


















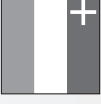








## Directives et commentaires

- > relatifs à la Loi fédérale du 6 octobre 1989 sur le service de l'emploi et la location de services (LSE)
- > à l'Ordonnance du 16 janvier 1991 sur le service de l'emploi et la location de services (OSE)
- > à l'Ordonnance du 16 janvier 1991 sur les émoluments, commissions et sûretés en vertu de la loi sur le service de l'emploi (TE-LSE)

Direction du travail (DA)

Marché du travail et assurance-chômage (TC)  
 Questions fondamentales et services généraux (GDTC)  
 Effingerstrasse 31, CH-3003 Berne

Tél. +41 31 322 00 91  
 Fax +41 31 311 38 35  
 Mail [infogdgc@seco.admin.ch](mailto:infogdgc@seco.admin.ch)

©seco-DA/GDTC 01/2003

Diffusion:  
 OFCL, Diffusion publications, CH-3003 Berne  
[www.bbl.admin.ch/bundespublikationen](http://www.bbl.admin.ch/bundespublikationen)  
 Fax +41 31 325 50 58  
 Numéro de référence: 17.260.f

# Table des matières

	<b>Liste des abréviations</b>	12
<b>1</b>	<b>Le placement privé</b>	<b>13</b>
	<b>Art. 2 LSE Activités soumises à autorisation (art. 1 à 7 OSE)</b>	<b>13</b>
<b>A</b>	<b>Qui est réputé placeur?</b>	13
1.	Critères déterminants:	13
	a) Contrat de travail	13
	b) Représentations artistiques ou manifestations semblables (art. 4 OSE)	13
	c) Mise en contact (art. 1 OSE)	14
	d) Particularités	15
2.	Formes sous lesquelles se présente le placement	16
3.	Canaux de placement (art. 1a OSE)	18
<b>B</b>	<b>Quelles sont les activités soumises à autorisation? (art. 1 à 7 OSE)</b>	18
1.	Notion de régularité (art. 2 OSE)	19
2.	Rémunération (art. 3 OSE)	19
<b>C</b>	<b>Placement à l'étranger (art. 5 OSE)</b>	20
1.	Généralités	20
2.	Le cas spécial du placement par Internet	21
<b>D</b>	<b>Succursales</b>	21
<b>E</b>	<b>Vue d'ensemble du régime de l'autorisation:</b>	23
	<b>Art. 3 LSE Conditions d'octroi de l'autorisation (art. 8 à 10 OSE)</b>	<b>24</b>
<b>A</b>	<b>Conditions auxquelles doit répondre l'entreprise (art. 8 OSE)</b>	24
<b>B</b>	<b>Conditions auxquelles doivent répondre les personnes responsables (art. 3, al. 2, LSE, art. 9 OSE)</b>	26
<b>C</b>	<b>Activités de placement intéressant l'étranger (art. 10 OSE)</b>	28
<b>D</b>	<b>Demande d'autorisation (art. 11 et 40 OSE)</b>	29
	<b>Art. 4 LSE Durée et portée générale de l'autorisation (art. 13 OSE)</b>	<b>31</b>
<b>A</b>	<b>Autorisation</b>	31
<b>B</b>	<b>Contrôle périodique des conditions dont dépend l'autorisation (art. 6 LSE)</b>	33

	<b>Art. 5 LSE Retrait de l'autorisation (art. 15 et 16 OSE)</b>	34
<b>A</b>	<b>Généralités</b>	34
<b>B</b>	<b>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</b>	34
<b>C</b>	<b>Émoluments</b>	35
<b>D</b>	<b>Retrait ou suppression de l'autorisation en cas de faillite</b>	35
1.	Retrait ou suppression?	36
	a) Suppression	36
	b) Retrait	36
2.	Quand l'autorité compétente doit-elle intervenir?	37
3.	Décision ou simple communication?	37
4.	L'autorité compétente peut-elle faire payer des frais?	38
5.	Procédure entre l'autorité cantonale et la Direction du travail du seco	38
	<b>Art. 6 LSE Obligation de renseigner</b>	39
	<b>Art. 7 LSE Obligations propres au placeur (art. 17 – 19 OSE)</b>	40
<b>A</b>	<b>Publication d'annonces</b>	40
<b>B</b>	<b>Comptabilité (art. 17 OSE)</b>	40
<b>C</b>	<b>Observation du marché du travail (art. 18 OSE)</b>	40
<b>D</b>	<b>Protection des données (art. 19 OSE)</b>	40
1.	Généralités	40
2.	Points auxquels il convient de veiller dans le placement par Internet	41
	<b>Art. 8 LSE Contrat de placement</b>	43
<b>A</b>	<b>Généralités</b>	43
<b>B</b>	<b>Interdiction du placement exclusif</b>	43
<b>C</b>	<b>For juridique</b>	44
<b>D</b>	<b>Contrat de placement pour des représentations artistiques ou manifestations semblables (art. 22 OSE)</b>	45
<b>E</b>	<b>Délimitation entre activité indépendante et activité salariée chez les artistes</b>	45
	<b>Parenthèse: Contrat de médiation type de la FIFA pour le placement de joueurs de football</b>	46

	<b>Art. 9 LSE Taxe d'inscription et commission de placement</b> (art. 20 à 23 OSE, art. 2 – 5 TE-LSE)	49
<b>A</b>	<b>Taxe d'inscription</b> (art. 2 TE-LSE)	49
<b>B</b>	<b>Commission de placement</b> (art. 20, 21, 22, 23 OSE, art. 3 – 5 TE-LSE)	49
1.	Commission	49
2.	Indemnité supplémentaire pour prestations de services spéciales convenues par contrat	51
3.	Points auxquels il convient de veiller dans le placement par le canal d'indicateurs de l'emploi	52
4.	Points auxquels il convient de veiller particulièrement dans le placement par le canal d'Internet	52
	a) Si un placeur lie le placement du profil du demandeur d'emploi à d'autres prestations	52
	b) Si un placeur offre différentes gammes de prestations	53
	c) Durée minimale du placement du profil d'un demandeur d'emploi sur Internet	53
5.	Naissance du droit à l'indemnité spéciale et à la commission	54
6.	Commission de placement à la charge des personnes placées pour des représentations artistiques ou des manifestations semblables	54
	<b>Art. 11 LSE Contributions financières en faveur du placement privé</b> (art. 24, 25 OSE)	55
	<b>Parenthèse: Autorisation LSE et franchisage</b>	56
	<b>Parenthèse: Cas spécial du placement au pair</b>	58
<b>2</b>	<b>La location de services</b>	<b>60</b>
	<b>Art. 12 LSE Activités soumises à autorisation</b> (art. 26 – OSE)	<b>61</b>
<b>A</b>	<b>Qui est réputé bailleur de services?</b> (art. 26 OSE)	61
1.	Quels sont les rapports contractuels tombant sous le coup de la LSE?	61
2.	Quelles peuvent être les différentes configurations de contrats et comment les distinguer?	62
	a) La transmission d'un mandat, d'un contrat d'entreprise	62
	b) L'exécution d'un mandat ou d'un contrat d'entreprise par un employé	62
	c) La location des services d'un employé	63
	<b>Parenthèse: Quand est-ce qu'il y a activité indépendante?</b>	63
3.	Quels sont les critères permettant de distinguer l'exécution d'un mandat ou d'un contrat d'entreprise pour l'employeur de la fourniture d'une prestation de travail (=location de services)?	65

<b>B</b>	<b>Formes de la location de services</b> (art. 27 OSE)	67
<b>1.</b>	<b>Généralités</b>	67
2.	Caractéristiques propres à chaque forme	67
	a) Mise à disposition occasionnelle de services:	67
	b) Mise à disposition de travailleurs à titre principal (travail en régie):	68
	c) Travail temporaire:	69
3.	Quelles sont les activités de location de services soumises à autorisation? (art. 28 OSE)	70
<b>C</b>	<b>Notion de faire commerce</b> (art. 29 OSE)	70
1.	Intention de réaliser un profit	70
2.	Caractère régulier de l'activité	71
3.	Chiffre d'affaires annuel de 100 000 francs	71
4.	Contradiction apparente entre l'art. 28 et l'art. 29, al. 1, OSE	71
<b>D</b>	<b>Location de services de et à l'étranger</b>	72
<b>E</b>	<b>Location de services de l'étranger vers la Suisse</b> (art. 30 OSE)	72
<b>F</b>	<b>Aperçu de l'assujettissement à l'autorisation et de l'interdiction de pratiquer la location de services</b>	74
	<b>Parenthèse: Droit d'obtenir une décision de constatation du non-assujettissement</b>	75
	<b>Art. 13 LSE Conditions d'octroi de l'autorisation</b> (art. 32 – 34 OSE)	76
<b>A</b>	<b>Conditions auxquelles doit répondre l'entreprise</b> (art. 32 OSE)	76
<b>B</b>	<b>Conditions auxquelles doit répondre la personne responsable</b> (art. 33 OSE)	76
	<b>Art. 14 LSE Sûretés</b> (art. 35 – 39 OSE, art. 6 TE-LSE)	77
<b>A</b>	<b>Sûretés à fournir</b> (art. 35 OSE)	77
<b>B</b>	<b>Forme des sûretés</b> (art. 37 OSE)	78
<b>C</b>	<b>Comment procéder en cas de résiliation d'un cautionnement, d'une déclaration de garantie ou d'une assurance de garantie?</b>	78
<b>D</b>	<b>Quelle exigence faut-il impérativement poser concernant l'assurance de garantie pour le cas où le bailleur de services ne paierait pas les primes?</b>	79
<b>E</b>	<b>Libération des sûretés</b> (art. 38 OSE)	79
<b>F</b>	<b>Emploi des sûretés en cas de faillite</b> (art. 39 OSE)	80

