franchise, les revenus sont perçus par le franchisé (exemple 4). Dans ce cas, le franchisé agit au sens de l'article 1, lettre e OSE. Il adresse les demandeurs d'emploi au franchiseur qui est lui-même titulaire d'une autorisation ou les met en contact avec des employeurs qui lui ont été indiqués par le franchiseur. Il doit lui aussi être titulaire d'une autorisation de placement.

Selon le registre du commerce, les franchisés sont en principe tenus de présenter leur entreprise telle qu'elle est inscrite au registre du commerce. S'ils utilisent le même nom que le franchiseur, ils doivent y ajouter leur propre nom.

2

Les implications concernant l'octroi de l'autorisation et l'inscription au registre du commerce sont les suivantes :

Situation de départ

Franchiseur : Modèle et Partenaires SA, bd Modèle 44, 9999 Modéliard

Franchisé : Pierre Franc, rue de la Franchise 33, 1111 Franville

Exemple 1

Le franchisé se présente comme une entreprise partenaire du franchiseur. Dans ce cas, l'autorisation sera libellée comme suit :

Entreprise : Pierre Franc, Entreprise franchisée de Modèle & Partenaires SA, rue de la Franchise 33, 1111 Franville.

Responsable : Pierre Franc (pour les activités exercées dans le cadre du contrat de franchise) :

L'inscription au registre du commerce est libellée comme suit : Pierre Franc, rue de la Franchise 33, 1111 Franville. Le but indique : Location de personnel en tant qu'entreprise franchisée de Modèle & Partenaires SA et avec utilisation de la marque SA Modèle & Partenaires.

Exemple 2

Le franchisé est installé dans les locaux du franchiseur, l'autorisation sera libellée comme suit :

Entreprise : Pierre Franc, Entreprise franchisée de Modèle & Partenaires SA, bd Modèle 44, 9999 Modéliard.

Responsable : Pierre Franc (pour les activités exercées dans le cadre du contrat de franchise)

L'inscription au registre du commerce est libellée comme suit : Pierre Franc, bd Modèle 44, 9999 Modéliard. Le but indique : Location de personnel en tant qu'entreprise franchisée de Modèle & Partenaires SA et avec utilisation de la marque Modèle & Partenaires SA.

Dans les exemples 1 et 2, le site Internet de l'entreprise doit faire apparaître que l'établissement opère en tant que franchisé. Il y a sinon infraction à l'article 7, alinéa 1 et à l'article 18, alinéa 1 LSE.

Exemple 3

Si le franchisé ne se présente pas en tant qu'entreprise partenaire du franchiseur (absence de mention de la raison sociale ou de la dénomination commerciale du franchiseur), mais se présente en tant qu'indépendant, l'autorisation est alors libellée ainsi :

Entreprise : Pierre Franc, Rue de la Franchise 33, 1111 Franville

Responsable : Pierre Franc

Lorsque le franchisé n'acquiert pas le droit d'utiliser la raison sociale ou la dénomination commerciale du franchiseur, la procédure normale s'applique. L'inscription au registre du commerce est la suivante : Pierre Franc, rue de la Franchise 33, 1111 Franville

2

Exemple 4

La conclusion du contrat et le recouvrement de créances auprès des demandeurs d'emploi et des employeurs sont effectués par le franchiseur. Le franchisé ne fait que lui adresser des demandeurs d'emploi ou des employeurs. Il s'agit d'un cas de placement au sens de l'article 1, lettre e OSE; à savoir, le franchisé doit lui aussi être titulaire d'une autorisation. Celle-ci sera donc libellée comme suit :

Entreprise : Pierre Franc, rue de la Franchise 33, 1111 Franville

Responsable : Pierre Franc

L'inscription au registre du commerce est libellée comme suit : Pierre Franc, rue de la Franchise 33, 1111 Franville

Il peut arriver que tous les franchisés d'un même franchiseur opèrent sur la base des mêmes contrats. Le traitement des demandes s'en trouve facilitée. En règle générale, il y a lieu de tenir compte de cette circonstance et, pour ces cas, de facturer au demandeur l'émolument d'autorisation minimum. Si un contrat de franchise a déjà été conclu et que le franchiseur est titulaire d'une autorisation, les demandes d'autorisation présentées par les franchisés pourront être assimilées à des demandes de modification ou d'extension de l'autorisation ; les émoluments seront alors encore plus bas. Ainsi, l'émolument facturé peut être encore moins élevé. L'autorité qui délivre l'autorisation peut toutefois déterminer à sa guise la procédure relative à l'émolument.

Les explications données sous 2.8.4. s'appliquent également aux modèles de partenariat, dans lesquels un contrat permet à un partenaire de reprendre un concept commercial (éventuellement avec une présentation sous un nom commun) moyennant le paiement d'une redevance.



3 La location de services

3.1 ARTICLE 12 LSE : ACTIVITÉS SOUMISES À AUTORISATION (ART. 26 - 31 OSE)

3.1.1 QUELS CONTRATS RELÈVENT DE LA LSE ?

Dans la location de services, un employeur (bailleur de services) cède les services de ses travailleurs à un autre employeur (entreprise de mission). **La location de services implique donc l'existence d'un contrat de travail.** La location de services est toujours une relation triangulaire faisant intervenir les parties suivantes :

- **Employeur**

L'employeur est simultanément le bailleur. Il cède entièrement ou largement son pouvoir de direction à un tiers (entreprise de mission). En revanche, le contrat de travail perdure. Sa responsabilité envers l'entreprise de mission n'est engagée qu'au titre du choix de l'employé adéquat. Aucun succès n'est garanti sur une base contractuelle.

- **Travailleur**

Les travailleurs loués restent sous contrat de travail avec le bailleur, qui est leur employeur. Ils n'ont aucune relation contractuelle avec l'entreprise tierce, à savoir l'entreprise de mission, et sont uniquement soumis à son pouvoir de direction du point de vue personnel, organisationnel, temporel, factuel et du point de vue du lieu de la mission.

- **Entreprise tierce ou entreprise de mission**

Les travailleurs loués sont intégrés à l'entreprise tierce. Ils sont soumis à son pouvoir de direction et son droit de contrôle. L'entreprise met habituellement à disposition les moyens nécessaires à l'exécution du travail et supporte donc les risques liés à la prestation (mauvaise exécution).



Remarque :

Les termes **entreprise tierce** ou **entreprise de mission** qualifient tout autant des entreprises que des personnes physiques ou des ménages. Dans son jugement 2C_356/2012 du 11 février 2013, le Tribunal fédéral a noté dans son considérant 4.4 qu'il est déterminant pour la qualification d'**entreprise de mission** (**entreprise locataire de services**) ou **entreprise tierce** au sens de la LSE qu'à l'instar d'un employeur, le ménage privé dispose de pouvoirs de direction importants sur les employés engagés ; à savoir qu'il existe une relation de subordination.

La distinction entre le contrat de travail et d'autres contrats (par ex. le mandat, le contrat d'entreprise ou un contrat mixte), qui ont également tous pour objet une prestation de travail pouvant être effectuée chez une entreprise tierce, n'est pas toujours aisée. **Le nom que les parties donnent au contrat n'est en l'occurrence pas déterminant.**

3

La distinction doit se faire dans le cas d'espèce en s'appuyant sur le contenu du contrat, la description du poste et la situation de travail concrète dans l'entreprise de mission. Seule relève de la LSE l'exécution d'un contrat de travail, sous la forme de la location de services, c'est-à-dire la fourniture, dans l'entreprise de mission, d'une prestation de travail par le travailleur dont les services sont loués.

La cession des services du travailleur à un tiers doit avoir des caractéristiques bien déterminées pour qu'il y ait un contrat de location de services.

Le critère de cession qui caractérise la location de services suppose que, de manière cumulative :

- une entreprise **cède** à une autre entreprise une **part importante** de son **pouvoir de direction sur ses propres travailleurs** et
- **le contrat de travail liant le travailleur et l'entreprise cédant son pouvoir de direction soit maintenu.**

Un **critère important** peut également être fourni par la réponse à la question de savoir si la transaction se limite à la **facturation d'heures de mission** ou si l'employeur garantit aussi un certain résultat de prestations de la part de ses travailleurs et, au cas où ce résultat ne serait pas atteint, renonce à une partie des honoraires convenus ou fait exécuter gratuitement des prestations réparatoires.

3.1.1.1 LA LOCATION DE SERVICES PAR DES INSTITUTIONS RECONNUES D'UTILITÉ PUBLIQUE NE RELÈVE PAS DES ACTIVITÉS DE LOCATION DE SERVICES SOUMISES À AUTORISATION

Seule la location de services à des fins commerciales est soumise à autorisation ; à savoir les activités visant intentionnellement la réalisation d'un bénéfice. Une entreprise commerciale loue donc les services de ses employés à des fins commerciales. Les établissements et institutions d'utilité publique ne poursuivent en principe pas d'objectif économique et n'ont donc pas besoin d'une autorisation de pratiquer la location de services. Il y a utilité publique lorsque le cercle des personnes cibles est ouvert et que le but sert l'intérêt général. Il s'agit, par exemple, d'activités dans des domaines caritatifs, humanitaires, de la santé, de l'éducation, des sciences et de la culture. Pour qu'une institution soit considérée comme étant d'utilité publique il faut également qu'elle agisse de manière désintéressée et donc qu'elle ne poursuive pas ses propres intérêts. Par conséquent, il n'y a pas d'intérêt général lorsque, selon les caractéristiques spatiales et professionnelles, le cercle des intéressés ne peut durablement être que limité.

Les établissements d'utilité publique ne poursuivent, dans leur ensemble, aucun objectif de bénéfice économique. En règle générale, ils sont sous la surveillance d'autorités étatiques ou travaillent en accompagnement des partenaires sociaux ou en collaboration avec eux. Très souvent, les institutions d'utilité publique exécutent un mandat de prestations du secteur public et sont tenues d'assurer la prestation de leurs services.

Il y a lieu de vérifier au cas par cas si une institution est d'utilité publique et est donc exonérée de l'autorisation.

Il peut être décisif que l'établissement soit reconnu d'utilité publique par les autorités fiscales au sens de l'article 56 lettre g LIFD et qu'il soit par conséquent exonéré d'impôt. Il est judicieux de se procurer ce justificatif.

3

Les indices d'une activité d'utilité publique sont :

- L'institution ne recherche pas le profit ;
- Les frais d'exploitation sont pour la majeure partie couverts par des prestations d'assurance, des subventions ou par d'autres moyens ou encore des dons ;
- L'établissement travaille avec le secteur public et est habituellement placé sous sa surveillance ;
- L'établissement effectue sa prestation dans le cadre d'un mandat de prestations du secteur public ;
- L'activité est effectuée en accompagnement des partenaires sociaux ;



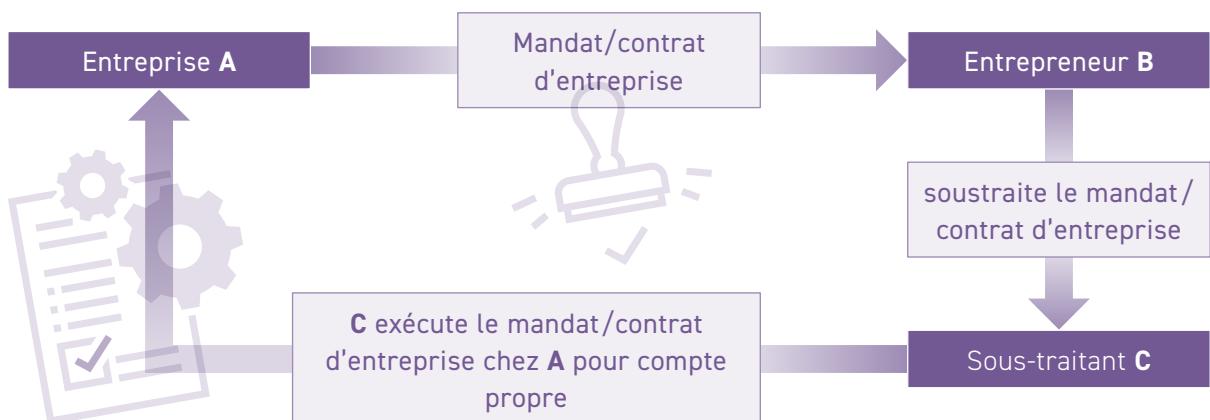
Remarque :

une société anonyme peut également être d'utilité publique si elle renonce statutairement à la distribution de dividendes et de tantièmes.

3.1.1.2 QUELLES PEUVENT ÊTRE LES DIFFÉRENTES CONFIGURATIONS DE CONTRATS ET COMMENT LES DISTINGUER ?

a) La transmission d'un mandat, d'un contrat d'entreprise

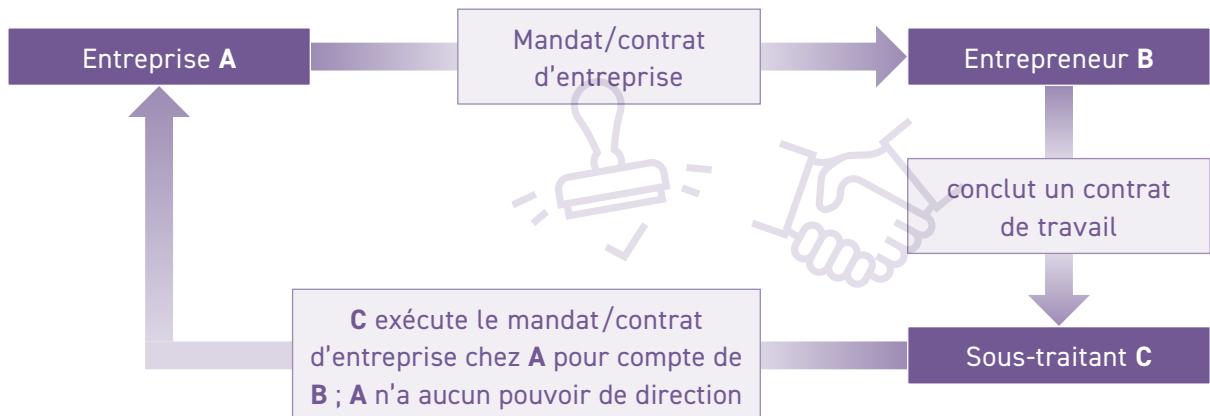
L'entreprise A et l'entrepreneur B concluent un mandat ou un contrat d'entreprise dont B peut sous-traiter l'exécution, en tout ou en partie, à un tiers (sous-traitant C). Le sous-traitant est ici un **indépendant** et reprend un mandat ou un contrat d'entreprise. Il n'y a donc **pas de location de services**.



3

b) Exécution d'un mandat ou d'un contrat d'entreprise par un employé

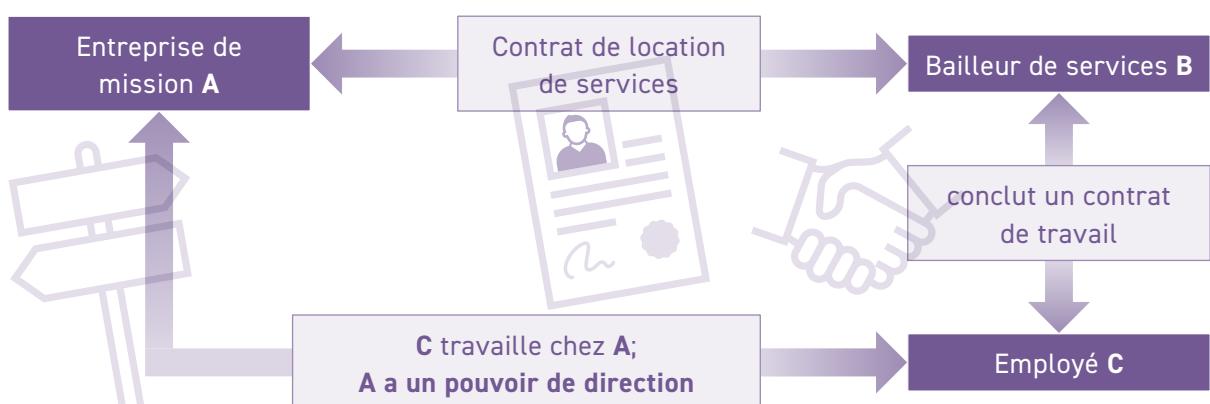
L'entrepreneur B emploie un travailleur qui exécute pour lui au sein de l'entreprise A un mandat ou un contrat d'entreprise. L'entreprise A n'a toutefois aucun **pouvoir de direction** vis-à-vis de l'employé et le simple règlement d'heures de mission n'est pas déterminant. Dans ces conditions, il n'y a **pas de location de services**. Il s'agit d'une mission à l'extérieur dans laquelle l'employé travaille à l'exécution d'un **mandat ou d'un contrat d'entreprise** conclu par son employeur.



Les configurations a) et b) ne relèvent pas de la LSE. Ce type de missions prend fin normalement avec l'achèvement du mandat ou du contrat d'entreprise.

c) Location des services d'un employé (location de services)

Le travailleur C du bailleur de services B (employeur) travaille dans l'entreprise de mission A **comme si celle-ci était son propre employeur** ; l'entreprise de mission a donc sur lui un **pouvoir de direction**.



3

3.1.1.3 PARENTHÈSE : QUAND PARLE-T-ON D'UNE ACTIVITÉ INDÉPENDANTE ?

Pour pouvoir présumer qu'il y a activité indépendante (par. ex. s'agissant du sous-traitant C dans la configuration présentée au point 3.1.1.2 à la lettre a), plusieurs critères doivent être remplis cumulativement ; en particulier :

- a) Pas de rapport de subordination entre les parties contractantes ;
- b) Le sous-traitant supporte le risque commercial ;
- c) Recherche et acquisition de mandats et de travaux par le sous-traitant pour lui-même ;
- d) Prise en charge des frais généraux en lien avec l'entreprise ;
- e) Pas de dépendance économique ou organisationnelle entre les parties contractantes.

L'existence d'un **rappor t de subordination** constitue le critère de distinction central. Si la relation contractuelle entre les parties est caractérisée par la subordination, la partie subordonnée à l'autre n'a pas le statut d'un indépendant mais celui d'un salarié. Dans ce cas, le salarié exécute ses tâches selon les consignes données par l'employeur. Au contraire d'un entrepreneur ou d'un mandant, il ne dispose pas d'une large autonomie dans l'exécution des travaux.

Pour la distinction entre travail indépendant et travail salarié, il est également fait référence à l'ATF 119 V 161, qui explique bien les différents critères de distinction.

Il y a par conséquent lieu de vérifier au cas par cas si les critères d'une activité professionnelle indépendante sont remplis. **Les simples déclarations de la société ou de la personne concernée ne suffisent pas.** Les contrats de travail des travailleurs concernés et les contrats conclus avec les clients contiennent toutefois en règle générale des éléments déterminants qui permettront de trancher la question.

Qui décide s'il y a ou non activité indépendante ?

La question du statut se pose toujours à propos de la perception des cotisations aux assurances sociales (SUVA, AVS, AI, APG, AC et LPP) puisque des taux différents sont appliqués aux indépendants (voir art. 8 LAVS).

Ce sont donc les instances compétentes en matière d'assurances sociales qui décident de la présence d'une activité indépendante ou salariée. Dans les cas présents, il s'agit particulièrement de la caisse de compensation à laquelle les parties contractuelles sont affiliées et de la SUVA.

Face à une personne qui se déclare indépendante, le moyen de contrôle le plus simple est de vérifier si elle est reconnue comme telle par les assurances sociales.

La location de services avec des indépendants n'est pas possible car la location de services presuppose toujours un contrat de travail.

Une personne qui exerce une activité professionnelle réputée indépendante ne peut mettre ses services à disposition d'un tiers au sens de la LSE puisqu'elle ne possède pas le statut de salarié. Si un indépendant offre ses services à une entreprise, le rapport juridique qui en résulte ne relève pas de la LSE mais du seul droit des contrats, c'est-à-dire du CO. L'indépendant devient partie à un contrat d'entreprise, à un mandat ou à un contrat innommé.

Mais il se peut aussi que l'examen des faits à la lumière des critères susmentionnés conduise à lui dénier la qualité d'indépendant et à le considérer comme un salarié devant être engagé par l'entreprise.

3

Rappel des dispositions du droit des étrangers

Les ressortissants UE/AELE ont le droit d'exercer une activité indépendante en Suisse. Ils doivent toutefois remplir certaines conditions et déposer les documents nécessaires auprès de l'autorité du marché du travail compétente. Les ressortissants de pays tiers peuvent être autorisés à exercer une activité indépendante s'ils remplissent les conditions cumulatives de l'article 19 de la LEI.

3.1.1.4 DISTINCTION ENTRE L'EXÉCUTION D'UN MANDAT / D'UN CONTRAT D'ENTREPRISE ET LA PRESTATION DE TRAVAIL (= LOCATION DE SERVICES) ?

Les critères de distinction ci-après permettent de conclure à une prestation de travail sous la forme de la location de services.

- **Rapport de subordination** : le **pouvoir de direction** et de contrôle, une caractéristique essentielle de la prestation de travail, appartient à l'entreprise de mission. Cette condition peut déjà être remplie lorsque le bailleur de services et l'entreprise de mission se partagent le pouvoir de direction. Il peut également y avoir un pouvoir de direction exercé par l'entreprise de mission lorsque des prestations de services individuelles sont convenues dans le cadre d'une planification des tâches, mais que ces prestations sont concrétisées quotidiennement par quelqu'un dans l'entreprise de mission. C'est le cas par exemple dans le domaine de l'assistance à domicile, lorsque la personne en cas de besoin peut demander ce qui sera cuisiné, comment elle sera habillée, où ira l'excursion, ce qui sera joué, ce qui sera regardé à la télévision. L'expression de tels souhaits doit être considérée comme qualitativement supérieure à l'accord sur les services à fournir dans le cadre d'une planification des tâches.
- **Intégration du travailleur dans l'entreprise de mission** au niveau du personnel, de l'organisation et des horaires : il travaille avec les outils, le matériel, les instruments de l'entreprise de mission, principalement au siège de celle-ci et selon ses horaires. Même les missions de très courte durée (quelques heures) peuvent se dérouler sous forme de location de services, sans quoi l'art. 48, al. 2, OSE n'a pas de sens.
- **Obligation d'établir le décompte des heures effectuées** : le bailleur de services facture les heures, semaines, mois de mission et non un prix fixe convenu d'avance pour la prestation de travail.
- **Le risque commercial de la prestation de travail** (mauvaise exécution) est **supporté par l'entreprise de mission**. La seule responsabilité qu'assume le bailleur de services vis-à-vis de l'entreprise de mission est celle du bon choix du travailleur ; il ne garantit aucun résultat contractuel (quant à la qualité ou à l'achèvement du produit jusqu'à une date donnée). Si l'objectif n'est pas atteint, il ne fait pas de rabais sur le prix convenu ni ne fournit par ex. des prestations réparatoires gratuites. Un mandat prend généralement fin à sa résiliation sans délai ou lorsque l'objectif est atteint, par ex. sur consultation d'un médecin ou d'un avocat.
- Le bailleur ne répond pas non plus des dommages que son travailleur est susceptible de causer par négligence ou intentionnellement à l'entreprise de mission ou à des tiers dans le cadre de son activité pour l'entreprise de mission.
- Détermination de délais de congé dans le contrat.
- Tenue d'un cahier des charges.
- Existence de dispositions applicables à la compensation des heures supplémentaires, des vacances, des jours fériés, etc.

3

D'autres critères sont envisageables selon le cas particulier (voir par ex. arrêt du TFA du 30.12.1992 dans Pratique VSI 1/1993 ; éditeur : Office fédéral des assurances sociales, 2003 Berne).

Important :

La durée de la mission et la nature du travail ne jouent aucun rôle dans l'identification du rapport de location de services.



Exemple :

Un employeur qui envoie son équipe de maçons exécuter des travaux dans une entreprise tierce sous sa propre direction et avec son propre matériel, ne cède pas des pouvoirs de direction essentiels à l'entreprise tierce. Celle-ci possède uniquement le pouvoir de donner à l'équipe qui travaille chez elle les instructions qui sont de sa compétence en tant que maître de l'ouvrage (ouverture des portes, mesures de sécurité, etc.). Les travailleurs agissent donc en exécution d'un contrat d'entreprise ou d'un mandat accepté par l'employeur.

Par contre, si les salariés travaillent selon les instructions et avec les outils de l'entreprise tierce, celle-ci possède une part importante du pouvoir de direction. Cette constellation représente une activité de location de services.

Distinction entre les services aux personnes et le mandat :

Lorsque des services à la personne sont fournis, il n'y a généralement pas simultanément plusieurs éléments qui parlent en faveur d'une location de services.

Par exemple, dans le cas d'un repas au restaurant, il est certes possible de formuler des demandes, mais il n'y a pas d'implication personnelle et il y a un prix fixe. De plus, en cas de mauvaise exécution, il y a un remplacement de la prestation ou une réduction de prix.

Dans la plupart des cas, les mandants ne disposent pas du savoir-faire nécessaire à l'exécution du mandat (p. ex. pour les travaux d'avocats, de constructeurs, d'agents fiduciaires, etc.) En revanche, ce n'est pas le cas pour les soins à domicile. Dans ce cas, les personnes en cas de besoin disposent toujours du savoir-faire nécessaire à la fourniture des prestations et peuvent exprimer leurs souhaits et exigences en conséquence. Ces personnes ne doivent pas se contenter de subir les prestations convenues, mais peuvent les influencer par leur opinion.

Résumé et remarques pour la pratique :

Les contrats que l'entrepreneur conclut avec le travailleur d'une part et l'entreprise de mission de l'autre fournissent, en particulier, les clés pour déterminer s'il y a location de services. La réponse est non si :

- L'entreprise de mission ne dispose pas du pouvoir de direction ;
- Le travailleur ne se sert pas des outils, du matériel et des instruments de l'entreprise de mission ;
- Le travailleur ne travaille pas exclusivement au siège et 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 objet primordial la facturation d'heures de travail mais la réalisation d'un objectif clairement défini contre une certaine rémunération ;

3

- 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 ;
- Il n'existe aucune disposition applicable à la compensation des heures supplémentaires, des vacances, des jours fériés, etc. ;
- Les horaires de travail en vigueur chez le client ne sont pas impérativement respectés ;
- Aucun délai de résiliation n'est convenu.

Le fait que les personnes mises à disposition se qualifient elles-mêmes d'indépendantes ou soient dites telles par le bailleur ne résout pas la question. Si la personne en question est envoyée chez le client dans le seul but de facturer à ce dernier des heures de travail, cela ne peut se faire que sous la forme de la location de services et ladite personne devra être engagée par la personne qui la met à disposition par un contrat de travail selon le CO.



Remarque :

Dans le cas de prestations fournies en ligne au client, il n'est pas possible d'établir de distinction en s'appuyant sur des critères tels que le lieu de travail, la mise à disposition d'outils ou de matériel, etc. Dans ces cas, d'autres critères (tels que l'obligation d'accomplir des tâches personnellement, la réglementation du droit de donner des instructions ou la question de savoir si un risque de recouvrement est supporté, le fait d'agir en son propre nom et pour son propre compte, le fait de supporter des pertes, la question de savoir qui donne les ordres, etc.) sont déterminants pour la distinction entre activité indépendante et activité salariées.

3.1.2 FORMES DE LA LOCATION DE SERVICES (ART. 27 OSE)

3.1.2.1 GÉNÉRALITÉS

Il existe trois formes de location de services au sens de la loi (= cession des services de travailleurs) :

- Le travail temporaire ;
- La mise à disposition de travailleurs à titre principal (appelée souvent travail en régie) ;
- La mise à disposition occasionnelle de travailleurs.

Les éléments suivants sont communs aux trois formes :

- Le bailleur de services engage des travailleurs et cède leurs services pour une durée limitée à des entreprises locataires de services (entreprises de mission). Il est indifférent, à ce stade, que les travailleurs soient engagés principalement ou accessoirement en vue d'une cession de leurs services.
- L'entreprise de mission ne devient pas juridiquement l'employeur du travailleur dont les services ont été cédés, mais détient cependant une part essentielle du pouvoir de direction et assume un devoir de surveillance et de diligence à son égard.

Important :

Les trois catégories définies à l'article 27 OSE servent uniquement d'orientation. Une qualification précise doit être effectuée sur la base de l'ensemble des circonstances et ne permettent pas, à elles seules, de déterminer si une activité est soumise à autorisation.

3

3.1.2.2 CARACTÉRISTIQUES PROPRES À CHAQUE FORME

a) Mise à disposition occasionnelle de services

Cette forme de location de services est caractérisée par la cession brève et occasionnelle, pas spécialement planifiée, des services de travailleurs à une occasion donnée. La location de services n'entre pas dans les prestations régulièrement offertes par l'employeur, mais sert plutôt à venir en aide à l'entreprise de mission en période de pointe ou à occuper les propres travailleurs de l'entreprise cédante en période creuse.

La mise à disposition occasionnelle de services ne vise pas en règle générale un profit ; la possibilité de réaliser un gain n'en constitue pas le motif principal.

Le rapport de travail est le même que dans un engagement normal. Le contrat de travail ne comporte aucune particularité concernant la location de services à de tierces entreprises.

Cas le plus fréquent :

Une entreprise qui connaît une baisse des commandes cherche à placer momentanément ses travailleurs dans une autre entreprise pour ne pas devoir les licencier. De tels cas s'observent typiquement dans le secteur de l'agriculture : deux exploitations ont recruté des aide à la récolte et l'une d'entre elles subit une perte totale à la suite d'intempéries. Dans le cadre de la mise à disposition occasionnelle, cette dernière a la possibilité de placer ses saisonniers désormais embauchés inutilement auprès d'autres exploitations.

b) Mise à disposition de travailleurs à titre principal (travail en régie)

Le travailleur est principalement engagé aux fins de louer ses services à des entreprises de mission. Le bailleur de services exploite souvent, à côté de son activité de bailleur de services, un établissement stable propre dans lequel le travailleur peut être occupé temporairement ou même régulièrement. Les employeurs qui engagent des travailleurs pour leur propre entreprise mais avec la possibilité de les mettre à la disposition de tiers entrent en règle générale aussi dans cette catégorie, car cette mise à disposition a habituellement un but lucratif. C'est pourquoi ils doivent être titulaires d'une autorisation.

Le contrat de travail entre le bailleur de services et le travailleur est conclu pour une durée indépendante des missions ponctuelles.

Le travailleur a droit à être occupé, l'employeur assumant dès lors fondamentalement le risque de ne pas avoir de mission à lui confier. Si les missions manquent, l'employeur se trouve en demeure et reste, selon l'article 324 CO, tenu de payer le salaire. Le droit du travailleur à une occupation implique pour lui, en contrepartie, le devoir d'accepter les missions qui lui sont assignées.

La notion de « travail en régie », utilisée dans le message du 27 novembre 1985 concernant la nouvelle loi sur le service de l'emploi et la location de services et qui, pour des raisons de commodité, a été reprise dans le texte français de l'ordonnance, n'est pas un terme juridique mais une expression empruntée à la pratique. Elle définit le mode de calcul de l'indemnisation d'une prestation, indépendamment de la qualification juridique d'un rapport de travail. La notion de travail en régie est d'usage courant dans les domaines de la construction et du montage. L'activité qualifiée de travail en régie dans le message précité (p. 10 – 11) correspond ici à la forme de location de services appelée en allemand « Leiharbeit ». La mise à disposition de travailleurs à titre principal (travail en régie) est pratiquée en règle générale dans le but de réaliser un profit.

3

c) Travail temporaire

Dans le cas du travail temporaire, le travailleur est engagé dans l'unique but de louer ses services.

Dans la pratique, l'employeur (le bailleur de services) conclut avec le travailleur un contrat ou un contrat-cadre de travail qui fixe les conditions générales de mission.

Il conclut ensuite avec le travailleur un contrat de mission (contrat de travail) pour chaque mission qu'il accomplira dans une entreprise cliente (entreprise de mission).

Le contrat-cadre de travail n'entre en vigueur qu'à la signature du contrat de mission. Ce n'est donc qu'à partir du contrat de mission qu'un rapport de travail (bailleur de services/travailleur) prend naissance aux conditions de travail convenues dans le contrat-cadre et le contrat de mission. Le contrat-cadre de travail n'oblige ni l'employeur à proposer une mission ni le travailleur à accepter une mission qui lui est offerte. Toute nouvelle mission exige la conclusion d'un nouveau contrat de mission (nouveau contrat de travail).

Le contrat de travail ne se réfère qu'à une seule mission à la fois. Une fois celle-ci accomplie, il n'existe plus de rapport de travail entre les parties.

Le travailleur n'a pas droit de se voir attribuer une autre mission et peut, de son côté, refuser toute nouvelle mission offerte. C'est le travailleur qui assume le risque en cas de manque de missions.

Cette forme de location de services vise elle aussi à réaliser un profit.

L'entreprise de travail temporaire ne dispose pas d'un établissement propre.

Celui qui envisage, en qualité d'employeur, un engagement fixe ne peut reporter, par arrangement contractuel, le risque de manque de missions sur le travailleur ; il continue dans tous les cas de lui devoir le salaire. Le Tribunal fédéral a formellement refusé d'accorder des indemnités de chômage à des travailleurs pour la période de vacances entre deux missions, considérant que dans le cas d'un contrat de travail d'une durée indéterminée et indépendante des missions ponctuelles, l'employeur est manifestement tenu de payer le salaire entre deux missions (ATF 108 V 95).

Pour l'entreprise de mission, la forme sous laquelle son partenaire contractuel exerce une activité de location de services n'est pas pertinente. Le contrat de location de services est dans tous les cas le même. Les différences résident uniquement dans le rapport entre le bailleur de services et le travailleur.

Les formes hybrides de ces trois types ne sont pas licites.

3.1.2.3 QUELLES SONT LES ACTIVITÉS DE LOCATION DE SERVICES SOUMISES À AUTORISATION ? (ART. 28, AL. 1 OSE)

Sont soumises à autorisation les entreprises qui font commerce de céder les services de travailleurs dans le cadre

- du travail temporaire ou
- de la mise à disposition de travailleurs à titre principal (travail en régie).

Ne sont dès lors pas soumises à autorisation les entreprises qui

- ne font pas commerce de céder les services de travailleurs ou
- cèdent les services de travailleurs à titre de mise à disposition occasionnelle.

3

3.1.2.4 LOCATION DES SERVICES DU PROPRIÉTAIRE OU DU COPROPRIÉTAIRE DE L'ENTREPRISE (ART. 28, AL. 2 OSE)

Ne sont pas soumises à autorisation uniquement les petites entreprises employant au maximum cinq personnes, dont les propriétaires occupent en même temps la fonction de directeur ou de membre du conseil d'administration et louent leurs propres services.

Seul le cas des petites entreprises permet de garantir une contribution financière et personnelle substantielle à l'entreprise du travailleur dont les services sont loués ainsi que l'absence de besoin spécifique de protection à l'égard de l'entreprise. Pour les entreprises employant de nombreux collaborateurs, le risque serait en revanche que celles-ci louent, en cas de besoin, leurs services et leur proposent par exemple des contributions sous la forme d'actions, échappant ainsi à l'obligation d'autorisation.

Le dirigeant de l'entreprise est considéré comme propriétaire d'une entreprise individuelle. Il est cité nommément en tant que propriétaire au registre du commerce. Dans le cas de sociétés anonymes unipersonnelles, il convient de considérer comme propriétaire l'actionnaire unique, soit une personne physique. Il est inscrit au registre du commerce en tant que personne habilitée à représenter l'entreprise.

Les sociétés unipersonnelles peuvent également se présenter sous la forme d'une société à responsabilité limitée. La part sociale est détenue par le seul propriétaire qui, en sa qualité d'actionnaire ayant investi le capital social, est également cité au registre du commerce.

Le terme de copropriétaire est susceptible d'interprétation. Pour les cas d'exemption, les critères suivants doivent être remplis de manière cumulative : outre siéger au sein de la direction, les personnes participent au capital-actions ou au capital social à concurrence d'au moins 20 % en principe.

Les entreprises qui remplissent les conditions de l'article 28, alinéa 2 OSE peuvent exercer leur activité de location de services sans autorisation. Si, dans le cadre d'une situation juridique concrète, une entreprise a besoin d'une attestation de non-soumission à autorisation, l'organe d'exécution cantonal vérifie si elle satisfait à ces conditions. Une telle attestation est valable deux ans, sous réserve que la participation et la taille de l'entreprise restent inchangées durant cette période. Les entreprises qui louent les services d'autres travailleurs, en plus de ceux du propriétaire ou du copropriétaire, n'entrent pas dans le champ d'application de l'article 28, alinéa 2 OSE. De plus amples explications à ce sujet sont disponibles dans la Directive 2014/1 ; Commentaires relatifs à l'article 28, alinéa 2 OSE.

Ces dispositions ne s'appliquent pas aux associations, puisque leurs membres ne peuvent être ni propriétaires ni copropriétaires. Tous les membres possèdent le même droit de vote et les décisions de l'association sont prises dans le cadre de l'assemblée générale.

3.1.2.5 CAS SPÉCIAL DES COMMUNAUTÉS DE TRAVAIL (ART. 26, AL. 4 OSE)

Les entreprises qui font partie d'une communauté de travail (consortium) et mettent leur personnel à la disposition de cette communauté ne sont pas soumises à la loi sur le service de l'emploi. Le fait de céder les services d'un travailleur à une communauté de travail n'implique pas un abandon total des pouvoirs de direction fondamentaux au consortium.

3

3.1.2.6 CAS SPÉCIAUX : PAYROLLING, EMPLOYER OF RECORD, PORTAGE SALARIAL

Dans le cadre du **payrolling / employer of record**, la première entreprise entend recourir aux services d'un travailleur, sans toutefois l'engager. Elle le fait embaucher par une seconde entreprise, qui le met à sa disposition. Dans ce contexte, la première entreprise exerce un pouvoir de direction à l'égard du travailleur, tandis que la seconde assume les fonctions incombant à l'employeur, telles que le versement des salaires et des cotisations aux assurances sociales ainsi que, dans le cas de travailleurs étrangers, l'enregistrement auprès des autorités compétentes en matière de migrations et de l'administration fiscale. Une telle procédure doit être considérée comme une location de services, la première entreprise étant l'entreprise de mission et la seconde le bailleur de services. En règle générale, cette dernière doit à cet effet être titulaire d'une autorisation de location de services, puisqu'elle fait commerce de louer des travailleurs au sens de l'article 29 OSE.

Phénomène en provenance de France, le **portage salarial** est répandu en Suisse romande surtout. Dans ce cadre, il s'agit en principe de travailleurs indépendants qui sont chargés de mission auprès d'un client, mais ne souhaitent pas être déclarés comme tels vis-à-vis des assurances sociales et de l'administration fiscale. Pour ce faire, ils se font engager par une entreprise de portage salarial, par l'intermédiaire de laquelle ils fournissent une prestation au client. Si le client ne peut pas exercer de pouvoir de direction à l'égard de ce travailleur parce qu'il s'agit d'un collaborateur spécialisé désigné qui exerce sans instructions et si lui-même ne dispose pas non plus du savoir-faire requis pour assumer le pouvoir de direction, il n'y a pas de location de services. La personne est considérée comme un indépendant et est également traitée comme tel par les assurances sociales. Si, en revanche, le travailleur est intégré à l'entreprise au sens de l'article 26, alinéas 1 à 3 OSE et si le client exerce un pouvoir de direction à son égard, on se trouve en présence d'une location de services et la personne est considérée comme salariée. Dans le cas où l'activité de portage salarial remplit les conditions liées à la notion de faire commerce selon l'article 29 OSE, cette entreprise doit être en possession d'une autorisation de pratiquer la location de services.

3.1.2.7 LA LOCATION DE SERVICES VIA INTERNET, LES APPLICATIONS ET LES PLATEFORMES

Il est possible que les services des travailleurs soient également loués via Internet, des apps ou des plateformes. L'examen pour savoir s'il s'agit effectivement d'une location de services se fait selon les critères mentionnés au 3.1.1.4. En ce qui concerne la location de services sur Internet, voir également 2.1.1 c) et 2.1.3.2.

3.1.3 NOTION DE FAIRE COMMERCE (ART. 29 OSE)

L'entreprise fait commerce de location de services lorsque (art. 29, al. 1 OSE) :

- elle cède les services de travailleurs à des entreprises de mission de manière régulière et dans l'intention de réaliser un profit (ces deux éléments – caractère régulier et but lucratif – doivent exister cumulativement) ; ou
- elle réalise par son activité de location de services un chiffre d'affaires annuel de 100 000 francs.

Le montant total que le bailleur de services facture à l'entreprise locataire en l'espace d'une année détermine la limite du chiffre d'affaires. Si le limite de chiffre d'affaires est atteint, il n'est pas nécessaire de vérifier s'il y a un but lucratif ; celui-ci peut être présumé.

3

3.1.3.1 INTENTION DE RÉALISER UN PROFIT

Il n'est pas toujours aisément de déterminer immédiatement et indubitablement si une entreprise pratique la location de services dans l'intention de réaliser un profit. La structure de la société, ses statuts ou son acte constitutif peuvent aider à trancher la question. L'intention de réaliser un profit est déterminante ; elle peut exister même lorsqu'une entreprise subit des pertes.

Il y a lieu de présumer la **volonté de réaliser un profit** lorsque le prix facturé pour la mise à disposition des travailleurs dépasse le coût effectif de cette prestation (salaires + frais auxiliaires de salaire (= 100 %) + quote-part des frais d'administration d'env. 5 %).

3.1.3.2 CARACTÈRE RÉGULIER DE L'ACTIVITÉ

Le critère déterminant pour juger si un bailleur de services exerce régulièrement son activité est la fréquence avec laquelle il conclut des contrats de location de services. Toutefois, cette fréquence n'est déterminante que dans la mise à disposition de travailleurs à titre principal (travail en régie) et le travail temporaire puisque la mise à disposition occasionnelle n'est en soi pas soumise à autorisation ; la question de l'assujettissement ne se pose qu'à partir du moment où la mise à disposition « occasionnelle » entre dans l'offre régulière de l'employeur, car il peut alors s'agir de mise à disposition de travailleurs à titre principal (travail en régie), même si cela n'apparaît pas dans les contrats de travail.

L'entreprise exerce régulièrement si elle conclut plus de dix contrats de location de services en l'espace de douze mois (art. 29, al. 2 OSE). Est considéré comme contrat portant sur une mission un accord ayant pour objet une mission distincte dans une entreprise locataire. La mise à disposition unique d'un groupe de plusieurs travailleurs doit être comptée comme un seul cas. Par contre, le fait de louer plusieurs fois les services d'un même travailleur constitue plusieurs contrats de location de services.

3.1.3.3 CHIFFRE D'AFFAIRES ANNUEL DE 100 000 FRANCS

Cette définition a été introduite par la révision de 1999 et s'appuyait sur la notion d'activité commerciale définie par l'ancien article 36 ORC (abrogé au 1er janvier 2021). Elle tient compte aussi du fait que certains bailleurs de services peuvent réaliser d'importants chiffres d'affaires avec moins de dix contrats par an et qu'il est juste dès lors qu'ils soient assujettis à l'autorisation. Le chiffre d'affaires annuel s'entend comme le montant réalisé au cours d'un exercice comptable et non d'une année civile.

3.1.3.4 CONTRADICTION APPARENTE ENTRE L'ARTICLE 28 ET L'ARTICLE 29, ALINÉA 1 OSE

En principe, toute entreprise réalisant un chiffre d'affaires annuel de 100 000 francs est réputée assujettie à l'autorisation. La seule exception est la mise à disposition occasionnelle, et encore seulement si la location de services n'entre pas dans l'offre normale de l'entreprise et n'est pratiquée qu'à titre exceptionnel. Dans la pratique, il est par exemple envisageable qu'une entreprise en difficulté préfère mettre ses travailleurs à disposition d'une autre entreprise plutôt que de les licencier.

3

3.1.4 LOCATION DE SERVICES DE ET À L'ÉTRANGER

Les bailleurs de services domiciliés en Suisse qui louent les services de travailleurs à des entreprises locataires sises à l'étranger ou les services de travailleurs primo-immigrants recrutés à l'étranger à des entreprises suisses (cf. aussi chap. sur l'art. 21 LES, 3.10) doivent avoir, en plus de l'autorisation cantonale (qui les habilité à exercer dans toute la Suisse), une autorisation d'exercer la location de services de et à l'étranger. Cette autorisation est délivrée par le SECO, Direction du travail.

Il n'y a pas de location de services de l'étranger en Suisse lorsqu'un bailleur de services domicilié en Suisse loue les services de frontaliers étrangers – qui ont déjà travaillé en Suisse et sont donc admis sur le marché du travail du pays – à des entreprises locataires en Suisse.

La location de services de l'étranger vers la Suisse par un bailleur de services ayant son siège à l'étranger n'est pas autorisée par l'article 12 alinéa 2 in fine LSE. Le législateur en avait décidé ainsi en raison de la difficulté à contrôler si l'activité des bailleurs de services étrangers est conforme à la loi.

3.1.5 PARENTHÈSE : INTERDICTION DE PRATIQUER LA LOCATION INDIRECTE DE SERVICES DE L'ÉTRANGER EN SUISSE

L'article 22, alinéa 3, annexe I, lettre i ALCP stipule que les clauses contractuelles visant à faciliter la prestation de services ne préjugent pas de l'applicabilité des dispositions législatives, réglementaires et administratives existantes à propos des activités des agences de travail temporaire et de travail intérimaire. Il s'ensuit que la location directe de services de l'étranger en Suisse au sens de l'article 12, alinéa 2 LSE demeure interdite. Le détachement de travailleurs en Suisse que l'entreprise détachant des travailleurs a loués à un bailleur de services dans le cadre d'un contrat de location de services, n'est pas non plus autorisé (location indirecte de services).

En vertu de la LDét, une entreprise détachant des travailleurs peut être contrôlée et sanctionnée en cas de violations. Les travailleurs loués par l'entreprise les détachant n'ont cependant aucun rapport contractuel avec celle-ci. Les bailleurs qui ont cédé les services de leurs travailleurs à une entreprise détachant des travailleurs ne peuvent ainsi pas être contrôlés quant au respect des dispositions de protection applicables que s'ils cédaient les services de leurs travailleurs directement à l'étranger. Une interdiction de cette situation ressort de l'ALCP, de la LDét ainsi que de la jurisprudence de la CJCE au sujet de l'ALCP.

L'article 17, lettre b ii), annexe I, ALCP interdit, dans le cadre de la prestation de services, toute restriction relative à l'entrée et au séjour en ce qui concerne les travailleurs salariés d'un prestataire de services intégrés dans le marché régulier du travail d'une partie contractante. Il découle de cette disposition qu'un employeur ne peut effectuer une prestation de services dans un autre État contractant qu'à l'aide de ses propres salariés et non avec des travailleurs loués. La LDét s'exprime aussi clairement sur cette base et son art. 1 parle de travailleurs détachés en Suisse par un employeur ayant son domicile ou son siège à l'étranger. Compte tenu de cette formulation, tant l'ALCP que la LDét n'évoquent que les propres collaborateurs. Le recours à du personnel loué dans le cadre d'une prestation de services n'est donc pas autorisé.

Afin de prévenir le contournement de l'interdiction prescrite par l'article 12, alinéa 2 LSE, il convient de se référer à l'article 17, lettre b ii), annexe I, ALCP selon lequel seuls des travailleurs engagés par le prestataire de services lui-même (et non des personnes louées par un bailleur de services) peuvent être détachés. Sont considérés comme détachés, les travailleurs salariés qui sont envoyés dans un

3

autre État contractant par un prestataire de services (entreprise ayant son siège dans un État contractant), en vue de fournir une prestation de services dans un rapport de subordination conformément au droit du travail (exécution de mandats et de contrats d'entreprise) en faveur d'un ou de plusieurs destinataires de services (personnes physiques ou morales).

La Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) précise, dans l'arrêt Lawrie-Blum, affaire 66/85, consid. 16f., qu'un travailleur est une personne qui accomplit, pendant un certain temps, en faveur d'une autre et sous la direction de celle-ci, des prestations en contrepartie desquelles elle touche une rémunération. De toute évidence, ces deux critères doivent être remplis simultanément pour qu'une personne puisse être qualifiée de travailleur. Dans le cas de la location de services, il est irréfutable que le travailleur accomplit un travail en faveur et sous la direction d'une entreprise tierce. La rémunération (ou salaire) continue cependant de lui être versée par le bailleur de services, donc l'employeur, et non l'entreprise tierce en faveur et sous la direction de laquelle il fournit ses prestations. Une personne dont les services sont loués à une entreprise tierce ne peut par conséquent pas remplir ce critère définissant la notion de travailleur et n'est pas liée par un rapport de travail à l'entreprise de mission. Elle ne peut donc pas être détachée dans le cadre de l'ALCP.



Remarque :

sur ce sujet, lire également 3.10.4.4

3.1.6 APERÇU DE L'ASSUJETTISSEMENT À L'AUTORISATION ET DE L'INTERDICTION DE PRATIQUER LA LOCATION DE SERVICES

Bailleur de services sis en Suisse			
Le bailleur recrute des travailleurs à l'étranger		Le bailleur recrute des travailleurs en Suisse	
Lieu de mission en Suisse	Lieu de mission à l'étranger	Lieu de mission en Suisse	Lieu de mission à l'étranger
Autorisations cantonale et fédérale nécessaires selon l'art. 12, al. 1 et 2 LSE.	Autorisations cantonale et fédérale nécessaires selon l'art. 12, al. 1 et 2 LSE.	Autorisation cantonale nécessaire selon l'art. 12, al. 1 LSE.	Autorisations cantonale et fédérale nécessaires selon l'art. 12, al. 1 et 2 LSE.
L'art. 21 LSE ou les prescriptions de l'ALCP doivent être observés pour les missions du travailleur.			

3

Bailleur de services sis à l'étranger			
Le bailleur recrute des travailleurs à l'étranger		Le bailleur recrute des travailleurs en Suisse	
Lieu de mission en Suisse	Lieu de mission à l'étranger	Einsatzort in der Schweiz	Lieu de mission à l'étranger
Location de services interdite selon l'art. 12, al. 2, 2e phrase LSE.	Location de services non soumise à la législation suisse.	Location de services interdite selon l'art. 12, al. 2, 2e phrase LSE.	Autorisations cantonale et fédérale nécessaires selon l'art. 12, al. 1 et 2 LSE, mais ne peut obtenir l'autorisation puisqu'il est sis à l'étranger et, de ce fait, ne peut être inscrit au registre du commerce. Ne peut exercer en Suisse.



Remarque :

Le lieu de mission au sens de la LSE correspond au siège du client, même si le travailleur fournit des prestations en ligne à l'étranger.

3.1.7 PARENTÈSE : DROIT D'OBTENIR UNE DÉCISION DE CONSTATATION DU NON-ASSUJETTISSEMENT

Il arrive que des entreprises demandent aux autorités chargées de l'exécution de la LSE une décision déclarative ou de constatation attestant que leur activité n'entre pas dans le champ d'application de la LSE et n'est pas soumise au régime de l'autorisation (notamment dans le domaine de la location de services, du droit des mandats, du contrat d'entreprise, etc.). Ces considérations valent également pour le placement.

Condition

L'établissement d'une décision de constatation presuppose l'existence d'un état de fait individuel concret à propos duquel l'autorité compétente prononce une décision juridiquement contraignante dans le cas particulier. En d'autres termes, la constatation de l'autorité ne peut se référer qu'à une situation juridique concrète (par ex. avant de conclure le contrat, l'entreprise de mission réclame du bailleur de services qu'il prouve son non-assujettissement à l'autorisation ; le bailleur de services demande alors aux autorités une décision de constatation). Par contre, l'appréciation de questions juridiques abstraites ne peut être l'objet d'une décision de constatation.

Quand l'autorité est-elle tenue d'entrer en matière sur une demande de décision de constatation ?

L'établissement d'une décision de constatation suppose l'existence d'un intérêt légitime. Cet intérêt légitime doit être reconnu lorsque la décision en question a des effets importants, en droit et en faits, pour le demandeur. L'article 39 LSE frappe d'amende les entreprises de mission qui ont recouru sciemment aux

3

services d'un bailleur de services ne possédant pas d'autorisation alors qu'il aurait dû en avoir une. Les entreprises de mission désirant donc des garanties sur ce point, une déclaration officielle de non-as-sujettissement peut avoir une importance vitale pour les affaires du bailleur de services. Le risque de perdre un possible partenaire commercial à cause d'une situation juridique peu claire constitue un intérêt suffisamment légitime pour obliger l'autorité dont relève le marché du travail à donner suite à la demande de décision de constatation présentée par un bailleur de services ou un placeur.

L'autorité est dès lors tenue d'édicter une décision de constatation lorsque

- le bailleur de services présente une demande en liaison avec un cas concret ;
- les implications de cette décision (en particulier en termes de préjudice économique) sont importantes pour lui.

Par contre, si un demandeur enjoint l'autorité d'évaluer de manière générale si ses activités sont soumises à autorisation et si l'état de fait n'est alors pas assez concret ni l'intérêt suffisamment légitime pour que l'autorité doive répondre par une décision de constatation, une simple communication écrite ou e-mail suffit.

3.2 ARTICLE 13 LSE : CONDITIONS D'OCTROI DE L'AUTORISATION (ART. 32 – 34 OSE)

3.2.1 CONDITIONS AUXQUELLES DOIT RÉPONDRE L'ENTREPRISE (ART. 32 OSE)

L'article 32 OSE ne contient pas – à la différence de la disposition analogue de l'article 8, alinéa 2 OSE s'appliquant au placement privé – d'énumération d' « affaires présentant des dangers ». À l'instar des dispositions applicables au placeur, il est en revanche prévu que l'autorisation peut être refusée lorsque le bailleur de services collabore avec des personnes et des entreprises dont il n'est pas indépendant (cf. explications précédentes relatives aux conditions auxquelles doit répondre l'entreprise en vertu de l'art. 3 LSE). La décision quant à savoir si le cas relève de l'article 32 OSE doit être prise dans chaque cas d'espèce par l'autorité cantonale compétente en raison des circonstances particulières.

Dans la mise à disposition de travailleurs à titre principal, travail en régie, et la mise à disposition occasionnelle de services à des entreprises locataires, le bailleur de services peut être un concurrent de l'entreprise de mission car il exerce fréquemment son activité dans la même branche. Mais cette position de concurrence ne constitue pas une situation susceptible de nuire aux intérêts de l'entreprise locataire au sens de l'article 13, alinéa 1, lettre c de la loi.

3.2.1.1 INSCRIPTION DU BUT AU REGISTRE DU COMMERCE DANS LE CAS DE LA LOCATION DE SERVICES ENTRE SOCIÉTÉS D'UN MÊME GROUPE SOUMISES AU RÉGIME DE L'AUTORISATION

Comme stipulé à l'article 3 LSE, le placement ou la location de services doit découler de l'inscription du but au registre du commerce, au moins par analogie.

Si une société d'un groupe est en possession de l'autorisation lui permettant de pratiquer au sein du groupe la location de services sous forme de mise à disposition de travailleurs à titre principal (travail en régie), il est possible de renoncer à une précision en ce sens dans le registre du commerce. En pareils cas, la location de services n'est, en principe, pas prévue, mais exercée en tant que nécessité et doit par conséquent être considérée comme une activité accessoire marginale.

3

3.2.1.2 INSCRIPTION DE L'ORGANE DE RÉVISION

Les bailleurs de services constitués sous la forme de SA ou de Sàrl doivent généralement être dotées d'un organe de révision conformément aux prescriptions du CO. Elles n'ont pas la possibilité de se prévaloir d'une renonciation au contrôle (« opting-out ») en vertu de l'article 62 ORC et de l'article 727a, alinéa 2 respectivement 818 CO, car leurs effectifs dépassent fréquemment dix emplois à plein temps. Tant l'Office fédéral du registre du commerce, OFRC, que l'Autorité fédérale de surveillance en matière de révision, ASR, considèrent que les travailleurs dont les services sont loués doivent être ajoutés aux employés internes dans le calcul des emplois à temps plein. De même, il ressort du Message du Conseil fédéral sur le droit de la révision que la possibilité d'opting-out ne devrait être abordée qu'avec les petites entreprises employant de trois à cinq salariés.

En conséquence, les travailleurs dont les services sont loués doivent également toujours être comptés au même titre que les employés internes. Les missions temporaires des travailleurs dont les services sont loués sont ainsi à additionner. S'agissant des entreprises déjà autorisées, les heures de mission annoncées permettent de connaître le nombre de travailleurs dont les services sont loués en emplois à temps plein. Pour une durée de travail hebdomadaire de 42 heures, il en résulte environ 21 000 heures par emploi à temps plein. Avec un temps de travail annuel de tous les collaborateurs (responsables administratifs et travailleurs dont les services sont loués inclus) de plus de 21 000 heures, la limite de 10 emplois à temps plein est d'ores et déjà dépassée. Il est envisageable qu'une entreprise ne dépasse pas cette limite tout au plus au début d'une activité de location ou lorsqu'il s'agit d'une petite structure qui n'emploie que quelques travailleurs à temps partiel.

Si des entreprises refusent d'inscrire un organe de révision, il convient de demander à l'office du registre du commerce cantonal de les sommer, en vertu des articles 154 et 157 ORC, de procéder au choix et à l'inscription d'un organe de révision dans les 30 jours afin de régulariser la situation. Selon l'article 157 ORC, les offices du registre du commerce sont tenus de procéder à un examen périodique.

Une entreprise individuelle n'est pas une société au sens du CO, ce qui signifie que les dispositions de celui-ci concernant l'obligation d'indiquer un organe de révision ne lui sont pas applicables et qu'elle n'a donc pas à en désigner un.

3.2.2 CONDITIONS AUXQUELLES DOIVENT RÉPONDRE LES PERSONNES RESPONSABLES (ART. 33 OSE)

Les conditions auxquelles doivent répondre les personnes responsables sont en principe les mêmes que pour le placement.

3.3 ARTICLE 14 LSE : SÛRETÉS (ART. 35 – 39 OSE, ART. 6 OEMOL-LSE)

Le dépôt de sûretés constitue une condition d'octroi de l'autorisation.

3.3.1 SÛRETÉS À FOURNIR (ART. 35 OSE)

Tout bailleur de services soumis à autorisation est tenu de fournir des sûretés et doit, s'il s'agit d'un établissement juridiquement indépendant, les déposer lui-même. Par contre, un siège principal peut, en déposant les sûretés maximales (1 million de francs selon l'art. 6, al. 4 OEMOL-LSE), fournir les sûretés pour ses succursales puisque ces dernières appartiennent à la même personne juridique ou

3

à la même société et que les créances peuvent être satisfaites par la même couverture. Ce dépôt de sûretés par le siège principal n'est toutefois possible que s'il est lui-même en possession d'une autorisation de location de services. Le libellé de l'article 6, alinéa 4 OEmol-LSE est : « Le montant maximal des sûretés déposées par une maison mère pour elle-même et ses succursales est de 1 000 000 de francs. »

Des contrats de licence ou de franchisage entre des entreprises juridiquement indépendantes n'autorisent pas le donneur de licence ou le franchiseur à fournir les sûretés pour ses partenaires contractuels.

Aucune autorisation ne sera délivrée à une entreprise qui ne veut pas verser de sûretés ou qui n'en verse pas suffisamment (art. 35, al. 2 OSE). Dans un tel cas, l'autorité qui délivre l'autorisation prononce une décision de refus.

Aux termes de l'article 6, alinéa 2 OEmol-LSE, le montant des sûretés passe de 50 000 à 100 000 francs si le bailleur de services a mis à disposition d'entreprises locataires les services de travailleurs pour plus de 60 000 heures de travail durant l'année civile écoulée. Les sûretés sont adaptées au volume des affaires sur la base du volume de location de services annoncé annuellement. L'entreprise qui refuse d'augmenter les sûretés se verra retirer l'autorisation.

L'article 6, alinéa 2 OEmol-LSE dispose que si le volume de location de services de l'année écoulée (1^{re} année) dépasse 60 000 heures de mission, le montant des sûretés doit impérativement être augmenté, même si le bailleur s'attend à une chute des affaires pour l'année à venir (2^e année).

En principe, selon l'article 38, alinéa 1 OSE, les sûretés ne peuvent être libérées qu'après un an, en cas de suppression ou de retrait. Ce principe doit également être respecté si l'activité de location de services tombe en dessous de la valeur seuil de l'article 6, alinéa 2 OEmol-LSE et que le bailleur de services n'est plus tenu de verser une caution supplémentaire de 50 000 CHF. Si, au terme de la deuxième année, on constate que les heures de mission ont effectivement été inférieures à 60 000 durant cette période, les sûretés resteront fixées à 100'000 francs pendant une année encore (3^e année). Ce n'est qu'après la troisième année que les sûretés pourront être abaissées si le volume d'heures de mission était inférieur à 60 000 au cours de la dernière année. On dispose ainsi d'une période d'observation de deux ans (2^e et 3^e année) pour décider d'une baisse des sûretés.

Le montant des sûretés passe de 50 000 à 100 000 francs lorsque le bailleur pratique en sus la location de services vers l'étranger (art. 6, al. 3 OEmol-LSE). Les sûretés requises pour les opérations de location de services intéressant l'étranger sont plus élevées que pour la location de services à l'intérieur du pays, car les transactions financières transfrontalières présentent davantage de risques. Aucune autorisation fédérale ne pourra être délivrée à l'entreprise qui ne veut pas fournir ces sûretés supplémentaires.

Les sûretés, y compris celles qui concernent la location de services de et à l'étranger, doivent être déposées auprès de l'autorité cantonale qui délivre l'autorisation.

3.3.2 FORME DES SÛRETÉS (ART. 37 OSE)

Les sûretés peuvent être fournies uniquement sous les formes énumérées à l'article 37 OSE (liste exhaustive). Seules les banques et les assurances peuvent fournir une caution ou une garantie.

Rien dans la loi n'interdit en principe une caution étrangère. Néanmoins, pour des raisons pratiques, il est recommandé d'accepter uniquement une caution indigène.

3

Il est recommandé de n'accepter que des sûretés de durée indéterminée (sauf pour les obligations de caisse dont la durée est limitée).

Lorsque le bailleur change son siège, sa raison sociale ou sa forme juridique, ce qui appelle une modification de son autorisation, nous recommandons de procéder aux mêmes changements pour l'acte de cautionnement afin de prévenir tout contentieux. Il faudra en outre s'assurer que les créances établies sous l'ancien siège, l'ancienne raison sociale ou l'ancienne forme juridique restent couvertes.

En ce qui concerne les cautionnements, il est recommandé de n'accepter que les actes rédigés selon le modèle présenté à la fin du chapitre relatif à l'article 14 LSE. Les déclarations de garantie et les assurances de garantie devraient être libellées de la même manière.

3.3.3 COMMENT PROCÉDER EN CAS DE RÉSILIATION D'UN CAUTIONNEMENT, D'UNE DÉCLARATION DE GARANTIE OU D'UNE ASSURANCE DE GARANTIE ?

Tous sont en règle générale conclus pour une durée indéterminée mais peuvent être résiliés. Si un de ces actes est résilié, seules sont encore couvertes les créances de salaire nées avant l'expiration du délai de résiliation. Il s'ensuit qu'après cette date les conditions d'autorisation ne seront plus remplies et que l'autorisation devra alors être retirée comme le prescrit l'article 16, alinéa 1, lettre c LSE. L'alinéa 2 de ce même article précise cependant, qu'avant de retirer l'autorisation, l'autorité impartira au bailleur de services un délai pour régulariser la situation ; il convient de lui donner la possibilité de trouver un nouveau garant.

Comment procède l'autorité en cas de résiliation :

- L'autorité qui délivre l'autorisation avise le bailleur de services que, s'il ne peut fournir de nouvelles sûretés avant l'expiration du délai de résiliation, l'autorisation lui sera retirée à cette date.
- Elle l'avise qu'il sera stipulé dans la décision qu'un éventuel recours n'aura pas d'effet suspensif car, du fait de la résiliation, une condition d'autorisation n'est plus remplie, et la poursuite de l'activité sans la couverture de sûretés mettrait sérieusement en danger les intérêts des travailleurs.
- Cette manière de procéder vise à garantir que le bailleur de services arrêtera effectivement son activité à l'expiration du délai de résiliation même si, à cette date, la procédure est encore pendante.

3.3.4 QUELLE EXIGENCE FAUT-IL IMPÉRATIVEMENT POSER CONCERNANT L'ASSURANCE DE GARANTIE POUR LE CAS OÙ LE BAILLEUR DE SERVICES NE PAIERAIT PAS LES PRIMES ?

Seules seront admises les assurances de garantie stipulant que si l'assurance est dénoncée par l'assureur pour non-paiement des primes par le bailleur de services, les prestations d'assurance restent assurées, en cas de dommage, pendant un an après la résiliation (en application par analogie de l'art. 38 OSE). À défaut de quoi, l'autorisation ne pourra être délivrée au bailleur de services.

3.3.5 LIBÉRATION DES SÛRETÉS (ART. 38 OSE)

Les sûretés sont libérées au plus tôt un an après le retrait ou la suppression de l'autorisation. Si, à cette échéance, des travailleurs dont les services ont été loués ont encore des créances de salaire à faire valoir contre le bailleur de services, une part équivalente des sûretés sera bloquée jusqu'à ce que ces créances aient été honorées ou éteintes.

3

Si des créances de salaire subsistent et que l'entreprise n'est pas en faillite, mais que l'autorisation a été supprimée ou retirée (par ex. parce que l'entreprise a cessé son activité ou enfreint gravement la loi), les sûretés sont utilisées pour couvrir ces créances (art. 39, al. 1bis OSE). Si l'autorité cantonale compétente a connaissance de l'existence de telles créances, elle informe le public dans la Feuille officielle ou dans d'autres publications sur la possibilité de faire valoir ces créances et de demander leur couverture par les sûretés. Après avoir examiné la validité de ces créances, l'autorité cantonale fait valoir par décision et éventuellement par voie de poursuite à l'égard de la société qui a fourni la caution ou de l'assureur le remboursement du montant impayé au maximum à hauteur des sûretés.

Important :

En application par analogie de l'article 38 OSE, des sûretés résiliées peuvent en principe être libérées au plus tôt à l'issue d'une année (restitution de l'acte de cautionnement).

En accord avec la nouvelle société qui fournit les sûretés, l'entreprise a toutefois la possibilité de prévoir expressément dans l'acte de cautionnement que les nouvelles sûretés servent, avec effet rétroactif :

- jusqu'à la date de la première délivrance de l'autorisation de pratiquer la location de services, ou
 - jusqu'à la date de création de la société, ou
 - jusqu'à 5 ans avant le dépôt des nouvelles sûretés (ces 5 ans correspondent au délai de prescription pour les créances découlant des rapports de travail de travailleurs conformément à l'art. 128 CO)
- à la couverture des créances de salaire des travailleurs dont les services sont loués par l'entreprise.

En pareil cas, les anciennes sûretés peuvent être libérées sans délai d'attente d'un an.

Dans le cas d'un changement de canton, cette procédure n'est toutefois pas appliquée s'agissant des sûretés versées sous forme de dépôt en espèce pour des considérations d'ordre pratique. Les sûretés initiales demeurent ici bloquées durant un an et l'entreprise doit en déposer de nouvelles dans le nouveau canton.

3.3.6 EMPLOI DES SÛRETÉS EN CAS DE FAILLITE (ART. 39 OSE)

Les sûretés peuvent être réclamées en cas d'ouverture de faillite (art. 39, al. 1 LSE), mais ne sauraient servir à pallier des difficultés passagères de liquidités car cela équivaudrait à privilégier les travailleurs dont les services sont loués par rapport aux autres. Si l'autorisation a été supprimée ou retirée et qu'il existe toujours des créances de salaire des employés dont les services sont loués, la caution peut également être utilisée, conformément à l'article 39, alinéa 1bis OSE.

3.3.7 QUI EMPLOIE LES SÛRETÉS ? (ART. 39, AL. 3 ET 4 OSE)

Selon l'article 37, lettres a à d OSE, les sûretés peuvent être fournies sous plusieurs formes pouvant être classées, selon leur nature, en deux catégories principales :

- **Catégorie 1** : le dépôt d'obligations de caisse (let. c) ou en espèces (let. d) et l'assurance de garantie (let. b). Ces sûretés proviennent de la fortune du bailleur de services.
- **Catégorie 2** : le cautionnement et la déclaration de garantie d'une banque ou d'un établissement d'assurance (let. a) et les sûretés de la catégorie 1 déposées par des tiers pour le bailleur de services. Ces sûretés sont fournies par les tiers uniquement en cas de faillite. C'est usuellement à cette seconde catégorie qu'appartiennent les sûretés.

3

La distinction est importante dans la pratique : en cas de faillite, les sûretés de la catégorie 1 font partie intégrante de la masse active. Les cautionnements et les garanties de tiers ne concernent en principe pas la masse active. En cas de faillite du bailleur de services, le **sort des sûretés diffère** selon la catégorie à laquelle elles appartiennent :

1. La répartition et l'emploi des sûretés de la **catégorie 1** incombent à **l'office des faillites**, conformément à la législation en matière de poursuites et de faillites, puisque ces sûretés font partie de la masse active. Au vu des articles 14 LSE et 39 OSE, les sûretés sont réservées en priorité au remboursement des créances de salaire des travailleurs loués. Seul un éventuel solde positif pourra entrer dans la masse commune. Concernant les frais de liquidation de la catégorie 1, l'article 262, alinéa 2 LP est applicable ici : les frais d'administration et de réalisation des sûretés peuvent bien entendu être prélevés sur les sûretés – par analogie avec le gage. Les sûretés ne peuvent cependant être affectées d'emblée à la couverture de l'ensemble des frais de procédure de la faillite, mais seulement s'il reste un solde positif. **Même s'il n'y a pas assez d'actifs pour couvrir toute la procédure de faillite, l'office des faillites est tenu d'utiliser au moins les sûretés et de rembourser, dans la mesure du possible, les créances de salaire des travailleurs loués.**
2. Les sûretés de la **catégorie 2** n'entrent pas dans la masse de faillite, mais vont aux ayants droit (c'est-à-dire, pour répartition, d'abord à l'autorité cantonale). Aux termes des contrats de cautionnement et des garanties bancaires, l'ouverture de la faillite rend exigible l'intégralité du montant de la caution. Il doit alors être versé par la banque ou l'assurance à **l'autorité cantonale compétente** pour couvrir les créances garanties. L'autorité cantonale publie la faillite du bailleur de services et invite les travailleurs dont les services ont été loués à faire valoir leurs créances de salaire (l'exigence concernant la publication est remplie lorsque l'office des faillites a déjà lancé un appel aux créanciers dans la procédure de faillite et que l'office cantonal du travail a annoncé en réponse les créances de salaire des travailleurs dont les services sont loués). L'autorité cantonale transmet ensuite l'argent à ces travailleurs qui en sont les bénéficiaires finaux (travailleurs dont les services sont loués et qui ont encore des créances de salaire ouvertes). Il se peut aussi qu'une partie voire tous les travailleurs dont les services ont été loués aient déjà été payés par l'assurance-chômage, par le dispositif de l'indemnité en cas d'insolvabilité (art. 51 ss LACI ; selon l'art. 52, al. 1 LACI, cette indemnité couvre les quatre derniers mois du rapport de travail). Dans ce cas, l'autorité cantonale peut faire valoir les droits de recours des caisses de chômage et faire passer à la caisse la caution ou le garant (sous réserve de l'art. 39, al. 2 OSE, c'est-à-dire seulement une fois remboursées toutes les créances de salaire des travailleurs dont les services ont été loués qui n'ont pas exercé leurs droits à l'indemnité en cas d'insolvabilité de l'assurance-chômage). Si le montant du cautionnement ou de la garantie est plus élevé que nécessaire, la caution ou le garant est libéré du solde positif. Contrairement à ce qui passe pour la catégorie 1, des sûretés éventuellement trop élevées ne profitent pas à la masse de faillite. Dès que l'argent a été transmis aux travailleurs, la caution ou le garant se subroge aux titulaires des créances dans leurs droits et peut faire valoir ses créances dans la faillite du bailleur de services.

Remarque à propos de la subrogation

Dans le cas du cautionnement, le versement des sûretés par la caution donne lieu à une cession légale en vertu de l'article 507, alinéa 1 CO. L'avantage réside ici dans le fait que le privilège de premier rang au sens de l'article 219 LP en relation avec l'article 170, alinéa 1 CO revient à la caution. Une inscription de la créance dans la faillite est requise uniquement si cette dernière est effective. Dans les autres cas, l'office des faillites doit toutefois au moins être informé du changement de créancier (art. 167 CO). L'existence d'un cautionnement valable au sens du CO constitue cependant une condition de l'applicabilité de l'article 507, alinéa 1 CO.

3

La situation se complique dans le cas d'une seule déclaration de garantie, puisqu'une subrogation n'est possible que si les conditions de l'article 110 CO sont remplies. Étant donné qu'une chose mise en gage sera régulièrement manquante dans ces cas, seul le ch. 2 de la disposition est applicable. La cession légale a lieu dès que le débiteur (bailleur de services en faillite) annonce au créancier (travailleur ou assurance sociale) avant l'exécution que le garant doit prendre sa place. Dans ce cas également, il y a par la suite transfert des droits de préférence conformément à l'article 170, alinéa 1 CO. Dès lors qu'aucun avis en ce sens n'est effectué, il n'y a pas non plus de subrogation. Le cas échéant, il existe un droit contractuel de demander restitution, mais sans possibilité de profiter des droits de préférence au sens de l'article 170, alinéa 1 CO.

3.3.8 PARTICULARITÉS CONCERNANT L'EMPLOI DES SÛRETÉS DE LA CATÉGORIE 2 (ART. 39, AL. 4 OSE)



Note :

Ces remarques ne s'appliquent qu'à la catégorie 2.

En principe, l'autorité cantonale chargée de l'exécution de la LSE suit la publication des ouvertures de faillite dans la Feuille officielle et vérifie si elles concernent un bailleur de services. Si tel est le cas, elle avise l'office des faillites de l'existence de sûretés destinées à couvrir les créances de salaire des travailleurs loués. Ceux-ci annoncent de leur côté leurs créances de salaire à l'office des faillites à la suite de l'appel aux créanciers prévu à l'article 232 LP. Il n'est pas nécessaire que l'autorité cantonale chargée de l'exécution de la LSE publie encore une fois l'ouverture de la faillite ; mais, si elle le fait, elle doit alors informer les travailleurs dont le bailleur a loué les services qu'ils peuvent annoncer leurs créances à l'office des faillites. Ensuite, deux situations peuvent se présenter :

Situation 1

Il y a suffisamment d'actifs pour que l'office des faillites puisse poursuivre la procédure de faillite.

Situation 2

Il n'y a pas suffisamment d'actifs, raison pour laquelle l'office des faillites suspend la procédure de faillite comme le prévoit l'article 230 LP.

Les tâches de l'autorité cantonale chargée de l'exécution de la LSE concernant l'emploi des sûretés diffèrent selon la situation.