<b>G</b>	<b>Qui emploie les sûretés?</b> (art. 39, al. 3 et 4, OSE)	80
<b>H</b>	<b>Particularités concernant l'emploi des sûretés de la catégorie 2</b> (art. 39, al. 4, OSE)	81
<b>I</b>	<b>Quelles sont les créances de salaire couvertes par les sûretés?</b>	84
<b>J</b>	<b>Les sûretés garantissent les dettes de salaire de quelle succursale?</b>	84
<b>K</b>	<b>Comment l'office des faillites obtient-il la disposition des sûretés déposées ou de l'assurance de garantie conclue par le bailleur de services?</b>	85
	Exemple	86
	Acte de cautionnement	86
	<b>Art. 15 LSE Durée et portée de l'autorisation</b> (art. 42, 43 OSE, art. 7 TE-LSE)	87
<b>A</b>	<b>Emoluments</b> (art. 7 TE-LSE)	87
<b>B</b>	<b>Portée de l'autorisation</b> (art. 42 OSE)	87
	<b>Art. 16 LSE Retrait ou suppression de l'autorisation</b> (art. 44, 45 OSE)	88
<b>A</b>	<b>Généralités</b>	88
<b>B</b>	<b>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</b>	88
<b>C</b>	<b>Violation des dispositions impératives de protection des travailleurs</b>	88
	<b>Art. 17 LSE Obligation de renseigner</b>	90
	<b>Art. 18 LSE Protection des données</b> (art. 47 OSE)	91
	<b>Art. 19 LSE Contrat de travail</b> (art. 48, 49 OSE)	92
<b>A</b>	<b>Rapport entre la LSE et le Code des obligations</b>	92
<b>B</b>	<b>Contrat écrit</b> (art. 48 OSE)	92
<b>C</b>	<b>Obligation d'accepter une mission</b>	92
<b>D</b>	<b>Rapport entre l'art. 19, al. 3 et l'art. 20 LSE</b>	93
<b>E</b>	<b>Fixation du salaire</b>	93
<b>F</b>	<b>Décompte des frais</b>	93
<b>G</b>	<b>Contrats en chaîne</b>	94

<b>H</b>	<b>Délais de congé en cas de missions de durée indéterminée</b>	95
<b>I</b>	<b>Délais de congé en cas de missions de durée déterminée</b>	96
<b>J</b>	<b>Calcul du délai de congé lorsqu'il est fixé en jours</b>	96
<b>K</b>	<b>Horaire de travail</b>	96
<b>L</b>	<b>Temps d'essai</b>	97
<b>M</b>	<b>Indemnités de vacances et pour jours fériés</b>	98
<b>N</b>	<b>Salaire en cas d'empêchement du travailleur</b>	99
	a) Réglementation de base	99
	b) Autre solution équivalente	100
	c) Réglementation en cas d'assurance obligatoire	101
<b>O</b>	<b>Assurance-accidents</b>	102
<b>P</b>	<b>Déductions à la caisse de pension</b>	103
	<b>Parenthèse: Vue d'ensemble des assurances sociales obligatoires pour le travailleur</b>	104
<b>Q</b>	<b>Allocations familiales</b>	109
<b>R</b>	<b>Validité des conventions collectives de travail</b>	109
<b>S</b>	<b>Accords nuls</b> (art. 19, al. 5, LSE)	110
<b>T</b>	<b>Check-list pour l'examen des contrats de travail</b>	110
<b>U</b>	<b>For juridique</b>	111
<b>V</b>	<b>Modèle de contrat de travail</b>	112
	a) Pour le travail temporaire	112
	b) Pour la location de services	123
	c) En cas de mise à disposition occasionnelle	132
	<b>Art. 20 LSE Conventions collectives de travail avec déclaration d'extension</b>	133
<b>A</b>	<b>But de l'art. 20 LSE</b>	133
<b>B</b>	<b>Rapport entre l'art. 19, al. 3 et l'art. 20 LSE</b>	133
<b>C</b>	<b>Dispositions concernant le salaire et la durée du travail</b>	134
1.	Selon l'art. 48a, al. 1, OSE, sont réputées dispositions concernant le salaire les dispositions de la CCT étendue régissant	134

2.	Selon l'art. 48a, al. 2, OSE, sont réputées dispositions concernant la durée du travail les dispositions de la CCT étendue régissant	135
<b>D</b>	<b>Résumé</b>	135
<b>E</b>	<b>Contrôle du respect de l'art. 20 LSE</b>	136
<b>F</b>	<b>Contrôle de l'organe de contrôle d'une CCT étendue</b>	138
	<b>Art. 21 LSE Travailleurs étrangers en Suisse</b>	139
<b>A</b>	<b>Quels sont les étrangers dont les services peuvent être loués?</b>	139
1.	Location de services de travailleurs primo-immigrants	139
2.	Location des services de travailleurs étrangers résidant déjà en Suisse	139
<b>B</b>	<b>Dans quels cas les services de travailleurs primoimmigrants peuvent-ils néanmoins être loués?</b>	140
1.	Régime dérogatoire	140
	a) Conditions de marché du travail	140
	b) Circonstances particulières	141
2.	Quelles sont les règles particulières à observer en cas de dérogation?	141
	<b>Parenthèse: A qui appartient la compétence de demander et d'accorder l'autorisation de séjour?</b>	142
	<b>Art. 22 LSE Contrat de location de services (art. 50 OSE)</b>	143
<b>A</b>	<b>Généralités</b>	143
<b>B</b>	<b>Accords nuls et non avenus (art. 22, al. 2 – 4, LSE)</b>	143
<b>C</b>	<b>Le droit de résiliation du rapport de travail peut-il être cédé à l'entreprise de mission?</b>	144
<b>D</b>	<b>Check-list pour l'examen des contrats de location de services</b>	144
<b>E</b>	<b>Des «contrats de sous-location de services» sont-ils licites?</b>	145
<b>F</b>	<b>Quelles sont les règles particulières à observer en cas de location de services entre sociétés d'un même groupe?</b>	146
<b>G</b>	<b>Différence entre travailleurs dont les services ont été loués et travailleurs détachés</b>	147
<b>H</b>	<b>Modèle de «contrat de location de services» selon l'art. 22 LSE et l'art.50 OSE</b>	148
	Tableau synoptique de la location de services	151
	<b>Parenthèse: Services d'assistance et domestiques</b>	152
	Spécificité: Placement et location de services dans la Principauté de Liechtenstein	154



	<b>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</b>	156
1.	L'admission d'entreprises de placement et de location de services ayant leur siège dans un Etat membre de l'UE ou de l'AELE	156
2.	L'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	157
3.	Conséquences de l'Accord pour les entreprises de placement et de location de services	157
	a) Ressortissants de l'UE qui résident au moment de l'entrée en vigueur de l'accord déjà en Suisse et possèdent partant déjà une autorisation de séjour et de travail	157
	b) Admission de ressortissants de l'UE/AELE primo-immigrants pour lesquels une autorisation de séjour et de travail doit être demandée	158
	c) Implications de l'Accord pour l'art. 21 LSE	158
4.	Conséquences de l'Accord pour les ressortissants de l'UE et de l'AELE qui veulent créer une entreprise de placement ou de location de services en Suisse	159
5.	Mesures visant à prévenir les abus	160
<b>3</b>	<b>Le service public de l'emploi</b>	<b>161</b>
	<b>Art. 24 LSE Tâches (art. 51, 52 OSE)</b>	<b>162</b>
<b>A</b>	<b>Enregistrement des demandeurs d'emplois et des emplois vacants (51 OSE)</b>	<b>162</b>
<b>B</b>	<b>Activités de placement, conseil des demandeurs d'emploi (art. 52 OSE)</b>	<b>162</b>
	<b>Art. 25 LSE Placement intéressant l'étranger</b>	<b>163</b>
<b>A</b>	<b>Emigrés suisses rentrant au pays</b>	<b>163</b>
<b>B</b>	<b>Stagiaires</b>	<b>163</b>
	<b>Art. 26 LSE Obligation de placer et impartialité</b>	<b>164</b>
<b>A</b>	<b>Employeurs suisses</b>	<b>164</b>
<b>B</b>	<b>Obligation de placer</b>	<b>164</b>
<b>C</b>	<b>Accès au service public de l'emploi</b>	<b>164</b>
1.	Principe	164
2.	Cas spéciaux	165
	a) Demandeurs d'emploi étrangers	165

	b) Etrangers titulaires d'un permis d'établissement ou à l'année	165
	c) Etrangers titulaires d'une autorisation de courte durée	166
	d) Etrangers titulaires d'une autorisation frontalière	166
	e) Demandeurs d'asile	167
	f) Demandeurs d'emploi handicapés	167
	g) Interdiction de placer	167
	h) Après l'entrée en vigueur de l'accord sur la libre circulation avec l'UE	168
	<b>Art. 28 LSE Mesures spéciales de lutte contre le chômage</b>	<b>169</b>
	<b>Art. 29 LSE Obligation des employeurs de déclarer les licenciements et fermetures d'entreprises</b>	<b>170</b>
<b>4</b>	<b>Autorités</b>	<b>171</b>
	<b>Art. 33 LSE Collaboration</b> (art. 56 OSE)	<b>171</b>
	<b>ART. 33a LSE Traitement de données personnelles</b>	<b>172</b>
<b>A</b>	<b>Généralités</b>	<b>172</b>
<b>B</b>	<b>Données personnelles sensibles</b>	<b>172</b>
<b>C</b>	<b>Maniement des données personnelles sensibles</b>	<b>173</b>
	<b>Art. 34 LSE Obligation de garder le secret</b>	<b>174</b>
	<b>Art. 34a LSE Communication de données</b> (art. 57 et 57a OSE)	<b>175</b>
<b>A</b>	<b>Généralités</b>	<b>175</b>
<b>B</b>	<b>Communication de données à un autre ORP ou à une autre caisse</b>	<b>176</b>
<b>C</b>	<b>Communication à des employeurs et à des placeurs privés</b>	<b>177</b>
1.	Si l'employeur ne connaît pas le demandeur d'emploi	177
2.	Si l'employeur connaît le demandeur d'emploi	177
<b>D</b>	<b>Communication de données aux offices communaux du travail</b>	<b>177</b>
	<b>Art. 34b LSE Consultation du dossier</b> (art. 58 OSE)	<b>179</b>
	<b>Art. 35 LSE Systeme d'information</b>	<b>180</b>
<b>A</b>	<b>Généralités</b>	<b>180</b>
<b>B</b>	<b>Saisies autorisées concernant les demandeurs d'emploi</b>	<b>181</b>