Situation 1

L'office des faillites dresse l'état de collocation et le publie (art. 247 ss LP). À l'expiration du délai de plainte et de recours, il est établi en droit que le bailleur de services doit une somme de salaires déterminée aux travailleurs loués. L'office des faillites en informe l'autorité cantonale chargée de l'exécution de la LSE. Sur cette base, cette dernière fait alors valoir les créances salariales établies auprès du garant de la caution. Si la caution refuse, l'autorité chargée de l'exécution de la LSE la mettra en poursuite. La créance ayant été homologuée par l'état de collocation, une exception selon l'article 502 CO a peu de chances de succès. Dès que l'autorité cantonale a touché les sûretés, elle paie les créances de salaire des travailleurs loués. Si le montant des sûretés dépasse ces créances, le solde est restitué à la caution. La caution se substitue alors dans la faillite aux travailleurs loués pour la somme des créances de salaire remboursées sur les sûretés, ce dont l'autorité cantonale chargée de l'exécution de la LSE informe l'office des faillites. Si les sûretés ne suffisent pas à dédommager les

3

travailleurs loués, ceux-ci conservent leurs droits dans la procédure de faillite pour le solde encore dû. Dans ce cas aussi, l'autorité cantonale chargée de l'exécution de la LSE informe l'office des faillites des créances résiduelles. L'entente réciproque entre l'office des faillites et l'autorité cantonale chargée de l'exécution de la LSE est indispensable pour éviter les paiements à double (comme cela se fait pour l'indemnité en cas d'insolvabilité de la LACI).

Situation 2

L'office des faillites prononce la suspension de la faillite. L'autorité cantonale chargée de l'exécution de la LSE l'apprend par l'avis publié dans la Feuille officielle. L'idéal est cependant que les deux organes entretiennent de bons rapports de collaboration et que le premier avise spontanément la seconde de la suspension. En dépit de la suspension de la faillite, l'autorité cantonale chargée de l'exécution de la LSE est tenue de réclamer les sûretés et de les affecter. À cet effet, elle vérifie si les créances de salaire, que les travailleurs loués peuvent lui annoncer dans ce cas directement, sont légitimes. Elle fait savoir ensuite à la caution quelles sont les créances de salaire qu'elle a reconnues pour légitimes et qu'elle entend payer avec les sûretés. Par la même occasion, elle lui donne l'ordre de payer les sûretés dans un délai donné. Si la caution tarde à payer ou conteste l'ordre, l'autorité cantonale chargée de l'exécution de la LSE prononce une décision formelle qu'elle fait exécuter – à l'expiration du délai de recours ou après rejet d'un éventuel recours – par voie de poursuite. Dès qu'elle a touché les sûretés, l'autorité cantonale chargée de l'exécution de la LSE paie les créances de salaire des travailleurs loués. Si le montant des sûretés dépasse ces créances, le solde est restitué à la caution.

Dans la situation 1, le rôle de l'autorité cantonale chargée de l'exécution de la LSE est simple : elle doit juste veiller à ce que l'office des faillites soit informé de l'existence des sûretés et lui fasse savoir quelles sont les créances de salaire inscrites dans l'état de collocation. L'autorité cantonale chargée de l'exécution de la LSE demande alors à la caution de payer les sûretés à hauteur de ce montant (au besoin par voie de décision puis de poursuite), paie les travailleurs et informe l'office des faillites de l'issue de ses démarches. Le « gros du travail » incombe à l'office des faillites. Dans la situation 2 en revanche, l'autorité cantonale chargée de l'exécution de la LSE doit établir elle-même les créances de salaire garanties et les annoncer à la caution, le cas échéant par voie de décision. Ensuite seulement (et après avoir au besoin mis la caution en poursuite), elle pourra passer à l'affectation des sûretés.

Problème :

Que doit faire l'autorité cantonale chargée de l'exécution de la LSE si un procès civil, intenté par ou contre le débiteur et portant sur une créance de salaire, est pendant ?

Dans la situation 1, ce procès est suspendu en vertu de l'article 207 LP jusqu'à ce que les organes de la faillite (assemblée des créanciers, administration de la masse) se soient prononcés sur sa poursuite. S'ils décident de poursuivre le procès, il faudra alors – comme dans un procès de collocation – attendre son issue. Sinon, c'est-à-dire si les organes renoncent à poursuivre le procès (et qu'aucun créancier ne demande la cession des droits conformément à l'art. 260 LP), la prétention litigieuse (dans le cas présent la créance de salaire en cause) est réputée reconnue. L'autorité cantonale chargée de l'exécution de la LSE pourra alors, comme décrit ci-dessus, faire payer les sûretés par la caution, par voie de décision et au besoin de poursuite.

La situation 2 se présente après la suspension de la faillite et ne relève plus de la LP. Il n'y a donc pas de suspension au sens de l'article 207 LP. Si le procès civil porte sur les créances de salaire des travailleurs loués, l'autorité cantonale chargée de l'exécution de la LSE devra attendre l'issue du procès et donc de l'examen de la légitimité des créances. Dans ce cas toutefois, le délai d'un an fixé à l'article

3

38 OSE pour la libération des sûretés sera prolongé jusqu'à l'issue du procès. Dans tous les autres cas envisageables, le litige ne porte pas sur les créances de salaire et l'autorité cantonale chargée de l'exécution de la LSE peut dès lors procéder immédiatement à la vérification de la légitimité des créances puis à l'affectation des sûretés selon la démarche décrite plus haut (établissement d'une décision et éventuellement mise en poursuite).

3.3.9 QUELLES SONT LES CRÉANCES DE SALAIRE COUVERTES PAR LES SÛRETÉS ?

Les cotisations aux assurances sociales, que l'employeur (bailleur de services) retient sur le salaire du travailleur et qu'il verse pour lui à l'institution d'assurance, font en soi partie intégrante du salaire. Mais les droits du travailleur à l'égard des assurances sociales sont considérés comme garantis dès que l'employeur a retenu les cotisations sur le salaire et que le travailleur peut le prouver, par ex. au moyen du contrat de travail, du certificat de salaire, etc. (cf. art. 30ter, al. 2 LAVS). Les cotisations non versées par l'employeur n'ont donc pas besoin d'être garanties en outre par les sûretés. Les assurances peuvent faire valoir leurs préentions envers les bailleurs de services en retard de paiement dans la procédure normale de faillite. Leurs demandes ne peuvent pas être satisfaites directement par les sûretés.

Donc, seuls le salaire net et les éventuels droits au remboursement des frais, à des gratifications, etc., sont à couvrir par les sûretés, mais non les éventuels droits des institutions d'assurance sociale.

Si ce droit est exercé, l'intérêt moratoire de 5 % peut bien entendu également être prélevé sur les sûretés, conformément à l'article 104, alinéa 1 CO, qui stipule que le débiteur qui est en demeure pour le paiement d'une somme d'argent doit l'intérêt moratoire à 5 % l'an. Les conséquences du retard découlent du défaut de paiement du salaire par le preneur de sûretés et peuvent à ce titre être couvertes par les sûretés.

3.3.10 LES SÛRETÉS GARANTISSENT LES DETTES DE SALAIRE DE QUELLE SUCCURSALE ?

Selon le droit des poursuites et des faillites, seul un siège principal peut faire l'objet d'une poursuite pour dettes et faillite. La succursale ne constitue pas un for indépendant (art. 46 LP). En raison de sa dépendance juridique, elle tombe en faillite avec le siège principal (seule exception : si le siège principal est domicilié à l'étranger, sa succursale suisse peut être poursuivie pour dettes en Suisse ; art. 50, al. 1 LP).

Avec les sûretés de la **catégorie 1**, la faillite rend exigibles non seulement les sûretés fournies par le siège principal, mais aussi celles des succursales. Les sûretés fournies par une succursale tombent dans la masse active de l'entreprise et peuvent être affectées, une fois remboursés les travailleurs loués par la succursale, également à la couverture des dettes de salaire d'autres succursales. L'office des poursuites exécute la faillite au siège principal de l'entreprise. Il informe l'autorité cantonale chargée de l'exécution de la LSE compétente pour la succursale qui lui transmet les sûretés déposées par la succursale.

Avec les sûretés de la **catégorie 2** aussi, l'ouverture de la faillite rend exigibles toutes les créances de salaire à l'égard de chaque succursale. Mais les sûretés fournies par une succursale ne peuvent être utilisées que pour couvrir les propres dettes de salaire de celle-ci, le tiers s'étant engagé normalement uniquement pour les créances de salaire des travailleurs loués par ladite succursale. Ces sûretés ne peuvent par conséquent servir à payer des arriérés de salaire d'autres succursales.

3

3.3.11 COMMENT L'OFFICE DES FAILLITES OBTIENT-IL LA DISPOSITION DES SÛRETÉS DÉPOSÉES OU DE L'ASSURANCE DE GARANTIE CONCLUE PAR LE BAILLEUR DE SERVICES ?

Les créanciers des créances garanties sont les travailleurs loués. L'autorité cantonale chargée de l'exécution de la LSE peut, si la prestation devient exigible, faire rentrer dans la faillite, en leur nom, les papiers valeurs ou les sommes déposées ou encore les droits de l'assurance de garantie. L'autorité cantonale chargée de l'exécution de la LSE s'informe à cet effet, dans la Feuille officielle ou éventuellement dans d'autres publications spécialisées, des ouvertures de faillite et avise l'office des faillites dont relève le siège principal de l'entreprise de location de services des sûretés afférentes à la masse de faillite. Elle s'assure en l'occurrence que l'office des faillites couvre en premier lieu les créances de salaire des travailleurs loués.

Les cantons sont libres d'instituer un échange d'informations formel entre les autorités compétentes (autorité cantonale chargée de l'exécution de la LSE, offices des faillites). Un échange d'informations régulier entre ces autorités s'avère cependant important, notamment en liaison avec l'affectation des sûretés de la catégorie 2. C'est en effet le seul moyen, par exemple, d'assurer que le bailleur de services en retard de paiement reconnaîsse les prétentions des travailleurs loués avant la suspension de la faillite et de consolider ainsi d'éventuelles créances de salaire.

3.3.12 EMPLOI DES SÛRETÉS EN CAS DE SUPPRESSION OU DE RETRAIT DE L'AUTORISATION DE LOCATION DE SERVICES

Comme mentionné sous 3.3.6, les sûretés peuvent également être utilisées lorsque l'autorisation de pratiquer la location de services a été retirée ou supprimée et qu'ils existent encore des créances de salaire ouvertes de travailleurs dont les services ont été loués, en vertu de l'article 39, alinéa 1bis OSE.

Afin de vérifier l'existence de créances de salaire ouvertes, l'autorité cantonale qui délivre l'autorisation devrait demander un extrait actuel du registre des poursuites concernant l'entreprise et publier un appel aux créanciers dans la Feuille officielle. La publication d'un avis ad hoc sur le site Internet de l'autorité est également possible. Les travailleurs concernés doivent aussi être informés de la possibilité existante de faire valoir leurs créances de salaire. Ceux-ci peuvent également être invités à transmettre un message correspondant à l'intention de leurs collègues de travail via les réseaux sociaux (par ex. Facebook, WhatsApp). Cette mesure peut compléter la notification officielle mais ne la remplace pas.

3

3.3.13 EXEMPLE D'ACTE DE CAUTIONNEMENT

Acte de cautionnement

En vertu de l'article 14 de la loi fédérale du 6 octobre 1989 sur le service de l'emploi et la location de services (LSE), des articles 35 à 39 de l'ordonnance du 16 janvier 1991 sur le service de l'emploi et la location de services (OSE) et de l'article 6 du tarif des émoluments de la loi sur le service de l'emploi (OEmol-LSE) du 16 janvier 1991, le bailleur de services :

raison sociale et adresse du bailleur de services
.....

*est tenu de fournir des sûretés en garantie des prétentions de salaire découlant de son activité de location de services jusqu'à concurrence d'un montant de
..... francs.*

La soussignée déclare à (nom et adresse de l'autorité cantonale) représenter la sûreté requise et se constitue à cet effet caution par le présent acte jusqu'à concurrence d'un montant de

..... francs

(en lettres :).

Ce cautionnement est de durée illimitée. Il peut, au sens de l'article 510, alinéa 1 de la loi fédérale du 30 mars 1911 complétant le Code civil suisse (Livre cinquième: Droit des obligations), Code des obligations, CO, être résilié sur préavis de quatre mois par une déclaration écrite au canton. Cette résiliation ne dégage pas la soussignée de son obligation de garantir les dettes ayant pris naissance avant l'expiration du délai de résiliation. La caution est exigible avec l'ouverture d'une procédure de faillite. Elle est également exigible lorsque l'autorisation de pratiquer la location de services a été retirée ou supprimée et que des créances de salaire de travailleurs loués sont encore ouvertes.

Après l'extinction de l'autorisation et après l'expiration du délai de résiliation de l'acte de cautionnement, la caution répond durant un an encore des dettes nées avant cette date (art. 38 OSE).

Le for est dans tous les cas au siège de l'autorité qui a requis les sûretés ; l'acte de cautionnement est soumis au droit suisse.

Lieu et date

Signature (banque ou assurance)

3

3.4 ARTICLE 15 LSE : DURÉE ET PORTÉE DE L'AUTORISATION (ART. 42 ET 43 OSE, ART. 7 OEMOL-LSE)

3.4.1 ÉMOLUMENTS (ART. 7 OEMOL-LSE)

La procédure d'autorisation occasionne plus de travail pour la location de services que pour le placement en raison de l'administration des sûretés et de l'examen des contrats complexes. L'autorité peut en tenir compte en fixant les émoluments perçus pour l'octroi d'autorisations.

Si une entreprise demande simultanément une autorisation pour le placement et la location de services, l'autorité tiendra compte, dans la fixation de l'émolument, du gain de temps ainsi réalisé dans l'examen de la demande.

3.4.2 PORTÉE DE L'AUTORISATION (ART. 42 OSE)

Le champ d'application géographique et matériel de l'autorisation peut être restreint. Les indications figurant sur le formulaire de demande d'autorisation concernant la profession et la branche servent, d'une part, à préciser le domaine d'activité de l'entreprise dans l'autorisation et, d'autre part, à établir le répertoire des entreprises de placement et de location de services autorisées. Tout changement entraîne une modification de l'autorisation, laquelle est soumise à émoluments.

3.5 ARTICLE 16 LSE : RETRAIT OU SUPPRESSION DE L'AUTORISATION (ART. 44 ET 45 OSE)

3.5.1 GÉNÉRALITÉS

L'article 16, alinéa 1, lettre b LSE crée la base légale habilitant l'autorité qui délivre l'autorisation à retirer celle-ci à un bailleur de services pour gestion non conforme (voir ci-après). Nous renvoyons sur cette question au chapitre traitant l'article 5 LSE. La location de services présente cependant une particularité : l'autorisation doit être retirée non seulement lorsque le bailleur de services enfreint gravement des prescriptions impératives de la LSE ou ses dispositions d'exécution, ou encore des dispositions fédérales ou cantonales relatives à l'admission des étrangers, mais aussi lorsqu'il enfreint les prescriptions en matière de protection des travailleurs. Cette règle vaut aussi bien pour les dispositions suisses de protection des travailleurs que pour les dispositions étrangères si le bailleur loue les services de ses travailleurs à des entreprises de mission à l'étranger. L'article 16, alinéa 1, lettre b LSE s'applique donc aussi en cas d'infraction aux dispositions de protection des travailleurs en vigueur à l'étranger.

3.5.2 VIOLATION GRAVE OU RÉPÉTÉE DE LA LSE OU DE SES DISPOSITIONS D'EXÉCUTION OU DES DISPOSITIONS FÉDÉRALES ET CANTONALES RELATIVES À L'ADMISSION DES ÉTRANGERS

Sont considérés comme des violations de la LSE et de ses dispositions d'exécution, par exemple :

- l'utilisation d'un contrat de travail ou de location de services non conforme à la LSE ;
- la violation des prescriptions en matière de sûretés ;

3

- la violation de l’obligation de renseigner ;
- la location de services de et à l’étranger sans autorisation fédérale.

L’emploi de travailleurs sans requérir les autorisations de séjour et de travail nécessaires représente en particulier une violation des dispositions relatives à l’admission des étrangers.

3.5.3 VIOLATION DES DISPOSITIONS IMPÉRATIVES DE PROTECTION DES TRAVAILLEURS

Comme le bailleur de services engage des travailleurs, l’autorité qui délivre les autorisations doit parer aux infractions contre les prescriptions du droit du travail, comme le veut la loi. C’est pourquoi l’article 16, alinéa 1, lettre b LSE ordonne de retirer l’autorisation en cas de violation répétée des dispositions impératives relevant de la protection des travailleurs. Le message à l’appui de la révision de la LSE (FF 1985 III 524) cite notamment comme prescriptions celles de la loi sur le travail, celles impératives du droit du contrat de travail et celles de la loi sur l’assurance-accidents.

On est en présence d’une telle violation, par exemple lorsque le bailleur de services :

- n’observe pas les dispositions relatives à la durée du travail et du repos ;
- compense de façon injustifiée des créances de salaires ;
- ne verse pas les cotisations aux assurances sociales ;
- ne respecte pas les dispositions relatives au salaire et à l’horaire de travail prévues par les conventions collectives de travail avec déclaration d’extension ;
- ne respecte pas les dispositions de la CCT Location de services aussi longtemps que cette dernière est étendue.

3.6 ARTICLE 17 LSE : OBLIGATION DE RENSEIGNER (ART. 43 OSE)

L’obligation de renseigner imposée au bailleur de services en vertu de l’article 17 LSE s’applique tant avant qu’après l’octroi de l’autorisation, de même que lors des contrôles destinés à vérifier si les conditions dont dépend l’autorisation sont toujours remplies.

Le terme « intéressé » utilisé à l’alinéa 2 doit être interprété au sens large afin de permettre aux autorités de procéder à une enquête approfondie. L’« intéressé » (par ex. l’entreprise locataire de services) est uniquement tenue de fournir les renseignements demandés, mais n’est pas tenue d’accorder un droit de consultation de ses dossiers.

Les articles 18 à 22 LSE ainsi que les articles 46 à 50 OSE valent également pour les bailleurs de services non assujettis à l’autorisation, à moins que la loi ou l’ordonnance n’en dispose autrement. Ils s’appliquent aussi au demeurant aux entreprises étrangères dès lors qu’elles sont autorisées à pratiquer la location de services en Suisse (par ex. dans le cadre de la location de services intragroupe).

Depuis le 1er avril 2006, l’article 17 est complété d’un troisième alinéa, qui précise que, dans les domaines régis par une convention collective de travail étendue, le bailleur de services doit présenter à l’organe paritaire compétent tous les documents permettant de vérifier que les conditions de travail sont conformes à l’usage local. Dans les domaines non régis par une convention collective de travail étendue, les renseignements doivent être fournis à la commission cantonale tripartite compétente.

3

Des informations complémentaires concernant cet alinéa figurent dans le chapitre relatif à l'article 20 LSE.

Conformément à l'article 43 OSE, le bailleur de services est tenu de communiquer sans délai à l'autorité cantonale compétente chargée de l'exécution de la LSE tout changement des données qui figurent dans sa demande d'autorisation ou dans la déclaration de sa succursale.

Il est utile de mentionner dans la décision d'autorisation l'obligation de communiquer immédiatement les modifications à l'autorité d'autorisation et de prévenir du retrait de l'autorisation en cas de non-respect de cette obligation.

3.7 ARTICLE 18 LSE : OBLIGATIONS PROPRES AU BAILLEUR DE SERVICES

3.7.1 DISPOSITIONS EN MATIÈRE DE PROTECTION DES DONNÉES APPLICABLES AU BAILLEUR DE SERVICES (ART. 18, AL. 3 LSE ET ART. 47 OSE)

En vertu de l'article 18, alinéa 3 LSE, le bailleur de services n'est habilité à traiter les données concernant les travailleurs et à les communiquer à des entreprises locataires de services que dans la mesure où et aussi longtemps que ces données sont nécessaires à la location de services. Hors de ce cadre, ces données ne peuvent être traitées ou communiquées qu'avec l'assentiment exprès du travailleur. L'article correspondant de l'ordonnance précise les cas dans lesquels l'assentiment doit être obtenu pour le traitement des données (art. 47, al. 1 OSE) et ceux dans lesquels il n'est pas nécessaire (art. 47, al. 2 OSE).

Le bailleur de services n'est autorisé à utiliser des données, après résiliation des rapports de travail, qu'avec l'assentiment de la personne concernée.

Le bailleur de services peut conserver les contrats et les décomptes de salaire afin de disposer de justificatifs en cas de différends relevant du droit du (contrat de) travail ou concernant le respect des conventions collectives de travail étendues. Les autres documents de caractère personnel doivent être détruits au terme de la mission et après le règlement définitif de la facture par l'entreprise locataire de services. Tout autre archivage n'est possible que si le travailleur a expressément donné son assentiment ou si les documents constituent des moyens de preuve tel que précité. En cas de différends juridiques nés du rapport de location de services, le bailleur de services est autorisé à conserver les dossiers personnels jusqu'à liquidation des litiges en question. Le but de l'article 18, alinéa 3 LSE n'est pas de permettre au travailleur dont les services ont été loués de priver son ancien employeur des moyens de preuve en lui refusant son assentiment.

Outre les exigences relatives à la protection des données prescrites par la LSE, le bailleur de services est, en sa qualité d'employeur, tenu d'observer les dispositions de l'article 328b CO. La protection des données dans les rapports de travail ainsi que lors du recrutement est garantie par cet article, dont le libellé est le suivant :

« L'employeur ne peut traiter des données concernant le travailleur que dans la mesure où ces données portent sur les aptitudes du travailleur à remplir son emploi ou sont nécessaires à l'exécution du contrat de travail. En outre, les dispositions de la loi fédérale du 19 juin 1992 sur la protection des données sont applicables. ».

Le renvoi à la LPD concerne en particulier l'application des principes généraux de la protection des données, soit l'exactitude et la sécurité des données (art. 6 et 8 LPD) ainsi que le droit d'accès (art. 25

3

LPD). Les atteintes à la personnalité et les motifs justificatifs (art. 30 et 31 LPD) sont plus nuancés en ce qui concerne les données traitées en rapport avec les relations de travail. L'article 328b CO délimite plus étroitement que les articles 30 et 31 LPD les informations que l'employeur est autorisé à traiter. Il ne peut en aucun cas être dérogé à l'article 328b CO au détriment du travailleur même s'il a donné son consentement à cet égard, cette disposition étant une norme relativement impérative au sens de l'article 362 CO.

De manière générale, en matière de droit du contrat de travail, le législateur a consacré le principe de l'illicéité du traitement des données. Le traitement des données est réputé licite dans deux hypothèses : d'une part, si elles concernent les aptitudes du travailleur à remplir son emploi ; d'autre part, si elles sont nécessaires à l'exécution du contrat de travail. Ainsi, la loi présume licite le traitement de données à caractère personnel qui se rapportent aux aptitudes de l'intéressé à remplir son emploi ou qui sont nécessaires à l'exécution du contrat de travail.

Aptitudes

Le terme d'aptitudes s'interprète de façon large. Il regroupe les compétences de la personne au regard de l'emploi considéré, lesquelles peuvent, selon les circonstances, inclure la personnalité, les convictions et les objectifs du salarié.

Informations nécessaires à l'exécution du contrat de travail

Font notamment partie des informations nécessaires à l'exécution du contrat de travail les données dont l'employeur a besoin pour satisfaire à ses obligations légales et/ou contractuelles vis-à-vis de diverses autorités, telles que les assurances sociales, les inspections du travail, les offices de la migration, etc.

Le type d'emploi détermina ainsi l'étendue de la protection du travailleur. S'il s'agit d'une tâche qui ne requiert qu'un faible investissement personnel, les informations que l'employeur pourra recueillir resteront limitées. Ces données concerneront au premier chef la formation et l'expérience professionnelle de la personne concernée. Si, en revanche, l'exécution des tâches presuppose une relation de confiance particulière, le champ de la curiosité légitime de l'employeur sera plus vaste. S'il s'agit d'une activité ou d'un poste exigeant des capacités d'initiative ou de commandement, l'employeur sera habilité à s'informer de façon encore plus étendue, en particulier sur les hobbies du travailleur, qui révéleront son goût à l'effort ou son ouverture à de nouveaux défis. Lorsque la bonne exécution du travail exige l'adhésion de l'intéressé aux idéaux visés par l'employeur, la sphère privée du salarié se rétrécira encore. Un parti est par exemple habilité à s'informer sur les opinions politiques d'un candidat au poste de secrétaire permanent.

Questions relatives à l'état de santé : en application de l'article 328b CO, l'état de santé du candidat à un emploi ou du salarié fait partie des données devant être traitées de manière confidentielle. La collecte de telles données est considérée comme légitime dès lors qu'elle se rapporte à la capacité de l'intéressé à exécuter son travail. L'employeur est ainsi habilité à exiger du candidat qu'il se soumette à un examen médical afin de déterminer son aptitude à remplir l'emploi considéré. Le médecin chargé de l'examen se prononcera uniquement sur l'aptitude à l'emploi et ne communiquera pas à l'employeur le motif d'une éventuelle inaptitude.

Questions relatives à une éventuelle grossesse : en l'absence de motifs objectivement justifiés, l'employeur ne doit collecter, dans le cadre d'une procédure de candidature ou de promotion, aucune donnée qui se réfère à l'état civil, à la situation familiale ou à une éventuelle grossesse. Il est licite de s'enquérir de la situation familiale ou des projets familiaux (par ex. projets de mariage ou d'enfants,

3

grossesse en cours ou envisagée prochainement, etc.) uniquement lorsque cette information est objectivement nécessaire lors de l'engagement (par ex. lorsqu'il existe sur le lieu de travail un danger pour la femme enceinte ou pour l'enfant à naître, ou encore lorsqu'une femme enceinte ne serait pas à même d'accomplir la tâche requise, par ex. comme danseuse ou mannequin).

Questions relatives aux antécédents judiciaires / condamnations : interroger systématiquement les candidats sur leurs antécédents judiciaires va trop loin. La possibilité de demander de telles informations dépend des circonstances et de l'état des condamnations, si elles sont radiées ou si elles figurent toujours au casier judiciaire. L'extrait du casier judiciaire ne peut être requis qu'au cas où les informations contenues sont absolument nécessaires à la conclusion et à l'accomplissement du rapport de travail.

- a) Condamnations radiées du casier judiciaire : le travailleur peut légitimement revendiquer un droit à l'oubli de toutes les condamnations qui ne figurent plus au casier judiciaire.
- b) **Condamnations inscrites au casier judiciaire :** seules les infractions recensées au casier judiciaire qui concernent l'aptitude à remplir l'emploi peuvent être requises par l'employeur.

Questions relatives aux poursuites : toute personne peut se renseigner auprès de l'office des poursuites sur les poursuites en cours contre une autre personne, à condition de démontrer un intérêt légitime, soit un intérêt spécial et actuel (art. 8a LP). Cet intérêt est rendu vraisemblable lorsque la demande d'informations concerne une personne déterminée dans le cadre de la conclusion ou de l'exécution d'un contrat. La recherche d'informations par l'employeur est licite dès lors qu'elle porte sur les aptitudes du travailleur à remplir son emploi. Cela peut être le cas lorsque l'intéressé est au contact d'espèces ou de valeurs qu'il pourrait être tenté de s'approprier pour redresser sa situation. Dans de nombreux cas, la présence de poursuites n'affecte guère l'aptitude du salarié à remplir son emploi.

Rapport entre l'article 18, alinéa 3 LSE et l'article 328b CO :

Si un demandeur d'emploi s'adresse à un bailleur de services en vue d'être engagé pour une mission précise, les deux parties se trouvent dans une relation précontractuelle de travail et l'article 328b CO s'applique.

En revanche, lorsqu'un demandeur d'emploi mandate un bailleur de services afin qu'il lui trouve un emploi quelconque et lui indique qu'il est prêt à accepter toute offre indépendamment de sa formation ou de son expérience professionnelle, il n'y a pas lieu d'appliquer l'article 328b CO. Il convient dans ce cas d'observer les principes en vigueur pour les placeurs privés. À ce stade, le demandeur d'emploi ne se trouve pas dans une relation précontractuelle de travail avec le bailleur de services, mais est lié à celui-ci par un contrat de courtage au sens de l'article 412 CO.

Des informations utiles sur le traitement par des personnes privées sont disponibles dans le «Guide pour le traitement de données personnelles dans le secteur du travail», publié par le PFPDT.

Conservation de documents

En principe, la conservation des documents à caractère personnel n'est soumise à aucune prescription légale particulière dans le cas de rapports de travail de droit privé. L'article 328b CO est ici déterminant. La LPD est bien entendu aussi applicable. Les autres dispositions légales relatives aux obligations en matière de conservation de documents sont les suivantes : articles 127 et 128 CO, articles 328b et 330a CO, article 958f CO, article 1, alinéa 3 Ordonnance concernant la tenue et la conservation des livres de comptes, Olico, obligations de déclarer et de remettre des décomptes pour les assurances sociales et prescriptions relatives à l'impôt à la source.

3

Il convient d'établir une distinction entre la conservation des documents personnels pendant la durée et après la fin des rapports de travail.

La durée de conservation est définie en fonction de la catégorie de données. Elle sera généralement fixée à 5 ans, mais pourra être portée exceptionnellement à 10 ans, par exemple si la loi le prescrit.

Pendant la durée des rapports de travail, une quantité relativement importante d'informations peut être conservée. Durant cette période déjà, les données doivent être détruites dès que leur conservation n'est plus requise. Le principe de la proportionnalité est ici déterminant. Lorsque les rapports de travail ont pris fin, seules peuvent être conservées les données indispensables, telles celles à garder en vertu d'une obligation légale ou celles dont la conservation est dans l'intérêt du travailleur (documents nécessaires à l'établissement d'un certificat, par ex.). Il peut aussi s'agir de données pertinentes au regard du droit des assurances sociales ou desquelles il est possible de déduire des prétentions juridiques. Peuvent également être conservées les données dont l'employeur a besoin pour un litige pendant.

La substitution de documents papier par des documents électroniques est en principe autorisée, pour autant que les dispositions de la LPD – en termes de sécurité et de confidentialité des données notamment – restent préservées. De même, le système de conservation électronique doit garantir la sécurité des données des documents numérisés pour ne pas en compromettre le caractère probant. Sur demande, les documents numérisés doivent à tout moment pouvoir être produits sous une forme lisible.

Voir à ce sujet les explications du PFPDT dans le Guide pour le traitement de données personnelles dans le secteur du travail.

3.8 ARTICLE 19 LSE : CONTRAT DE TRAVAIL (ART. 48 ET 49 OSE)

3.8.1 RAPPORT ENTRE LA LSE ET LE CO

Le contrat de travail que le bailleur de services doit conclure avec le travailleur est en principe régi par les articles 319 ss CO sur le droit du contrat de travail de même que par la convention collective de travail étendue de la branche du travail temporaire (CCT Location de services), pour autant que le bailleur de services entre dans son champ d'application selon l'article 2 CCT Location de services (voir parenthèse à ce sujet à l'art. 20 LSE). S'y ajoutent les prescriptions de l'article 19 LSE ainsi que les dispositions d'application y relatives de l'OSE. Les dispositions de droit du contrat de travail de la LSE prévalent sur celles du CO.

3.8.2 FORME ÉCRITE (ART. 48 OSE)

Le travailleur ne peut défendre sûrement ses intérêts que s'il a en mains un contrat écrit avant son entrée en fonction. L'article 48 OSE fixe les seules exceptions à cette règle.

Le bailleur de services qui enfreint l'obligation de conclure un contrat écrit ne fait pas correctement son métier ; l'autorité qui délivre l'autorisation peut dès lors prendre à son égard une sanction en vertu de l'article 16 LSE. Il se rend en outre coupable d'une infraction à l'article 39, alinéa 2, lettre c LSE. La forme écrite du contrat ne constitue pas, en droit civil, une condition de validité mais seulement un moyen de preuve et de protection. En l'absence de contrat écrit, les dispositions de l'article 19, alinéa 3 LSE sont applicables.

3

L'article 19 LSE prescrit les points devant être réglés par écrit dans le contrat de travail. Si celui-ci se compose d'un contrat-cadre et d'un contrat de mission, ils doivent contenir, par écrit, les éléments requis par cette disposition.

Si, comme dans le cas de la location de services, la forme écrite est juridiquement requise pour les contrats, ceux-ci doivent également être signés à la main (art. 11, al. 1 et art. 14, al. 1 CO). Avec l'entrée en vigueur de la loi fédérale sur la signature électronique du 19 décembre 2003, un alinéa 2^{bis} a été introduit dans l'article 14 CO au 1^{er} janvier 2005. La signature élec-tronique qualifiée est depuis lors assimilée à la signature manuscrite, mais doit être fondée sur un certificat qualifié délivré par un fournisseur reconnu de services de certification. Selon le droit en vigueur, les autres signatures numériques ne sont pas autorisées.

3.8.3 OBLIGATION D'ACCEPTER UNE MISSION

Les **contrats de travail temporaire** sont en règle générale conclus pour une durée déterminée et toujours pour une seule mission. Le contrat-cadre de travail règle uniquement les points valables pour toutes les missions. Un contrat de mission réglant les détails de la mission est en outre conclu pour chaque mission. Le rapport de travail existe seulement en liaison avec une mission et prend fin avec elle. Une nouvelle mission exige par conséquent la conclusion d'un nouveau contrat, c'est-à-dire l'acceptation formelle du travailleur ; il est donc libre d'accepter ou de refuser toute mission qui lui est proposée.

Les **contrats de mise à disposition de travailleurs à titre principal (travail en régie)** sont en règle générale conclus pour une durée indépendante des missions. La nature du travail que doit accomplir le travailleur est définie dans le contrat de mise à disposition de travailleurs à titre principal (travail en régie). Le travailleur a droit à du travail et au salaire convenu, le risque d'absence de mission étant endossé par le bailleur de services. En contrepartie, il a l'obligation d'accepter toute mission que lui assigne le bailleur de services. Le contrat de mise à disposition de travailleurs à titre principal (travail en régie) mentionne généralement le fait que les services du travailleur seront loués à diverses entreprises clientes. Le bailleur de services exploite souvent, à côté de son activité de bailleur de services, un établissement stable propre dans lequel le travailleur peut aussi être occupé. Afin de respecter les exigences formelles de l'article 19, alinéa 2, lettre b LSE, chaque mission doit faire l'objet d'un avenant au contrat de mise à disposition de travailleurs à titre principal (travail en régie), avenant qui sera signé par le seul bailleur de services et remis au travailleur.

3.8.4 RAPPORT ENTRE L'ARTICLE 19, ALINÉA 3 ET L'ARTICLE 20 LSE

En l'absence de contrat de travail écrit entre les parties, l'article 20 prévaut sur l'article 19, alinéa 3 LSE si l'entreprise locataire de services est soumise à une convention collective de travail avec déclaration d'extension (CCT étendue). Le bailleur de services doit alors appliquer au travailleur les dispositions en matière de salaire et de durée du travail de ladite CCT étendue.

3.8.5 FIXATION DU SALAIRE

Le contrat de travail doit permettre au travailleur de savoir exactement quels seront son salaire brut, les déductions sociales en pourcentage et son salaire net. On exigera au minimum que le salaire brut et toutes les déductions sociales soient indiqués dans le contrat et que le salaire net apparaisse au plus tard dans le décompte de salaire.

3

L'article 19, alinéa 2, lettre g LSE stipule que le contrat règle de manière précise les dates de paiement du salaire, des allocations et des autres prestations. Selon l'article 323, alinéa 1 CO, le salaire est payé à la fin de chaque mois, sauf si des délais plus courts ou d'autres termes de paiement sont prévus par accord ou sont usuels et sauf clause contraire d'un contrat-type de travail ou d'une convention collective. Dans la pratique, un versement du salaire jusqu'au 5^e jour du mois suivant est toutefois accepté. En règle générale, le salaire et les allocations sont virés à date fixe sur un compte bancaire ou sur un compte PostFinance. Le type de paiement est mentionné dans le contrat.

Les avantages tels que la gratuité du logement et de la nourriture sont considérés comme salaire en nature. Ce type de salaire doit être consigné dans le contrat. Le salaire en nature correspond à la somme des repas effectivement consommés et des nuits effectivement passées. Les montants sont régis par l'article 11 RAVS.

3.8.6 LOCATION EN SUS DE LOGEMENT

Si le bailleur de services loue des logements à son personnel, ni le loyer, ni l'indemnité pour d'éventuels dommages intervenus après que ce dernier a quitté l'objet locatif, ne peuvent être déduits du salaire du travailleur et locataire. Cela découle de l'article 19, alinéa 5, lettre a LSE, selon lequel sont nuls et non avenus les accords qui exigent du travailleur qui loue ses services le paiement d'émoluments ou de prestations financières préalables. Pour cette raison, le bail doit être convenu dans un contrat distinct et pour une durée indépendante de celle du rapport de travail. Les délais et dates de résiliation doivent être régis par le droit du bail. Le bailleur de services n'est pas autorisé à prélever une commission de placement pour le logement, au vu de l'article 13, alinéa 1, lettre c LSE.

3.8.7 TRAVAIL À L'ESSAI NON RÉMUNÉRÉ

En raison de la liberté contractuelle, il est fondamentalement possible de convenir d'un travail d'essai non rémunéré. L'article 19, alinéa 2, lettre e LSE prévoit, par contre, que les modalités relatives au salaire doivent être réglées avant l'entrée en fonction. Il en résulte qu'aucune place n'est laissée au travail non rémunéré. Il faut également garder à l'esprit que la durée du travail temporaire est généralement courte par rapport à celle de l'emploi permanent et qu'il y aurait donc une disproportion entre la durée du travail d'essai non rémunéré et la durée totale de la mission.

3.8.8 DÉCOMpte DES FRAIS

En principe les frais ne peuvent être calculés sous forme de forfaits.

En règle générale, les indemnités versées pour le trajet entre le domicile et le lieu de travail habituel (lieu de mission) ainsi que pour les repas à ce même lieu ne sont pas reconnues comme frais, mais comme éléments du salaire. Les indemnités de déplacement (entre l'entreprise de mission et le lieu de travail extérieur) et de repas (qui ne peuvent être pris au lieu de l'entreprise de mission ou au domicile du travailleur) ne sont reconnues comme frais que si le travailleur loué est envoyé par l'entreprise de mission à des lieux de travail différents des adresses de l'entreprise de mission. Cette règle est valable pour chaque contrat de travail. Le montant et la nature des indemnités sont généralement fixés dans le contrat de mission. Sous réserve des dispositions d'une CCT étendue, tous les frais doivent être attestés.

3

3.8.9 CONTRATS EN CHAÎNE

Par contrats en chaîne on entend des contrats de travail à durée déterminée qui se succèdent. L'enchaînement de contrats de travail à durée déterminée peut permettre de contourner diverses dispositions de protection édictées en faveur des travailleurs (délais de congé, protection contre la résiliation selon l'article 336c CO, prescriptions en matière de droit des assurances sociales). C'est pourquoi ni la doctrine ni la jurisprudence des tribunaux n'admettent de tels contrats de travail en chaîne destinés à éluder la loi. L'interdiction des contrats en chaîne vaut également pour la location de services.

Selon la doctrine, l'enchaînement de contrats de travail à durée déterminée doit être considéré comme un contrat unique lorsque les engagements se suivent sans aucune interruption hormis celles dues à l'exercice d'un droit (vacances, maladie ou accident), à l'accomplissement d'une obligation légale (service militaire) ou les interruptions forcées (jours, voire semaines) découlant de la nature du travail temporaire.

Les tribunaux ont toutefois fait montre d'une grande retenue à cet égard, car le législateur entendait précisément tenir compte des exigences du travail temporaire en lui accordant une législation spéciale souple – également dans l'intérêt du travailleur lui-même – adaptée à sa nature et à ses besoins particuliers.

En conséquence, selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, sauf stipulation contraire, un nouveau temps d'essai commence à courir à chaque nouvelle mission (ATF 117 V 248). Ceci vaut notamment pour les rapports dans lesquels le travailleur a exercé pour le même employeur très irrégulièrement et avec parfois de longues interruptions, à plus forte raison si, pendant ces interruptions, il a travaillé pour d'autres entreprises de travail temporaire.

Il y a en revanche contrats en chaîne illicites lorsque le travailleur accomplit le même travail, à la même fonction dans la même entreprise de mission et que l'interruption a été courte (quelques jours ou quelques semaines) ou est due à l'exercice d'un droit (vacances, maladie ou accident) ou à l'accomplissement d'une obligation légale (service militaire ou autre). Il y a ainsi toujours lieu de conclure à une intention de contournement et donc à des contrats en chaîne illicites en l'absence de motif économiquement raisonnable et d'autre intérêt légitime de l'employeur ou du travailleur justifiant la limitation du contrat de travail.

Il convient de présumer d'une poursuite du contrat et d'additionner les temps accomplis au titre de différentes missions si celles-ci ont été interrompues pendant la durée indiquée ci-après (sauf interruption consécutive à un accident ou à une maladie), selon les recommandations du SECO.

Durée de la mission :	Interruption :
- jusqu'à 3 mois :	2 semaines
- du 4e au 6e mois :	3 semaines
- dès le 7e mois:	5 semaines

Le problème des contrats en chaîne se pose en particulier à propos de la durée du délai de congé (3.8.10), de la fixation d'un temps d'essai (3.8.15) du droit au salaire en cas d'empêchement de travailleur (3.8.17) ou de la fixation des déductions sociales (3.8.20).

3

3.8.10 DÉLAIS DE CONGÉ EN CAS DE MISSIONS À DURÉE INDÉTERMINÉE

Les délais de congés doivent être convenus par écrit. Le congé en lui-même n'étant soumis à aucune forme, il peut également être notifié verbalement. Pour des raisons de preuve, le congé signifié verbalement est cependant déconseillé. Dans ce cas, la présence d'au moins un témoin est requise.

Du premier au sixième mois de service d'un emploi ininterrompu

Durant les six premiers mois d'un emploi ininterrompu, les délais de congé fixés par la LSE font loi et sont les suivants :

Article 19, alinéa 4, lettre **a** LSE :

Deux jours au moins durant les trois premiers mois d'un emploi ininterrompu. Dans la pratique constante et non critiquée, seuls deux jours ouvrables sont acceptés (cf. également point 3.8.12).

Article 19, alinéa 4, lettre **b** LSE :

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

Les délais légaux minimums peuvent être allongés contractuellement mais non raccourcis.

Les délais fixés par la LSE s'appliquent uniquement à la location de services sous forme de **travail temporaire** (art. 49 OSE).

À partir du septième mois de service

La LSE ne prévoyant plus de délai de congé spécial à partir du septième mois de service d'un emploi ininterrompu, ce sont dès lors les délais de congé prévus à l'article 335c, alinéa 1 CO qui s'appliquent.

Le contrat de travail peut 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, de trois mois ultérieurement.

Selon l'article 335c, alinéa 2 CO, ces délais peuvent être modifiés par accord écrit, contrat-type de travail ou convention collective ; des délais inférieurs à un mois ne peuvent toutefois être fixés que par convention collective et pour la première année de service. Si ce n'est pas le cas, les délais de congé selon l'article 335c CO doivent toujours être indiqués en mois dans les modèles de contrats ; **toute autre formulation, par ex. 30 jours, est interdite.**

Selon la loi, le terme du délai de congé est toujours la fin d'un mois. Ce terme peut cependant être modifié sans condition de forme. Mais, sauf convention contraire, les parties ne peuvent résilier le contrat que pour la fin d'un mois.

Important :

Les contrats de mission dans lesquels la durée de l'engagement est fixée par une formule vague telle que « jusqu'à nouvel avis », « selon les besoins du client », « selon le carnet de commandes » sont considérés comme des contrats à durée indéterminée.

Concernant la durée, il convient de retenir les mois et non la somme des heures de mission. Les contrats qui prévoient 540 heures en lieu et place de trois mois ne peuvent pas être autorisés. Sinon, le délai de congé court de 2 jours ouvrables pourrait s'appliquer bien au-delà de trois mois dans le cas d'un travail à temps partiel, ce qui n'était pas dans l'intention du législateur.

3

3.8.11 DÉLAIS DE CONGÉ EN CAS DE MISSIONS À DURÉE DÉTERMINÉE

Les contrats de travail à durée déterminée prennent en principe fin automatiquement au terme de la mission.

Les parties sont néanmoins autorisées à prévoir des possibilités de congé anticipé, mais doivent dans ce cas respecter les délais minimums fixés à l'article 19, alinéa 4 LSE.

Les délais de congé fixés par l'article 19, alinéa 4 LSE se réfèrent en principe à une seule mission puisque chaque mission fait l'objet d'un nouveau contrat de travail. Une dérogation à cette règle s'impose néanmoins exceptionnellement dans les cas où son application équivaudrait à un abus de droit (cf. 3.8.9 Contrats en chaîne).

3.8.12 CALCUL DU DÉLAI DE CONGÉ LORSQU'IL EST FIXÉ EN JOURS

Lorsque le délai de congé est fixé en jours, il expire au bout du nombre de jours fixé, le jour où la partie à laquelle est signifié le congé le reçoit n'étant pas compté. Les jours non ouvrables sont en principe comptés. Lorsque le **délai est de deux jours, les jours non ouvrables** (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 ouvrables.

3.8.13 PROLONGATION DE CONTRATS DE TRAVAIL À DURÉE DÉTERMINÉE

La prolongation du contrat au terme de celui-ci est en principe autorisée. Une telle prolongation peut être à durée déterminée ou indéterminée, mais doit toujours être constatée dans un avenant au contrat ou dans un nouveau contrat conformément à l'article 12 CO, à l'article 19, alinéa 1 et à l'article 19, alinéa 2, lettre c LSE. Tout contrat à durée déterminée qui prévoirait une prolongation tacite pour une durée indéterminée est en revanche interdit. Pour le travailleur, cela serait source d'incertitudes quant à la durée réelle du contrat et de problèmes de preuve en cas de litige. Il est renvoyé à l'arrêt du Tribunal administratif fédéral B-3381/2008 du 11 mars 2009 dans l'affaire XY SA contre SECO. L'interdiction des contrats en chaîne doit en outre être observée (cf. 3.8.9).

3.8.14 HORAIRES DE TRAVAIL

Selon l'article 19, alinéa 2, lettre d LSE, le bailleur de services est tenu de réglementer par écrit l'horaire de travail dans le contrat de travail conclu avec le travailleur. Il est interdit au bailleur de services de se contenter de renvoyer aux dispositions correspondantes de l'entreprise de mission ; au contraire, le travailleur doit pouvoir savoir, avant de commencer le travail, combien d'heures de travail il est tenu de fournir afin de pouvoir calculer le montant de son salaire sur cette base. Conformément à l'obligation d'informer qui lui incombe en vertu de l'article 330b, alinéa 1, lettre e CO, l'employeur est également tenu d'informer par écrit le travailleur de la durée hebdomadaire de travail au plus tard un mois après le début des rapports de travail s'ils ont été conclus pour une période indéterminée ou pour une durée supérieure à un mois.

Il n'est pas possible de renoncer à une réglementation de la durée du travail en avançant l'argument selon lequel, dans de tels cas, la durée du travail résulterait des conditions de travail selon les usages locaux et professionnels au sens de l'article 19, alinéa 3 LSE.

3

Les raisons pour lesquelles le bailleur de services est tenu de réglementer explicitement la durée du travail sont les suivantes :

- Premièrement, l'article 19, alinéa 2, lettre d LSE exige explicitement de réglementer par écrit la durée du travail.
- Deuxièmement, une norme de droit sanctionnant l'employeur existe pour le cas où ce dernier n'a pas convenu explicitement sous forme écrite la durée du travail. Selon l'article 39, alinéa 2, lettre c LSE, celui qui, intentionnellement, n'aura pas communiqué par écrit, en sa qualité de bailleur de services, la teneur essentielle du contrat de travail ou ne l'aura fait qu'incomplètement (art. 19) sera puni d'une amende de 40 000 francs au maximum. L'employeur n'a donc pas le choix ; bien au contraire, il est tenu de convenir par écrit la teneur essentielle du contrat. Car sinon, la disposition pénale serait dépourvue de sens.
- Troisièmement, l'article 19, alinéa 3 LSE n'est qu'une disposition subsidiaire pour le cas où les exigences quant à la forme et au contenu ne sont pas remplies. Et ce, en priorité à des fins de protection du travailleur : selon la page 613 du message (FF 1985 III 556) concernant la révision de la loi fédérale sur le service de l'emploi et la location de services du 27 novembre 1985 : « La forme écrite ne devrait pas être déterminante pour la réalisation du contrat ; elle n'a au contraire qu'une fonction de preuve et de protection. En cas de non-respect de cette prescription relative à la forme écrite, il serait absurde de considérer le contrat de travail comme non valide parce qu'ainsi, le but de protection souhaité par cet article serait transformé en son contraire. Les travailleurs se verrait alors contraints d'arrêter immédiatement le travail si l'on venait à constater le vice de forme ». La disposition ne doit toutefois pas servir de justification afin de ne pas respecter la forme prescrite.
- Quatrièmement, en particulier pour les travailleurs temporaires, il est également difficile de se fonder sur l'usage professionnel et local pour fixer la durée du travail puisque ces travailleurs temporaires ne sont souvent engagés qu'à temps partiel ou seulement pour des missions de courte durée.
- Cinquièmement, le Tribunal administratif fédéral a disposé, dans son arrêt B-3381/2008 du 11 mars 2009, que le travailleur est clairement en droit de prendre connaissance de la teneur essentielle de son contrat de travail en le recevant sous la forme d'un document écrit (5.4.2), et que le législateur n'entendait admettre que les exceptions que le Conseil fédéral réglemente au niveau de l'ordonnance à l'article 48 OSE (5.5).
 - ➔ C'est pourquoi les horaires de travail doivent être réglementés dans le contrat de travail et le travailleur doit pouvoir savoir clairement selon quelle ampleur précise il doit mettre ses services à disposition et le montant du salaire sur lequel il peut par conséquent compter.

Selon la pratique constante, les variantes suivantes sont licites (liste non exhaustive) :

- Nombre d'heures de travail hebdomadaires ou journalières à effectuer, par exemple « 42 heures par semaine » ou « 8,4 heures par jour ».
- Indication d'un plan d'horaire, comme par exemple « de 8h00 à 12h00 et de 13h00 à 17h30 ».
- « en moyenne 42 heures par semaine » est licite ; ce n'est pas le cas, en revanche, pour l'indication « environ 42 heures par semaine en moyenne », car cette indication est trop imprécise.
- « Horaire de travail selon le règlement sur les heures de travail de l'entreprise de mission qui figure en annexe au présent contrat ».

3

- Pour le secteur des services d'assistance et domestiques notamment, une formule avec le contenu suivant peut être considérée comme admissible : "Horaires de travail selon le planning mensuel de l'établissement d'affectation, que vous recevez en annexe".
- Si l'entreprise de mission est soumise à une CCT dont le champ d'application a été étendu et si celle-ci s'applique au travailleur dont les services sont loués, il est aussi possible de faire figurer dans le contrat la réglementation suivante : « Horaire de travail selon la convention collective de travail étendue et en vigueur...(nom/branche) ». Il est également licite de convenir, dans un cas individuel, d'un taux de pourcentage déterminé du temps de travail selon la CCT, par ex. « 80 % selon l'horaire de travail de la CCT XY ». À titre d'exemple, une réglementation de ce genre où le modèle de contrat a été présenté pour examen à l'autorité qui délivre l'autorisation selon la LSE peut être approuvée. Mais il est illicite qu'un bailleur de services applique ensuite ce modèle de contrat à tous les rapports de travail. Car il n'est pas crédible que la totalité des missions prévoie un horaire de travail de 80 %. En effet, avec une telle réglementation couvrant tous les cas sans exception, le bailleur de services répercuterait ainsi systématiquement le risque salarial sur le travailleur. Il est par contre concevable que, pour une mission, plusieurs collaborateurs travaillent seulement à un taux d'activité de, par exemple, 80 %.
- En cas d'engagements de durée indéterminée ou de durée déterminée supérieure à une année, il est également possible d'appliquer des modèles de temps de travail annualisés ou des modèles d'horaires de travail à temps partiel annualisés. Toutefois, en vertu de l'article 19, alinéa 2, lettre d LSE, ces modalités doivent être toujours spécifiées contractuellement de manière suffisamment précise.
- Des modèles d'horaire de travail flexible sont possibles dans des cas particuliers. Ils doivent cependant être réalistes au vu de la mission concrète. En principe, des modèles d'horaire de travail flexible entre 80 % et 100 %, respectivement entre 34 heures / semaine et 42 heures / semaine sont crédibles. Des modèles d'horaire de travail flexible à temps partiel sont également possibles comme par exemple 60 % à 80 %, respectivement 26 heures / semaine à 34 heures / semaine.
- Pour satisfaire aux conditions de l'article 19, alinéa 2, lettre d LSE, il faut toutefois faire figurer explicitement dans le contrat de travail, comme susmentionné à titre d'exemple, la fourchette de temps de travail que le travailleur est tenu de fournir. Ce faisant, il faut toujours rémunérer à raison du salaire horaire convenu la durée de travail minimale stipulée dans le contrat ainsi que l'éventuel temps de travail dépassant cette limite (font exception à ce qui précède les règles figurant au chapitre intitulé « Se baser sur le rapport relatif aux heures de travail, resp. sur le rapport relatif au travail », cf. page suivante, cas cités). Pour la période située à l'intérieur de la fourchette de temps de travail où le travailleur ne peut pas travailler parce que l'entreprise de mission a décidé de le renvoyer à son domicile, une indemnité correspondante doit lui être payée à titre supplémentaire de manière similaire aux règles applicables au travail sur appel. La teneur d'une telle réglementation peut se présenter comme suit: « La durée normale du travail est de 34 heures par semaine au minimum, et de 42 heures par semaine au maximum. Le travail effectivement fourni, mais au minimum de 34 heures par semaine, doit être en principe rémunéré à raison du salaire horaire convenu. Une indemnité de 00.00 francs doit être versée pour le travail non fourni à partir de 34 heures par semaine jusqu'à 42 heures par semaine. L'indemnité pour le temps de travail fourni supérieur à 42 heures par semaine est réglementée conformément à la convention relative aux heures supplémentaires et au travail supplémentaire. »

3

- Dans le cadre des points précités, la conclusion de travail à temps partiel est également licite. Un pourcentage clair doit être défini et les jours durant lesquels la prestation de travail sera fournie seront définis clairement et expressément. Par exemple : « lundi de 14h00 à 18h00, mercredi de 8h00 à 12h00 et de 14h00 à 18h00, correspondant à un taux d'activité partiel de 30 % sur une semaine de 40 heures de travail ». De cette façon, le travailleur a la possibilité d'organiser le temps restant et, par exemple, d'accepter d'autres engagements.

Ne sont pas licites, en revanche, par ex. les formulations suivantes :

- « Conformément à la durée de travail normale de l'entreprise de mission ». La durée de travail normale doit expressément figurer dans le contrat de travail en précisant le nombre d'heures journalières, hebdomadaires ou mensuelles, faute de quoi la condition prescrite par l'article 19, alinéa 2, lettre d LSE n'est pas remplie.
- « Conformément aux directives de l'entreprise de mission ». La réglementation de la durée du travail est un élément essentiel faisant partie du contrat qui doit être conclu par écrit entre les véritables parties du contrat avant la prise d'effet du contrat. C'est pourquoi il n'est pas possible de déléguer cette réglementation à un représentant, en l'occurrence à l'entreprise de mission. En outre, le travailleur n'a aucune relation contractuelle avec l'entreprise tierce dans laquelle il accomplit sa mission, et il ne peut dès lors faire valoir les droits découlant de son contrat de travail vis-à-vis de cette entreprise.
- La clause suivante, ou une clause dont la teneur est similaire, n'est pas licite : «Par la présente, je confirme que des écarts par rapport à la durée du travail convenue dans le contrat de mission susmentionné sont dus à des raisons privées dont je dois moi-même répondre, et que ces écarts ont pris naissance à ma demande explicite. Cette confirmation est faite de mon plein gré, et je renonce ainsi explicitement à faire valoir mes droits liés à l'empêchement de travailler au titre de la demeure de l'employeur au sens de l'article 324 CO».

Des réglementations de ce genre ou de nature similaire ne peuvent pas être autorisées en raison du risque que le travailleur soit tenu de signer une telle déclaration en lien avec un futur versement de salaire, et ne le fasse que parce qu'il redoute de ne percevoir aucun salaire ou de ne le recevoir qu'avec retard.

3.8.14.1 HORAIRES DE TRAVAIL FIGURANT DANS LE CONTRAT DE MISSION EN TANT QUE BASE POUR LE CALCUL DU PAIEMENT DU SALAIRE

Les horaires de travail qui sont réglementés dans le contrat de mission constituent donc, en principe, la base pour le calcul du paiement du salaire. Sur la base des horaires de travail fixés dans le contrat, les travailleurs doivent avoir la possibilité de calculer le revenu qu'ils réaliseront lors de cette mission concrète. Très souvent, on rencontre dans les contrats-cadres et dans les contrats de mission certaines clauses selon lesquelles le rapport relatif aux heures de travail ou le rapport relatif au travail doit servir de base au calcul du paiement du salaire. Cette façon de faire est en principe admissible puisque le locataire de services n'a aucune relation avec ses travailleurs dont les services sont loués pendant une mission, et puisqu'il faut qu'il sache combien d'heures de travail ont été effectivement fournies et, dès lors, quel est le montant du salaire qu'il doit payer au travailleur. C'est pourquoi, dans la pratique, le nombre d'heures de travail effectivement fournies dans l'entreprise de mission est attesté en faisant appel au rapport relatif aux heures de travail ou au rapport relatif au travail. Toutefois, dans ce contexte, il faut tenir compte des points suivants :

3

Conformément à l'article 324 CO, qui relève du droit impératif et ne saurait être modifié aux dépens du travailleur, l'employeur (le bailleur de services) demeure en principe tenu de payer le salaire lorsque – même sans faute de sa part – il empêche l'acceptation de la prestation de travail, sans que le travailleur ne doive fournir une prestation de travail ultérieure. S'il est convenu dans le contrat de travail ou dans le contrat de mission que le travailleur doit fournir une intervention dans une entreprise tierce à raison de 40 heures par semaine, ce travailleur a en principe droit à un salaire équivalent à 40 heures par semaine dès lors qu'un salaire horaire a été convenu. En effet, en signant le contrat de mission, le travailleur offre ses services à raison de ce nombre d'heures, et l'employeur qui a aussi signé ce contrat est pour sa part tenu d'accepter la prestation de travail à raison du nombre d'heures de travail convenu.

Si le nombre d'heures figurant dans le rapport relatif aux heures de travail ou dans le rapport relatif au travail s'avère inférieur au nombre d'heures convenu dans le contrat de mission, le bailleur de services est en principe tenu de rémunérer le travailleur à raison des 40 heures par semaine convenues dans le contrat de mission, conformément à la disposition précitée qui relève du droit impératif. Il est en outre interdit de se baser simplement sur le nombre d'heures figurant dans le rapport relatif aux heures de travail ou dans le rapport relatif au travail. Le risque que l'entreprise de mission ne soit pas en mesure d'offrir le volume de travail à hauteur du nombre d'heures convenu est transféré au bailleur de services parce que c'est lui qui a contracté avec le travailleur une relation relevant du droit du travail, et parce que c'est lui qui est tenu de respecter les dispositions impératives des articles 319 et suivants CO.

3.8.14.2 SE BASER DE MANIÈRE LICITE SUR LE RAPPORT RELATIF AUX HEURES DE TRAVAIL/SUR LE RAPPORT RELATIF AU TRAVAIL OU S'ÉCARTER DE LA DURÉE DU TRAVAIL CONTRACTUELLEMENT CONVENUE

Dans la pratique, on peut tolérer une fluctuation des heures de travail journalières ou hebdomadaire tant que la durée de travail convenue est fournie et rémunérée en moyenne mensuellement ou, en cas de missions de brève durée, tant qu'elles sont fournies et rémunérées au minimum selon un rythme hebdomadaire. Dans ce sens, il est possible de se baser sur le rapport relatif aux heures de travail ou sur le rapport relatif au travail.

Des écarts de 5 % par rapport à la durée du travail convenue peuvent être justifiés dans certains cas individuels. Mais on ne saurait tolérer qu'ensuite, tous les collaborateurs travaillent 5 % de moins et doivent être prêts à accepter une réduction du salaire en conséquence.

De même, il va de soi qu'il est licite de se baser sur le rapport relatif aux heures de travail accomplies ou sur le rapport relatif au travail si, par sa faute, le travailleur n'a pas fourni les heures de travail convenues (absence non excusée ou abandon du poste de travail sans juste motif).

Enfin, les indications figurant dans les rapports relatifs aux heures de travail ou dans les rapports relatifs au travail servent également à établir le décompte des éventuelles heures supplémentaires ou d'un éventuel travail supplémentaire. Ces rapports servent aussi à apporter la preuve de la fourniture des heures de travail convenues en moyenne selon le contrat de travail et à garantir le respect des prescriptions sur la durée du travail imparties par la loi sur le travail.

Dans ce contexte, une formulation avec le contenu suivant est valable : «Le collaborateur temporaire a droit au salaire qui a été convenu dans le contrat de mission conformément à l'accord sur le temps de travail. Le travailleur doit établir chaque semaine un rapport d'heures signé par le bailleur de services et le remettre sans délai à la Société Modèle. Si les heures effectivement travaillées diffèrent des

3

heures de travail convenues, seules les heures de travail justifiées seront rémunérées, à moins que le collaborateur ne puisse prouver que le bailleur de services a refusé d'accepter sa prestation de travail. La Société Modèle doit être immédiatement informée de tels incidents».

3.8.14.3 RÉGLEMENTATION DES HEURES DE TRAVAIL SUPPLÉMENTAIRES ET DU TRAVAIL SUPPLÉMENTAIRE

Selon l'article 321c, alinéa 1 CO, le travailleur est tenu d'effectuer les **heures de travail supplémentaires** nécessaires dans la mesure où il peut s'en charger et où les règles de la bonne foi permettent de le lui demander. L'article 321c, alinéa 2 CO stipule que l'employeur peut, avec l'accord du travailleur, compenser les heures de travail supplémentaires par un congé d'une durée au moins égale, qui doit lui être accordé au cours d'une période appropriée. Si aucune compensation n'a été convenue en congé ou sous d'autres formes et sauf clause contraire d'un accord écrit, d'un contrat-type de travail ou d'une convention collective, l'employeur est tenu, conformément à l'article 321c, alinéa 3 CO, de rétribuer les heures supplémentaires au tarif normal majoré d'un quart au moins. Les parties peuvent toutefois, par accord écrit, en vertu d'un contrat-type ou d'une convention collective, exclure toute compensation ou fixer le supplément plus bas.

La notion d'heures de travail supplémentaires au sens du CO doit être distinguée de la notion de **travail supplémentaire** au sens de la LTr. Aux termes de l'article 9 LTr, la **durée maximale de la semaine de travail** est de :

- a) **45 heures** pour les travailleurs occupés dans les entreprises industrielles ainsi que pour le personnel de bureau, le personnel technique et les autres employés, y compris le personnel de vente des grandes entreprises de commerce de détail ;
- b) **50 heures** pour tous les autres travailleurs.

La durée maximum de la semaine de travail peut être dépassée à titre exceptionnel (cf. art. 12 LTr et art. 22 ss Ordonnance 1 relative à la loi sur le travail, OLT1), mais, selon l'article 12, alinéa 2 LTr, le travail supplémentaire ne peut dépasser par **année civile : 170 heures** pour les travailleurs dont la durée maximale de la semaine de travail est de quarante-cinq heures ; **140 heures** pour les travailleurs dont la durée maximale de la semaine de travail est de cinquante heures.

L'article 13, alinéa 1 LTr précise que l'employeur versera au travailleur, pour le travail supplémentaire, un supplément de salaire d'au moins 25 %, qui n'est toutefois dû aux employés de bureau, aux techniciens et aux autres employés, y compris le personnel de vente des grands établissements du commerce de détail (mais non aux travailleurs occupés dans les entreprises industrielles) qu'à partir de la soixante et unième heure supplémentaire accomplie dans l'année civile.

L'article 13, alinéa 2 LTr autorise à compenser le travail supplémentaire, en lieu et place du supplément, par un congé de même durée à condition que le travailleur soit d'accord et que ce congé puisse être pris dans un délai convenable.

Remarques à propos des prescriptions au sens de la LTr

Selon l'article 17 LTr, l'entreprise de mission est chargée d'obtenir les autorisations requises pour le travail de nuit, ainsi que s'agissant du travail dominical en vertu de l'article 19 LTr.

Le bailleur de services est en revanche responsable de l'examen de l'aptitude du travailleur à exercer un travail de nuit. L'obligation d'examen médical prescrite par l'article 17c LTr lui incombe également.

3

Le bailleur de services doit veiller à ce que le travail de nuit soit compensé par une majoration de salaire de 25 % selon l'article 17b, alinéa 1 LTr ou par un temps de repos supplémentaire selon l'article 17b, alinéa 2 LTr. Il en va de même pour la majoration de salaire de 50 % destinée à compenser le travail dominical en vertu de l'article 19, alinéa 3 LTr.

Conformément à l'article 17b, alinéa 2 LTr, le travailleur qui effectue plusieurs missions de 25 nuits ou plus par an a droit à une compensation en temps équivalant à 10 % de la durée de ce travail à partir de la première mission. S'il apparaît dans le courant de l'année que le travailleur doit travailler 25 nuits ou plus, il peut bénéficier de la compensation en temps à compter de la 25e nuit seulement.

Dans le cas où un travailleur exerce d'abord dans une première entreprise de mission pendant une certaine période, puis dans une seconde, il appartient au bailleur de services de veiller à ce que les prescriptions de la LTr soient respectées (par ex. concernant l'alternance entre travail de jour et de nuit ou le dimanche libre et le repos compensatoire).

3.8.15 TEMPS D'ESSAI

La LSE ne contenant pas de prescription spéciale sur le temps d'essai, celui-ci est régi dès lors par les dispositions du CO sur le contrat de travail.

Selon l'article 335b CO, le premier mois d'un rapport de travail d'une durée indéterminée est considéré comme temps d'essai. Le temps d'essai peut être prolongé, par accord écrit, jusqu'à trois mois. Durant le temps d'essai, chacune des parties peut résilier le contrat de travail à tout moment moyennant un délai de congé de sept jours ; ce délai peut être raccourci ou rallongé par accord écrit ou par une CCT. **Toutefois, en raison des délais de congé obligatoires de la LSE, un délai de congé minimum de 2 jours ouvrables s'applique aux relations de travail temporaires, même pendant le temps d'essai.** (cf. Prof. Manfred A. Rehbinder, Kommentiertes Arbeitsvermittlungsgesetz, p. 64, Zurich 1992).

Il serait bon cependant qu'un temps d'essai soit expressément fixé dans tous les contrats. En cas de litige, un tribunal risque en effet de présumer que les parties ont tacitement renoncé à un temps d'essai en raison précisément de la nature temporaire du rapport de travail.

La fixation d'un temps d'essai est licite également dans les rapports de travail à durée déterminée. Il doit cependant être plus court que la mission puisque son but est de permettre aux parties de tester leur adéquation réciproque. Le temps d'essai ne peut dépasser trois mois. Si le contrat de travail est conclu pour une durée déterminée, le temps d'essai ne peut être fixé à trois mois que si la durée de l'engagement est supérieure à trois mois. Si le contrat est de durée indéterminée, le temps d'essai peut être fixé à trois mois puisque l'engagement devrait normalement durer plus de trois mois.

Autre conséquence pratique du temps d'essai : durant cette période, les restrictions temporelles au licenciement (art. 336c et 336d CO) ne s'appliquent pas.

Le temps d'essai est convenu entre le bailleur de services et le travailleur ; il commence à courir une fois que le contrat de travail est conclu et que le travailleur prend son emploi dans l'entreprise de mission.

La fixation d'un nouveau temps d'essai ne se justifie que si le travailleur change d'entreprise de mission ou de fonction au sein de la même entreprise de mission. Par contre, s'il reprend le même travail dans la même entreprise, un temps d'essai serait juridiquement non licite puisque les parties se connaissent déjà, sont au fait des conditions de travail et savent que le travailleur a déjà fait la preuve de son adéquation lors de sa première mission (interdiction des contrats en chaîne).

3

3.8.16 INDEMNITÉS DE VACANCES ET POUR JOURS FÉRIÉS

Le Code des obligations interdit de compenser les droits aux vacances par des suppléments de salaire tant que durent les rapports de travail (art. 329d CO). Selon la jurisprudence (ATF 129 III 493, p. 495), une telle compensation est néanmoins admise lorsque les rapports de travail sont de très courte durée (en règle générale, jusqu'à trois mois au maximum) ou l'horaire de travail très irrégulier, ce qui peut être le cas notamment dans le travail à temps partiel ou temporaire. Mais lorsque le travailleur effectue des missions régulières ou de longue durée, une compensation financière de ses droits aux vacances est illicite.

L'indemnité de vacances doit être indiquée comme telle tant dans le contrat de travail que dans le décompte de salaire.

Les jours fériés, à l'exception du 1er août (art. 110, al. 3 Cst et ordonnance sur la fête nationale), sont régis par les prescriptions cantonales **valables pour l'entreprise de mission**. La loi n'impose pas à l'employeur l'obligation de verser le salaire pour les jours fériés ; il s'ensuit que les travailleurs engagés à la pièce, à l'heure ou à la journée ne sont pas indemnisés pour les jours fériés. Certaines conventions collectives de travail étendues prévoient, après 13 semaines, un droit à l'indemnisation de la perte de salaire pour tous les jours fériés officiels assimilés à un dimanche qui tombent un jour ouvrable.

3.8.17 SALAIRE EN CAS D'EMPÊCHEMENT DU TRAVAILLEUR

Les dispositions du CO relatives au paiement du salaire en cas d'empêchement du travailleur sont également applicables à la location de services.

3.8.17.1 RÉGLEMENTATION DE BASE

Article 324a CO

¹ Si le travailleur est empêché de travailler sans faute de sa part pour des causes inhérentes à sa personne, telles que maladie, accident, accomplissement d'une obligation légale ou d'une fonction publique, l'employeur lui verse le salaire pour un temps limité, y compris une indemnité équitable pour le salaire en nature perdu, dans la mesure où les rapports de travail ont duré plus de trois mois ou ont été conclus pour plus de trois mois.

² Sous réserves de délais plus longs fixés par accord, contrat-type de travail ou convention collective, l'employeur paie pendant la première année de service le salaire de trois semaines et, ensuite, le salaire pour une période plus longue fixée équitablement, compte tenu de la durée des rapports de travail et des circonstances particulières.

³ En cas de grossesse et d'accouchement de la travailleuse, l'employeur est tenu de lui verser le salaire dans la même mesure.

⁴ Un accord écrit, un contrat-type de travail ou une convention collective peut déroger aux présentes dispositions à condition d'accorder au travailleur des prestations au moins équivalentes.

Le salaire dû par l'employeur en cas d'empêchement de travailler du salarié est fonction, selon l'article 324a CO, de la durée des rapports de travail. Celle-ci ne se confond pas toujours avec la durée d'une mission. Plusieurs missions sont considérées comme une unité de rapports de travail lorsque :

3

- elles se suivent ;
- les interruptions entre les missions sont dues uniquement à l'exercice d'un droit (vacances, maladie, accident) ou à l'accomplissement d'une obligation légale ;
- les périodes sans travail (jours ou semaines) entre deux missions sont uniquement imputables à la nature des rapports de travail temporaires.

Voir également 3.8.9 Contrats en chaîne.

Dans la pratique, les tribunaux recourent à une échelle pour calculer la durée de l'obligation de continuer à verser le salaire, l'échelle bernoise étant la plus utilisée.

L'**échelle bernoise** règle la durée de l'obligation de continuer à verser le salaire comme suit :

Échelle bernoise	
La durée du rapport de travail	Le droit au salaire
pendant la 1 ^{re} année de service (plus de 3 mois)	3 semaines
pendant la 2 ^e année de service	1 mois
pendant la 3 ^e et la 4 ^e année de service	2 mois
de la 5 ^e à la 9 ^e année de service	3 mois
de la 10 ^e à la 14 ^e année de service	4 mois
de la 15 ^e à la 19 ^e année de service	5 mois
de la 20 ^e à la 25 ^e année de service	6 mois

L'échelle bernoise est appliquée dans l'ensemble des cantons, hormis ceux indiqués ci-après.

Appliquée dans les cantons de Bâle-Ville et de Bâle-Campagne, l'**échelle bâloise** règle la durée de l'obligation de continuer à verser le salaire comme suit :

Échelle bâloise	
La durée du rapport de travail	Le droit au salaire
pendant la 1 ^{re} année de service (plus de 3 mois)	3 semaines
pendant la 2 ^e et la 3 ^e année de service	2 mois
de la 4 ^e à la 10 ^e année de service	3 mois
de la 11 ^e à la 15 ^e année de service	4 mois
de la 16 ^e à la 20 ^e année de service	5 mois
dès la 21 ^e année de service	6 mois

3

L'**échelle zurichoise**, qui est employée dans les cantons de Zurich, Schaffhouse et Thurgovie, règle l'obligation de continuer à verser le salaire comme suit :

Échelle zurichoise	
La durée du rapport de travail	Le droit au salaire
pendant la 1 ^e année de service (plus de 3 mois)	3 semaines
pendant la 2 ^e année de service	8 semaines
pendant la 3 ^e année de service	9 semaines
pendant la 4 ^e année de service, etc. (sans plafond)	10 semaines

3.8.17.2 AUTRE SOLUTION ÉQUIVALENTE

Selon l'article 324a, alinéa 1 CO, l'employeur a en principe l'obligation de continuer à verser la totalité du salaire au travailleur pour un temps limité. Un accord écrit, un contrat-type ou une convention collective peut déroger à cette disposition à condition d'accorder au travailleur des prestations au moins équivalentes. Des solutions plus généreuses se trouvent parfois dans les conventions collectives de travail déclarées de force obligatoire générale.

La question de l'équivalence des prestations sera examinée globalement à la lumière de l'ensemble des circonstances et des prestations. Des jours d'attente sont admis lorsqu'en cas de maladie d'une certaine durée, les prestations versées sont supérieures à celles prévues par le CO. Les parties peuvent convenir librement d'un montant inférieur à celui prévu légalement (désavantage pour le travailleur) si, en contrepartie, le travailleur touche des prestations supplémentaires en cas d'incapacité prolongée. Ainsi, la conclusion d'une assurance d'indemnités journalières peut être considérée comme équivalente si le travailleur, bien qu'il touche un salaire inférieur à 100 %, est indemnisé pendant une période plus longue et peut ainsi subvenir à ses besoins.

Dans la pratique, les tribunaux ont jugé que 80 % du salaire versé pendant 720 jours avec trois jours d'attente et une participation du travailleur pour moitié à l'assurance pouvaient être acceptés comme des prestations équivalentes.

Les bailleurs de services assujettis à la CCT Location de services sont tenus de conclure pour leurs travailleurs une assurance d'indemnités journalières en cas de maladie auprès d'une caisse-maladie ou d'une compagnie d'assurance. Les prestations s'élèvent à au moins 80 % du salaire moyen et un délai d'attente de deux jours au maximum peut être prévu.

En l'absence d'assujettissement à la CCT Location de services, la conclusion d'une assurance d'indemnités journalières en cas de maladie demeure en principe facultative. L'employeur peut ainsi choisir entre une assurance en vertu de la LAMal et une assurance régie par la LCA. Si l'assuré veut passer de l'assurance collective à l'assurance individuelle, le délai applicable, prévu par la LAMal (art. 71), est celui de trois mois ou peut être convenu librement s'il s'agit d'une assurance d'indemnités journalières de maladie conclue en vertu de la LCA.

3

3.8.17.3 RÉGLEMENTATION EN CAS D'ASSURANCE OBLIGATOIRE

Article 324b CO

¹ Si le travailleur est assuré obligatoirement, en vertu d'une disposition légale, contre les conséquences économiques d'un empêchement de travailler qui ne provient pas de sa faute mais est dû à des raisons inhérentes à sa personne, l'employeur ne doit pas le salaire lorsque les prestations d'assurance dues pour le temps limité couvrent les quatre cinquièmes au moins du salaire afférent à cette période.