<b>C</b>	<b>Saisies autorisées concernant les emplois vacants</b>	181
<b>D</b>	<b>Règles d'utilisation du système PLASTA</b>	182
	<b>Art. 35a LSE Collaboration avec les organes d'aide aux chômeurs et les placeurs privés (art. 55 OSE)</b>	183
<b>A</b>	<b>Collaboration avec l'aide cantonale aux chômeurs</b>	183
<b>B</b>	<b>Collaboration avec les placeurs privés et les bailleurs de services</b>	183
	<b>Art. 35b LSE Fichier des entreprises de placement et de location de services autorisées (art. 59a OSE)</b>	184
	<b>Parenthèse: Conséquences d'une violation de la protection des données</b>	184
	Quelques questions et réponses pratiques concernant la protection des données par les autorités dont relève le marché du travail	184
	<b>Art. 36 LSE Observation du marché du travail (art. 59 OSE)</b>	187
<b>5</b>	<b>Dispositions pénales</b>	<b>188</b>
	<b>Art. 39 LSE Dispositions pénales</b>	188
<b>A</b>	<b>Placement, location de services sans autorisation</b>	188
<b>B</b>	<b>Contrat écrit</b>	188
<b>C</b>	<b>Poursuite pénale</b>	189
	<b>Tableau des dispositions pénales de la LSE</b>	190

## Liste des abréviations

al.	alinéa
art.	article
ATF	Arrêt du Tribunal fédéral
CO	Code des obligations
ex.	exemple
chif.	chiffre
LACI	Loi fédérale du 25 juin 1982 sur l'assurance-chômage et l'indemnité en cas d'insolvabilité
let.	lettre
LPD	Loi fédérale du 19 juin 1992 sur la protection des données
LSE	Loi fédérale du 6 octobre 1989 sur le service de l'emploi et la location de services
LSEE	Loi fédérale du 26 mars 1931 sur le séjour et l'établissement des étrangers
OACI	Ordonnance du 31 août 1983 sur l'assurance-chômage et l'indemnité en cas d'indemnité en cas d'insolvabilité
OLE	Ordonnance du 6 octobre 1986 limitant le nombre des étrangers
OSE	Ordonnance du 16 janvier 1991 sur le service de l'emploi et la location de services
Pr.	Praxis des Bundesgerichts: Monatliche Berichte über die wichtigsten Entschiede des schweizerischen Bundesgerichts (paraît uniquement en allemand)
ss	et suivants
TE-LSE	Ordonnance du 16 janvier 1991 sur les émoluments, commissions et sûretés en vertu de la loi sur le service de l'emploi

## Art. 2 LSE Activités soumises à autorisation (art. 1 – 7 OSE)

Sont soumises aux règles de la LSE toutes les personnes qui pratiquent le placement.

Sont soumises au régime de l'autorisation les personnes qui pratiquent le placement régulièrement et contre rémunération.

### A Qui est réputé placeur?

Est réputé placeur au sens de la loi celui qui

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

#### 1 Critères déterminants:

##### 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 art. 319 ss du Code des obligations (CO). Lorsque le demandeur d'emploi est placé à l'étranger, le contrat de travail peut également être conclu selon la législation du pays de placement.

La mise en contact des deux parties contractantes en vue de conclure un contrat d'entreprise ou un mandat ne constitue pas dès lors un placement au sens de la LSE. C'est également le cas lorsque des travailleurs sont loués à une entreprise locataire de services et que celle-ci n'est donc pas l'employeur au sens du CO.

##### 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 d'être au bénéfice de l'autorisation visée à l'art 2, al. 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. Il est donc également indifférent que la seconde travaille en qualité d'indépendant ou de salarié du premier.

Constituent des «représentations artistiques ou des manifestations semblables», au sens de la LSE, les activités de

- chanteur, musicien, acteur, danseur, artiste de cabaret, artiste
- disc-jockey, conférencier,
- modèle ou mannequin.

Il est indifférent 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.

**Remarques:**

Les mannequins travaillent normalement comme indépendants. C'est donc à eux de s'occuper de payer les cotisations aux assurances sociales. Il arrive dans la pratique que les agences s'en chargent pour leurs mannequins. Cela ne fait pas encore d'elles des entreprises de location de services au sens des articles 12 ss LSE. Elles ne le deviennent qu'à partir du moment où elles concluent un contrat de travail avec le mannequin.

**c) Mise en contact** (art. 1 OSE)

Le placement est une activité de courtage consistant à rechercher et à sélectionner des parties au contrat. Il se trouve accompli lorsque le courtier a signalé à une partie qu'elle peut 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. Le droit d'exiger une commission ne naît cependant 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 celui qui met en contact l'employeur et le demandeur d'emploi. Au sens de la loi, la notion de «mettre en contact» doit être comprise dans une acception très large. Il faut entendre par là tout acte final par lequel une partie fait savoir à une deuxième partie qu'une ou plusieurs tierces parties sont intéressées à conclure un contrat avec elle. L'acte de mettre en contact ne se borne pas à faire se rencontrer les parties dans le bureau du placeur mais peut aussi consister dans la transmission ou la fourniture d'adresses individuelles, de numéros de boîtes postales, d'annonces sous chiffres, de numéros de téléphone ou de listes complètes d'adresses d'intéressés. Un chiffre peut également être assimilé à une «adresse» au sens de l'art. 1, let. d, OSE. Ce qui compte c'est que cette indication permette d'établir le contact avec de possibles parties contractantes. Constitue déjà un acte de mise en contact en

particulier le fait d'offrir à un demandeur d'emploi ou à un employeur la possibilité de diffuser une offre de services ou une offre d'emploi au moyen d'un moteur de recherche Internet et de permettre ainsi à l'un d'apprendre l'existence de l'autre. **Il est indifférent en l'occurrence que le rapprochement de parties réciproquement intéressées soit opéré par les intéressés eux-mêmes, par un collaborateur du gestionnaire du site ou automatiquement par un ordinateur.** Lorsqu'un acte entre dans le champ d'application de l'art. 1 OSE, son auteur est réputé placeur quel que soit la désignation commerciale ou le titre qu'il se donne (placeur, conseiller, chasseur de têtes ou autres). Il est également indifférent qu'il exerce cette activité à titre principal ou accessoire.

#### **d) Particularités**

##### **Placement sur Internet**

En principe, un contact purement électronique via un site Internet constitue déjà une mise en contact au sens de l'art. 1, let 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'art. 1, let 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'art. 1, let b, OSE («met les deux parties en relation 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'art. 1, let 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 au sens de la LSE!**

##### **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'art. 1 let. 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.

- Cela signifie que les agences de placement ne peuvent pas engager des indépendants (dits free-lance), qui ne sont pas eux-mêmes titulaires d'une autorisation de placement, mais seulement des employés avec un contrat de travail.

## 2. Formes sous lesquelles se présente le placement

Les «chercheurs exécutifs» et les chasseurs de têtes (head-hunters) 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 des contacts qu'avec l'une des parties. Tant qu'ils se bornent à conseiller, ils ne relèvent pas 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.

Selon leur code professionnel, les **conseillers en «outplacement»** n'entretiennent des contacts qu'avec les demandeurs d'emploi et leur ex-employeur, mais non avec de nouveaux employeurs potentiels. Normalement, ils ne font donc pas de mise en contact. Mais dès lors qu'ils mettent le travailleur en contact avec un nouvel employeur, ils deviennent des placeurs.

**Try And Hire:** Il s'agit-là en règle générale d'entreprises de location de services qui mettent leurs travailleurs au service du client. L'art. 22, al. 3 et 4, LSE règle l'indemnisation. Même si le bailleur place son travailleur temporaire, il ne doit pas être titulaire, outre son autorisation de location de services, d'une autorisation de placement en application de l'art. 6, let. b, OSE (les activités de placement d'employeurs qui placent leurs employés ne sont pas soumises à autorisation).

Les **managers** d'artistes sont en règle générale des placeurs.

### Exceptions:

1. Lorsque le manager 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). Le manager 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, mais non en tant que placeurs lorsqu'elles engagent elles-mêmes des artistes dans le cadre de cette fonction.



**Le placement de célébrités/service d'escorte** n'est pas considéré comme une activité de placement au sens de la LSE, la personne engagée devant uniquement faire acte de présence à l'occasion de manifestations ou de rencontres. Cette activité n'est pas considérée comme une prestation de travail ni comme une représentation artistique. Si en revanche la personne engagée fournit une prestation de travail (p.ex. anime une manifestation) et qu'elle est de ce fait soumise aux instructions de l'organisateur, elle n'est pas considérée comme indépendante s'acquittant d'un mandat ou étant partie à un contrat d'entreprise. Entre également dans le cadre du placement au sens de la LSE l'activité de personnes qui outre leur présence, fournissent une représentation artistique.