² Si les prestations d'assurance sont inférieures, l'employeur doit payer la différence entre celles-ci et les quatre cinquièmes du salaire.

³ Si les prestations d'assurance ne sont versées qu'après un délai d'attente, l'employeur doit verser pendant cette période quatre cinquièmes au moins du salaire.

L'article 324b s'applique lorsque le travailleur touche des prestations de l'assurance-accidents obligatoire conformément à la LAA, du régime des allocations pour perte de gain en cas de service militaire, service civil ou de protection civile ainsi que de l'assurance militaire, mais non de l'assurance-invalidité. L'employeur est libéré de son obligation de continuer à verser le salaire dès l'intervention de l'assurance obligatoire, mais doit verser la différence jusqu'à hauteur de 80 % du salaire assuré pendant la période limitée visée à l'article 324a, alinéa 1 CO si les prestations de l'assurance obligatoire sont inférieures.

La SUVA verse en règle générale 80 % du salaire assuré. Par contre, les prestations de l'assurance perte de gain sont souvent inférieures. Dans la pratique, il est courant que l'employeur verse immédiatement au travailleur la totalité ou 80 % de son salaire et encaisse ensuite lui-même les allocations pour perte de gain.

La SUVA ne verse l'indemnité journalière qu'à partir du troisième jour qui suit le jour de l'accident. Il appartient donc à l'employeur de continuer à verser le salaire à hauteur de 80 % pendant ce délai d'attente (art. 324b CO).



Remarque :

L'article 3 LAMat dispose que les travailleuses dont l'employeur est sis dans le canton de Genève sont soumises à cette loi dans la mesure où elles sont assujetties à la LAVS. Lorsque l'entreprise exerce son activité dans plusieurs cantons, il convient de contrôler si le contrat de travail de la travailleuse a été conclu par la succursale sise dans le canton de Genève. Les bailleurs de services du canton de Genève doivent dès lors porter la part de la travailleuse en déduction sur les décomptes de salaires.

3.8.18 ASSURANCE-ACCIDENTS

En vertu de l'article 66, alinéa 1, lettre o LAA et de l'article 85 OLAA, les entreprises de travail temporaire et les entreprises qui mettent à disposition des travailleurs à titre principal ont l'obligation d'assurer leurs travailleurs (leur propre personnel et celui dont elles louent les services) contre les accidents auprès de la SUVA. À défaut, il ne serait pas possible de conserver une couverture d'assurance ininterrompue auprès du même assureur.

Afin de veiller à ce que l'exigence d'assujettissement à l'assurance prévue par la loi soit remplie, les organes cantonaux de la LSE sont tenus de transmettre à l'agence de la SUVA de leur canton une copie

3

de chaque autorisation de pratiquer la location de services délivrée. Dès réception de la copie de l'autorisation, la SUVA contacte l'entreprise concernée pour les démarches d'usage. Par conséquent, il est également impératif de communiquer à cette même agence de la SUVA toutes les décisions concernant des modifications, suppressions ou retraits relatifs à ces autorisations. Les entreprises peuvent quant à elles continuer de recevoir l'aide-mémoire joint à la circulaire 2004/21, tout en étant informées du fait que la SUVA sera automatiquement mise au courant qu'une autorisation leur a été délivrée.

Dans le cadre de la clarification de l'affiliation à la SUVA, il se peut que des bailleurs de services refusent de donner des informations sur leur activité de location de services. Dans de tels cas, la SUVA contacte l'organe cantonal chargé de l'exécution de la LSE compétent et le prie de lui transmettre les données statistiques du nombre d'heures de mission réalisées par la société. L'article 34a, alinéa 2, lettre b LSE et l'article 32, alinéa 1, lettre c LPGA établissent la base légale d'une telle communication de données à la SUVA.

L'article 13, alinéa 1 OLAA stipule que les travailleurs à temps partiel occupés chez un employeur au moins huit heures par semaine sont également assurés contre les accidents non professionnels. Pour les travailleurs à temps partiel dont la durée hebdomadaire de travail n'atteint pas le minimum susdit, les accidents subis pendant le trajet entre leur domicile et leur lieu de travail sont réputés accidents professionnels (art. 13, al. 2 OLAA).

Les primes de l'assurance obligatoire contre les accidents et maladies professionnels sont à la charge de l'employeur (art. 91, al. 1 LAA).

Les primes de l'assurance obligatoire contre les accidents non professionnels sont à la charge du travailleur. Les conventions contraires en faveur du travailleur sont réservées (art. 91, al. 2 LAA).

Prévention des accidents

En vertu de l'article 82 LAA, la prévention des accidents relève de la responsabilité de l'employeur. L'article 10 OPA précise cependant que l'entreprise de mission a envers les travailleurs dont elle loue les services les mêmes obligations en matière de sécurité au travail qu'à l'égard de ses propres travailleurs.

3.8.19 DÉDUCTIONS POUR LA CAISSE DE PENSION

Les salariés qui ont plus de 17 ans et reçoivent d'un même employeur un salaire annuel supérieur à 22 050 francs (état : 1er janvier 2023) sont soumis à l'assurance obligatoire (art. 2, al. 2 LPP). Les salariés engagés pour une durée limitée ne dépassant pas trois mois ne sont cependant pas soumis à l'assurance obligatoire (art. 1j, al. 1, let. b OPP 2).

Pour les engagements de plus de trois mois, l'assurance n'est pas valable seulement depuis le quatrième mois (art. 10, al. 1 LPP) mais débute en même temps que les rapports de travail, soit à partir du jour du début du rapport de travail ou de la naissance du premier droit au salaire, mais en tout cas au moment où le travailleur part travailler (art. 6 al. 1 OPP 2). Lorsqu'un rapport de travail d'une durée inférieure est prolongé au-delà de trois mois, le salarié est assujetti à l'assurance obligatoire dès le moment où la prolongation a été convenue (art. 1k, let. a OPP 2).

En vertu de l'article 1k, lettre b OPP 2, les travailleurs d'entreprises bailleresses de services sont également soumis à l'assurance obligatoire lorsque plusieurs engagements consécutifs auprès d'une ou de plusieurs entreprises de mission durent au total plus de trois mois et qu'aucune interruption ne

3

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 toutefois en même temps que les rapports de travail.

Cependant, l'article 31, alinéa 3 de la CCT Location de services stipule que les entreprises qui y sont assujetties doivent additionner toutes les missions fournies sur une période de 12 mois, donc indépendamment de la durée des interruptions entre les missions. Le règlement prévu par la CCT est par conséquent plus avantageux pour les travailleurs que celui de l'OPP 2. Concernant le début de l'assurance, les dispositions de l'article 31, alinéa 2 de la CCT Location de services doivent être observées.

3.8.20 PARENTÈSE : VUE D'ENSEMBLE DES ASSURANCES SOCIALES OBLIGATOIRES POUR LE TRAVAILLEUR

Remarque préliminaire : cette vue d'ensemble reflète les montants en vigueur des délais, salaires, etc., (état le 1er janvier 2023), sous réserve d'adaptations légales.

3

Tableau 2 : Généralités sur les assurances sociales obligatoires

AVS / AI / APG	
PP	
AA	<p>L'assurance obligatoire couvre :</p> <ul style="list-style-type: none"> → pour les travailleurs qui travaillent au moins 8 h par semaine : <ul style="list-style-type: none"> • les accidents professionnels (AP), • les maladies professionnelles (MP) et • les accidents non professionnels (ANP) <p>(art. 6, 7, 8 et 9 LAA ; art. 13, al. 1 OLAA)</p> <ul style="list-style-type: none"> → pour les travailleurs qui travaillent moins de 8 h par semaine : <ul style="list-style-type: none"> • les AP et MP, mais non les ANP • les accidents sur le trajet entre domicile et lieu de travail sont réputés AP <p>(art. 7, al. 2 et art. 8, al. 2 LCT ; art. 13, al. 2 OLAA)</p> <ul style="list-style-type: none"> → les travailleurs temporaires et en régie doivent être assurés obligatoirement auprès de la Suva <p>(art. 66, al. 1, let. o LAA)</p>
AC	<p>AM / AA</p> <p>Assurance obligatoire des soins (art. 3 à 66 LAMal)</p> <ul style="list-style-type: none"> → existe indépendamment de la conclusion d'un contrat de travail ; → les primes dues à la caisse maladie ne sont pas liées au salaire ; → les primes dues à la caisse maladie ne sont pas liées au salaire ; → l'employeur informe par écrit la personne qui quitte son emploi ou cesse d'être assurée contre les ANP au sens de la LAA qu'elle doit le signaler à son assureur (art. 10, al. 1 LA-Mal). <p>Assurance facultative d'indemnités journalières (art. 67 à 77 LAMal)</p> <p>L'employeur peut contracter une assurance d'indemnités journalières pour ses travailleurs dans le cadre d'une assurance collective au sens de la LAMal (assurance indemnités journalières dite sociale) afin de satisfaire à son obligation de continuer à verser le salaire par des prestations au moins équivalentes, visée à l'art. 324a CO. Il peut également contracter pour cela une assurance d'indemnités journalières en vertu de la LCA, pour autant qu'il remplisse ses obligations conformément à l'art. 324a CO. En vertu de la CCT Location de services, une telle assurance d'indemnités journalières doit être conclue.</p>

3

Tableau 3 : Obligation de cotiser

AVS / AI / APG	<ul style="list-style-type: none"> • Le travailleur • L'employeur • Exceptions : chaque travailleur jusqu'au 31 décembre de l'année où il a eu 17 ans révolus. <p>(art. 3, al. 1 et 2, let. a et art. 12, al. 2 LAVS ; art. 2 LAI ; art. 27 LAPG)</p>
PP	<ul style="list-style-type: none"> • Le travailleur • L'employeur <p>(art. 66, al. 1 LPP)</p>
AA	<ul style="list-style-type: none"> • AP et MP : l'employeur • ANP : le travailleur, mais seulement s'il travaille au moins 8 h par semaine (des conventions contraires en faveur du travailleur sont toutefois possibles) <p>(art. 91, al. 1 et 2 LAA)</p>
AC	<ul style="list-style-type: none"> • Le travailleur • L'employeur <p>(art. 2, al. 1 LACI)</p>
AM / AA	Assurance obligatoire des soins : la personne assurée (travailleur) (art. 61 LAMal)

Tableau 4 : Débiteur des cotisations

AVS / AI / APG	L'employeur (art. 14, al. 1 LAVS ; art. 3, al. 2 LAI ; art. 27, al. 3 LAPG)
PP	L'employeur (art. 66, al. 2 LPP)
AA	<ul style="list-style-type: none"> • AP et MP : l'employeur • ANP : l'employeur, si le travailleur travaille 8 h par semaine au moins (il peut déduire le montant de la cotisation du salaire du travailleur) <p>(art. 91, al. 3, art. 7, al. 2 et art. 8, al. 2 LAA ; art. 13, al. 2 OLAA)</p>
AC	L'employeur (art. 5, al. 1 LACI)
AM / AA	Assurance obligatoire des soins : la personne assurée (travailleur) (art. 61 LAMal)

3

Tableau 5 : Début de l'obligation de cotiser

AVS / AI / APG	<p>Personnes exerçant une activité lucrative dès le 1^{er} janvier de l'année qui suit la date à laquelle elles ont eu 17 ans</p> <p>(art. 3, al. 1 et art. 2, let. a LAVS ; art. 2 LAI ; art. 27, al. 1 LAPG)</p> <p>Début : le premier jour de travail ; pour les apprentis, le 1^{er} janvier de l'année de leurs 18 ans révolus</p> <p>(art. 3, al. 1 et 2, let. a LAVS)</p>
PP	<p>Au début des rapports de travail pour autant que le salaire annuel du travailleur dépasse 22 050 francs (salaire minimum) :</p> <ul style="list-style-type: none"> • décès et invalidité : dès le 1^{er} janvier qui suit les 17 ans révolus • vieillesse : dès le 1^{er} janvier qui suit l'année où la personne a eu 24 ans révolus <p>(art. 7, al. 1 et art. 10, al. 1 LPP)</p> <p>Condition : contrat de travail à durée indéterminée ou à durée limitée, mais de plus de trois mois</p> <p>(art. 1j, al. 1, let. b OPP 2)</p>
AA	<p>Contrat de travail</p> <p>(art. 3, al. 1 et art. 91 LAA)</p> <p>Début : le jour auquel le début du travail a été convenu, mais en tout cas dès le moment où le travailleur prend le chemin pour se rendre au travail</p> <p>(art. 3, al. 1 LAA)</p>
AC	<p>Personnes exerçant une activité lucrative dès le 1^{er} janvier de l'année qui suit la date à laquelle elles ont eu 17 ans</p> <p>(art. 2, al. 1, let. a LACI ; art. 3, al. 1 et 2, let. a LAVS)</p> <p>Début : le premier jour de travail ; pour les apprentis, dès le 1^{er} janvier de l'année de leurs 18 ans révolus</p> <p>(art. 3, al. 1 et 2, let. a LAVS)</p>
AM / AA	<p>Assurance obligatoire des soins :</p> <ul style="list-style-type: none"> • 3 mois après avoir pris domicile en Suisse • personnes non domiciliées en Suisse : <ul style="list-style-type: none"> a. lorsqu'elles séjournent en Suisse de façon prolongée ou y exercent une activité b. lorsqu'elles sont occupées à l'étranger par une entreprise ayant un siège en Suisse <p>(art. 3, al. 1 et 3 LAMal)</p>

3

Tableau 6 : Fin de l'obligation de cotiser

AVS / AI / APG	<p>En principe, lors de la cessation de l'emploi ou en cas d'inactivité au moment où naît le droit à une pension de vieillesse (à la fin du mois durant lequel l'âge de la retraite est atteint)</p> <p>(art. 3, al. 1 LAVS ; art. 2 LAI ; art. 27, al. 1 LAPG)</p>
PP	<p>Dissolution des rapports de travail</p> <ul style="list-style-type: none"> • Dès que naît le droit aux prestations de vieillesse • Lorsque le salaire minimum n'est plus atteint <p>Exception : lorsque le salaire annuel diminue temporairement par suite de maladie, d'accident, de chômage, de maternité ou d'autres circonstances semblables, le salaire coordonné est maintenu en l'état au moins pour la durée de l'obligation légale de l'employeur de continuer à verser le salaire en vertu de l'art. 324a CO ou pendant la durée du congé maternité selon l'art. 329f CO. La personne assurée peut toutefois demander la réduction du salaire coordonné</p> <p>(art. 10, al. 2 et art. 8, al. 3 LPP)</p>
AA	<p>Fin du droit au salaire</p> <p>(art. 3, al. 2 LAA ; art. 7 OLAA)</p>
AC	<ul style="list-style-type: none"> • Dès que l'assuré cesse son activité indépendante • À la fin du mois durant lequel l'âge de la retraite est atteint <p>(art. 2, al. 2, let. c ; art. 2, al. 2, let. a à e LACI)</p>
AM / AA	<p>Assurance obligatoire des soins : lorsque l'assuré cesse d'être soumis à l'obligation de s'assurer</p> <p>(art. 5, al. 3 et art. 3, al. 1 LAMal)</p>

3

Tableau 7 : Contributions

AVS / AI / APG	AVS : L'employeur et le travailleur, 8,7 % supportés à parts égales (art. 5, al. 1 et art. 13 LAVS) AI : L'employeur et le travailleur, actuellement 1,4 % supportés à parts égales (art. 3, al. 1 LAI) APG : L'employeur et le travailleur, 0,5 % supportés à parts égales (art. 27, al. 2 LAPG ; art. 36, al. 1 RAPG) Actuellement, le montant total des cotisations AVS/AI/APG s'élève à 10,6 %. L'employeur réduit la moitié de ces cotisations (5,3 %) du salaire du travailleur et verse ce montant avec sa propre part (5,3 %) à la caisse de compensation.
PP	Les cotisations sont régulièrement fixées par le fonds de pension en pourcentage selon la catégorie d'âge, l'employeur devant prendre en charge au moins la moitié des cotisations totales de ses employés. (art. 16 et art. 66, al. 1 LPP)
AA	Les assureurs fixent les primes en pour mille du gain assuré. (art. 92, al. 1 LAA)
LACI	2,2 % du salaire déterminant jusqu'à hauteur de 148 200 francs, à parts égales à la charge du travailleur et de l'employeur. (art. 3 LACI)

3

Tableau 8 : Salaire assuré

AVS / AI / APG	<ul style="list-style-type: none">• Totalité du salaire payé en espèces et en nature.• Exception : les cotisations sur les salaires concernés qui ne dépassent pas 2 300 francs par année civile ne seront prélevées que sur demande. <p>(art. 4, al. 1 et art. 5, al. 1 et 2 LAVS ; art. 7, 34d RAVS ; art. 3 LAI ; art. 27 LAPG)</p>
PP	Part du salaire annuel située entre 25 725 et 88 200 francs (salaire coordonné). La part au-dessus est une assurance surobligatoire. Si le salaire coordonné est inférieur à 3 555 francs par an, il doit être arrondi à ce montant. (art. 8, al. 1 et 2 LPP ; art. 5 OPP 2)
AA	Le montant maximum du salaire assuré s'élève à 148 200 francs par an, soit 406 francs par jour (gain assuré). (art. 15 LAA ; art. 22 OLAA)
AC	Plafond annuel : 148 200 francs Plafond journalier : 406 francs (art. 3, al. 1 et 23 LACI ; art. 15 LAA ; art. 22 OLAA)

3.8.21 ALLOCATIONS FAMILIALES

En vertu de la LAFam, le travailleur se voit verser un montant minimum par enfant et par mois. Une distinction est opérée entre l'allocation pour enfant d'au minimum 200 francs octroyée jusqu'à l'âge de 16 ans et l'allocation de formation professionnelle d'au minimum 250 francs versée pour les enfants en formation âgés de 16 à 25 ans.

Les cantons peuvent prévoir des montants plus élevés ainsi qu'une allocation de naissance et une allocation d'adoption.

Pour les travailleurs occupés dans une entreprise agricole, un règlement spécial s'applique : la LFA.

Il incombe à l'employeur de s'informer auprès de la caisse cantonale de compensation pour allocations familiales compétente sur l'obligation de cotiser, la dette de cotisations, le début et la fin de l'obligation de cotiser ainsi que les cotisations.

3.8.22 DROIT AU SALAIRE EN CAS DE GRÈVE

L'obligation de verser le salaire disparaît à l'égard de travailleurs temporaires en grève, car ceux-ci contreviennent à leurs obligations découlant du droit du contrat de travail. En d'autres termes, les travailleurs temporaires en grève sont traités de la même manière que le propre personnel en grève de l'entreprise de mission.

Le bailleur de services se trouve-t-il en demeure dans le cas d'employés temporaires disposés à travailler ? Le droit au salaire de l'employé temporaire vis-à-vis du bailleur de services n'existe que si ce dernier agit en qualité d'employeur. Selon la doctrine et la jurisprudence, la responsabilité du bailleur de services est également engagée dans les cas d'empêchement du travailleur sans faute de sa part et qui relèvent des

3

risques assumés par l'employeur au sens large. Les grèves sont certes rares en Suisse, mais le bailleur de services doit tenir compte d'une telle éventualité. Considérant que le Tribunal fédéral a, dans certaines circonstances, confirmé l'obligation de continuer à verser le salaire en cas de pertes de travail dues à des intempéries, le bailleur de services doit supporter les conséquences financières d'une grève dans l'entreprise de mission en ce qui concerne les collaborateurs temporaires (ATF 114 V 336 dans JAR 1989 p. 257, cons. 5). Le contrat de mission à conclure avant l'entrée en fonction règle la durée de la mission si celle-ci est déterminée et/ou le délai de congé. En cas de grève et en présence de missions à durée déterminée, l'obligation de continuer à verser le salaire incombe au bailleur de services en tant qu'employeur subsiste par conséquent jusqu'au terme de la mission et/ou du délai de congé ordinaire.

3.8.23 VALIDITÉ DES CONVENTIONS COLLECTIVES DE TRAVAIL

Les CCT étendues applicables à tous les employeurs et travailleurs de la branche ou de la profession s'appliquent aussi, en ce qui concerne les dispositions sur le salaire et la durée de travail, aux bailleurs qui louent les services de travailleurs dans des secteurs soumis à de telles conventions. Le chapitre consacré à l'article 20 LSE fournit de plus amples indications à ce sujet.

Aux termes de l'article 357, alinéa 1 CO, les CCT sans déclaration d'extension n'ont un effet qu'à l'égard des employeurs et travailleurs qu'elles lient, à savoir :

- les membres des parties à la convention,
- les parties externes assimilées à des membres par une adhésion formelle selon l'article 356c, alinéa 1 CO ou par une clause d'extension.

3.8.24 ACCORDS NULS ET NON AVENUS (ART. 19, AL. 5 LSE) ET CLAUSE PROHIBANT LA CONCURRENCE

Selon l'article 19, alinéa 5, lettre a LSE, les accords qui exigent du travailleur qui loue ses services le paiement d'émoluments ou de prestations financières préalables sont nuls et non avenus. Sur la base de cette disposition, il est par ex. interdit dans la pratique aux bailleurs de services qui louent des logements à leurs travailleurs de déduire directement le loyer du salaire. Des clauses en ce sens dans le contrat de travail sont nulles et non avenues. L'activité accessoire de location de logements est autorisée uniquement si le bail est conclu indépendamment du contrat de travail et si le loyer n'est pas déduit du salaire.

En vertu de l'article 19, alinéa 5, lettre b LSE, les accords qui empêchent ou entravent le transfert du travailleur à l'entreprise locataire de services, une fois son contrat de travail arrivé à échéance, sont également nuls et non avenus. Il est ainsi permis d'exclure tout transfert à l'entreprise de mission pendant la durée du contrat de travail.

Dans les limites des articles 340 et suivants CO, une clause prohibant la concurrence peut être imposée au travailleur dont les services sont loués, selon laquelle ses services ne peuvent être loués dans la même entreprise de mission par l'intermédiaire d'un autre bailleur de services. La clause doit être limitée de manière appropriée en termes de lieu, de temps et d'objet, afin d'exclure toute entrave excessive à l'avenir économique du travailleur. Une clause de non-concurrence valable exige que :

- le nouvel employeur se trouve dans une situation de concurrence face à l'ancien employeur (art. 340, al. 1 CO),
- le travailleur, au cours de son activité au sein de l'entreprise, a eu connaissance de la clientèle ou de secrets de fabrication ou d'affaires, **et**

3

- l'utilisation de ces renseignements dans une autre entreprise est de nature à causer à l'ancien employeur un préjudice sensible (art. 340, al. 2 CO).

Alors que la première condition est généralement remplie dans la location de services, les deux autres ne le sont fréquemment pas en cas de transfert à un autre bailleur de services. Le bailleur de services n'est pas autorisé à retenir le travailleur uniquement en raison de ses aptitudes particulières ou des frais de recrutement élevés. Si une clause prohibant la concurrence est prévue dans le contrat de travail, il est toujours exigé, selon la pratique en vigueur de longue date, d'y ajouter la mention « sous réserve des dispositions des articles 340 et suivants CO ».

3.8.25 NULLITÉ DU CONTRAT POUR DÉFAUT D'AUTORISATION (ART. 19, AL. 6 LSE)

En vertu de l'article 19, alinéa 6 LSE, tout contrat de travail est nul et non avenu s'il est conclu avec un bailleur de services qui ne possède pas l'autorisation nécessaire, et ne doit donc pas pouvoir demander de prestation de travail. Il est ici renvoyé aux suites d'un contrat nul réglées par l'article 320, alinéa 3 CO, garantissant la protection du travailleur qui en confiance légitime accomplit un travail contre rémunération. Cet effet quasi-contractuel ne s'applique cependant que jusqu'à ce que l'une des parties mette fin aux rapports de travail en raison de l'invalidité du contrat. Le travailleur loué qui est de bonne foi a ensuite la possibilité de réclamer réparation de son préjudice, lequel correspond généralement au salaire promis pour la totalité de la mission, déduction faite du montant qu'il a gagné en exécutant un autre travail ou du gain auquel il a intentionnellement renoncé.

3.8.26 LISTE DE CONTRÔLE POUR L'EXAMEN DES CONTRATS DE TRAVAIL

Les points suivants doivent toujours être contrôlés dans l'examen de la demande d'autorisation. Ils peuvent, en particulier pour le travail temporaire, être fixés dans différentes parties du contrat (par ex. dans la partie dite contrat de mission pour les points valables uniquement pour la mission ponctuelle, et dans la partie dite contrat-cadre pour les autres stipulations ayant une validité générale).

L'art. 19, al. 2 LSE exige que les points suivants soient réglés dans le contrat :

- le genre de travail à fournir ;
- le lieu de travail ;
- le début de l'engagement ;
- la durée de l'engagement et/ou le délai de congé ;
- l'horaire de travail (horaire moyen) ;
- le salaire, les indemnités et allocations éventuelles ainsi que les déductions afférentes aux assurances sociales (en %) ;
- les prestations dues en cas d'heures supplémentaires, de maladie, de maternité, d'accident, de service militaire et de vacances ;
- les dates de paiement du salaire, des allocations et des autres prestations (les plus précises possible ; l'art. 323, al. 1 CO prévoit un délai d'un mois au maximum).

Les points susmentionnés doivent toujours figurer dans le contrat. Pour ces points, il ne doit pas être fait référence à des pièces séparées (sur papier ou déposées sous forme électronique).

3

3.8.27 FOR

Selon l'article 34, alinéa 1 CPC, le tribunal du domicile ou du siège du défendeur ou celui du lieu où le travailleur exerce habituellement son activité professionnelle est compétent pour statuer sur les actions relevant du droit du travail.

L'alinéa 2 de cet article stipule que le tribunal du lieu de l'établissement commercial du bailleur de services ou de l'intermédiaire avec lequel le contrat a été conclu est également compétent pour statuer sur les actions de demandeurs d'emploi ou de travailleurs relevant de la LSE.

En d'autres termes, le tribunal du domicile du travailleur (art. 34, al. 1 CPC), mais aussi celui où il exerce habituellement son activité professionnelle, c'est-à-dire le tribunal du lieu de mission (art. 34, al. 2 CPC), est compétent pour statuer sur les actions intentées par l'employeur. Le bailleur de services ne peut en revanche pas intenter d'action au lieu où il a son siège social.

Concernant l'indication du for dans les contrats, la formulation suivante est donc admissible en substance :

Le tribunal du domicile ou du siège du défendeur ou celui du lieu où le travailleur exerce habituellement son activité professionnelle est compétent pour statuer sur les actions relevant du droit du travail (art. 34, al. 1 CPC). Le tribunal du lieu de l'établissement commercial du bailleur de services avec lequel le contrat a été conclu est également compétent pour statuer sur les actions de travailleurs loués (art. 34, al. 2 CPC). Le travailleur ne peut renoncer aux fors prévus avant la naissance du litige (art. 35, al. 1, let. d CPC).

Si le travailleur est domicilié à l'étranger :

Dans ce cas, le droit international privé et les conventions internationales sont applicables. En règle générale, le choix est laissé entre deux fors : selon l'article 115, alinéa 1 LDIP, une action contre le travailleur peut être intentée soit à son lieu de domicile à l'étranger, soit au lieu où il accomplit habituellement son travail. Donc, une action contre un travailleur qui travaille habituellement dans une entreprise de mission en Suisse peut être portée devant le tribunal de ce lieu.

3.8.28 MODÈLE DE CONTRAT DE TRAVAIL

Des modèles de contrat de travail temporaire, de contrat de mission, de contrat de mise à disposition de travailleurs à titre principal et d'avenant au contrat de mise à disposition de travailleurs à titre principal sont disponibles sur Internet à l'adresse www.travail.swiss.

Il s'agit de modèles de contrat pouvant être utilisés dans de nombreux cas. Si les circonstances juridiques l'exigent, il est néanmoins possible de déroger à ces modèles dans des cas particuliers.

Certains points prévus en l'occurrence dans le contrat-cadre peuvent également être réglés dans le contrat de mission lorsqu'ils varient d'une mission à l'autre.

Important :

Les modèles de contrat ne sont pas adaptés à la réglementation des rapports relatifs aux services d'assistance. Cela vaut tout particulièrement pour les entreprises dont le personnel exerce au domicile de ménages privés, tout en logeant sur place (voir « Parenthèse : Services d'assistance et domestiques » 3.11.14).

3

3.8.28.1 REMARQUES À PROPOS DU TRAVAIL TEMPORAIRE

Compte tenu du caractère temporaire du contrat de travail, il est recommandé de conclure d'abord un contrat-cadre réglant les conditions de travail pour toutes les missions qui en découlent. Les contrats de mission seront conclus avant chaque mission respective. Ce n'est qu'à la conclusion du contrat de mission que le contrat de travail temporaire entre le bailleur de services et le travailleur (composé du contrat-cadre et du contrat de mission) entre en vigueur.

3.8.28.2 REMARQUES CONCERNANT LE POINT « PRESTATIONS SOCIALES »

Pour les cas d'accident, de maladie, de service militaire, de service de protection civile, de grossesse ou d'accouchement, le contrat-cadre se borne à fixer les prestations minimales. Il est recommandé de conclure une assurance d'indemnités journalières de maladie pour les cas de maladie, de grossesse et d'accouchement. Les entreprises soumises à la CCT Location de services sont tenues de conclure une assurance d'indemnités journalières de maladie (art. 29 CCT Location de services ; cf. parenthèse relative à la convention collective de travail de la branche du travail temporaire à la suite de l'art. 20 LSE). Les primes peuvent être répercutées sur le travailleur à hauteur de 50 % maximum.

3.8.28.3 REMARQUE À PROPOS DE LA MISE À DISPOSITION DE TRAVAILLEURS À TITRE PRINCIPAL

Le contrat de travail est conclu pour une durée indépendante des différentes missions. Pendant la durée du contrat, le travailleur a droit à du travail et au salaire, le bailleur assumant seul le risque d'absence de mission. Le travailleur est engagé à des fins de location de ses services à des entreprises de mission et il est tenu d'accepter les missions qui lui sont assignées. Il peut également, le cas échéant, être chargé d'une mission dans l'entreprise propre du bailleur. Ce genre de location de services est souvent nommé travail en régie dans les entreprises de construction et de montage.

3.8.28.4 REMARQUE À PROPOS DE LA MISE À DISPOSITION OCCASIONNELLE DE SERVICES

Le contrat de mission peut être conclu sous forme d'avenant au contrat de travail existant. Il doit néanmoins être conforme aux dispositions de la LSE ; il peut aussi servir à annuler, pour la durée de la mission, les clauses du contrat de travail non conformes à la LSE, notamment dans le cas d'une éventuelle interdiction de concurrence.

3.9 ARTICLE 20 LSE : CONVENTIONS COLLECTIVES DE TRAVAIL AVEC DÉCLARATION D'EXTENSION

3.9.1 BUTS DE L'ARTICLE 20 LSE

L'article 20, alinéa 1 LSE stipule que lorsqu'une entreprise locataire de services est soumise à une convention collective de travail étendue (CCT étendue), « le bailleur de services doit appliquer au travailleur celles des dispositions de la convention qui concernent le salaire et la durée du travail » (cf. 3.9.1 ci-après). Le bailleur de services n'est toutefois pas tenu de respecter une CCT déclarée de force obligatoire à laquelle l'entreprise locataire de services s'est volontairement soumise.

3

Si une CCT étendue prévoit une **contribution obligatoire aux frais de formation continue et aux frais d'exécution**, les dispositions concernées de l'article 20, alinéa 1 LSE s'appliquent aussi au bailleur de services, auquel cas les contributions doivent être versées en fonction de la durée de la mission. Tous les bailleurs de services soumis à la CCT Location de services doivent toutefois verser les contributions aux frais de formation continue et d'exécution de la CCT Location de services en lieu et place de celles de la CCT déclarée de force obligatoire auxquelles l'entreprise locataire de services est soumise (cf. également l'information du SECO du 23 juillet 2012 https://www.seco.admin.ch/seco/fr/home/Arbeit/Personenfreizugigkeit_Arbeitsbeziehungen/Gesamtarbeitsverträge_Normalarbeitsverträge/Gesamtarbeitsverträge_Bund/Allgemeinverbindlich_erklaerte_Gesamtarbeitsverträge/Personalverleih.html).

Lorsqu'une entreprise locataire de services est soumise à une CCT étendue instituant un **régime de retraite anticipée**, le bailleur de services est également tenu de respecter ce régime envers le travailleur en vertu de l'article 20, alinéa 3 LSE.

Les autres dispositions d'une CCT étendue allant au-delà de ce cadre ne sont pas applicables aux travailleurs dont les services sont loués travaillant dans l'entreprise de mission.

Si seules certaines parties de l'entreprise de mission sont soumises à une CCT étendue, le bailleur de services ne devra appliquer ladite CCT étendue que si les travailleurs sont loués aux parties en question.

Le champ d'application des CCT étendues est souvent défini par classes de professions. Cela ne pose normalement pas de problème puisque les CCT fixent des critères précis pour chaque classe et que le travail à exécuter doit être défini explicitement tant dans le contrat de travail que dans le contrat de location de services.

Les CCT étendues sont des CCT dont la validité a été étendue soit à toute la Suisse ou à plusieurs cantons par le Conseil fédéral, soit à tout un canton par un gouvernement cantonal. Dans ce dernier cas, leur entrée en vigueur est subordonnée à l'approbation du DEFR.

Important :

Les explications suivantes valent également pour l'observation de la CCT Location de services (cf. parenthèse à ce sujet au point 3.9.10). Aux termes de l'article 20 LSE, seules es CCT auxquelles est soumise l'entreprise de mission sont concernées. Au regard du sens et de la finalité de l'article 20 LSE ainsi que du but de la LSE, à savoir la protection des travailleurs, cette réglementation doit être appliquée par analogie également à la CCT Location de services (si le bailleur y est assujetti). Cela signifie qu'en cas de violation grave ou répétée des dispositions de l'article 20 LSE, l'autorisation peut aussi être retirée en vertu de l'article 16, alinéa 1, lettre b LSE.

3.9.2 RAPPORT ENTRE L'ARTICLE 19, ALINÉA 3 ET L'ARTICLE 20 LSE

Si l'entreprise de mission est soumise à une CCT étendue, le bailleur de services est absolument tenu d'en respecter les dispositions relatives au salaire et à la durée du travail. Si les conditions de salaire et la durée du travail fixées dans le contrat individuel de travail – qui doit impérativement être conclu par écrit – sont plus favorables au travailleur, le contrat de travail prime. En l'absence de contrat individuel de travail écrit, les conditions plus favorables convenues oralement avec le travailleur ou en usage dans la localité et la profession prennent cependant toujours sur les dispositions de la CCT étendue (« maintien des conditions les plus favorables »).

3

3.9.3 DISPOSITIONS CONCERNANT LE SALAIRE ET LA DURÉE DU TRAVAIL

3.9.3.1 SELON L'ARTICLE 20 LSE ET L'ARTICLE 48A, ALINÉA 1 OSE, SONT RÉPUTÉES DISPOSITIONS CONCERNANT LE SALAIRE LES PRESCRIPTIONS DE LA CCT ÉTENDUE RÉGISSANT

Le **salaire minimum** à l'heure, au mois ou à la tâche, y c. relèvement par déclaration d'extension des salaires minimums et effectifs (en l'absence de salaire minimum imposé par la CCT, son montant ne peut être inférieur au **salaire moyen dans l'entreprise**).

À noter :

1. Le salaire moyen dans l'entreprise ne doit servir de barème qui si la CCT étendue ne fixe pas de salaire minimum.
2. Les éventuelles indemnités forfaitaires pour frais ne peuvent être incluses dans le salaire minimum prévu par la CCT étendue mais doivent s'y ajouter.
3. Les **frais** remboursés en sus du salaire minimum doivent être indemnisés à raison de leur montant effectif, à condition qu'ils puissent être justifiés. En principe, il n'y a pas de frais pour le personnel temporaire travaillant dans l'entreprise de mission (par ex. bureau, atelier). Toutefois, en cas de frais, ceux-ci sont rajoutés au montant du salaire déterminant. Le remboursement de frais n'est admis que lorsque les travailleurs sont occupés hors de l'entreprise de mission et uniquement pour leurs déplacements entre l'entreprise de mission et le lieu de travail extérieur ainsi que pour les repas pris ailleurs qu'au lieu de l'entreprise de mission.

Important :

Les indemnités de frais forfaitaires ne doivent en aucun cas servir à masquer un salaire inférieur au salaire minimum. Salaire et indemnité de frais sont deux notions à séparer clairement : le premier est la rémunération d'une prestation de travail, la seconde la compensation de débours. Une confusion de ces notions pourrait entraîner une réduction des droits aux prestations sociales du travailleur. Les dispositions concernant le salaire sont les dispositions régissant :

- les frais ;
- les suppléments pour heures supplémentaires, travail en équipe, travail à la tâche, travail de nuit, le dimanche et les jours fériés ;
- les majorations pour travail pénible ;
- la compensation des vacances pro rata temporis ;
- le 13e salaire pro rata temporis ;
- les jours fériés et les jours de repos payés ;
- le salaire en cas d'empêchement du travailleur sans faute de sa part, notamment pour cause de maladie, accident, invalidité, service militaire, service de la protection civile, intempérie, mariage, naissance, décès, déménagement, soins à un membre de la famille malade (art. 324a CO) ;
- la part des primes à l'assurance-maladie (assurance pour perte de gain) selon l'article 324a, alinéa 4 CO.

Les prescriptions de la CCT sur la prévoyance professionnelle (2e pilier) ne sont pas des dispositions concernant le salaire au sens de l'article 20 LSE.