**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 la forme d'une publication spécialisée dans les annonces d'emplois (indicateur de l'emploi) constitue une activité de placement, car les données personnelles de demandeurs d'emploi ou d'emplois vacants chez des employeurs sont enregistrées en l'occurrence dans un organe de publication ne comportant pas de partie principale journalistique. Il en va de même des produits journalistiques publiés par les médias électroniques. Une vigilance spéciale doit être vouée, dans ces cas-là, à la protection des données (v. chap. ad art. 7 let. c, chif. 2).

Pour établir s'il y a ou non partie principale journalistique, il convient de considérer les points suivants:

- a) La **partie journalistique doit occuper une place manifestement 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 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, des annonces dans d'autres domaines**, par ex. l'immobilier, l'automobile, etc., **sans présenter de partie principale journalistique**. Et cela même si les annonces 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 dire si 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 qu'une sous-adresse de cette partie principale. C'est oui, si les annonces sont diffusées sur un site indépendant, tant en ce qui concerne la présentation graphique que l'adresse Internet.

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 qui diffusent des offres ou des demandes d'emplois par le canal de la radio ou de la télévision agissent en placeur, ce qui n'est en règle générale pas le cas de la station de radio ou de la chaîne de télévision (sauf s'il s'agit d'une station ou d'une chaîne publicitaire spéciale), car leur activité comporte une partie principale journalistique.

### 3. Canaux de placement (art. 1a OSE)

L'al. 1 énumère, dans une liste non exhaustive, les médias les plus courants par lesquels peuvent être opérés des placements. Il rappelle utilement que le placement peut emprunter toutes sortes de canaux et ne se borne pas aux deux moyens classiques que sont les agences de placement ou les feuilles d'annonces.

L'al. 2 interdit d'accorder l'autorisation aux organes de publication dont les demandeurs d'emploi ne peuvent pas connaître d'avance le contenu. D'autant plus qu'il serait difficile de contrôler si ces médias respectent les prescriptions du tarif des émoluments de la LSE. Le placement par les 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 combien cela lui coûtera en téléphones et à lui économiser des communications inutiles. Cela vaut également pour le placement par Internet. Selon le fondement de la LSE, il s'agit de protéger le demandeur d'emploi contre le risque d'exploitation.

## B Quelles sont les activités soumises à autorisation? (art. 1 – 7 OSE)

**Est soumis à autorisation celui qui pratique le placement régulièrement et contre rémunération.**

Les conditions d'assujettissement au régime de l'autorisation se rapportent aux trois types de placement mentionnés à l'art. 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 critères:

## 1. Notion de régularité (art. 2 OSE)

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

A la let. a:

la volonté d'offrir de manière répétée ses services de placeur est le critère déterminant de la régularité. Cette volonté est manifeste lorsque l'activité de placement figure dans l'inscription au registre du commerce et que la personne a pris des mesures d'organisation en vue de se lancer dans cette activité, notamment la publication d'annonces publicitaires, l'impression de papier à lettre ou de cartes de visites. L'«offre» d'exercer la fonction de placeur ne se manifeste pas seulement par les exemples précités mais par tout geste signalant la volonté d'agir suite à une demande en ce sens.

Selon la let. 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. Dès lors, une interprétation à la lettre de l'art. 2, let. 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'art. 2, let. a, OSE et non pas le nombre des placements effectués.

## 2. Rémunération (art. 3 OSE)

Le simple remboursement de débours représente déjà une rémunération. Il est indifférent 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.

**Mais**

l'acquisition d'un crédit personnel n'est pas une rémunération au sens de la LSE.

**C Placement à l'étranger (art. 5 OSE)****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.

**Etranger – Suisse:**

Un emploi en Suisse est procuré à un demandeur d'emploi qui séjourne à l'étranger. Entre également dans ce cas le placement d'un frontalier dont ce sera le premier emploi en Suisse.

**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 a un siège 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.

**Suisse – Suisse:**

Un demandeur d'emploi qui séjourne en Suisse est placé en Suisse. Ce genre de placement n'est réputé placement de l'étranger que si le demandeur d'emploi est un étranger **qui séjourne déjà en Suisse** mais qui n'est pas encore autorisé à y exercer une activité lucrative. C'est par exemple le cas des touristes, des écoliers, des étudiants ou des demandeurs d'asile (art. 2, al. 4, LSE), mais non des étrangers titulaires du permis d'établissement qui exercent pour la première fois une activité lucrative, ni le placement de frontaliers à l'intérieur de la Suisse.

Entre également dans cette catégorie le placement de danseuses de cabaret qui séjournent déjà en Suisse et qui sont titulaires d'un permis L pour les engagements courants. Car le permis L ne leur ouvre l'accès au marché du travail suisse que pour une courte période et pour des engagements précis. A l'expiration de ce permis, elles perdent leur qualité de travailleur indigène et doivent être traitées, du point de vue du marché du travail indigène, comme si elles se trouvaient à l'étranger. **En conséquence, celui qui veut placer ces danseuses en Suisse doit avoir une autorisation, délivrée par le seco, de pratiquer le placement intéressant l'étranger.**

La nationalité de la personne placée ne joue un rôle que dans le placement Suisse-Suisse. Dans les trois autres cas, il est indifférent que la personne placée soit suisse ou étranger.

En ce qui concerne l'interdiction de pratiquer le placement en Suisse frappant les agences de placement étrangères, voir art. 3, let. C.

## 2. Le cas spécial du placement par Internet

Etant donné qu'Internet peut être consulté dans le monde entier, tout placement par ce canal peut être en soi un placement transfrontalier. Pour autant, toutes les agences opérant par Internet ne veulent pas faire 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. Mais, s'ils veulent opérer à l'échelle transfrontalière, ils doivent alors demander l'autorisation fédérale. Faute de quoi ils se rendraient coupables d'infraction à l'art. 39, al. 1, let. a, LSE.

## D Succursales

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

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

Les **filiales** sont des entreprises juridiquement indépendantes de l'établissement principal; **elles sont toujours soumises à autorisation**. Les sociétés d'un groupe, d'une holding, etc. qui placent du personnel auprès d'autres sociétés ne sont en revanche pas soumises à autorisation, par analogie à l'art. 6, let. b, OSE.

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

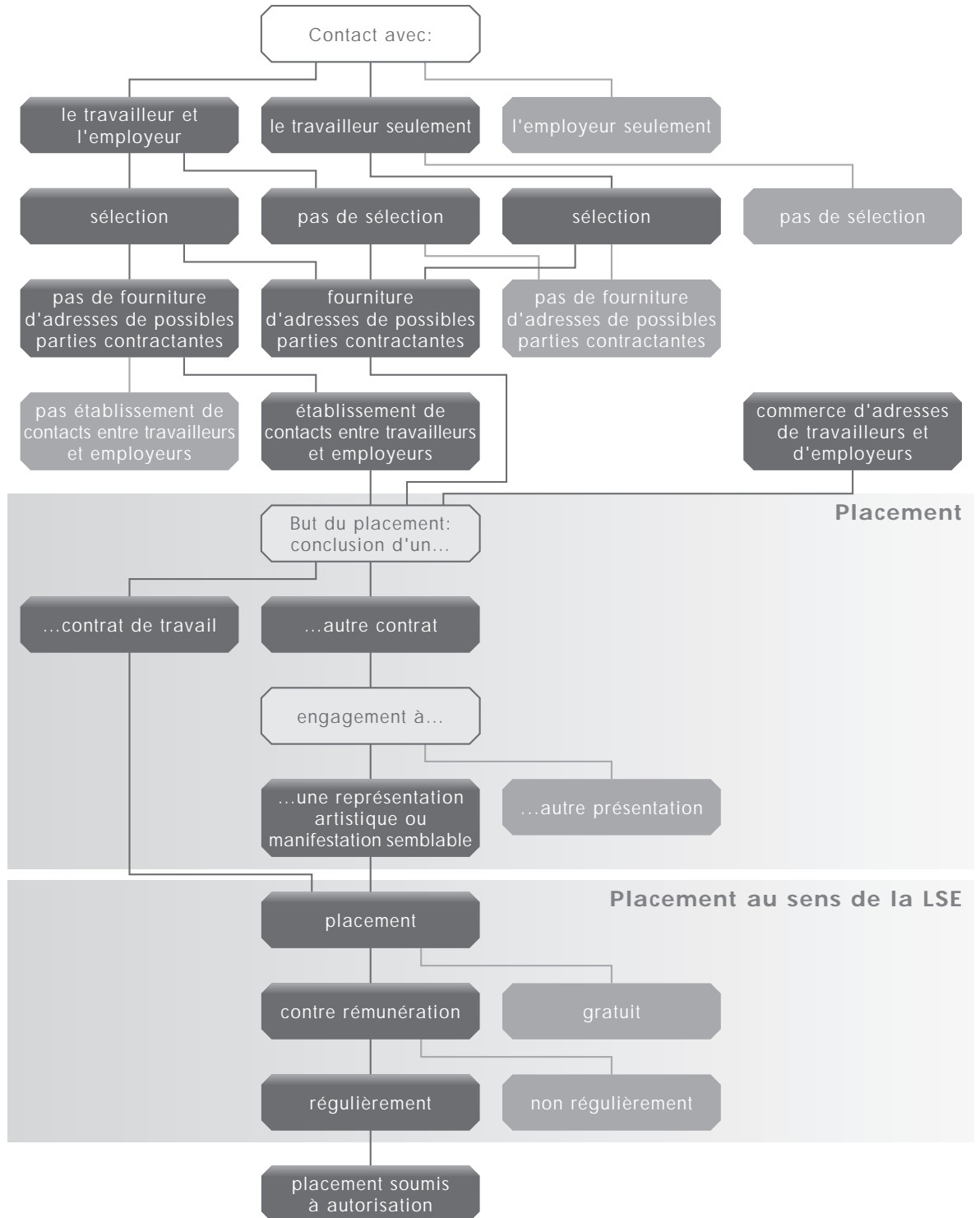
taires relatifs à l'art. 4 LSE, page 31).

Les entreprises qui ne satisfont pas, faute d'une autonomie économique suffisante, aux exigences posées à une succursale par l'art. 935 du CO sont considérées comme de simples sections d'établissement. Elles doivent être mentionnées dans l'autorisation délivrée au siège principal ou à la succursale à la rubrique «locaux commerciaux non situés au siège de l'entreprise». **Les sections d'établissement n'ont pas besoin d'avoir leur propre autorisation** si elles sont sises dans le même canton que l'établissement principal ou une succursale.

**Donc:**

les sections d'établissements sises dans un canton où ni l'établissement principal ni des succursales de cet établissement n'ont leur siège ne sont pas licites. Elles doivent soit cesser leur activité, soit être transformées en succursales devant être inscrites au registre du commerce et demander une autorisation propre.

## E Vue d'ensemble du régime de l'autorisation:



## Art. 3 LSE Conditions d'octroi de l'autorisation (art. 8 – 10 OSE)

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

Exception: les bureaux de placement d'organisations professionnelles et d'institution d'utilité publique sont dispensés de l'obligation de s'inscrire au registre du commerce et d'apporter la preuve qu'ils disposent de locaux commerciaux appropriés (art. 3, al. 4, LSE).

### A Conditions auxquelles doit répondre l'entreprise (art. 8 OSE)

#### a) Etre inscrite au registre suisse du commerce

L'entreprise doit être inscrite avec sa raison de commerce (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 (ou autres locaux commerciaux sis à d'autres adresses) qui dépendent d'elle peuvent mais ne doivent pas forcément être inscrites.

L'activité de placement de l'entreprise doit être mentionnée précisément à la rubrique but de l'entreprise ou du moins ressortir 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.

Enfin, le nom de la personne figurant sur l'autorisation comme responsable de la gestion doit aussi être mentionné. Cette exigence est imposée déjà par le Code des obligations qui exige que soit mentionnée la personne autorisée à représenter la société ou l'administrateur: société anonyme (et société en commandite par actions) art. 641, chif. 9; société à responsabilité limitée art. 781, chif. 7; société coopérative art. 835, chif. 2; société en nom collectif art. 554, 555; société en commandite art. 596, 597.

#### Remarque

L'autorisation est accordée par succursale et comme l'inscription au registre du commerce est l'une des conditions d'octroi de l'autorisation, il ne suffit pas que seul le siège principal y soit inscrit. L'autorisation ne pourra pas être délivrée aux requérants qui s'opposent à ces exigences.



**b) Disposer d'un local commercial approprié**

Dans quelques branches, les placements sont rarement effectués dans les locaux commerciaux du placeur. En l'occurrence, les exigences posées en matière de locaux sont minimales; une salle de séjour peut, dans des circonstances spéciales, suffire pour autant que cette salle soit exclusivement 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 travail demeurent réservées. A ne pas oublier que la loi sur la protection des données exige, à son art. 7, que les données personnelles doivent être protégées contre tout traitement non autorisé par des mesures organisationnelles et techniques appropriées.

**c) Ne pas exercer d'activités pouvant nuire**

Outre son activité de placement, l'entreprise ne peut exercer d'activités pouvant nuire aux intérêts des demandeurs d'emploi ou des employeurs:

L'art. 8, al. 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 let. d étend l'interdiction aux personnes qui sont employées dans ce genre d'établissements.

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 entrave 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 lien avec la nouvelle agence de placement, que ce soit par personne (par ex. associé) ou par capital interposé, et qu'elle ne se cache pas derrière un homme de paille. De même, le propriétaire et le gérant d'une agence de placement ne peuvent avoir aucun lien avec un cabaret. Ces restrictions s'appliquent également aux agences

matrimoniales et aux établissements de crédit (respectivement lettres b et c de l'art. 8 OSE).

L'art. 8, al. 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 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 mannequins place ses diplômés n'est pas préjudiciable en soi. Mais dès que l'agence s'arrogue un monopole régional et ne place les mannequins qu'après que ceux-ci ont suivi son cours, elle restreint leur liberté de décision.

## **B 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, il s'expose à des sanctions en vertu de l'art. 5, al. 1, let. c, LSE (retrait ou menace de retrait de l'autorisation). Un demandeur ne peut donc exciper des connaissances de son avocat ou de sa 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'il assume cette responsabilité simultanément pour plusieurs bureaux ou lorsqu'il 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. Le responsable d'une agence de placement peut donc assumer la responsabilité de deux entreprises au maximum; une dérogation à cette règle n'est envisageable que si les entreprises sont sises à la même adresse et partagent le même local commercial.

**a) Etre de nationalité suisse ou titulaire d'un permis d'établissement**

Depuis l'entrée en vigueur de l'Accord sur la libre circulation des personnes et de l'Accord amendé la Convention instituant l'AELE, l'autorisation peut aussi être délivrée aux ressortissants de l'UE et aux ressortissants de l'AELE (v. les conséquences de l'Accord à la fin de la partie II).

**b) Assurer un service de placement satisfaisant aux règles de la profession**

En vertu de l'art. 3, al. 2, let. b, LSE, l'autorisation ne peut être délivrée à n'importe qui mais seulement aux personnes qui possèdent une certaine expérience et des connaissances de la branche. L'art. 9 OSE précise les exigences à cet égard: le demandeur doit être titulaire d'un certificat de fin d'apprentissage ou d'une formation équivalente et posséder en outre plusieurs années d'expérience pertinente sous une des deux formes prévues aux let. a et b (c'est-à-dire, avoir 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 du personnel). Plusieurs années signifie au moins trois ans.

L'adverbe «**notamment**» permet une certaine souplesse dans les cas particuliers lorsqu'un demandeur ne remplit pas tout à fait ni la let. a ni la let. 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 en faveur de demandeurs

- qui possèdent un diplôme universitaire;
- qui possèdent un brevet fédéral ou un diplôme supérieur (école de gestion, école hôtelière, diplôme ESGC ou ESCEA);
- hautement spécialisés dont on est en droit de présumer que leurs connaissances spécialisées les rendent, dans le cas particulier, aussi aptes à faire du placement que les personnes remplissant les conditions prévues aux let. a et b;
- qui ont accompli les modules sur le conseil et le placement (4), le droit du travail et des contrats (6) et le droit des assurances sociales (7) du cursus préparant au brevet fédéral de conseiller en personnel;
- qui ont eux-même dirigé une fois une entreprise comptant au moins cinq employés et se sont ainsi familiarisés avec la conduite de personnel;
- qui ont exercé longtemps (au moins cinq ans) le métier d'artiste ou de mannequin en ayant régulièrement affaire dans ce contexte à des agences de placement et acquis par là une connaissance intime de la branche.

- Attention, ce n'est pas parce qu'une personne remplit l'une des possibilités d'exception ci-dessus qu'elle remplit forcément pour autant les conditions personnelles exigées à l'art. 9, let. a et b, OSE. La question doit être tranchée dans chaque cas particulier en appréciant l'ensemble des faits.

### **c) Jouir d'une bonne réputation**

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

- condamnations préalables,
- poursuites,
- faillites,
- dettes fiscales.

Les condamnations préalables, poursuites, faillites et dettes fiscales ne sont toutefois pertinentes que si elles remettent en question l'aptitude à gérer une entreprise de placement, c'est-à-dire si elles ont une relation avec l'activité de placement. Ainsi, une condamnation pour infraction au code de la route ne remet en règle générale pas en question l'aptitude à gérer une entreprise de placement. Sont en revanche pertinentes les condamnations ou problèmes financiers en relation avec de précédentes activités, en particulier si elles ont nuit à des travailleurs.

Le requérant joindra à sa demande les preuves récentes de sa bonne réputation (extrait du casier judiciaire, du registre des poursuites, etc.). Pour toute demande de modification de l'autorisation, ces attestations ne remonteront pas à plus de deux ans.

## **C Activités de placement intéressant l'étranger** (art. 10 OSE)

L'art. 10 OSE impose, d'une part, des obligations aux entreprises de placement et charge, d'autre part, la Direction du travail du seco de leur fournir les informations nécessaires.

Il convient de ne pas se montrer par trop exigeant en ce qui concerne la preuve que l'entreprise remplit les conditions fixées à l'art. 10 OSE. On se contentera en règle générale des informations données par le demandeur. La Direction du travail du seco 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 voulues.

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.

**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).**

Si un placeur étranger entend pratiquer le placement transfrontalier, il doit collaborer avec un placeur suisse autorisé ou ouvrir un établissement en Suisse. S'il opère des placements de l'étranger en Suisse directement et sans les autorisations requises, il s'expose lui-même et expose les employeurs avec lesquels il travaille à des sanctions. L'autorisation n'est toutefois obligatoire que pour celui qui opère régulièrement en Suisse et contre rémunération. Pour apprécier le caractère régulier des activités du placeur étranger, on se basera uniquement sur ses activités transfrontalières touchant la Suisse.