3

3.9.3.2 SELON L'ARTICLE 48A, ALINÉA 2 OSE, SONT RÉPUTÉES DISPOSITIONS CONCERNANT LA DURÉE DU TRAVAIL LES PRESCRIPTIONS DE LA CCT ÉTENDUE RÉGISSANT

- le temps de travail normal ;
- la semaine de cinq jours ;
- les heures supplémentaires, le travail en équipe, le travail de nuit et le dimanche ;
- les vacances, les jours de congé et les jours fériés ;
- les absences ;
- les temps de repos et les pauses ;
- les temps de déplacement et d'attente.

3.9.4 CONTRIBUTIONS AUX FRAIS DE FORMATION CONTINUE ET AUX FRAIS D'EXÉCUTION (ART. 48B OSE)

Si une CCT étendue prévoit une obligation de verser des contributions aux frais de formation continue et aux frais d'exécution, cette obligation naît le premier jour de travail.

Les contributions sont payées et affectées selon les règles fixées par la CCT étendue.

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

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

3.9.5 RETRAITE ANTICIPÉE (ART. 48C OSE)

Si une CCT étendue prévoit une obligation de verser une contribution de retraite anticipée, cette obligation naît le premier jour de travail pour lequel un travailleur entre dans le champ d'application de cette convention collective.

Sont exemptés de l'obligation de verser la contribution 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, et
- dont la mission est limitée à trois mois.

Important :

Ces critères doivent exister cumulativement pour que l'exemption s'applique. Les contributions sont payées et affectées selon les règles fixées par la CCT.

3.9.6 CONTRÔLE DU RESPECT D'UNE CCT (ART. 20 LSE ET ART. 48D OSE)

3.9.6.1 CONTRÔLE

Le contrôle du respect de l'art. 20 LSE incombe aux organes de contrôle prévus par les CCT déclarées

3

de force obligatoire. Toutefois, selon l'article 32 de la CCT Location de services, c'est en principe la Commission professionnelle paritaire suisse de la location de services (CPPS) qui est compétente pour contrôler les entreprises de location de services. En vertu de l'article 34 CCT Location de services, elle peut déléguer la compétence de contrôle à l'organe d'exécution de la branche concerné d'une autre CCT déclarée de force obligatoire.

Les organes paritaires de contrôle traitent le bailleur de services, lors des contrôles, comme les autres employeurs de la branche. Ils lui annoncent les contrôles dans un délai raisonnable (par ex. environ trois semaines ; art. 48d, al. 2 OSE).

Il est ici recommandé d'indiquer au bailleur de services le nom des contrôleurs et la CCT étendue à laquelle se réfère le contrôle. Lors du contrôle, les contrôleurs doivent pouvoir justifier de leur qualité (avis de contrôle, cartes de visite des syndicats).

Les contrôleurs sont soumis à l'obligation de garder le secret, visée à l'article 34 LSE.

Si l'organe paritaire confie le contrôle à un bureau fiduciaire ou à d'autres personnes (par ex. avocat), ceux-ci sont autorisés à communiquer à l'organe de contrôle le nom des travailleurs loués. Ils sont également soumis à l'obligation de garder le secret, visée à l'article 34 LSE.

Le bailleur de services n'est tenu de respecter les dispositions relatives au salaire et à la durée du travail qu'à partir de la date d'entrée en vigueur de la CCT (pas d'effet rétroactif à la date de la conclusion du contrat).

En principe, le lieu de mission et non le siège du bailleur de services est déterminant pour la validité des dispositions, montants, etc. prévus par la CCT.

Pour éviter d'imposer des contrôles trop fréquents aux bailleurs de services opérant dans diverses branches soumises à différentes CCT étendues, il est recommandé que les organes paritaires de contrôle et les bailleurs de services s'entendent et coordonnent les contrôles.

Important :

Selon l'article 48d, alinéa 4 OSE, le bailleur de services peut demander à l'autorité cantonale chargée de la déclaration d'extension que le contrôle soit effectué par un organe de contrôle indépendant des parties contractantes. L'article 6 LECCT s'applique par analogie. L'autorité cantonale compétente fixe l'objet et l'étendue du contrôle après avoir entendu les parties et le bailleur de services. Les frais de contrôle sont supportés normalement par le bailleur de services même si celui-ci n'a pas commis de faute.

Cas problématique :

Que doit faire l'autorité cantonale si un bailleur de services s'oppose à un contrôle de l'organe de contrôle d'une CCT étendue ou ne demande pas que le contrôle soit effectué par un organe indépendant ?

En l'absence de possibilité de contrôle adéquate, le bailleur de services se rend inapte à assurer une location de services satisfaisant aux règles de la profession au sens de l'article 13, alinéa 2, lettre b LSE et ne remplit plus dès lors la condition d'autorisation.

En application de l'article 16, alinéa 2 LSE, l'autorité cantonale impartit au bailleur de services un délai pour se soumettre au contrôle de l'organe paritaire de contrôle étendue ou demander un contrôle par un organe indépendant. Si le bailleur ne fait ni l'un ni l'autre, mais ne porte pas non plus plainte contre la décision qui a été prise, l'autorisation de pratiquer la location de services pourra lui être retirée en vertu de l'article 16 LSE.

3

3.9.6.2 CONSÉQUENCES D'UN CONTRÔLE

En vertu de l'article 20, alinéa 2 LSE, les organes paritaires de contrôle sont habilités, s'ils constatent une infraction grave du bailleur de services :

- à lui infliger une peine conventionnelle prévue par la CCT ;
- à lui imputer tout ou partie des frais de contrôle.

Les organes paritaires de contrôles étendus sont tenus d'informer l'office cantonal du travail de toute infraction grave du bailleur de services. L'autorité cantonale chargée de l'exécution de la LSE se réserve par la suite le droit de prendre des sanctions administratives à l'égard du bailleur de services.

Les organes paritaires de contrôle restent libres, bien entendu, de déposer une plainte pénale contre un bailleur de services fautif (cf. art. 39 LSE concernant la liste des sanctions).

3.9.7 ÉCHANGE DE DONNÉES ENTRE L'ORGANE DE CONTRÔLE DE LA CCT ET L'AUTORITÉ CHARGÉE DE L'EXÉCUTION DE LA LSE

En cas d'infraction grave, l'organe paritaire de contrôle doit en informer l'office cantonal du travail en vertu de l'article 20, alinéa 2 LSE.

En revanche, ni la LSE (art. 34a) ni la LPD n'imposent aux autorités chargées de l'exécution de la LSE d'obligation de communiquer des données relatives au bailleur de services de manière automatique et systématique à l'organe paritaire de contrôle.

Conformément aux principes généraux régissant la protection des données, le principe de la proportionnalité doit aussi être observé : seules doivent être divulguées les informations nécessaires à l'exécution de la mission de l'organe paritaire de contrôle.

Par ailleurs, les données personnelles sensibles (par ex. menace de retrait de l'autorisation) ne peuvent pas être communiquées en l'absence de base légale. Une telle communication serait admise uniquement si la personne concernée y a consenti en l'espèce ou a rendu ses données accessibles à tout un chacun.

Conclusion : les autorités chargées de l'exécution de la LSE peuvent ainsi communiquer des informations à l'organe paritaire de contrôle dans des cas d'espèce et sur demande, si celles-ci sont nécessaires et habituelles pour de tels contrôles et s'il ne s'agit pas de données sensibles.

3.9.8 OBLIGATION DE RENDRE COMPTE ET DE PRÉSENTER UN RAPPORT (ART. 48E OSE)

Les organes paritaires de la CCT étendue sont tenus d'informer en tout temps le SECO :

- de la situation en matière de formation continue des travailleurs dont les services sont loués ;
- de l'application des régimes de retraite anticipée à ces travailleurs ;
- des peines conventionnelles et frais de contrôle imposés aux bailleurs de services fautifs.

Ils établissent chaque année un rapport à l'intention du SECO. Les associations de la branche du travail temporaire sont autorisées à consulter ces rapports.

3

3.9.9 QUELLE CCT ÉTENDUE S'APPLIQUE EN CAS DE CHANGEMENT DE LIEU DE MISSION ?

Règle générale :

En principe, on applique les dispositions de la CCT étendue en vigueur au lieu de mission (lieu de travail). Étant donné que le lieu de mission doit être consigné par écrit 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), ceci ne devrait pas poser de véritable problème. Le siège du bailleur de services n'entre pas en ligne de compte s'agissant de la question de savoir quelle CCT étendue est applicable. Le siège de l'entreprise de mission n'est pas non plus pertinent puisque cela induirait les résultats insatisfaisants suivants :

D'une part, il en découlerait une inégalité de traitement par rapport aux travailleurs détachés en Suisse depuis l'étranger, pour lesquels la CCT étendue valable au lieu de travail est appliquée.

D'autre part, s'il n'y avait de CCT étendue qu'au lieu de travail et non au lieu de l'entreprise de mission, ses dispositions ne pourraient pas être appliquées aux travailleurs dont les services sont loués.

Quelle CCT étendue est applicable lorsque le travailleur change de lieu de travail fréquemment et rapidement ?

Il se peut cependant, comme par exemple dans la région de Bâle, qu'en raison des nombreuses CCT cantonales étendues existant sur une zone géographique restreinte, le travailleur entre dans le champ d'application de plusieurs d'entre elles s'il est amené à changer plusieurs fois de lieu de travail dans un bref laps de temps (par ex. s'il travaille pour une entreprise de peinture réalisant de brefs travaux à différents endroits).

a. Existence d'un lieu de travail principal

On pense notamment au cas dans lequel l'entreprise de mission prévoit un travailleur en régie sur un chantier en particulier, mais qu'elle l'emploie aussi quelques jours ou quelques heures sur un autre lieu de travail. Cette situation est comparable à un détachement, le lieu de travail sur le chantier principal équivalant au lieu de provenance. On appliquera ici les dispositions relatives au détachement de travailleurs au sein de la Suisse en vigueur depuis la révision de la loi fédérale sur le marché intérieur : la règle du lieu de destination est appliquée uniquement s'il existe sur le lieu du détachement (autre lieu de travail) une CCT étendue dont les standards minimaux sont nettement supérieurs à ceux de la CCT étendue du lieu d'origine (lieu de travail principal). Cela signifie que l'on ne considérera la CCT étendue du lieu de détachement que si ses conditions (de salaire ou de durée du travail par ex.) sont sensiblement plus avantageuses que celles de la CCT étendue du lieu de provenance. S'agissant des dispositions relatives à la contribution aux frais de formation continue et aux frais d'exécution ou au régime de retraite anticipée, on applique en pareil cas celles de la CCT étendue du lieu de provenance (lieu de travail principal).

b. Absence de lieu de travail principal

Lorsqu'il n'est pas possible de déterminer un lieu de travail principal pour un travailleur loué que l'entreprise de mission emploie à différents lieux sur lesquels les CCT étendues diffèrent, les dispositions de la CCT étendue relative au premier lieu de travail indiqué dans le contrat sont appliquées.

Exemple :

L'entreprise de mission, dont le siège est situé dans le canton de Bâle-Ville, emploie un travailleur en régie principalement dans le canton de Bâle-Campagne et occasionnellement aussi en Argovie.

3

Dans ce cas, il convient en principe d'appliquer les dispositions de la CCT étendue du canton de Bâle-Campagne puisqu'il s'agit du lieu de travail principal du travailleur en régie. Ce n'est que si la CCT étendue valable dans le canton d'Argovie offrait des conditions nettement meilleures au travailleur (salaire minimal largement supérieur ou durée du travail bien plus avantageuse notamment) que celui-ci devrait toucher pour le temps travaillé en mission en Argovie le salaire minimal en vigueur dans ce canton.

Cette règle vaut également pour le cas où le travailleur loué effectue entre-temps une mission dans un domaine dépourvu de CCT étendue. Les conditions de la CCT étendue de Bâle-Campagne restent applicables pour cette période.

Inversement, si le canton de Bâle-Campagne n'avait pas de CCT étendue mais que celui d'Argovie oui, on appliquerait cette dernière au travailleur loué étant donné qu'elle est, par la force des choses, nettement plus avantageuse pour lui.

3.9.10 PARENTÈSE : CCT LOCATION DE SERVICES

Le Conseil fédéral a étendu, le 13 décembre 2011, le champ d'application de la CCT Location de services. Depuis lors, l'extension du champ d'application a fait l'objet de plusieurs modifications et prolongations. Le champ d'application de l'extension a en outre également été modifié par l'arrêté du 29 mars 2016.

Champ d'application pour les entreprises (art. 2, al. 2 de l'arrêté du Conseil fédéral étendant le champ d'application de la convention collective de travail de la branche du travail temporaire)

L'extension s'applique à toutes les entreprises qui :

- a. sont titulaires d'une autorisation de location de services fédérale ou cantonale conformément à la loi sur le service de l'emploi et la location de services, et
- b. dont l'**activité principale** est la location de services.

Afin de déterminer l'activité principale, on s'appuie dans la pratique sur l'inscription au registre du commerce. Si l'activité principale ne peut pas en être clairement déduite ou si des doutes subsistent, il convient alors de se fier au site Internet de l'entreprise. Si le résultat est toujours équivoque, la commission paritaire chargée de la CCT Location de services peut ordonner un contrôle en vue d'un assujettissement.

Champ d'application pour le personnel

Sont exclus les travailleurs dont le salaire dépasse le gain maximal assuré par la Suva (148 200 francs) et les travailleurs qui sont loués par des entreprises agricoles en difficulté (art. 2, al. 3 de l'ACF du 29 mars 2016).

Validité de la CCT Location de services dans le cas où l'entreprise de mission est soumise à une autre CCT (selon l'art. 3 de la CCT Location de services)

Principe

La CCT Location de services est également applicable là où une autre convention collective de travail s'applique dans une entreprise locataire de services (al. 1).

3

Mais :

- Les dispositions concernant le salaire et la durée du travail visées à l'article 20 LSE et à l'article 48a OSE des CCT étendues ou non étendues conformément à l'annexe 1 de la décision d'extension de la CCT Location de services en vigueur dans l'entreprise locataire de services prennent ici sur les dispositions correspondantes de la CCT Location de services. Cela vaut également pour les dispositions relatives à la retraite-vieillesse flexible d'une CCT étendue (al. 1).
- Les dispositions concernant l'assurance d'indemnités journalières maladie, la prévoyance professionnelle ainsi que les contributions pour l'exécution et la formation continue de l'autre CCT étendue ne prévalent sur la CCT Location de services étendue que si elles sont au moins équivalentes ou plus favorables (al. 2). Sinon, la CCT Location de services déclarée de force obligatoire s'applique (en ce qui concerne les frais de formation continue et d'exécution, voir également 3.9.1, deuxième alinéa).
- Dans les entreprises locataires de services dotées de conventions collectives de travail non étendues, qui ne figurent pas à l'annexe 1 de la CCT Location de services, les dispositions de cette dernière s'appliquent dans leur intégralité (al. 3, 1re phrase).
- Les dispositions portant sur les salaires minimums de la CCT Location de services sont exclues de ce champ d'application dans les entreprises de l'industrie chimique et pharmaceutique, de l'industrie des machines, de l'industrie graphique, de l'industrie horlogère, de l'industrie alimentaire et des produits de luxe ainsi dans les entreprises de transports publics étant donné que les salaires selon les usages professionnels et locaux sont plus élevés dans ces branches (al. 3).
- Concernant les contrôles, voir aussi 3.9.6.1, premier paragraphe.

Les termes des différents ACF étendant le champ d'application de la CCT Location de services et des CCT étendues sont disponibles sur le site du SECO suivant :

3.10 ARTICLE 21 LSE : TRAVAILLEURS ÉTRANGERS EN SUISSE

3.10.1 QUELS SONT LES ÉTRANGERS DONT LES SERVICES PEUVENT ÊTRE LOUÉS ?

L'article 21 LSE stipule qu'un bailleur de services n'engage en Suisse que des étrangers qui sont admis en vue de l'exercice d'une activité lucrative et autorisés à changer d'emploi et de profession.

Dans le cas de l'embauche de travailleurs étrangers primo-immigrants, il convient d'établir une distinction entre les ressortissants d'États membres de l'UE/AELE et ceux de pays tiers..

3.10.1.1 LOCATION DE SERVICES DE RESSORTISSANTS DE L'UE/AELE PRIMO-IMMIGRANTS

La location de services de ressortissants d'États membres de l'UE et de l'AELE est régie par la directive commune du SECO et du SEM du 1er juillet 2008 sur les incidences de l'Accord sur la libre circulation des personnes avec l'UE et de la modification de la Convention AELE sur le placement et la location de services. Cette directive est complétée et actualisée au chapitre 3.10.4.

3.10.1.2 LOCATION DE SERVICES DE RESSORTISSANTS DE PAYS TIERS PRIMO-IMMIGRANTS

La location de services de ressortissants de pays tiers est en principe autorisée uniquement si ceux-ci séjournent déjà en Suisse et sont en droit d'exercer une activité lucrative ainsi que de changer d'emploi

3

et de profession conformément à l'article 21 LSE. Les personnes titulaires d'une autorisation de séjour de courte durée ne sont généralement pas autorisées à changer d'emploi. Ce dernier est soumis à autorisation et ne peut être accordé que sous certaines conditions (art. 55 OASA).

Ainsi, en principe, les ressortissants de pays tiers ne peuvent pas entrer en Suisse dans le cadre de la location de services. Des autorisations de travail initiales ne peuvent pas non plus être accordées aux bailleurs de services pour des ressortissants de pays tiers primo-immigrants en vue de missions auprès d'entreprises locataires de services.

3.10.2 DANS QUELS CAS LES SERVICES DE RESSORTISSANTS DE PAYS TIERS PRIMO-IMMIGRANTS PEUVENT-ILS NÉANMOINS ÊTRE LOUÉS ?

3.10.2.1 RÉGIME DÉROGATOIRE

Dans des cas fondés, il peut être dérogé exceptionnellement au principe posé au 3.10.1.2, lorsqu'une telle dérogation apparaît pertinente du point de vue du marché du travail. À cet effet, les conditions de marché du travail fixées à l'article 83 OASA doivent être remplies.

a) Conditions relatives au marché du travail

Aux termes de l'article 83 OASA, les missions dans le cadre de la location de services supposent que soient remplies les conditions générales pour l'exercice d'une activité lucrative fixées aux articles 18 à 26 LEI : intérêts économiques du pays, priorité des travailleurs indigènes et des travailleurs UE/AELE, conditions de travail et de rémunération en usage dans la localité et la profession, conditions personnelles telles que qualifications professionnelles et condition de disposer d'un logement approprié. À cette fin, l'autorité cantonale compétente vérifie si tous les efforts nécessaires ont été consentis pour combler le poste vacant avec un candidat suisse et/ou issu d'un pays de l'UE/AELE.

Les missions dans le cadre de la location de services ne peuvent être réglementées que par des autorisations de séjour de courte durée pour un total de quatre mois au maximum, conformément à l'article 19, alinéa 4, lettre a OASA. Dans le cas de projets dont la durée prévue est plus longue ou qui impliquent des tâches extraordinaires, une réglementation avec des autorisations de séjour de courte durée dans les limites des nombres maximums, selon l'article 19, alinéa 1 OASA, est également envisageable (procédure d'approbation en deux étapes entre les cantons et la Confédération).

L'autorité s'assurera par ailleurs que le bailleur de services respecte les dispositions de la LSE (art. 18 à 22) régissant les activités de location de services (en particulier l'obligation de conclure un contrat de travail écrit dont le contenu soit conforme aux exigences de l'art. 19 LSE et un contrat de location de services écrit selon l'art. 22 LSE), du CO et du CPC. Si l'entreprise de mission est soumise à une convention collective de travail avec déclaration d'extension (CCT étendue), le bailleur de services doit en appliquer les dispositions concernant le salaire et la durée du travail au travailleur. Si le bailleur de services et ses travailleurs remplissent les conditions d'assujettissement à la CCT Location de services, les dispositions de cette dernière sont applicables sauf si celles du contrat de travail sont plus favorables aux travailleurs.

b) Circonstances particulières

Un étranger peut être autorisé, à titre dérogatoire, à venir travailler en Suisse pour la première fois dans le cadre de la location de services lorsque le demandeur fournit en outre la preuve que :

3

1. l'engagement temporaire d'un ressortissant de pays tiers primo-immigrant dans un projet particulier présente un intérêt particulier pour l'économie ou l'entreprise ;
2. des circonstances particulières contraignent l'entreprise à recourir à la location de services pour un projet donné (c'est-à-dire qu'il faut indiquer clairement et manière détaillée pourquoi un engagement à terme par l'entreprise de mission n'est pas possible).

3.10.2.2 QUELLES SONT LES RÈGLES PARTICULIÈRES À OBSERVER EN CAS DE DÉROGATION ?

Il s'agit en général de projets à durée limitée. Le bailleur de services doit avoir conclu avec le travailleur un contrat de travail valable pour toute la durée du projet.

Pour de plus amples informations sur un cas particulier, tels que la modification du projet ou du bailleur de services, etc., cf. 4.8.4.3 des directives relatives à la LEI. Des renseignements à ce sujet peuvent être obtenus auprès du SEM ou des autorités cantonales du marché du travail.

3.10.2.3 LOCATION DES SERVICES DE RESSORTISSANTS DE PAYS RÉSIDANT DÉJÀ EN SUISSE

En principe, un bailleur de services ne peut occuper en Suisse que des ressortissants de pays tiers qui résident déjà en Suisse et ont le droit d'y exercer une activité lucrative, de changer d'emploi et de profession. Les titulaires d'une autorisation de séjour de courte durée ne sont généralement pas autorisés à changer d'emploi.

Les services des étrangers et des réfugiés admis provisoirement (permis F) peuvent être loués sans qu'ils aient besoin d'une autorisation. Toutefois, l'activité lucrative doit être annoncée auprès de l'office cantonal compétent (art. 85a LEI).

Les services des demandeurs d'asile (permis N) et des personnes à protéger (permis S) peuvent en revanche être loués, seulement lorsque les conditions auxquelles est subordonné l'exercice d'une activité lucrative sont remplies et lorsque l'autorité cantonale compétente a donné son accord. Chaque mission de location de services doit faire l'objet d'une nouvelle autorisation. Les dispositions relatives à l'exercice d'une activité lucrative de personnes issues du secteur de l'asile figurent au 4.8.5 des directives relatives à la LEI.

Les bailleurs de services qui enfreignent les dispositions du droit des étrangers se rendent punissables en vertu de l'article 39, alinéa 1, lettre b et alinéa 3 LSE ainsi que, de surcroît, de l'article 116, alinéa 1, lettre b et de l'article 117, alinéa 1 LEI.

3.10.2.4 À QUI APPARTIENT LA COMPÉTENCE DE DEMANDER ET D'ACCORDER L'AUTORISATION DE TRAVAIL ET DE SÉJOUR POUR LES RESSORTISSANTS DE PAYS TIERS ?

La demande d'autorisation de travail et de séjour est normalement déposée par le bailleur de services (employeur) sur mandat de l'entreprise de mission. La décision préalable en matière de marché du travail relève de la compétence du canton dans lequel le travail sera exécuté. Lorsque le siège du bailleur de services ne se situe pas dans le canton de mission, l'examen relatif au marché du travail est effectué par le canton de l'entreprise de mission. La décision de l'autorité dont relève le marché du travail mentionne tant le bailleur de services que l'entreprise de mission ; elle est adressée au requérant. L'assurance d'autorisation de séjour (ou le visa pour les personnes soumises à l'obligation de visa) et le livret pour étranger sont délivrés par l'autorité compétente en matière d'étrangers du futur canton de domicile du travailleur. Dans le livret pour étranger, l'entreprise de mission est mentionnée comme employeur.

3

Il est ici renvoyé aux Directives LEI, Chapitre 4 Séjour avec activité lucrative, chiffres 4.8.4.3 et 4.8.4.4 en particulier.

3.10.3 SUBORDINATION AUX ASSURANCES SOCIALES

Le droit suisse de la sécurité sociale n'est pas toujours applicable aux employés qui travaillent à l'étranger. En Suisse, les caisses de compensation AVS sont chargées de décider si une entreprise est soumise au droit des assurances sociales pour tous les secteurs.

3.10.4 PARENTHÈSE : LES INCIDENCES DE L'ACCORD SUR LA LIBRE CIRCULATION DES PERSONNES AVEC L'UE ET DE LA MODIFICATION DE LA CONVENTION AELE SUR LE PLACEMENT ET LA LOCATION DE SERVICES

La présente parenthèse porte sur les incidences de l'ALCP et de l'AELE sur les prescriptions régissant le placement privé et la location de services. Elle est applicable :

- Aux ressortissants de l'UE (sans la Croatie) : Allemagne, Autriche, Belgique, Bulgarie, Chypre, Danemark, Espagne, Estonie, Finlande, France, Grèce, Hongrie, Irlande, Italie, Lettonie, Lituanie, Luxembourg, Malte, Pays-Bas, Pologne, Portugal, République tchèque, Roumanie, Slovaquie, Slovénie et Suède.
- Aux ressortissants de Croatie, pays qui a adhéré à l'UE le 1^{er} juillet 2013 et auquel l'ALCP a été étendu le 1^{er} janvier 2017. La période de transition avec la Croatie s'étend jusqu'à la fin de 2026 (v. aussi 3.10.4.2).
- Aux ressortissants de l'AELE : Norvège, Islande et Liechtenstein.
- Depuis le 1^{er} janvier 2021 l'ALCP n'est plus applicable au Royaume-Uni. Les droits acquis par les ressortissants britanniques sur la base de l'ALCP jusqu'au 31 décembre 2020 restent protégés par l'accord du 25 février 2019 sur les droits acquis des citoyens. Seuls ces ressortissants britanniques bénéficiant de droits acquis sont assimilés à des ressortissants de l'UE/AELE.

3.10.4.1 ADMISSION D'ENTREPRISES DE PLACEMENT ET DE LOCATION DE SERVICES AYANT LEUR SIÈGE DANS UN ÉTAT MEMBRE DE L'UE OU DE L'AELE

L'ALCP prévoit entre autres une libéralisation partielle de la circulation des services. Toutefois, cette libéralisation exclut explicitement les activités des entreprises de travail temporaire et de travail intérimaire (art. 22, al. 3, annexe I ALCP). Dès lors, les entreprises de placement et de location de services établies dans un État membre de l'UE ou de l'AELE ne peuvent en principe toujours pas opérer librement en Suisse. Ainsi, la location de services à partir de l'étranger demeure interdite conformément à l'article 12, alinéa 2 LSE.

Important :

L'article 22, alinéa 3, de l'annexe I de l'ALCP s'applique uniquement aux **entreprises de placement et de location de services de l'UE et de l'AELE** qui veulent placer des travailleurs ou louer leurs services en Suisse, mais n'interdit nullement aux ressortissants de ces pays l'accès au marché du travail suisse – même s'ils y entrent pour la première fois. Leur admission est réglée de la manière suivante.

3

3.10.4.2 ADMISSION DE RESSORTISSANTS DES PAYS DE L'UE ET DE L'AELE EN QUALITÉ DE TRAVAILLEURS D'ENTREPRISES DE PLACEMENT OU DE LOCATION DE SERVICES

Principe :

L'ALCP interdit, sous réserve des dispositions transitoires (art. 10 ALCP), toutes inégalités de traitement entre les Suisses et les ressortissants de l'UE concernant les conditions de vie, de travail et d'engagement.

Les ressortissants de l'UE et de l'AELE peuvent donc être engagés sous réserve des conditions suivantes :

Ressortissants de l'UE 27 (sans la Croatie) et de l'AELE

- Les ressortissants de l'UE 27 et de l'AELE pouvant justifier d'un emploi en Suisse obtiennent un titre de séjour. Les permis B (autorisation de séjour) et L (autorisation de séjour de courte durée) les autorisent généralement à changer d'emploi et de profession et sont valables sur tout le territoire suisse (mobilité professionnelle et géographique). Le principe de la libre circulation totale des personnes est par conséquent applicable. Des restrictions existent cependant s'agissant des permis L (cf. 3.10.4.3.c).

Croatie

- Des dispositions transitoires s'appliquent encore aux ressortissants croates jusqu'en 2026 (article 10 de l'ALCP). Si les conditions sont remplies, le Conseil fédéral peut activer la clause de sauvegarde jusqu'à la fin de 2026. Dans le cadre de la clause de sauvegarde, l'admission des travailleurs croates en Suisse serait soumise à des contingents d'autorisations de séjour de courte durée (permis L UE/AELE) et d'autorisations de séjour (permis B UE/AELE). Pendant la clause de sauvegarde, les ressortissants croates nouvellement arrivés ne peuvent être loués qu'à condition que des contingents soient disponibles. Si la clause de sauvegarde est applicable, une décision des autorités du marché du travail est nécessaire avant le début de l'activité lucrative pour les autorisations soumises au contingentement.
- En revanche, si la clause de sauvegarde n'est pas invoquée, les ressortissants croates sont entièrement assimilés aux autres ressortissants de l'UE/AELE.

3.10.4.3 CONSÉQUENCES DE L'ACCORD POUR LES ENTREPRISES DE PLACEMENT ET DE LOCATION DE SERVICES

a) Admission de ressortissants de l'UE/AELE primo-immigrants pour lesquels une autorisation de séjour et de travail doit être demandée

L'article 4 ALCP garantit aux ressortissants de l'UE et de l'AELE un droit à une autorisation d'exercer une activité lucrative en Suisse. Demeurent réservées les dispositions de l'article 10 ALCP et de son annexe I. Pour les ressortissants de l'UE et de l'AELE, à l'exception des ressortissants croates, présenter la preuve d'un emploi en Suisse suffit afin d'obtenir le titre de séjour nécessaire (autorisation de séjour). Pour les ressortissants croates, voir 3.10.4.2 ci-dessus.

b) Implications de l'Accord pour l'article 21 LSE

L'article 21 LSE stipule qu'un bailleur de services n'engage en Suisse que des étrangers qui sont admis en vue de l'exercice d'une activité lucrative et autorisés à changer d'emploi et de profession, mais que des exceptions sont possibles pour protéger des intérêts économiques particuliers.

3

En vertu de l'ALCP, tous les ressortissants de l'UE et de l'AELE bénéficient d'un libre accès au marché suisse du travail. Tous les ressortissants de l'UE et de l'AELE remplissent en principe les conditions fixées par l'article 21 LSE, à savoir être en droit d'exercer une activité lucrative et de changer d'emploi et de profession. Pour les ressortissants croates, voir 3.10.4.2.

c) Types d'autorisation UE/AELE

• Permis C UE/AELE (autorisation d'établissement)

Aucune disposition spéciale n'étant prévue dans l'ALCP, la délivrance de l'autorisation d'établissement reste régie par la LEI et les accords d'établissement bilatéraux conclus par la Suisse. L'autorisation d'établissement UE/AELE est délivrée pour une durée illimitée et ne peut être assortie de conditions.

• Permis B UE/AELE (autorisation de séjour)

Cette autorisation valable cinq ans est délivrée lorsque le contrat de travail a été conclu pour une durée supérieure à un an ou illimitée. Elle habilite son titulaire à changer d'emploi et de profession.

• Permis L UE/AELE (autorisation de séjour de courte durée)

Ce type d'autorisation est délivré lorsque la durée du contrat de travail est d'au moins trois mois et d'au plus un an (364 jours). Ses titulaires n'ont le droit de travailler en Suisse dans le cadre de la location de services que pendant la durée de l'autorisation. En cas de prolongation de la mission, une nouvelle autorisation doit être demandée ou l'ancienne prolongée.

Important :

- Un bailleur de services souhaitant engager des ressortissants de l'UE et de l'AELE titulaires d'un permis L UE/AELE doit dans tous les cas disposer d'une autorisation fédérale.
- Est en outre assimilée à la location de services transfrontalière soumise à autorisation fédérale la location de services d'étrangers en provenance de l'UE et de l'AELE déjà titulaires d'une autorisation de séjour de courte durée L UE/AELE. Bien que les détenteurs d'un permis L puissent le faire prolonger jusqu'à 364 jours au plus, l'autorisation initiale ne leur est accordée que pour la durée de leur mission ou de leur contrat de travail, et ils ne sont dès lors autorisés à accéder au marché du travail suisse que pour cette période. Ces ressortissants de l'UE et de l'AELE qui ont fait prolonger leur permis doivent être traités comme s'ils se trouvaient encore à l'étranger et n'étaient pas encore autorisés à accéder au marché du travail suisse.
- Il est généralement possible de savoir si un employeur suscitant des doutes est un bailleur de services à l'aide de son site Internet et de l'inscription au registre du commerce. Les contrats remis permettent aussi généralement de déterminer l'existence d'un rapport de location de services.
- La base de données ExLSE du SECO <http://www.avg-seco.admin.ch/WebVerzeichnis/ServletWebVerzeichnis> recense toutes les entreprises de location de services autorisées. En quelques clics, il est possible d'y trouver si un bailleur de services dispose des autorisations requises. Une entreprise possède une autorisation fédérale de pratiquer la location de services lorsque la mention « CH-Etr.-CH » apparaît sur une page dans le répertoire.

3

- Dans les cas avérés où l'entreprise de location de services/le bailleur de services n'est pas en possession d'une autorisation fédérale, l'autorisation de séjour ne doit pas être délivrée et il convient d'informer l'organe cantonal chargé de l'exécution de la LSE ou le SECO.

- **Permis G UE/AELE (autorisation frontalière)**

Les frontaliers ressortissants des États membres de l'UE /AELE bénéficient de la pleine mobilité géographique et ne sont donc plus soumis aux zones frontalières.

d) Qu'en est-il des ressortissants de l'UE/AELE venant travailler en Suisse pendant trois mois au maximum ?

Les travailleurs ressortissants d'États de l'UE/AELE qui peuvent présenter un contrat de travail d'une durée de trois mois maximum n'ont pas besoin d'une autorisation de séjour, mais sont soumis à une obligation d'annonce. En cas de prolongation du contrat, les dispositions de l'annexe 3 OLCP (« Annonce et autorisation ») s'appliquent.

Cette annonce, qui doit être faite dans tous les cas avant la prise d'emploi, peut être effectuée en ligne sur le site internet du SEM. L'annonce des travailleurs doit être effectuée par l'employeur sis en Suisse, qui y indiquera alors le lieu de mission habituel comme lieu de travail.

Important :

La location et le placement de personnes uniquement soumises à l'obligation d'annonce sont également assimilés à la location de services transfrontalière ou à une activité à l'étranger, pour lesquelles l'entreprise a besoin d'une autorisation fédérale.

e) Particularités concernant les personnes autorisées en qualité de responsables de la gestion

Les personnes appelées à assumer une fonction de responsable de la gestion d'une entreprise de placement ou de location de services doivent en principe avoir un contrat à durée indéterminée ou au moins de plusieurs années afin d'être en mesure de garantir une gestion satisfaisant aux règles de la profession au sens de l'article 3, alinéa 2, lettre b et de l'article 13, alinéa 2, lettre b LSE. Il s'ensuit qu'une personne titulaire d'un permis L (séjour de courte durée) ne peut être admise en qualité de responsable de la gestion. Les personnes au bénéfice d'un permis G UE/AELE (autorisation frontalière), dont la durée de validité est de cinq ans, peuvent en principe être autorisées en tant que responsables de la gestion. Elles ne doivent cependant pas être autorisées à créer une entreprise individuelle, car une telle structure n'a pas de siège ce qui fait qu'aucune procédure de droit civil ou de droit des poursuites ne peut être engagée à son encontre.

Il convient également de noter que les conjoints et enfants de ressortissants d'États membres de l'UE/AELE entrés en Suisse au titre du regroupement familial ont, quelle que soit leur nationalité, le droit d'exercer un emploi ou de s'établir comme indépendant sur tout le territoire suisse et dans la branche économique de leur choix. En vertu de l'article 4 ALCP, le droit de séjour et d'accès à une activité économique est garanti sous réserve des dispositions de l'article 10 (dispositions transitoires) et conformément aux dispositions de l'annexe I. En revanche, les descendants qui sont entrés en Suisse au titre du regroupement familial (parents et grands-parents) ne peuvent prétendre à une autorisation de travail.

3

Il en découle que les personnes qui, indépendamment de leur nationalité, font valoir leur droit au regroupement familial et entrent en Suisse, sont autorisées à y exercer un emploi ou à s'établir comme indépendant. Ces personnes sont également autorisées en tant que responsables de la gestion.

f) Qui doit introduire la demande d'autorisation de séjour et de travail ?

• États membres de l'UE/AELE

Depuis la suppression des contrôles de marché du travail, les seuls documents que doivent produire les ressortissants d'États membres de l'UE/AELE pour la délivrance d'un titre de séjour sont une déclaration d'engagement de l'employeur ou une attestation de travail (art. 6, al. 3, let. b de l'annexe I de l'ALCP). La désignation des autorités compétentes et le déroulement de la procédure sont du ressort des cantons.

En cas de refus de la demande, le travailleur peut interjeter recours. Tous les cantons possèdent normalement une instance de recours cantonale régie par leur loi de procédure administrative. Si le travailleur jouit d'un droit de séjour en vertu de l'ALCP, il peut également lancer un recours devant le tribunal administratif cantonal ou un recours de droit public devant le Tribunal fédéral.

• Croatie

En vertu des dispositions transitoires, les ressortissants croates jouissent d'un droit d'accès à une activité lucrative en Suisse, même dans la location de services, pour autant qu'aucun travailleur indigène ne soit disponible, que les conditions de travail et de salaire soient conformes aux usages professionnels et locaux et que les contin-gents ne soient pas épuisés.

Pour que ces trois conditions puissent effectivement être vérifiées en cas de mission, c'est le bailleur de services qui, en sa qualité d'employeur, doit introduire la demande d'autorisation de séjour et de travail. L'autorité compétente ne pourra cependant contrôler si la priorité des travailleurs indigènes et les conditions de travail et de salaire usuelles sont respectées que si l'entreprise de mission est connue dès ce moment-là.

Une fois l'autorisation obtenue, les ressortissants de l'UE ont le droit, dans les limites de ladite autorisation (pendant cinq ans pour les résidents permanents et pendant au maximum 364 jours pour les résidents de courte durée) de changer d'emploi et de profession. Pour les ressortissants croates, voir aussi 3.10.4.2.