## **D Demande d'autorisation** (art. 11 et 40 OSE)

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

Le requérant joindra à sa demande d'autorisation les documents nécessaires à l'appréciation du cas, soit au moins:

- 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) les **documents attestant clairement** que la personne responsable remplit les exigences légales.  
Exemples: si une personne indique dans son curriculum vitae annexé une formation universitaire, l'autorité cantonale du marché du travail exigera une copie du diplôme universitaire;  
si une personne indique dans son curriculum vitae annexé avoir occupé pendant un certain temps certaines positions dans certaines entreprises, l'autorité cantonale du marché du travail exigera une copie des certificats de travail;
- 4) une copie d'une **pièce d'identité valable** de la personne responsable: carte d'identité, passeport si elle est de nationalité suisse; permis d'établissement s'il s'agit d'un ressortissant étranger;
- 5) les **contrats** approuvés par l'office du travail, y compris les éventuelles conditions générales;
- 6) s'agissant du placement,

- les placeurs qui n'exigent aucune rémunération des demandeurs d'emplois en apporteront la preuve en présentant un modèle du contrat conclu avec leurs clients ou une attestation allant dans ce sens;
- 7) s'agissant de la location de services,
  - a) il faut établir clairement si l'entreprise envisage d'exercer du **travail temporaire et/ou de la mise à disposition de travailleurs à titre principal (travail en régie)**. Ces deux formes de location de services étant de nature différente, les contrats ne sont par conséquent pas identiques. Si une entreprise entend pratiquer le travail temporaire et la mise à disposition de travailleurs à titre principal (travail en régie), elle doit présenter deux contrats de travail;
  - b) **sûretés**:
    - copie des sûretés,
    - attestation écrite de l'office du travail à l'intention du seco disant que les sûretés ont été requises tant pour l'autorisation suisse que pour l'autorisation étrangère;
- 8) copie d'un extrait actuel officiel certifié du **registre du commerce**, car les extraits obtenus par le canal Internet sont sans garantie (pour les demandes de modification, ce document ne remontera pas à plus de deux ans);
- 9) extrait actuel du **casier judiciaire** de la personne responsable (pas plus de deux ans pour les demandes de modification de l'autorisation);
- 10) attestation actuelle de l'**office des poursuites** (pas plus de deux ans pour les demandes de modification de l'autorisation);
- 11) **certificat de bonnes mœurs** récent (pas plus de deux ans pour les demandes de modification de l'autorisation).

Ces documents sont indispensables pour que les cantons puissent contrôler si les conditions requises par la loi sont remplies et octroyer ensuite l'autorisation de pratiquer le placement privé et/ou la location de services.

Si, outre l'autorisation cantonale, le requérant sollicite l'autorisation fédérale, la demande d'autorisation fédérale est transmise au seco avec les documents précités (cette procédure vaut également pour les demandes de modifications de l'autorisation). **Les demandes incomplètes ne peuvent être traitées.** L'autorité cantonale du marché du travail joindra en outre à la demande d'autorisation fédérale:

- 1) la ou les **décision(s)** cantonale(s) de délivrer l'autorisation de pratiquer le placement privé et/ou la location de services;
- 2) l'**autorisation** ou les autorisations de pratiquer le placement privé et/ou la location de services délivrée(s) par l'office cantonal du travail.

## Art. 4 LSE Durée et portée générale de l'autorisation (art. 13 OSE)

### A Autorisation

L'autorisation est établie au nom de l'entreprise. Elle est délivrée pour une durée illimitée. Une durée limitée n'est donc pas possible conformément à la volonté claire du législateur (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 est limitée à certains Etats.

Des restrictions géographiques ou professionnelles du champ d'application peuvent être apportées. Les indications données dans le formulaire de demande sur les professions et les branches sur lesquelles 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 appelle une modification de l'autorisation 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 **titre 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'art. 13 OSE énumère les indications minimales que doit contenir le titre. Il est loisible aux cantons d'y faire figurer d'autres renseignements. Le droit fédéral n'oblige plus le titulaire à afficher bien en vue son titre d'autorisation dans son bureau.

L'autorité cantonale délivrant l'autorisation transmet à la Direction du travail du seco une copie de la décision et du titre d'autorisation ainsi que de leurs modifications.

**Les succursales reçoivent toujours une autorisation propre.**

**Lorsque la succursale est située dans un autre canton que l'établissement principal** de l'entreprise, elle doit présenter une demande d'autorisation selon la procédure normale. Elle ne peut commencer son activité de placement que lorsqu'elle a reçu l'autorisation (l'autorisation a un caractère constitutif).

**Lorsque l'établissement 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 n'est établie qu'ultérieurement (dans ce cas elle a seulement un caractère déclaratoire). Elle est établie par l'autorité compétente, après réception de la déclaration, selon une procédure d'autorisation normale. Si la succursale ne remplit pas les conditions d'autorisation, l'autorité impartit à son responsable un délai pour y remédier. Si rien n'est fait dans ce délai, l'autorisation n'est pas accordée et la cessation de l'activité de placement ordonnée. L'obligation de déclarer une succursale incombe à l'établissement principal, mais l'autorisation est établie au nom de la succursale.

Les **sections d'établissement** («autres locaux commerciaux») ne reçoivent pas d'autorisation propre mais sont inscrites dans le titre d'autorisation de l'établissement principal ou de la succursale dont elles dépendent juridiquement. Elles ne peuvent commencer leur activité que lorsque l'établissement principal ou la succursale – sis dans le même canton – dont elles relèvent en ont déclaré l'ouverture à l'autorité cantonale compétente. L'établissement dans l'autorisation duquel elles sont mentionnées comme autres locaux commerciaux répond également de la légalité de l'activité de placement de ses sections.

**A noter:**

Toute modification des faits susceptibles d'avoir une incidence sur les conditions d'autorisation doit, selon l'art. 14 OSE, être immédiatement communiquée à l'autorité cantonale compétente.



## **B Contrôle périodique des conditions dont dépend l'autorisation (art. 6 LSE)**

L'autorisation est délivrée pour une durée illimitée. Les cantons 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 qu'a l'autorité de procéder à de tels réexamens fait pendant à l'art. 6 LSE qui oblige le placeur à fournir sur demande tous les renseignements nécessaires.

## Art. 5 LSE Retrait de l'autorisation (art. 15 et 16 OSE)

### A Généralités

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

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

Compte tenu du principe de proportionnalité, l'autorité accorde généralement aussi un délai de régularisation avant de retirer l'autorisation dans les cas visés à l'art. 5, al. 1, let. a et b, LSE.

Mais lorsqu'il s'agit de manquements graves exigeant une intervention immédiate de l'autorité ou de manquements auxquels il est impossible de remédier, les autorités peuvent renoncer à fixer un délai (art. 15, al. 1, OSE) et assortir la décision de retrait d'un délai d'attente avant l'échéance duquel l'entreprise ne pourra reprendre son activité de placement.

Le retrait de l'autorisation cantonale entraîne obligatoirement le retrait de l'autorisation d'exercer une activité de placement intéressant l'étranger (chacun de ces retraits faisant cependant l'objet d'une décision séparée du canton et de la Direction du travail). En cas de retrait de l'autorisation de pratiquer le placement de et à l'étranger, l'autorité cantonale d'autorisation examinera s'il y a lieu de retirer également l'autorisation cantonale.

Aux termes de l'art. 16 OSE, l'autorisation est retirée 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).

### B 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

L'art. 5, al. 1, let. b, LSE procure à l'autorité qui délivre l'autorisation la base légale pour retirer l'autorisation à une entreprise qui n'est pas gérée correctement.

Sont considérés comme des violations de la LSE et de ses dispositions d'exécution, notamment

- 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.

## C Émoluments

Selon le tarif des émoluments de la loi sur le service de l'emploi, des émoluments sont perçus uniquement pour l'octroi et la modification de l'autorisation. Il n'empêche que les décisions de suppression ou de retrait de l'autorisation, tout comme l'examen du dossier conduisant à un refus de l'autorisation, peuvent eux aussi donner parfois beaucoup de travail à l'administration.

Le droit des redevances est très strict sur le principe de légalité. Les autorités compétentes ne peuvent en conséquence demander un émolument pour le retrait ou la suppression de l'autorisation ou en cas de refus de l'autorisation que si cet émolument est prévu par la loi. Or la LSE n'en prévoit pas.

La LSE charge le Conseil fédéral de fixer les émoluments (art. 4 et art. 15 LSE). L'ordonnance du 16 janvier 1991 sur les émoluments, commissions et sûretés en vertu de la loi sur le service de l'emploi doit donc être considérée comme une réglementation limitative qui ne laisse aux cantons aucune compétence de percevoir leurs propres émoluments.

La perception d'émoluments est d'autant moins justifiée:

- 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 – et
- que le public, qui bénéficie indirectement de ces prestations, les paie à travers les impôts.

## D Retrait ou suppression de l'autorisation en cas de faillite

Que se passe-t-il lorsqu'une entreprise de placement (ces considérations valent bien entendu également pour les entreprises de location de services) devient insolvable, et qu'une procédure de faillite est engagée contre elle, procédure qui aboutira éventuellement à sa radiation du registre du commerce?

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. Quatre cas peuvent se présenter.

a) S'il s'agit d'une **personne morale** (l'ordonnance sur le registre du commerce, ORC, parle

d'une société) qui est radiée du registre du commerce après clôture de la faillite, alors l'entreprise n'existe plus et l'autorisation devient sans objet (art. 66, al. 2, ORC).

- b) S'il s'agit d'une **raison individuelle** contre laquelle une procédure de faillite a eu lieu, l'autorisation devient sans objet seulement si, à la clôture de la faillite, l'entreprise est radiée du registre du commerce. La radiation n'a lieu en principe que si l'entreprise a cessé l'exploitation (art. 66, al. 1, ORC). Demeure réservée la radiation d'office ensuite du départ ou du décès de son propriétaire (art. 68, al. 1, ORC).
- c) Si **la faillite a été annulée ou la procédure suspendue faute d'actifs**, ce qui arrive assez souvent, la procédure n'a aucun effet sur l'objet de l'autorisation.
- d) **Si personne ne demande la faillite**, la faillite n'est pas ouverte ni l'activité suspendue par l'office. Plusieurs raisons, dont notamment le montant important des avances de frais, l'absence de perspectives de recouvrer ses créances ou le non-dépôt par la direction du compte de pertes et profits et du bilan (art. 725 et 943 CO), 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 mises en question.

## 1. Retrait ou suppression?

### a) Suppression

En vertu de l'art. 16 (et 45) OSE, l'autorité compétente **doit** supprimer l'autorisation lorsqu'elle apprend que l'entreprise a **cessé son activité de placement suite à la clôture d'une procédure de faillite**. L'autorisation n'est pas supprimée lorsqu'une raison individuelle poursuit son activité même après la clôture de la procédure de faillite (ce qui est juridiquement possible) ou si l'entreprise n'a pas été liquidée après l'annulation ou la suspension de la faillite.

### b) Retrait

L'autorisation **doit** dans tous les cas être retirée, en application de l'art. 5, al. 1, let. a et b (ou de l'art. 16, al. 1, let. a et b), LSE lorsque le propriétaire d'une raison individuelle, même si celle-ci poursuit son activité après une faillite, **a enfreint de manière grave ou répétée la LSE, l'OSE ou l'ordonnance du 6 octobre 1986 limitant le nombre des étrangers (OLE)**.

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.

**La faillite n'entraîne pas forcément le retrait de l'autorisation.** Elle ne doit pas être assimilée dans tous les cas à une mauvaise réputation. Une certaine souplesse est indiquée ici: les cantons jouissent 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 pour régulariser la situation en application des art. 5, al. 2 et 16, al. 2, LSE. S'agissant d'entreprises qui poursuivent leur activité après une faillite, il y a lieu d'accorder un délai **6 à 9 mois** avant le retrait de l'autorisation si les chances de l'entreprise d'assainir sa situation financière paraissent réelles.

## 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 la raison 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 le retrait de l'autorisation, elle s'informerait 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 titulaire de l'autorisation un délai pour régulariser la situation.

## 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, aucun intérêt ne justifie l'établissement d'une décision formelle.

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 impartit 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».

#### 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**.

Le droit des redevances est très strict sur le principe de légalité. Chaque taxe doit donc reposer sur une base légale explicite. Or la LSE ne contient pas de base légale de cette nature mais dit seulement que le Conseil fédéral fixe les émoluments d'octroi de l'autorisation dans les dispositions d'exécution (art. 4 et 15 LSE). Le tarif des émoluments de la LSE ne prévoit pas d'émoluments pour la suppression ou le retrait. Il doit être considéré comme une réglementation limitative qui ne laisse aux cantons aucune compétence de percevoir leurs propres émoluments (voir aussi let. B, Émoluments).

#### 5. Procédure entre l'autorité cantonale et la Direction du travail du 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 avoir consulté la **Direction du travail du seco**. Elle informe ensuite le seco de ce qu'elle a fait. 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 le canton. En tout état de cause, les deux autorités doivent coordonner leur démarche.

## **Art. 6 LSE Obligation de renseigner**

L'obligation de renseigner imposée à l'entreprise de placement par l'art. 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.

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

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

## Art. 7 LSE Obligations propres au placeur (art. 17 à 19 OSE)

### A Publication d'annonces

Les placeurs n'ont pas le droit de publier des annonces anonymes. Ils ne peuvent passer des annonces que sous leur propre nom (art. 7, al. 1, LSE).

Les annonces publiées par le placeur doivent correspondre aux conditions réelles. L'offre fictive de travail n'est pas licite. Celui qui recherche uniquement à constituer des fichiers doit l'indiquer dans son annonce. Il doit 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).

Conséquences:

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.)

### B Comptabilité (art. 17 OSE)

L'art. 17 OSE vise à assurer le contrôle des taxes d'inscription et des commissions de placement et ne se rapporte pas à l'obligation de tenir une comptabilité inscrite dans le CO. Conformément aux dispositions relatives aux taxes et commissions, l'autorité qui délivre l'autorisation a le droit d'exiger des indications comptables uniquement sur les taxes et commissions versées par les demandeurs d'emploi.

### C 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.

### D Protection des données (art. 19 OSE)

#### 1. Généralités

Les dispositions en matière de protection des données de la LSE sont alignées sur celles de la loi sur la protection des données (LPD). Sont dès lors licites la collecte, l'évaluation et la transmission de données (= activités principales du placeur) dans les limites des normes en vigueur,



tant qu'elles ne constituent pas une atteinte illégale à la personnalité de l'intéressé. Si le lésé a autorisé le traitement des données en cause, ce traitement devient alors licite. Les dispositions de protection des données de la LSE sont conçues en ce sens.

Les règles de la LSE en matière de protection des données exigent que les données concernant les demandeurs d'emploi et les emplois vacants permettant d'identifier la personne du demandeur ou de l'employeur ne soient traitées qu'avec l'assentiment des intéressés.

Il faut entendre par traitement, selon la définition de la loi sur la protection des données (art. 3, let. e), «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».

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 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 contrat de placement. Mais toute communication allant au-delà de ces limites exige un assentiment exprès. Le demandeur d'emploi peut déjà le donner à titre général dans le contrat de placement. Il doit cependant toujours le donner par écrit, comme l'exige l'art. 19, al. 4, OSE, même lorsque la forme écrite n'est pas exigée pour le contrat de placement.

L'obligation d'avoir l'assentiment des personnes concernées vaut également en cas de reprise d'entreprise: si l'agence de placement change de mains, l'intéressé doit en être explicitement averti. 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.

## 2. Points auxquels il convient de veiller 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 un profil de la personnalité

selon la définition de l'art. 3, let. d, LPD. Si des personnes non autorisées accèdent à ces données, **il peut en résulter de graves atteintes à la personnalité.**

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. 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 Internet des règles ci-dessus.

## Art. 8 LSE Contrat de placement

### A 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 art. 412 ss du Code des obligations (CO). Les dispositions de la LSE concernant le contrat de placement prévalent sur les prescriptions du CO.

Il convient de partir, dans l'application de cet article, de son sens et de son but: 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 contrat-type 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.

A la différence de la location de services, le contrat de placement doit, dans tous les cas où il est obligatoire, 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.**

La loi n'autorise aucune exception à la règle du contrat écrit telle qu'elle est délimitée ici, même dans les branches où le contrat écrit n'est pas de règle.

### B Interdiction du placement exclusif

Aux termes de l'art. 8, al. 2, LSE, sont nuls et non avenus les arrangements 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 court laps de temps, augmenter rapidement. Cette disposition tend à éviter que les artistes ne puissent être engagés que par l'entremise d'un «manager». Mais elle s'applique aussi en cas de conclusion de rapports de travail. Si un placeur veut assurer ses services par un contrat de placement, ce dernier sera libellé de la façon suivante 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 dans les six mois au plus à compter de 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.*

## C For juridique

Depuis l'entrée en vigueur de la loi fédérale du 24 mars 2000 sur les fors en matière civile (loi sur les fors, LFors, RO 2000 2355) le 1<sup>er</sup> janvier 2001, les fors juridiques en matière de placement sont régis par cette loi et non plus par la LSE.

S'agissant des actions intentées par le demandeur d'emploi, le tribunal compétent peut être, comme jusqu'ici, ou le tribunal du lieu de l'établissement commercial du placeur avec lequel le contrat a été conclu (art. 24, al. 2, LFors) ou le tribunal du siège du placeur (art. 24, al. 1, LFors = siège du défendeur, le siège étant ici entendu comme le siège principal).

Par contre, pour les actions intentées par le placeur, seul est maintenant compétent le tribunal du domicile du demandeur d'emploi (art. 3, al. 1, let. a, LFors). **Le placeur ne peut donc plus intenter une action au lieu où il a son siège social.**

Concernant l'indication du for dans les contrats, la formulation suivante pourra donc être utilisée en substance:

*Est compétent pour connaître des actions intentées par le demandeur d'emploi le tribunal du lieu de l'établissement commercial du placeur avec lequel le contrat a été conclu (art. 24, al. 2, LFors) ou le tribunal du lieu où il a son siège principal (art. 24, al. 1, LFors) et, pour les actions inten-*

tées par le placeur, le tribunal du domicile du demandeur d'emploi (art. 3, al. 1, let. a, LFors).

Les parties peuvent aussi renoncer à régler la question du for dans le contrat. En cas de litige, la réglementation susmentionnée s'applique même en l'absence de référence expresse.

**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 à l'étranger. Pour tout renseignement s'adresser à l'Office fédéral de la justice, Section du droit international privé (tél. 031/322'41'22).

## **D 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 ce type de contrat satisfasse aux exigences de la LSE, il faut que le placeur y apparaisse en qualité de troisième partie, faute de quoi un contrat de placement écrit séparé est nécessaire.

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

**Important:**

Pour le placement de danseuses de cabaret, l'usage du contrat ASCO approuvé par l'Office fédéral des étrangers et la Direction du travail du seco (ex-OFIAMT) ou d'un contrat identique est obligatoire.

## **E 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 de loger pendant une longue période dans les locaux de l'entreprise et de fournir des prestations convenues à l'avance et rémunérées conformément aux usages professionnels et locaux, de respecter le règlement de maison et de se soumettre aux prescriptions en vigueur concernant l'habillement), il s'agit manifestement, vu la subordination 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) – comptent dans le salaire déterminant pour les déductions sociales, qu'ils exercent leur activité à titre principal ou à accessoire.

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

Il faut en outre déterminer l'importance de la personnalité de ces artistes pour la manifestation. Les artistes indépendants ont toujours une importance de premier rang dans une manifestation.

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

### **Parenthèse: Contrat de médiation type de la FIFA pour le placement de joueurs de football**

La FIFA a mis en vigueur un nouveau «Règlement gouvernant l'activité des agents de joueurs» au 1<sup>er</sup> mars 2001. Un contrat-type de médiation est annexé à ce règlement (voir l'annexe C).