3.10.4.4 LA LOCATION DE SERVICES À DES PRESTATAIRES DE SERVICES ÉTRANGERS

L'ALCP et la LDét n'autorisent que la fourniture de services par le biais des propres travailleurs de l'entreprise. Le recours à des travailleurs loués n'est donc pas autorisé. Une entreprise étrangère qui fournit un service en Suisse sous la forme d'un mandat, d'un contrat d'entreprise ou autre, mais qui ne dispose pas de suffisamment de personnel propre, ne peut pas emprunter le personnel manquant auprès d'une entreprise de location de services étrangère.

Ce principe s'applique également lorsque les travailleurs sont loués par un bailleur de services de la Principauté de Liechtenstein, qui est en principe en possession de l'autorisation de location de services pour la Suisse. Dans cette constellation, il ne s'agit pas d'une location de services directe en Suisse par le bailleur de services liechtensteinois, mais d'un détachement de collaborateurs étrangers qui n'est pas couvert par l'ALCP et la LDét.

3

Il est notamment interdit de louer ses services à des prestataires de services étrangers afin de contourner la limite des 90 jours prévue par l'ALCP. Il n'est pas permis d'engager des travailleurs détachés de l'UE par une entreprise de location de services en Suisse après l'expiration des 90 jours et de les mettre à disposition de prestataires de services de l'UE/AELE pour qu'ils poursuivent le même travail. C'est pourquoi, en principe, les deux procédures (annonce et autorisation) ne s'appliquent pas simultanément ou successivement à la même personne au cours de la même année civile (voir annexe 3 Annonce et autorisation OLCP).

3.10.4.5 CONSÉQUENCES DE L'ALCP POUR LES RESSORTISSANTS DE L'UE / L'AELE QUI VEULENT CRÉER UNE ENTREPRISE DE PLACEMENT OU DE LOCATION DE SERVICES EN SUISSE

Les ressortissants de l'UE/AELE peuvent librement créer en Suisse une entreprise de placement ou de location de services. La condition de la nationalité visée à l'article 3, alinéa 2, lettre a, et à l'article 13, alinéa 1, lettre a LSE est supprimée pour ces derniers.

Lorsque ces personnes présentent aux autorités compétentes la preuve qu'elles sont établies ou souhaitent s'établir en vue d'exercer une activité indépendante, un permis B UE/AELE (autorisation de séjour) ou – si elles conservent leur domicile à l'étranger – un permis G UE/AELE (autorisation frontalière), chacun d'une validité de cinq ans, leur est délivré.

Si l'activité indépendante projetée est le placement ou la location de services, cette preuve consiste en une autorisation de placement ou de location de services. Pour l'obtenir, elles doivent prouver qu'elles remplissent les conditions requises au même titre que les requérants indigènes, notamment les exigences personnelles visées à l'article 3, alinéa 2 ou 13, alinéa 2 LSE et possèdent en outre les compétences nécessaires pour exercer correctement l'activité de placement ou de location de services (art. 9 et 33 OSE). La condition de l'expérience professionnelle de plusieurs années, posée par ces dispositions, signifie que la personne intéressée doit avoir exercé une activité en relation avec le marché du travail suisse ou en relation avec la législation suisse en matière de placement et de location de services. Cette condition devra être vérifiée dans le cas d'espèce.

S'agissant de la location de services par des indépendants, nous rappelons la pratique concernant l'article 12 LSE voulant que si un indépendant peut diriger lui-même une entreprise de location de services, il ne peut par contre louer ses propres services que s'il crée une société ayant la personnalité juridique et conclut un contrat de travail avec elle.

3.10.4.6 MESURES VISANT À PRÉVENIR LES ABUS

Afin de maintenir l'équilibre sur le marché de l'emploi en Suisse, il est primordial que les dispositions sur la protection des travailleurs soient identiques pour tous, indépendamment de la provenance des travailleurs et de la durée de leur activité en Suisse. Pour garantir cette protection et éviter tout dumping salarial, le Parlement a adopté des mesures d'accompagnement en matière de libre circulation des personnes, tout d'abord au moment de la signature de l'ALCP, puis également lors de son extension.

En 2002, trois mesures ont été adoptées : la détermination des conditions minimales de travail et de salaire applicables aux travailleurs détachés, soit des personnes qui sont envoyées en Suisse pour une période limitée par une entreprise dont le siège est à l'étranger ; la possibilité, en cas d'abus, de déclarer de force obligatoire selon une procédure facilitée les dispositions relatives à la rémunération et à la durée du travail prévues dans les CCT ; l'adoption, en l'absence de possibilité d'extension d'une convention collective, d'un contrat-type de travail fixant un salaire minimum de nature impérative.

3

En vue de la mise en œuvre de ces mesures d'accompagnement, la Confédération et les cantons ont institué des commissions tripartites, composées de représentants de la Confédération ainsi que d'organisations patronales et syndicales. Ces commissions sont chargées d'observer le marché du travail, de déceler les cas de dumping salarial et de proposer des mesures adéquates aux autorités politiques compétentes afin de les éliminer.

À l'occasion de l'extension de l'Accord, de nouvelles mesures ont été adoptées concernant l'exécution et la mise en œuvre de la loi sur les travailleurs détachés, l'obligation pour les cantons de se doter d'un nombre suffisant d'inspecteurs, la soumission des entreprises de travail temporaire à diverses dispositions des CCT étendues, la nouvelle simplification des conditions relatives à l'extension du champ d'application des conventions collectives de travail, l'obligation des employeurs d'informer les travailleurs par écrit sur les points essentiels du contrat de travail ainsi que la possibilité pour l'Office fédéral de la statistique de transmettre certaines données aux commissions tripartites.

Les contrats de mission conclus dans le cadre de la location de services sont généralement temporaires et d'une durée inférieure à un an. Dans de rares cas, cela peut également se produire dans le cas de contrats de travail en régie de courte durée. S'il apparaît dans la demande que l'entreprise de location de services entend engager des travailleurs pour moins de trois mois, la procédure d'annonce s'applique en premier lieu. Si le bailleur de services souhaite recruter des travailleurs pour une durée de plus trois mois et d'un an maximum, les autorités cantonales compétentes ne peuvent pas délivrer d'autorisation de séjour (permis B UE/AELE). Les travailleurs peuvent obtenir uniquement une autorisation de séjour de courte durée (permis L UE/AELE) limitée à la durée de leur mission (voir la circulaire du SECO et du SEM du 4 mars 2011 relative à la mise en œuvre du paquet de mesures du 24 février 2010).

Le choix de la procédure à suivre dépend ainsi de la durée effective du contrat de travail entre l'entreprise de location de services et le travailleur, laquelle découle toujours du contrat de mission et non du contrat-cadre.

3.10.4.7 EN VERTU DE QUELLE BASE LÉGALE UNE AUTORISATION FÉDÉRALE DE LOCATION DE SERVICES EST-ELLE EXIGÉE POUR LE RECRUTEMENT DE RESSORTISSANTS DE L'UE ET DE L'AELE ?

Les entreprises ayant un champ d'activité international ont besoin de l'autorisation fédérale de pratiquer la location de services non seulement si elles font de la location de services de la Suisse vers l'étranger, mais également si elles veulent louer en Suisse les services de travailleurs recrutés à l'étranger. Cette règle existe depuis de nombreuses années.

À l'époque de l'élaboration des bases légales, le législateur est parti du principe que seule devait être autorisée la location de services de la Suisse vers l'étranger. Le législateur ne voulait admettre une location de services dans le sens inverse que de manière très restrictive, à savoir dans les seuls cas où les travailleurs étrangers avaient le droit de changer d'emploi et de profession au sens de l'article 21 LSE. Cet article se fondait sur l'idée que les étrangers ne devaient en principe pas être autorisés à entrer en Suisse dans le but d'y louer leurs services (cf. Message du Conseil fédéral du 27 novembre 1985 concernant la révision de la LSE, RO 85.069, p. 67).

Dans la pratique, depuis l'entrée en vigueur de la LSE révisée au 1er juillet 1991, on a assisté à une certaine ouverture de la location de services de l'étranger vers la Suisse et, à proprement parler, en dérogation aux dispositions légales et aux intentions du législateur. Il a cependant toujours été exigé des bailleurs de services entendant recruter des travailleurs à l'étranger pour des missions en Suisse qu'elles demandent en sus une autorisation fédérale. Cette règle se fonde sur le Message du Conseil

3

fédéral concernant la révision de la LSE. On peut y lire à la page 57 : « Pour la location de services à l'étranger, le 2e alinéa exige, en plus de l'autorisation cantonale, une autorisation de la Confédération. Les raisons de cette réglementation sont les mêmes que celles qui ont été mentionnées pour le placement privé à l'étranger (cf. commentaire relatif à l'art. 2, al. 3). ». Et la page 45 comporte les explications suivantes : « Les 3e et 4e alinéas règlent les opérations de placement intéressant l'étranger. Sont considérées comme telles toutes les formes de placement visées par les 1er et 2e alinéas lorsque l'activité s'exerce par-dessus les frontières ou touche des étrangers entrés en Suisse qui – à la différence des personnes au bénéfice d'un permis de séjour ou d'établissement – n'ont pas encore le droit d'exercer une activité lucrative. »

Les bailleurs de services qui vont recruter des travailleurs à l'étranger ont donc toujours été traités comme les placeurs qui exercent leur activité par-dessus les frontières. Même si l'article 12, alinéa 2 LSE et l'article 6 OEMOL-LSE ne mentionnent que la location de services vers l'étranger, une autorisation fédérale a toujours été également exigée pour la location de services transfrontalière et les sûretés augmentées de 50 000 francs. La majoration des sûretés pour les entreprises ayant des activités transfrontalières est justifiée par les risques plus élevés que présentent les transactions financières transfrontalières. Traiter les entreprises qui recrutent des travailleurs à l'étranger pour louer leurs services en Suisse autrement que celles qui louent à l'étranger les services de travailleurs recrutés en Suisse serait absurde.

Important :

Est également assimilée à la location de services/au placement de primo-immigrants, et par conséquent à la location de services transfrontalière soumise à une autorisation fédérale en plus de l'autorisation cantonale, la location de services de ressortissants de l'UE/AELE qui sont engagés en Suisse pour une période inférieure à trois mois, et qui n'ont de ce fait pas besoin d'une autorisation de séjour puisqu'ils sont uniquement soumis à une obligation d'annonce.

Est en outre assimilée à la location de services transfrontalière soumise à autorisation fédérale la location de services de ressortissants de l'UE/AELE déjà titulaires d'un permis L UE/AELE. Bien que les détenteurs d'un tel titre de séjour puissent le faire prolonger jusqu'à 364 jours au plus, l'autorisation initiale ne leur est accordée que pour la durée de leur mission ou de leur contrat de travail, et ils ne sont dès lors autorisés à accéder au marché du travail suisse que pour cette période. Ces ressortissants de l'UE et de l'AELE qui ont fait prolonger leur titre de séjour doivent être traités comme s'ils se trouvaient encore à l'étranger et n'étaient pas encore autorisés à accéder au marché du travail suisse. Les entreprises qui souhaitent les engager pendant la prolongation de leur autorisation de séjour ont donc besoin d'une autorisation fédérale en sus de l'autorisation cantonale.

3.10.4.8 QUELLES SONT LES CONSÉQUENCES JURIDIQUES SI UN BAILLEUR DE SERVICES NON TITULAIRE D'UNE AUTORISATION FÉDÉRALE ENGAGE DES RESSORTISSANTS DE L'UE/AELE ?

Le bailleur de services qui veut louer en Suisse les services de primo-immigrants recrutés à l'étranger doit demander une autorisation de pratiquer la location de services fédérale délivrée par le SECO. Si le bailleur ne possède pas cette autorisation, le contrat de travail est nul et non avenu (art. 19, al. 6 LSE). Étant donné qu'aucun rapport de travail valable au sens de l'article 6 de l'annexe I ALCP n'a été conclu, aucun titre de séjour ne peut non plus être délivré par les services compétents en matière de migration.

Les cantons veillent à ce que les autorités cantonales compétentes vérifient auprès des autorités chargées de la LSE, avant d'accorder un titre de séjour à un travailleur étranger recruté aux fins de location de services, si le bailleur de services qui l'a engagé est en possession d'une autorisation fédérale.

3

3.11 ARTICLE 22 LSE : CONTRAT DE LOCATION DE SERVICES (ART. 50 OSE)

3.11.1 GÉNÉRALITÉS

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

Le contrat de location de services doit être signé par les deux parties (bailleur de services et entreprise de mission). Il ne suffit pas que le bailleur de services communique les conditions générales de l'entreprise à l'entreprise de mission ou lui confirme la mission. L'article 22, alinéa 1 LSE exige que tout le contrat soit contresigné ; les conditions générales peuvent faire partie du contrat.

Il n'est pas nécessaire de conclure un contrat de location de services pour chaque travailleur indiquant la durée et le volume des besoins de l'entreprise de mission. Si un changement de travailleurs intervient dans le cadre défini par le contrat, la conclusion d'un nouveau contrat n'est pas nécessaire.

L'obligation de conclure un contrat de location de services est valable pour tout bailleur de services qu'il soit ou non assujetti à l'autorisation. En d'autres termes, un contrat de location de services doit être conclu dans tous les cas, non seulement lorsque le bailleur fait commerce de location de services, mais aussi en cas de mise à disposition occasionnelle. Cette forme de location de services peut se produire dans des entreprises qui, confrontées à des difficultés économiques momentanées, choisissent de mettre leurs travailleurs à disposition d'autres entreprises plutôt que de les mettre au chômage partiel ou de les licencier.

Toute succursale qui exerce une activité de location de services et embauche des travailleurs à ce titre doit conclure elle-même un contrat de location de services avec l'entreprise de mission. Ce contrat ne peut pas être conclu par le siège principal (cf. à ce sujet l'arrêt du Tribunal administratif fédéral B-434/2015 du 18 mai 2016 dans l'affaire XX Group AG contre SECO).

3.11.2 ACCORDS D'INDEMNISATION EN CAS DE TRANSFERT DU TRAVAILLEUR À L'ENTREPRISE DE MISSION (ART. 22, AL. 2 À 4 LSE)

L'article 22, alinéa 2 LSE interdit les accords qui empêchent l'entreprise locataire de services de conclure un contrat de travail avec le travailleur **une fois que le contrat de location de services arrive à son terme**. Cette règle répond au principe édicté à l'article 19, alinéa 5 LSE, selon lequel sont nuls et non avenus les accords qui empêchent l'amélioration de la situation économique du travailleur à l'issue du contrat de location de services.

Le bailleur de services a en revanche la possibilité d'exiger de l'entreprise locataire de services le versement d'une indemnité lorsque la mission a duré moins de trois mois et que le travailleur a repris son activité au sein de l'entreprise locataire de services moins de trois mois après la fin de la location de ses services à cette entreprise (art. 22, al. 3 LSE). Cela doit permettre de dédommager le bailleur de services pour les prestations fournies. Le bailleur de services n'a le droit de faire payer l'indemnité que par la seule entreprise de mission, et en aucun cas le travailleur. L'indemnité atteint au maximum le montant que l'entreprise locataire de services aurait eu à payer au bailleur de services à titre de frais d'administration et de bénéfice pour un engagement de trois mois. Le bailleur de services doit cependant imputer sur l'indemnité le montant déjà versé au titre de frais d'administration et de bénéfice (art. 22, al. 4 LSE). Le bailleur ne peut faire valoir son droit à l'indemnisation que dans un délai prédefini. Aucune indemnité ne peut plus être demandée si la mission a duré plus de trois mois ou remonte à plus de trois mois.

3

Il convient de noter que le législateur a réglé ce point de manière exhaustive. En d'autres termes, aucune disposition allant au-delà du cadre défini par l'article 22 LSE n'est autorisée. Toute indemnité est ainsi exclue lorsque le travailleur est engagé par un autre bailleur de services, qui le loue de nouveau à la même entreprise de mission.

3.11.3 NULLITÉ POUR DÉFAUT D'AUTORISATION (ART. 22, AL. 5 LSE)

Selon l'article 22, alinéa 5 LSE, un contrat de location de services conclu par un bailleur de services qui ne possède pas l'autorisation nécessaire est nul et non avenu. Cette disposition vise à éviter que ce bailleur puisse imposer l'exécution du contrat de location de services. Selon les règles de l'enrichissement illégitime (art. 62 ss CO), il a uniquement droit à la restitution des salaires payés aux travailleurs et des cotisations sociales y afférentes, mais non au paiement des frais administratifs et du bénéfice. L'entreprise locataire de services ne doit quant à elle pas pouvoir se prévaloir du contrat de location de services lorsqu'il est porté à sa connaissance que le bailleur est dépourvu d'autorisation. Si elle a déjà réglé les frais de la mission, elle peut réclamer au bailleur de services le remboursement des cotisations indues. En outre, une action en dommages et intérêts n'est pas exclue.

3.11.4 LE DROIT DE RÉSILIATION DU RAPPORT DE TRAVAIL PEUT-IL ÊTRE CÉDÉ À L'ENTREPRISE DE MISSION ?

Même si l'entreprise de mission dispose du pouvoir de direction, elle ne peut en aucun cas licencier le travailleur dont elle loue les services. C'est le bailleur de services en tant qu'employeur qui conserve le droit de résilier le rapport de travail.

On peut cependant admettre que le bailleur donne à l'entreprise de mission une procuration l'autorisant à résilier le rapport de travail en son nom. Selon le droit de la représentation (art. 32 ss CO), l'octroi d'une telle procuration est autorisé étant donné qu'il ne s'agit pas d'un acte juridique strictement personnel excluant toute représentation (fiançailles, mariage, dispositions pour cause de mort), le droit des obligations admettant le principe de la représentation.

Si une telle procédure est choisie, le bailleur établira en faveur de l'entreprise de mission une **procuration expresse** l'habilitant à résilier le rapport de travail **au nom du bailleur**. Cette procuration peut faire partie intégrante du contrat de location de services.

Lorsqu'une telle procuration a été donnée à l'entreprise de mission, les dispositions de protection contre les licenciements en faveur du travailleur demeurent réservées. Les dispositions générales sur le licenciement (art. 335 à 335c CO) ainsi que les dispositions sur la résiliation abusive (art. 336 à 336b CO) et en temps inopportun (art. 336c CO), de même que sur la résiliation injustifiée (art. 337c CO) doivent être respectées. Le bailleur de services répond de toute erreur commise par l'entreprise de mission. Dans ces conditions, il ne peut être recommandé de donner à l'entreprise de mission une procuration lui conférant le droit de résilier les rapports de travail.

Comme le licenciement est prononcé à l'encontre du travailleur, celui-ci doit être informé de la délégation du licenciement. Une mention à cet effet doit être prévue dans le contrat de travail.

3.11.5 LA LOCATION DE SERVICES ULTRÉRIEURE OU LA SOUS-LOCATION DE SERVICES EST-ELLE LICITE ?

La législation considère la location de services comme une relation triangulaire. Juridiquement, elle n'est donc autorisée que dans ce cadre. Une entreprise interposée ne peut être considérée comme

3

bailleur au sens de la loi, étant donné qu'aucun contrat de travail ne la lie au travailleur. Les dispositions légales interdisent aussi clairement la sous-location et la location de services. Aux termes de l'article 19, alinéa 2 LSE, le bailleur de services est tenu de définir avec l'employé, impérativement par écrit dans le contrat de travail et avant la prise du travail, le genre de travail à fournir, le lieu de travail ou l'horaire de travail de l'employé.

Le contrôle d'un cas normal de location de services s'avère déjà être difficile, d'où l'obligation d'autorisation imposée à cette activité. Une sous-location ou une location intermédiaire de services compliquerait, voire empêcherait tout contrôle.

Si les services de travailleurs ignorant le contexte juridique sont loués dans le cadre d'autres relations (sous-location ou location intermédiaire de services), les risques auxquels ils sont exposés s'accroissent de manière exponentielle. Les travailleurs peuvent être mis en danger parce qu'ils ne remarquent pas, en raison de la distance qui les sépare du véritable employeur, que ce dernier n'est plus en mesure de les payer. Au final, ils ne peuvent plus revendiquer leur salaire auprès de personne.

Ces situations multiples augmentent le risque de voir ces bailleurs de services intermédiaires procéder à des activités de location illégales de l'étranger vers la Suisse, violent ainsi l'interdiction prévue par l'article 12, alinéa 2 LSE.

C'est pourquoi l'article 26, alinéa 3 LSE inscrit explicitement dans la législation l'interdiction de la sous-location et de la location intermédiaire de services, améliorant ainsi la protection des travailleurs dont les services sont loués. Les solutions suivantes sont cependant conformes à la loi :

1. la première entreprise cède le rapport de travail à la deuxième entreprise pour la durée de l'engagement, la deuxième entreprise devient l'employeur, dispose d'une autorisation de pratiquer la location de services et met les services du travailleur à disposition d'une troisième entreprise (art. 26, al. 3, let. a OSE), ou
2. la première entreprise reste l'employeur, elle conclut un contrat de location de services avec l'entreprise de mission et la deuxième entreprise assume uniquement le rôle d'« intermédiaire » (art. 26, al. 3, let. b OSE).

Dans le premier cas, la première entreprise n'a pas besoin d'une autorisation de placement en vertu de l'article 6, lettre b OSE puisqu'elle met en relation ses propres travailleurs avec un employeur. Par contre, la deuxième entreprise a besoin d'une autorisation de location de services.

Dans le second cas, la première entreprise a besoin d'une autorisation de location de services. La deuxième entreprise n'exerce pas d'activité soumise à la LSE. Ce qu'elle fait n'étant pas un placement au sens de la LSE, elle n'a pas besoin d'une autorisation de placement.

Important :

Il existe également une situation de sous-location de services lorsque, au sens de l'article 26, alinéa 3, lettre b OSE, un bailleur de services étranger ou un placeur suisse place des travailleurs à un bailleur de services suisse titulaire d'une autorisation, mais continue d'en retirer un avantage pécuniaire pendant toute la durée de la mission. En effet, un placement au sens de la LSE est terminé lorsqu'il débouche sur un emploi fixe. Le placeur est ici dédommagé au moyen d'une somme déterminée, qui peut également être versée de manière échelonnée. Il ne peut cependant pas continuer de retirer un avantage pécuniaire du travailleur dont les services sont loués par la suite. Outre une sous-location de services interdite de fait dans le premier cas, il s'agirait sinon également d'un

3

placement / d'une location de services direct/e de l'étranger et donc interdit/e. Dans le second cas, le placeur violerait l'obligation de détenir une autorisation de pratiquer la location de services, qui serait alors contournée par le biais de cette collaboration.

3.11.6 QUELLES SONT LES RÈGLES PARTICULIÈRES À OBSERVER EN CAS DE LOCATION DE SERVICES INTRAGROUPE ?

Il n'a jamais été question d'exempter de manière générale la location de services au sein d'un groupe de l'obligation d'être au bénéfice d'une autorisation, la base légale à cet effet faisant défaut. Les paragraphes suivants expliquent comment il convient d'évaluer la location de services au sein d'un groupe et dans quels cas une exception à l'obligation d'autorisation est justifiée.

Groupe

Le droit suisse ne connaît pas de droit des groupes de sociétés. Chaque société du groupe est en principe traitée comme une entité juridique indépendante, possédant ses propres organes tenus d'exercer leurs activités dans l'intérêt de ladite société et non dans celui du groupe, d'autres sociétés ou de l'actionnaire majoritaire. Les affaires juridiques entre ces sociétés doivent par conséquent être traitées dans les mêmes conditions que si elles étaient conclues avec des tiers extérieurs (cf. également ATF 138 II 57, consid. 4.1.).

Réglementation sur la location de services intragroupe dans la LSE

La LSE ne contient aucune règle spécifique relative à la location de services intragroupe. L'obligation d'autorisation est donc examinée en fonction des critères usuels. Une obligation d'autorisation existe dès lors en principe aussi lorsque la location de services a lieu au sein d'un groupe de sociétés.

Aspects typiques de la location de services

Le rapport triangulaire sur lequel se fonde la location de services conduit à une division de la fonction d'employeur. Ce dernier (bailleur de services) confie son collaborateur à un tiers (entreprise de mission) pour une prestation de travail. Le tiers dispose de l'essentiel des pouvoirs de direction sur le collaborateur dont les services sont loués et assume l'obligation de surveillance et d'assistance à l'égard de celui-ci. Il s'agit d'un employeur de fait et non juridique. Le collaborateur dont les services sont loués est en général moins bien intégré au sein de l'entreprise de mission que les employés permanents. On ne peut de ce fait exclure qu'il subisse des inégalités de traitement. De plus, le collaborateur doit, selon les circonstances, s'imposer face à deux parties, l'entreprise de mission et le bailleur de services. Par ailleurs, la distance géographique avec le bailleur de services peut par exemple induire que le collaborateur n'apprenne rien des difficultés financières de son employeur et ne puisse ainsi pas prendre à temps les mesures nécessaires.

Location de services intragroupe non soumise à autorisation – situation exceptionnelle

À titre exceptionnel, la location de services intragroupe sans autorisation peut être admise, s'il s'agit d'un cas isolé et qu'elle a uniquement pour but de favoriser l'acquisition d'expériences professionnelles, linguistiques ou autres, qu'elle sert au transfert de savoir-faire au sein du groupe ou qu'elle se produit de manière occasionnelle comme le prévoit la LSE (art. 12 LSE en lien avec l'art. 27, al. 4 OSE). Les critères suivants peuvent, selon une pratique constante, fournir des indices de l'existence de location de services intragroupe exemptée d'autorisation :

3

- Le collaborateur est principalement employé pour des prestations de travail au sein de sa propre société. La location de services à une autre société du groupe n'est en principe pas le but recherché et ne se produit que de manière isolée.
- La location de services ne fait pas partie des objectifs premiers de l'employeur. La location de services est limitée dans le temps.
- La location de services ne se produit qu'occasionnellement. L'employeur peut par exemple vouloir faire face à une diminution des commandes et l'entreprise de mission entend couvrir un besoin de courte durée par le recours à du personnel supplémentaire au sein du groupe.
- L'acquisition d'expérience et de savoirs ainsi que la transmission de ces derniers figurent au premier plan.
- Le collaborateur a la possibilité de faire un séjour à l'étranger ou d'acquérir de l'expérience professionnelle dans une autre unité du groupe.
- Il existe un transfert de connaissances au sein du groupe, dans lequel par exemple un nouveau logiciel est implémenté ou un collaborateur est formé sur une nouvelle machine.

Location de services transfrontalière intragroupe non soumise à autorisation

Si elle répond aux critères indiqués ci-dessus, la location de services transfrontalière peut être exemptée d'autorisation contrairement à ce que prévoit l'article 12, alinéa 2 LSE.

Location de services ultérieure interdite

En ce qui concerne la location de services intragroupe exemptée d'autorisation également, il faut s'assurer que celle-ci se déroule uniquement au sein du groupe et qu'aucune location de services ultérieure interdite (sous-location ou location intermédiaire), visée par l'article 26, alinéa 3 OSE ne se produit.

Location de services intragroupe soumise à autorisation – règle générale

Toute location de services dépassant le cadre du cas d'exception indiqué précédemment est soumise à autorisation. Ceci vaut en particulier pour les sociétés créées au sein d'un groupe pour louer du personnel à d'autres sociétés du même groupe (en allemand « Staffingfirmen »). Ces cas relèvent d'une activité exercée à titre commercial au sens de la LSE et présentent les mêmes dangers liés à l'existence d'un rapport triangulaire que pour les autres sociétés de location de services. La protection voulue par le législateur doit être accordée aux travailleurs loués, raison pour laquelle la location de services intragroupe pratiquée à titre commercial est soumise à autorisation en vertu de la LSE. Il faut alors partir du principe que les travailleurs sont loués sous la forme du travail en régie et employés pour une durée indéterminée ou, tout au moins, longue. C'est en cela que la location de services intragroupe soumise à autorisation se distingue du cas visé à l'article 13, alinéa 1, lettre c LSE, en relation avec l'article 32, alinéa 2 OSE. Cette disposition légale vise à empêcher que les travailleurs loués à court terme entre deux sociétés d'un même groupe sous la forme du travail temporaire ne soient désavantagés (délai de congé plus court pendant les trois premiers mois, affiliation retardée à la caisse de pension, etc.).

3



Remarques :

L'exécution de simples obligations de reportage au sein du groupe, dans le cadre desquelles les sociétés du groupe rendent compte de leurs activités à la maison mère, ne constitue pas une activité de location de services.

Il n'y a pas non plus de location de services lorsque certains services sont externalisés à une société du groupe, par exemple lorsqu'une société effectue des achats au niveau mondial pour les autres sociétés du groupe. Dans ce cas, une société du groupe reçoit le mandat d'effectuer les achats pour les autres sociétés du groupe, éventuellement avec certaines directives en matière de prix, mais elle n'est pas soumise au pouvoir de direction pour le reste.

LSE en rapport avec la LDét

Dans le contexte international, les groupes avancent parfois que l'article 1, alinéa 1, lettre b LDét autorise la location de services transfrontalière intragroupe. Ils se réfèrent aux termes selon lesquels entrent aussi dans le champ d'application de la LDét les employeurs ayant leur siège à l'étranger et détachant leurs travailleurs en Suisse dans le but de « travailler dans une filiale ou une entreprise appartenant au groupe de l'employeur » pour une période définie. Néanmoins, à la lecture du message relatif à la LDét et des documents connexes, la conclusion s'impose que le législateur prévoyait expressément que la LSE reste réservée concernant l'interdiction de location de services de l'étranger vers la Suisse, selon l'article 12, alinéa 2 LSE. Avec l'article 1, alinéa 1, lettre b LDét, le législateur entendait uniquement établir qu'il s'agit ici également d'un détachement et qu'il convient de respecter la LDét lorsqu'un travailleur est en mission au sein d'un même groupe. Dans cette situation, le droit de donner des instructions au travailleur en mission reste assumé par l'entreprise de détachement en sa qualité d'employeur, conformément à un détachement selon l'article 1, alinéa 1, lettre a LDét. Il ne s'agit donc pas de location de services.

Aussi la loi sur les travailleurs détachés ne saurait-elle servir à contourner les dispositions de la LSE. La location de services intragroupe exemptée de l'obligation d'autorisation ne peut être autorisée qu'à titre exceptionnel, lorsque les conditions susmentionnées sont remplies.

3.11.7 DIFFÉRENCE ENTRE TRAVAILLEURS DONT LES SERVICES ONT ÉTÉ LOUÉS ET TRAVAILLEURS DÉTACHÉS

Les travailleurs dont les services sont loués travaillent, en règle générale, sous les instructions du client. Le bailleur ne peut influencer le travail.

Les travailleurs détachés continuent de travailler sous les instructions de leur employeur sis à l'étranger et accomplissent pour lui un mandat, un contrat d'entreprise ou un autre contrat auprès d'un client. L'employeur est responsable du travail.

La LDét s'applique uniquement aux travailleurs détachés et non aux travailleurs dont les services sont loués. Les bailleurs ne peuvent par conséquent pas se prévaloir des dispositions de l'article 1, alinéa 1, lettre b LDét. Dans le cadre de l'adoption de la LDét, le législateur a explicitement souligné que la LSE et son interdiction de la location de services de l'étranger vers la Suisse (art. 12, al. 2 LSE) demeuraient réservées.

3

3.11.8 SUCCURSALES INTERNES DANS LE CAS D'ENTREPRISES DE LOCATION DE SERVICES

Il arrive de plus en plus souvent que des entreprises de location de services pratiquent la « gestion sur site » en employant sur place un conseiller en personnel ou en instaurant un bureau interne au sein de l'entreprise de mission aux fins d'un meilleur suivi des travailleurs temporaires et des clients.

Quand un tel bureau interne ou une activité de gestion sur site est-il/elle soumis(e) à autorisation et sous quelles conditions ?

Il convient d'examiner les circonstances propres à chaque cas. Les règles suivantes s'appliquent :

- Si le bureau interne est hiérarchiquement subordonné à une succursale autorisée établie dans le même canton, pour laquelle il effectue des tâches de soutien sur place (par ex. suivi de travailleurs, mais sans conclusion de contrats de travail et de location de services), il doit, en tant qu'établissement stable, être repris dans l'autorisation de la succursale et n'a donc pas besoin d'autorisation propre.
- Si, en revanche, le bureau interne n'est pas hiérarchiquement subordonné à une succursale et pratique une activité de location de services indépendante (c'est-à-dire qu'il recrute lui-même les travailleurs et conclut des contrats de location de services avec les clients), il fonctionne comme une succursale et doit à ce titre être en possession d'une autorisation.
- Un bureau interne qui agit uniquement comme un établissement stable subordonné mais travaille sur un lieu non situé dans le même canton que la succursale autorisée doit être transformé en succursale devant être inscrite au registre du commerce et demander une autorisation propre.

3.11.9 CONSÉQUENCES EN CAS DE LICENCIEMENT COLLECTIF

En principe, les dispositions relatives au licenciement collectif au sens des articles 335d et suivants CO et l'obligation de déclarer les licenciements et fermetures d'entreprise prévue par l'article 29 LSE doivent être observées.

Les articles 335d et suivants CO définissent la notion de **licenciement collectif** et les **obligations qui incombent à cet égard à l'employeur**.

Selon l'article 335d CO, il y a licenciement collectif lorsque, dans un délai de 30 jours, l'employeur donne des congés à des travailleurs employés habituellement, dont le nombre est au moins : 1. égal à 10 dans les établissements employant plus de 20 et moins de 100 travailleurs ; 2. de 10 % du nombre des travailleurs dans les établissements employant au moins 100 et moins de 300 travailleurs ; 3. égal à 30 dans les établissements employant au moins 300 travailleurs.

En vertu de l'article 335f, alinéas 1 et 2 CO, l'employeur est tenu de consulter la représentation des travailleurs ou les travailleurs ainsi que de leur donner la possibilité de formuler des propositions sur les moyens d'éviter les congés ou d'en limiter le nombre, ainsi que d'en atténuer les conséquences. L'article 335f, alinéa 3 CO précise qu'il est tenu de communiquer les motifs du licenciement collectif, le nombre des travailleurs auxquels le congé doit être signifié, le nombre des travailleurs habituellement employés et la période pendant laquelle il est envisagé de donner les congés, puis de transmettre à l'office cantonal du travail une copie de cette communication (al. 4).

Par la suite, l'employeur est tenu de notifier à l'office cantonal du travail tout projet de licenciement collectif et de transmettre à la représentation des travailleurs ou aux travailleurs une copie de cette notification (art. 335g, al. 1 CO). La notification doit contenir les résultats de la consultation de la représentation des travailleurs ou des travailleurs ainsi que tous les renseignements utiles concernant

3

le projet de licenciement collectif. Le délai prévu à l'article 335g, alinéa 4 CO commence à courir avec la notification : les rapports de travail prennent fin 30 jours après la notification, à moins que, selon les dispositions contractuelles ou légales, le congé ne produise effet à un terme ultérieur.

De par ces dispositions du CO, le législateur entend faire gagner du temps aux travailleurs et créer des conditions en vue de limiter le nombre de ces congés voire de les éviter dans toute la mesure du possible, ainsi que veiller aux possibilités de reclassement des salariés concernés. Cela conduit fréquemment à une solution de plan social.

L'article 29 LSE impose **de plus** aux employeurs une **obligation de droit public de déclarer les licenciements et fermetures d'entreprise**, qui doit également être effectuée auprès de l'office du travail compétent. L'article 53 OSE stipule que l'employeur a l'obligation de déclarer lorsqu'au moins dix travailleurs sont concernés (al. 1), nombre qui peut être abaissé à six selon l'alinéa 2. Certains cantons ont fait usage de cette possibilité. L'alinéa 3 définit les indications devant être communiquées : le nombre, le sexe et la nationalité des travailleurs touchés, le motif de la fermeture, la branche à laquelle appartient l'entreprise qui licencie des employés ainsi que le moment à partir duquel le congé prend effet.

Ni le CO ni la LSE ne prévoit d'exceptions pour certaines branches, tous les rapports de travail de droit privé sont soumis à ces obligations. Concernant les licenciements collectifs, seuls les gens de mer sont exclus en vertu de l'article 1, alinéa 2 de la directive 75/129/CEE, sur laquelle reposent les dispositions du CO.

Par conséquent, les bailleurs de services sont en principe également assujettis à ces deux réglementations, qui s'appliquent au moins à tous les rapports de travail à durée déterminée ou de plus de six mois.

Les rapports de travail temporaires peuvent cependant être exclus durant les six premiers mois d'engagement, pour autant que les délais de congés plus courts que ceux du CO prescrits par l'article 19, alinéa 4 LSE leur soient applicables pendant cette période. Grâce à ces délais de congé courts, le législateur entendait prévoir que de tels contrats temporaires puissent être résiliés rapidement en fonction des besoins de l'économie. Il serait à présent absurde de les assujettir aux obligations légales relatives au licenciement collectif ou à l'obligation de déclarer les licenciements et fermetures d'entreprise. En ce qui concerne tous les autres rapports de travail, les bailleurs de services sont cependant tenus d'observer les prescriptions légales.

3.11.10 LE CAS DES « PREFERRED SUPPLIERS » (FOURNISSEURS PRIVILÉGIÉS)

Ces dernières années, certaines grandes entreprises ont commencé à confier des missions de location de services exclusivement à des bailleurs sélectionnés – dits « preferred suppliers ». Du point de vue de la LSE, il convient de veiller à ce que cela n'aboutisse pas à de la sous-location de services (art. 26, al. 3 OSE), qui est interdite.

Dès lors que, dans le cadre de la collaboration avec un « preferred supplier » au sens de l'article 26, alinéa 3, **lettre a** OSE, le rapport de travail est transféré audit « preferred supplier » qui met par la suite les services du travailleur à la disposition de l'entreprise de mission – donc que l'employeur initial cède le rapport de travail au « preferred supplier » –, il n'y a pas de sous-location de services interdite. De même, si l'entreprise initiale demeure l'employeur au sens de l'article 26, alinéa 3, **lettre b** OSE et loue elle-même les services du travailleur à l'entreprise de mission, le « preferred supplier » assume uniquement le rôle d'intermédiaire dans la relation de location de services.

Dans le premier cas (**let. a**), le « preferred supplier » doit être en possession d'une autorisation de location de services, ce qui n'est possible que s'il a son siège en Suisse et traite l'activité de location par l'intermédiaire de celui-ci, garantissant ainsi le respect des différentes prescriptions légales de la Suisse. La location en Suisse de services de personnel recruté à l'étranger n'est pas autorisée selon l'article 12, alinéa 2 LSE.

3

Dans le second cas (let. b), il est important que le « preferred supplier » fournit exclusivement des prestations administratives, mais ne signe pas de contrats de travail ou de location de services en lieu et place du bailleur de services suisse autorisé ou de l'entreprise de mission et n'assume pas de fonctions dévolues à ces derniers. S'il assume uniquement le rôle d'intermédiaire dans la relation de location, il ne s'agit pas d'un placement au sens de la loi et il n'a donc pas besoin d'une autorisation à cet égard. La situation est tout autre si le « preferred supplier » aide l'entreprise de mission à trouver un travailleur mais le charge de mission par l'intermédiaire du bailleur de services. Il doit ici être en possession d'une autorisation de placement dès lors qu'il pratique une telle activité de manière régulière et contre rémunération.

3.11.11 LISTE DE CONTRÔLE POUR L'EXAMEN DES CONTRATS DE LOCATION DE SERVICES

Les points suivants doivent toujours être contrôlés dans l'examen de la demande d'autorisation. Ils peuvent être fixés dans différentes parties du contrat (par ex. dans le contrat de location de services proprement dit pour les points valables uniquement pour la mission ponctuelle et dans les conditions générales pour les autres stipulations ayant une validité générale).

L'article 22, alinéa 1 LSE exige que les points suivants soient réglés dans le contrat :

- l'adresse du bailleur de services et celle de l'autorité qui délivre l'autorisation (canton et, le cas échéant, SECO) ;
- les qualifications professionnelles du travailleur et le genre de travail ;
- le lieu de travail du travailleur ainsi que le début de l'engagement ;
- la durée de l'engagement ou les délais de congé ;
- l'horaire de travail du travailleur ;
- le coût de la location de services, y compris les prestations sociales, les allocations, les indemnités et les prestations accessoires.

Aux termes de l'article 22, alinéa 2 LSE sont nuls et non avenus les accords qui :

- entravent ou empêchent l'entreprise locataire de services de conclure un contrat de travail avec le travailleur une fois que le contrat de location de services arrive à son terme (cf. 3.11.2).



Remarque :

Selon la jurisprudence relative à la loi sur le travail, une entreprise qui emploie des travailleurs est responsable du respect des dispositions de protection des travailleurs. Le seul élément déterminant en l'occurrence est le rapport de subordination entre l'entreprise et le travailleur ; le fait qu'ils soient ou non liés par un contrat est indifférent. Cette responsabilité appartient donc à l'employeur de fait et non à l'employeur selon le contrat. Il s'ensuit que dans la location de services, c'est en principe l'entreprise de mission qui est responsable de l'observation des dispositions de protection des travailleurs. Il est judicieux de rappeler cette règle à l'entreprise de mission dans le contrat de location de services, afin que cette dernière en ait connaissance.

3.11.12 MODÈLE DE CONTRAT DE LOCATION DE SERVICES

Un modèle de contrat est disponible sur Internet à l'adresse www.travail.swiss.

3

3.11.13 TABLEAU SYNOPTIQUE DE LA LOCATION DE SERVICES

Tableau 9 : Synoptique de la location de services

	Mise à disposition occasionnelle	Mise à disposition de travailleurs à titre principal (travail en régie)		Travail temporaire	
		à titre professionnel	pas à titre professionnel	à titre professionnel	pas à titre professionnel
Assujettissement à l'autorisation pour le bailleur de services:	Non	Oui	Non	Oui	Non
Articles de la LSE déterminants :					
Art. 18, al. 1 (publication d'offres d'emploi)	Non	Oui	Oui	Oui	Oui
Art. 18, al. 2 (observation du marché du travail)	Non	Oui	Non	Oui	Non
Art. 18, al. 3 (protection des données)	Oui	Oui	Oui	Oui	Oui
Art. 19, al. 1 à 3 (contrat de travail écrit)	Non*	Oui	Oui	Oui	Oui
Art. 19, al. 4 (délais de congé)	Non	Non	Non	Oui	Oui
Art. 19, al. 5 (accords nuls et non avenus)	Non	Oui	Oui	Oui	Oui
Art. 19, al. 6 (nullité du contrat)	Non	Oui	Oui	Oui	Oui
Art. 20 (CCT étendues)	Oui	Oui	Oui	Oui	Oui
Art. 21 (travailleurs étrangers)	Oui	Oui	Oui	Oui	Oui
Art. 22 (contrat de location de services)	Oui	Oui	Oui	Oui	Oui
For selon le CPC	Oui	Oui	Oui	Oui	Oui

* En règle générale, le travailleur a déjà conclu un contrat de travail ; le CO n'exige cependant pas un contrat écrit.

3

3.11.14 PARENTHÈSE : SERVICES D'ASSISTANCE ET DOMESTIQUES

Les services d'assistance et domestiques privés exercent leurs activités dans les domaines suivants :

- assistance aux personnes malades, accidentées et âgées ;
- travaux de nettoyage et travaux ménagers en général ;
- garde d'enfants et aide familiale ;
- garde d'animaux et de logements durant l'absence du propriétaire.

Les entreprises qui mettent à disposition de ménages privés du personnel chargé de l'assistance aux personnes âgées, aux blessés ou aux malades sont en principe assujetties à l'autorisation de location de services. Les prestations d'assistance et de ménage en faveur de seniors sont pour l'essentiel de simples services dont la fourniture n'exige pas de connaissances spéciales. Conformément à l'expérience générale de la vie, les personnes prises en charge sont en mesure, concernant de telles activités (qu'elles maîtrisent elles-mêmes ou ont maîtrisé un jour), de donner des instructions au personnel, de même que les membres de leur famille. Le Tribunal fédéral a suivi la pratique de longue date des autorités chargées de l'exécution de la LSE avec l'arrêt 2C_356/2012 et l'a confirmée par la suite avec l'arrêt 2C_534/2014.

Les services d'assistance tant privés que publics (organisations Spitex) fournissent cependant, dans le secteur des soins, également des prestations qui sont facturées en vertu de la loi sur l'assurance-maladie et affectent à ces tâches du personnel soignant qualifié. Ce personnel qualifié reste soumis au pouvoir de direction du service d'assistance qui n'abandonne donc pas ce pouvoir aux patients. Le personnel soignant qualifié et spécialisé travaille en suivant ses propres connaissances médicales et peut uniquement être soumis au pouvoir général de direction du service d'assistance.

S'agissant de l'obligation d'autorisation au sens de la LSE, il convient d'établir une distinction en fonction du type de service fourni. Si l'entreprise ne fournit pas uniquement des services de soins selon la loi sur l'assurance-maladie, mais propose aussi des prestations d'assistance et domestiques, elle est assujettie à l'autorisation de location de services pour ce domaine.

En revanche, des activités telles que le nettoyage de l'appartement ou la garde des animaux domestiques pendant l'absence de la cliente peuvent se trouver en dehors du champ d'application de la LSE. Il convient de déterminer au cas par cas si le travailleur est mis à la disposition de la cliente en tant qu'employé (location de services) ou s'il exécute le mandat en tant qu'employé du mandataire (voir 3.1.1.4).

Il existe également des entreprises qui ne font que du placement dans ce secteur, c'est-à-dire qui mettent en contact des demandeurs d'emploi et des employeurs pour conclure des contrats de travail. Dans ce cas, il convient de noter que l'activité de placement prend fin après la conclusion du contrat de travail et qu'aucun autre service, tel que l'administration des salaires, ne peut être fourni au nouvel employeur (en général les ménages privés). Dans la pratique, la remise d'un contrat de travail type ou d'une liste de sociétés fiduciaires indépendantes de l'entreprise est autorisée. Dans son arrêt du 2 novembre 2018 (ATF 2C_132/_2018), le Tribunal fédéral a jugé qu'une entreprise qui ne se considérait que comme une agence de placement devait être qualifiée d'entreprise de location de services, car l'entreprise avait exercé diverses activités normalement réalisées par le ménage privé en tant qu'entreprise fournissant du travail. Par exemple, l'entreprise avait effectué pour le compte du ménage privé les tâches administratives liées à l'embauche, les relations avec les administrations, le paiement des salaires, le versement des cotisations de sécurité sociale, etc.

3

Services d'assistance « live-in »

Les modèles de contrat mis à disposition par le SECO (contrat de travail temporaire, contrat de mission, contrat de mise à disposition de travailleurs à titre principal (travail en régie), avenant au contrat de mise à disposition de travailleurs à titre principal (travail en régie) et contrat de location de services) ne sont pas adaptés à la réglementation des rapports relatifs aux services d'assistance. Cela vaut tout particulièrement pour l'assistance « live-in » (appelé à tort prise en charge 24 heures sur 24 ou 7 jours sur 7), dans le cadre de laquelle la personne assistante vit dans le foyer du client. Si ces modèles de contrat sont utilisés, il convient d'y apporter d'importantes modifications et extensions.

Dans son arrêt 2C_470/2020 du 22.12.2021, le Tribunal fédéral a déclaré que la loi sur le travail, LTr, s'appliquait à des rapports d'assistance dans des ménages privés dans le cadre de la location de services. Il n'est plus possible de fournir une prestation d'assistance 24 heures sur 24 dans un ménage privé avec l'aide d'une seule personne de garde.

Il n'est pas exclu que les partenaires sociaux conviennent de règles différentes de la LTr pour cette branche, qui seraient alors intégrées dans l'OLT 2 en tant que dispositions spéciales.

3.11.15 SPÉCIFICITÉ : PLACEMENT ET LOCATION DE SERVICES DANS LA PRINCIPAUTÉ DE LIECHTENSTEIN

La Principauté de Liechtenstein possède depuis le 7 juin 2000 une loi sur le service de l'emploi. Cela signifie que **les entreprises suisses ne peuvent donc plus y pratiquer librement le placement et la location de services**. Outre les entreprises nationales, seules les entreprises domiciliées dans l'EEE ou dans des pays avec lesquels la Principauté a conclu une convention internationale ou un accord de réciprocité sont dorénavant autorisées à opérer sur son territoire, sous réserve de déposer une demande d'exercice transfrontalier du placement et /ou de la location de services. En vertu de la Convention d'établissement du 6 juillet 1874 signée entre elle et la Principauté du Liechtenstein (RS 0.142.115.141), la Suisse a conclu un **accord de réciprocité** (pour la première fois en 2000 avec reformulation au 1^{er} avril 2010) permettant **néanmoins** aux entreprises suisses titulaires d'une autorisation de **pratiquer** le placement ou la location de services dans la Principauté après avoir entrepris les démarches suivantes :

1. Les entreprises domiciliées en Suisse désirant mener des activités de placement et/ou de location de services dans la **Principauté de Liechtenstein** doivent demander une autorisation dans la Principauté du Liechtenstein (adresse : Amt für Volkswirtschaft, Fachbereich Gewerberecht, 9490 Vaduz).
2. Elles doivent joindre à leur dossier de demande un document **attestant qu'elles sont titulaires des autorisations (cantonale et fédérale) équivalentes en Suisse** les habilitant à pratiquer le placement et/ou la location de services, qu'elles remplissent les conditions requises pour ces autorisations y compris le dépôt de caution et que la personne responsable est de nationalité suisse ou liechtensteinoise. Cette attestation est établie **gratuitement** par le **SECO**, Direction du travail.
3. Les autorités du Liechtenstein leur délivrent alors une **autorisation** les habilitant à exercer leur activité dans la Principauté. À noter :
 - L'autorisation de la Principauté de Liechtenstein couvre uniquement les activités de placement et de location de services. Si des placeurs ou des bailleurs de services suisses envoient des étrangers travailler dans la Principauté, les dispositions de droit des étrangers de la Principauté en matière de séjour et de permis de travail sont applicables.

3

- En vertu de la Convention d'établissement, la personne responsable doit obligatoirement être de nationalité suisse ou liechtensteinoise (ce qui exclut les étrangers même titulaires d'un permis C).
- Toute modification de l'autorisation (changement d'adresse ou de personne responsable, etc.) doit être communiquée sans délai à l'autorité compétente.
- Demeure réservé le droit national de l'État contrepartie, s'agissant notamment du respect des dispositions relatives au salaire et à la durée du travail, de la contribution obligatoire aux frais de formation continue et aux frais d'exécution ainsi que du régime de retraite anticipée prévus par les conventions collectives de travail étendues, mais aussi l'observation des prescriptions des contrats-types de travail (CTT), du droit des étrangers et de la loi sur le travail.
- Le contrôle du respect des CCT étendues ou des CTT reste dévolu aux organes qui y sont désignés. Dans la décision d'autorisation de l'autre État partie à l'accord, les entreprises sont tenues de leur transmettre à intervalles réguliers des documents tels que contrats de travail et contrats de location de services. Ces organes sont également habilités à contrôler des entreprises dans l'État contrepartie ; celles-ci doivent à tout moment les laisser accéder librement aux postes de travail et aux bureaux administratifs.
- Aux fins de la mise en œuvre de cette convention, une communication des données nécessaires concernant l'octroi, la modification ou le retrait d'autorisations est possible entre les autorités des deux États, mais aussi leurs organes compétents respectifs.
- L'autorisation réciproque est soumise à des contingents : au maximum 300 entreprises suisses peuvent opérer vers la Principauté du Liechtenstein et 40 entreprises liechtensteinoises vers la Suisse.



4 Autorités

4.1 ARTICLE 31 LSE : AUTORITÉ FÉDÉRALE DONT RELÈVE LE MARCHÉ DU TRAVAIL

En vertu du l'article 31, alinéa 3 LSE, le SECO surveille le placement privé de personnel intéressant l'étranger et la location de services vers l'étranger. En sa qualité d'autorité supérieure, il est ainsi chargé de faire appliquer la loi dans ce domaine et de surveiller les organes d'exécution cantonaux. Selon l'article 2, alinéa 3 et 12, alinéa 2 LSE, il délivre l'autorisation fédérale de pratiquer le placement ou la location de services aux entreprises qui exercent des activités transfrontalières.

4.2 ARTICLE 32 LSE : CANTONS

En vertu de l'article 32 LSE, les cantons règlent la surveillance du service public de l'emploi et du placement privé ainsi que de la location de services sur leur territoire respectif. Ils délivrent les autorisations d'exercice prévues à l'article 2, alinéa 1 LSE et l'autorisation cantonale de pratiquer le placement ou la location de services selon l'article 12, alinéa 1 LSE.

4.3 ARTICLE 33 LSE : COLLABORATION (ART. 56 OSE)

Dans l'intérêt du bon fonctionnement du service public de l'emploi, les autorités dont relève le marché du travail sont appelées à collaborer. Elles doivent coordonner leur travail avec toutes les autres autorités impliquées dans le service de l'emploi. La même coordination s'avère indispensable entre les cantons et la Confédération. Dans l'esprit de l'article 56, alinéa 3 OSE, la Confédération exerce la haute surveillance sur cette coordination.

La collaboration avec les placeurs privés se fonde, outre sur les articles 85, alinéa 1, lettre a, et 85b, alinéa 2 LACI, sur les articles 33, alinéa 2, 34a, alinéa 4 et 35a, alinéa 2 LSE.

Protection des données par les autorités dont relève le marché du travail

La LPD définit, dans ses articles 4 à 11, les principes qui régissent la protection des données. Ces principes sont valables également pour les collaboratrices et collaborateurs chargés de l'exécution de la LACI et de la LSE, en particulier :

- la licéité du traitement de données (art. 6, al. 1 LPD) ;
- le traitement conforme aux principes de la bonne foi (art. 6, al. 2 LPD) ;
- la proportionnalité (art. 6, al. 2 LPD) ;
- le principe de finalité (art. 6, al. 3 LPD). Les données doivent être traitées uniquement dans le but indiqué lors de leur collecte ;
- l'exactitude des données (art. 6, al. 5 LPD) ;

4

- la sécurité des données (art. 7 et 8 LPD). Quiconque traite des données personnelles doit prendre les mesures organisationnelles et techniques appropriées et proportionnées en vue d'empêcher tout accès de tiers non autorisés ;
- le droit d'accès (art. 25 LPD).

4.4 ARTICLE 33A LSE : TRAITEMENT DE DONNÉES PERSONNELLES

4.4.1 GÉNÉRALITÉS

Les articles 33a et suivants LSE s'appliquent à toutes les autorités dont relève le marché du travail au sens des articles 31 et 32 LSE.

L'article 33a LSE habilite les organes chargés d'appliquer la LSE ou d'en contrôler ou surveiller l'exécution à traiter ou à faire traiter les données personnelles et les profils de la personnalité qui leur sont nécessaires pour accomplir les tâches que leur assigne la loi, notamment pour :

Als solche Aufgaben werden im Artikel namentlich genannt:

- a) enregistrer, conseiller et placer les demandeurs d'emploi ;
- b) enregistrer, annoncer ou attribuer les places vacantes ;
- c) enregistrer les licenciements et les fermetures d'entreprises ;
- d) gérer l'exécution des prestations au titre des mesures relatives au marché du travail ;
- e) surveiller l'exécution de la loi ;
- f) établir des statistiques.

L'article 5, lettre d LPD définit comme traitement toute opération relative à des données personnelles – quels que soient les moyens et procédés utilisés – notamment la collecte, la conservation, l'exploitation, la modification, la communication, l'archivage ou la destruction de données.

Selon l'article 5, lettre a LPD, sont réputées données personnelles toutes les informations qui se rapportent à une personne identifiée ou identifiable.

Les organes autorisés à traiter des données personnelles sont ceux, fédéraux ou cantonaux, mentionnés dans la loi. Lorsqu'un organe cantonal agit en exécution du droit fédéral, il est tenu, selon l'article 37 LPD, d'observer les dispositions de protection des données de ladite loi.

L'article 33a, alinéa 1 LSE précise que l'autorité compétente est habilitée non seulement à traiter mais aussi à faire traiter des données personnelles. Dans le second cas, elle est également responsable de la protection de ces données, conformément à l'article 16, alinéa 1 LPD. Lorsqu'elle fait traiter des données par un tiers, elle doit donc s'assurer que ces données sont traitées correctement.

4.4.2 DONNÉES PERSONNELLES SENSIBLES

Selon l'article 5, lettre c LPD, sont des données sensibles les données personnelles :

- sur les opinions ou activités religieuses, philosophiques, politiques ou syndicales ;
- sur la santé, la sphère intime ou l'origine raciale ou ethnique ;

4

- les données génétiques ;
- les données biométriques identifiant une personne physique de manière univoque ;
- sur des poursuites ou sanctions pénales et administratives ;
- les données sur des mesures d'aide sociale.

En vertu de l'article 6, alinéa 7, lettre a LPD, les données sensibles ne peuvent être traitées que si une loi au sens formel le prévoit expressément.

Le traitement des données correspondantes susceptibles d'avoir des répercussions sur les conditions d'autorisation d'un responsable de la gestion d'une entreprise privée de placement ou d'une entreprise de location de services est en principe autorisé.

4.5 ARTICLE 34 LSE : OBLIGATION DE GARDER LE SECRET

Cet article pose le **principe général régissant la protection des données** : toutes les personnes qui participent aux activités, au contrôle ou à la surveillance du service public de l'emploi sont tenues de **garder le secret à l'égard des tiers** sur les indications concernant les demandeurs d'emploi, les employeurs et les places vacantes.

L'article 34 LSE s'applique à toutes les autorités dont relève le marché du travail au sens de l'article 31 LSE – et donc également aux autorités délivrant l'autorisation d'exercer le placement privé et la location de services.

L'obligation de garder le secret comporte néanmoins certaines limites dans l'activité de placement. Ainsi, le personnel de l'office du travail n'est pas tenu de garder le secret envers les experts auxquels il fait appel dans son activité de placement (par ex. le médecin-conseil). De leur côté ces experts, comme tous ceux auxquels recourent les autorités dont relève le marché du travail dans l'accomplissement de leurs tâches, sont soumis à l'obligation de garder le secret (puisque « participent aux tâches du service public de l'emploi »).

Des dispositions appropriées doivent être prises pour empêcher que des tiers non autorisés puissent accéder aux documents écrits ou s'en faire communiquer le contenu. Les placeurs privés sont considérés comme des tiers, mais non les organes de l'aide cantonale aux chômeurs.

Les documents dont le responsable du dossier n'a plus besoin ou les tirages défectueux doivent être éliminés par des moyens appropriés.

L'article 125 OACI fixe les règles régissant la conservation des documents par les caisses de chômage. Ces prescriptions sont valables par analogie pour les autorités cantonales et les ORP.

4.6 ARTICLE 34A LSE : COMMUNICATION DE DONNÉES (ART. 57 ET 57A OSE)

4.6.1 GÉNÉRALITÉS

L'article 34a LSE, qui règle la communication de données à d'autres autorités, s'adresse en premier lieu aux autorités sociales et vaut également pour les autorités chargées de l'exécution de la LSE.

4

L'**alinéa 1** stipule que, dans la mesure où aucun intérêt privé prépondérant ne s'y oppose, des données peuvent être communiquées, **dans des cas d'espèce et sur demande écrite et motivée** :

- a) aux organes de l'assurance-invalidité, lorsqu'il existe une obligation de les communiquer en vertu de la loi sur l'assurance-invalidité ;
- b) aux autorités compétentes en matière d'aide sociale, lorsqu'elles leur sont nécessaires pour fixer ou modifier des prestations, en exiger la restitution ou prévenir des versements indus ;
- c) aux tribunaux civils, lorsqu'elles leur sont nécessaires pour régler un litige relevant du droit de la famille ou des successions ;
- d) aux tribunaux pénaux et aux organes d'instruction pénale, lorsqu'elles leur sont nécessaires pour établir les faits en cas de crime ou de délit.

Aux termes de l'**alinéa 2**, dans la mesure où aucun intérêt privé prépondérant ne s'y oppose, des données peuvent être communiquées :

- a) aux autres organes chargés d'appliquer la LSE, d'en contrôler ou surveiller l'exécution, lorsqu'elles sont nécessaires à l'accomplissement des tâches que leur assigne cette loi ;
- b) aux organes d'une assurance sociale, lorsque l'obligation de les communiquer résulte d'une loi fédérale ;
- c) aux organes de la statistique fédérale, conformément à la loi sur la statistique fédérale (LSF) ;
- d) aux autorités d'instruction pénale, lorsqu'il s'agit de dénoncer ou de prévenir un crime.

Dans la mesure où aucun intérêt privé prépondérant ne s'y oppose, dans les cas énumérés à l'**alinéa 2**, les données peuvent être communiquées même sans demande de leur destinataire et hors des cas d'espèce. Cette disposition vise en premier lieu la communication de données entre les organes d'exécution de la LSE visés à la lettre a. Cela signifie que ces derniers sont autorisés à communiquer des données à d'autres organes chargés d'appliquer la LSE ou d'en contrôler ou surveiller l'exécution (SECO et autorités cantonales chargées de la LSE) lorsqu'elles leur sont nécessaires pour accomplir les tâches que leur assigne la loi et pour autant qu'aucun intérêt privé prépondérant ne s'y oppose.



Remarque:

Les informations indiquant qu'une entreprise a, durant longtemps, exercé sans autorisation et qu'une plainte pénale a été déposée à son encontre sont importantes pour évaluer si l'octroi d'une autorisation peut être envisagé et sont donc nécessaires au sens de la LSE. L'intérêt public à assurer la protection des travailleurs et le respect des dispositions légales en vigueur prime de manière évidente sur l'intérêt privé de l'entreprise à ce que son comportement illicite ne soit pas communiqué à d'autres organes d'exécution. En l'absence de collaboration entre les organes d'exécution et de communication correspondante de données importantes, le but visé par le législateur ne pourrait pas être atteint.

La communication de données aux autorités de l'assurance-chômage (let. b) et aux organes de la statistique fédérale (let. c) est également autorisée. Selon l'article 14, alinéa 2 LSF, les représentants de chaque organe sont tenus de garder le secret. L'article 34a, alinéa 2, lettre d LSE autorise la communication de données aux autorités d'instruction pénale, lorsqu'il s'agit de dénoncer ou de prévenir un crime. Cela n'exclut pas la possibilité d'une dénonciation pénale assortie d'une communication des données en cas d'infraction aux dispositions pénales de la LSE.

4



Remarque:

l'article 20, alinéa 2 LSE stipule que l'organe paritaire de contrôle prévu par la convention collective de travail étendue (commission paritaire) est habilité à contrôler le bailleur de services et doit informer l'office cantonal du travail en cas d'infraction grave. Une commission paritaire a ainsi l'obligation légale de communiquer, si nécessaire, des données à l'autorité compétente. Concernant les autorités chargées de la LSE, aucune obligation de communiquer des données de manière automatique, systématique et exhaustive aux commissions paritaires ne découle de la LSE ou de la LPD. Les autorités chargées de la LSE ne peuvent ainsi communiquer des informations aux commissions paritaires location de services que dans des cas d'espèce et sur demande, si celles-ci sont nécessaires et habituelles pour les contrôles (cf. explications relatives à l'art. 20 LSE).

L'**alinéa 3** stipule que les données d'intérêt général qui se rapportent à l'application de la LSE peuvent être publiées si l'anonymat des demandeurs d'emploi et des employeurs est garanti.

Il s'agit par ex. de la communication de données statistiques ou de la publication d'études qui contiennent des informations se rapportant à la LSE.

L'**alinéa 4** précise que dans les autres cas, des données peuvent être communiquées à des tiers :

- s'agissant de données non personnelles, lorsqu'un intérêt prépondérant le justifie ;
- s'agissant de données personnelles, lorsque la personne concernée y a, en l'espèce, consenti par écrit ou, s'il n'est pas possible d'obtenir son consentement, lorsque les circonstances permettent de le présumer.

En ce qui concerne les données non personnelles visées à la lettre a, il appartient à l'organe qui communique ces données de déterminer si un intérêt prépondérant justifie leur communication.

La lettre b régit tous les cas où la loi ne prévoit pas expressément que les données peuvent être communiquées à des tiers ; elle précise que le consentement de la personne concernée est alors indispensable. En vertu de cette disposition, les ORP n'ont pas le droit de communiquer des données à des placeurs ou à des bailleurs de services privés sans l'assentiment exprès des demandeurs d'emploi concernés.

Les autorités dont relève le marché du travail peuvent communiquer aux demandeurs d'emploi les postes vacants annoncés par les employeurs, même sans l'assentiment exprès de ces derniers (art. 57 OSE).

L'article 34a, **alinéa 7** LSE prévoit la possibilité, en liaison avec l'article 57a OSE, de percevoir des émoluments pour la communication des données.

4.7 ARTICLE 34B LSE : CONSULTATION DU DOSSIER (ART. 58 OSE)

L'obligation de garder le secret disparaît à l'égard des personnes et des institutions qui ont le droit de consulter le dossier. Ce droit constitue un principe du droit administratif découlant du droit d'être entendu, énoncé à l'article 29, alinéa 2 Cst.

Selon l'article 34b, alinéa 1 LSE, ont le droit de consulter le dossier les personnes et les institutions qui ont un intérêt direct à cet égard. Ce droit d'accès comporte deux limites : la communication doit répondre à une nécessité et les intérêts privés prépondérants doivent être sauvegardés, en particulier ceux des personnes mentionnées dans ces dossiers.

4

L'article 34b, alinéa 2 LSE prévoit que, dans certains cas, les données sur la santé ne peuvent être communiquées que par un médecin désigné par la personne concernée. Il existe en effet des situations dans lesquelles de telles mesures de précaution peuvent s'imposer.

L'article 58, alinéa 1 OSE exige que les demandeurs d'emploi et les employeurs soient informés du but des systèmes d'information, des données traitées et de leurs destinataires réguliers ainsi que de leurs droits.

Les personnes concernées ont le droit notamment, selon l'article 58, alinéa 2 OSE, d'être informées gratuitement, par écrit et sous une forme compréhensible des données les concernant, de voir corriger les données inexactes et détruire les données devenues inutiles. Si une personne conteste l'exactitude des données la concernant, ces données seront assorties d'une mention de son caractère litigieux. Toute correction, adjonction ou destruction de données doit être annoncée aux services auxquels ces données ont été communiquées (art. 58, al. 4 OSE). Sont visés ici en premier lieu les organes de l'assurance-chômage, de l'assurance-invalidité et de l'assistance sociale.

Il n'est pas rare que les autorités chargées de la LSE se voient informer par des tiers – concurrents, travailleurs, demandeurs d'emploi ou personnes placées (sportifs, mannequins, etc.) – du non-respect des prescriptions légales dont s'est rendu coupable un placeur ou un bailleur de services et, pour ce motif, contactent l'entreprise potentiellement fautive afin de lui demander de prendre position et, le cas échéant, de régulariser la situation. Dans ce contexte, la question du droit de consulter le dossier de la partie incriminée peut se poser.

Les autorités chargées de l'exécution de la LSE sont soumises à l'obligation de garder le secret en vertu de l'article 34 LSE, et sont liées par les dispositions des articles 34a et 34b LSE en ce qui concerne la communication de données. Dans le cadre de la dénonciation de tiers, il convient de souligner que les autorités sont fréquemment tributaires des informations qu'elles reçoivent pour accomplir les tâches que leur assigne la loi. Si, à la suite de la prise de contact avec l'entreprise fautive, les autorités divulgueraient les données de l'auteur de la dénonciation, celui-ci risquerait de subir des pressions et de retenir des informations nécessaires et utiles qu'il aurait pu leur communiquer. Les autorités ne pourraient ainsi pas satisfaire à leur obligation d'accomplir les tâches qui leur sont assignées et le but de la loi pourrait être contrecarré. En règle générale, l'intérêt de l'auteur de la dénonciation à ce que ses données soient gardées secrètes devrait primer sur celui de la personne dénoncée à recevoir les données personnelles du premier. Les intérêts doivent être pesés au cas par cas.

Selon l'article 27, alinéa 1, lettres a et b PA, l'autorité ne peut refuser la consultation des pièces que si des intérêts publics importants de la Confédération ou des cantons ou des intérêts privés importants exigent que le secret soit gardé. Garder le secret sur des sources d'informations (privées) est reconnu comme un intérêt public important. Pour ne pas mettre en péril l'accomplissement des tâches des autorités et ne pas contrecarrer le but de la loi, il peut être justifié de restreindre le droit de consulter le dossier et de rendre les sources d'informations anonymes.

Les articles 34a et 34b LSE sont à considérer comme des dispositions spéciales en complément de la PA.

Pour connaître les cas dans lesquels l'accès à un document officiel peut être exigé en vertu de la LTrans, il convient de consulter l'article 7, alinéa 1, lettre h LTrans. Selon cette disposition, le droit d'accès est limité, différé ou refusé lorsque l'accès à un document officiel peut avoir pour effet de divulguer des informations fournies librement par un tiers à une autorité qui en a garanti le secret.

4

4.8 ARTICLE 35B LSE : FICHIER DES ENTREPRISES DE PLACEMENT ET DE LOCATION DE SERVICES AUTORISÉES (ART. 59A OSE)

Le répertoire des entreprises de placement et de location de services autorisées est publié sur Internet (art. 35b, al. 1 LSE).

Le site Internet s'appuie sur un système d'information géré sur Intranet par le SECO et les autorités cantonales du marché du travail. Les entreprises titulaires d'une autorisation cantonale étant habilitées à opérer dans toute la Suisse, la Confédération et les cantons peuvent ainsi s'informer mutuellement sur Intranet des motifs d'un retrait, d'une suppression et d'un refus de l'autorisation (art. 35b, al. 2 LSE), ce qui permet d'assurer qu'une agence ayant perdu son autorisation dans un canton ne puisse en demander une nouvelle dans un autre canton, à l'insu de ce dernier.

4.9 ARTICLE 39 LSE : DISPOSITIONS PÉNALES

4.9.1 PLACEMENT, LOCATION DE SERVICES SANS AUTORISATION

L'article 39, alinéa 1 LSE punit d'une amende de 100 000 francs au maximum celui qui, intentionnellement, aura loué des services sans posséder l'autorisation nécessaire.

L'article 39, alinéa 3 LSE punit d'une amende de 20 000 francs au maximum le défaut d'autorisation par négligence.

4.9.2 CONSÉQUENCES PÉNALES POUR LES ENTREPRISES AUTORISÉES

L'article 39, alinéa 1, lettre b LSE prévoit qu'un bailleur qui aura engagé des étrangers pour en louer les services sans observer les prescriptions légales en matière de main-d'œuvre étrangère sera puni d'une amende de 100 000 francs au maximum.

En vertu de l'article 39, alinéa 2 LSE, sera puni d'une amende de 40 000 francs au maximum tout bailleur de services qui, intentionnellement, aura enfreint l'obligation d'annoncer et de renseigner prévue par les articles 17 et 18 LSE (let. b), n'aura pas communiqué par écrit la teneur essentielle du contrat de travail ou ne l'aura fait qu'incomplètement ou encore aura conclu un arrangement illicite (let. c), aura exigé du travailleur le paiement d'émoluments ou de prestations financières préalables (let. d), se sera livré à une propagande fallacieuse en matière d'émigration (let. e), ou aura enfreint l'obligation de garder le secret (let. f).

Selon l'article 39, alinéa 3 LSE, les placeurs et bailleurs de services qui, par négligence, se seront rendus coupables de ces infractions seront punis d'une amende de 20 000 francs au maximum.

Pour tout placeur ou bailleur de services qui obtient une autorisation en donnant des indications inexactes ou fallacieuses ou en faisant des faits importants, l'article 39, alinéa 4 LSE prévoit une peine privative de liberté de trois ans au plus ou une peine pécuniaire.

4

4.9.3 CONSÉQUENCES PÉNALES POUR LES EMPLOYEURS QUI TRAVAILLENT AVEC DES ENTREPRISES NON AUTORISÉES

Important :

En vertu de l'article 39, alinéa 2, lettre a LSE, les entreprises qui recourent aux services de placeurs ou de bailleurs de services dont elles savaient qu'ils ne possédaient pas les autorisations nécessaires sont également punissables et peuvent se voir infliger une amende de 40 000 francs au maximum.

Elles ne sont en revanche pas punissables si elles se rendent coupables d'une telle infraction par négligence.

L'article 39, alinéa 1, lettre a LSE est également applicable lorsqu'une succursale sise dans le même canton que le siège principal (et n'ayant donc pas besoin d'une autorisation propre) commence à pratiquer le placement ou la location de services avant que le siège principal ait déclaré la succursale à l'autorité compétente.

4.9.4 CONTRAT ÉCRIT

La disposition pénale de l'article 39, alinéa 2, lettre c LSE vise en premier lieu à assurer la protection des travailleurs. Ce but est aussi en particulier poursuivi par les articles 19 et 20 et les alinéas 2 à 5 de l'article 22 LSE. L'alinéa 1 de l'article 22 LSE sert par contre en premier lieu les intérêts de l'employeur et ne protège qu'indirectement les travailleurs. L'article 39 LSE ignore cette différence de but ; le juge pénal peut néanmoins la prendre en considération en usant de manière restrictive de sa compétence pénale.

4.9.5 POURSUITE PÉNALE

Aux termes de l'article 39, alinéa 6 LSE, la poursuite pénale incombe aux cantons. L'autorité cantonale d'exécution qui constate une infraction importante à la LSE doit dénoncer le fautif à l'autorité pénale compétente. Comme toutes les infractions sont passibles d'une amende, à l'exception du cas prévu à l'article 39, alinéa 4 LSE, elles constituent un délit et se prescrivent selon les articles 109 et suivants CP à l'expiration du délai de trois ans. Afin d'empêcher toute prescription, les autorités cantonales d'exécution doivent dès lors veiller à ce que les autorités pénales liquident les cas rapidement.

4

4.9.6 VUE D'ENSEMBLE DES DISPOSITIONS PÉNALES DE LA LSE

Tableau 10 : Vue d'ensemble des dispositions pénales de la LSE

Acteur	Activité	Peine maximale
Tous les acteurs	Violation de l'obligation de renseigner	Amende de 40 000 francs
	Propagande fallacieuse en matière d'émigration	Amende de 40 000 francs
	Violation de l'obligation de garder le secret	Amende de 40 000 francs
Placeur ou bailleur de services (assujetti ou non à l'autorisation)	Placement, location de services sans l'autorisation nécessaire	Amende de 100 000 francs
	Infraction aux dispositions du droit des étrangers	Amende de 100 000 francs
	Location de services sans contrat écrit ou avec un contrat comportant de fausses indications, arrangements illicites	Amende de 40 000 francs
	Infraction aux dispositions sur la commission de placement	Amende de 40 000 francs
	Demande d'émoluments ou de prestations financières préalables aux travailleurs loués	Amende de 40 000 francs
	Obtention d'une autorisation par des indications erronées ou fallacieuses	Peine privative de liberté de trois ans au plus, peine pécuniaire
Placeur ou bailleur de services assujetti à l'autorisation	Violation de l'obligation d'annoncer	Amende de 40 000 francs
Employeur	Recours aux services d'un placeur ou bailleur de services ne possédant pas l'autorisation nécessaire	Amende de 40 000 francs

Secrétariat d'Etat à l'économie SECO | Placement et Location de services PAVV
Holzikofenweg 36 | CH-3003 Berne
Téléphone +41 (0)58 462 00 91 | Fax + 41 (0)58 462 27 49
info.pavv@seco.admin.ch | www.seco.admin.ch | www.travail.swiss