Le règlement et le contrat de médiation type de la FIFA règlent l'activité des agents de joueurs des 204 pays membres de la FIFA. Ce n'est donc qu'un contrat rudimentaire qui ne peut tenir compte de toutes les particularités légales des pays membres. Consciente de ce problème la FIFA a prévu, au point 5 de son contrat de médiation type une clause impérative stipulant que «Les parties s'engagent à respecter les dispositions de droit public spécifiques relatives aux intermédiaires pour la recherche de travail ainsi que les autres normes juridiques contraignantes de la législation nationale du pays concerné, du droit international et des traités internationaux applicables.»

En conséquence, nous renonçons à établir un modèle de contrat spécial pour les agents de joueurs en Suisse. Les contrats conclus sur le modèle de la FIFA avec les agents qui demandent une autorisation en vertu de la loi sur le placement devront néanmoins être complétés de la manière suivante afin que leur teneur soit conforme à la LSE et que l'autorisation puisse leur être accordée.

### **Introduction**

La base légale sera mentionnée dans la partie introductive:

«Les parties ... se sont entendues pour conclure un contrat de placement en vertu de l'art. 8 de la loi sur le placement (LSE) dans les termes suivants:»

Point 1)

Aux termes de l'art. 8, al. 2, let. a, LSE, les arrangements qui interdisent au demandeur d'emploi de s'adresser à un autre placeur sont nuls. Il y a donc lieu de compléter le point 1) comme suit: «Les parties peuvent résilier le contrat en tout temps et sans conditions.»

Point 2), let. a)

L'art. 3, al. 1, du tarif des émoluments de la loi sur le service de l'emploi (TE-LSE) dispose que la commission de placement à charge du joueur peut s'élever à 5% au plus du **premier** salaire annuel brut. Ce point doit donc être adapté: («L'agent de joueurs perçoit une commission s'élevant à 5% du premier salaire annuel brut réalisé par le joueur aux termes du contrat de travail négocié par son agent.»). Quant aux deux textes «Paiement unique... » et «Décompte annuel ... », ils doivent être biffés.

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.

Point 3)

Le texte du contrat sera complété comme suit: «Le droit de résiliation du joueur prévu au point 1) demeure réservé dans tous les cas.»

Une clause de juridiction compétente sera en outre ajoutée pour les agents de joueurs qui exercent leur activité exclusivement en Suisse.

### **For juridique**

Suite à la loi sur les fors (LFors; RO 2000 2355) entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2001, le for sera indiqué de la manière suivante:

Les plaintes du joueur seront portées devant le tribunal du lieu de l'établissement commercial de l'entreprise de placement avec laquelle le contrat a été conclu (art. 24, al. 2, LFors) ou de-

vant le tribunal du siège de l'entreprise de placement (art. 24, al. 1, LFors) et les plaintes de l'entreprise de placement, devant le tribunal du domicile du joueur (art. 3, al. 1, let. a, LFors).

Lorsque le placeur exerce une activité transfrontalière ou exclusivement à l'étranger, c'est le droit privé international et les conventions internationales qui sont applicables. Il n'est en l'occurrence pas nécessaire de mentionner le for.

Etant donné que la FIFA ne reconnaît les agents de joueurs que s'ils sont au bénéfice d'une autorisation en vertu de la LSE, nous n'exigerons désormais plus que les requérants soient d'emblée en possession d'une licence de la FIFA.



## Art. 9 LSE Taxe d'inscription et commission de placement (art. 20 – 23 OSE, art. 2 – 5 TE-LSE)

### A Taxe d'inscription (art. 2 TE-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'al. 2 dit que le montant plafond fixé à l'al. 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, TE-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, TE-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, TE-LSE fait en sorte que ce plafond soit également respecté en cas de collaboration entre plusieurs placeurs.

### B Commission de placement

(art. 20, 21, 22, 23 OSE, art. 3 – 5 TE-LSE)

#### 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.

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 à la valeur ajoutée sur la commission peut être transférée sur le demandeur d'emploi même si le montant de la commission dépasse de ce fait le taux maximum prescrit.

Entrent dans le salaire brut:

- le salaire effectivement payé;
- les cotisations du travailleur aux assurances sociales;
- les déductions pour nourriture et logement, etc.

N'y entrent pas les cotisations de l'employeur aux assurances sociales.

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 les rapports de travail ont été interrompus avant qu'un an ne se soit écoulé. Lorsque les rapports de travail sont interrompus 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 les arrangements éventuellement pris 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, c'est le salaire brut effectif convenu qui est déterminant.

Ces règles s'appliquent également au placement de personnes pour des représentations artistiques ou des manifestations semblables.

En d'autres termes, lorsque l'engagement dure plus d'un an, le placeur peut facturer une commission de 5% au maximum du **premier salaire annuel**. Ce plafond est valable également dans le domaine du placement d'artistes; des commissions plus élevées ne sont autorisées là que pour les engagements plus courts. **Mais la commission ne peut dépasser, dans tous les cas, 5% d'un salaire annuel.**

Dans le domaine du placement d'artistes, la commission minimale est fixée à 80 francs dans le but d'accroître la rentabilité intrinsèque de l'opération de placement et encourager ainsi indirectement le placement d'artistes inconnus.

La commission de placement couvre les frais engagés par le placeur pour exécuter correctement et efficacement l'ordre de placement. Outre la commission de placement, le placeur peut faire payer au demandeur d'emploi une indemnité supplémentaire pour des prestations de services spéciales, mais uniquement si celles-ci ont été convenues par contrat.

## 2. Indemnité supplémentaire pour prestations de services spéciales convenues par contrat

Le Message du Conseil fédéral du 27 novembre 1985 concernant la révision de la LSE, dit à la page 55, dans le commentaire de 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 réserver la possibilité de facturer des prestations 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.

En vertu de ces considérations, l'inscription dans le contrat de prestations de services spéciales ne peut être admise que dans des cas exceptionnels et **seulement si ces prestations sortent de l'activité normale de placement**. Peuvent être considérées comme prestations spéciales par ex.

- la possibilité de consulter un indicateur de l'emploi;
- un test psycho-professionnel;
- un test spécial d'aptitude;
- l'analyse de l'employabilité du demandeur d'emploi;
- la fourniture d'informations supplémentaires sur le marché du travail;
- des instructions concernant la rédaction de lettres de candidature;
- des instructions sur la manière de se comporter dans les 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 ou de pourcentage du salaire**; le demandeur d'emploi doit savoir 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 un indicateur de l'emploi, v. infra, chif. 3). Le placeur ne peut donc utiliser ces prestations pour arrondir sa commission.

Si un placeur publie une **annonce** pour un demandeur d'emploi dans un journal ou un indicateur de l'emploi, il peut alors facturer les frais d'annonces. 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 dans l'indicateur, car cela pourrait être pour lui un moyen de contourner les prescriptions sur la commission et la taxe d'inscription (voir aussi la let. A «Taxe d'inscription» de l'art. 9 LSE).

### 3. Points auxquels il convient de veiller dans le placement par le canal d'indicateurs de l'emploi

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

En ce qui concerne le prix de l'indicateur, le placeur n'est cependant pas soumis au tarif des émoluments. L'acheteur ne s'adresse pas au placeur pour que celui-ci lui trouve un emploi mais seulement pour se procurer des informations sur le marché du travail. Les prescriptions régissant la taxe d'inscription ne peuvent donc s'appliquer ici puisqu'il n'y a pas d'inscription.

L'éditeur d'un indicateur de l'emploi **peut en conséquence demander un prix de marché** incluant également un bénéfice.

#### Important

Eu égard au souci de protection qui sous-tend la LSE, une autorisation de placement ne peut être délivrée à l'éditeur d'un indicateur de l'emploi que sous **certaines conditions**:

- le demandeur d'emploi doit pouvoir voir d'emblée ce que contient l'indicateur;
- les annonces doivent **correspondre à des offres réelles**, donc pas d'annonces bidon;
- 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.

### 4. Points auxquels il convient de veiller particulièrement dans le placement par le canal d'Internet

#### a) Si un 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 de prendre tout le jeu des prestations s'il lui en coûte plus de 40 francs, puisque cela reviendrait à contourner le plafond de la taxe d'inscription. Le demandeur d'emploi doit donc **toujours avoir la possibilité de commander uniquement la prestation consistant à placer son profil pour un mon-**

**tant maximum de 40 francs.** Le placeur de son côté a néanmoins la possibilité de facturer en sus les prestations spéciales (voir lettre suivante).

**b) Si un placeur offre différentes gammes de prestations**

Il est concevable qu'un placeur entende offrir différentes gammes de prestations. Par ex. une offre de base consistant dans le placement du profil du demandeur d'emploi sur Internet pendant deux mois pour 40 francs et une offre de prestations élargies, pour 200 francs, englobant le placement du profil sur Internet pendant six mois et différentes autres prestations spécialement convenues. Un tel projet serait inacceptable en raison de la durée différente de la diffusion sur Internet. Abstraction faite des prestations spéciales, **les deux offres doivent être absolument identiques en ce qui concerne le placement sur Internet.** Car sinon, le demandeur d'emploi, dont l'intérêt majeur est que son profil soit diffusé le plus longtemps possible, pourrait être obligé de prendre la plus chère. Le souci de protection qui sous-tend la fixation d'une taxe d'inscription maximale serait ainsi mis à mal. Dans l'exemple pris, les deux offres de prestations doivent en conséquence offrir les mêmes délais de diffusion sur Internet.

**c) 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 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. **Un mois** nous paraît ici un minimum absolu en-dessous duquel le placeur 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.

Au demeurant, même si les parties ont convenu d'un délai de diffusion, l'art. 2, al. 3, TE-LSE reste valable. Cela veut dire que même si les parties ont convenu d'une diffusion d'un mois pour 40 francs, le placeur ne pourra accepter un nouvel ordre de diffusion du demandeur d'emploi, et donc lui facturer une nouvelle taxe d'inscription, avant six mois.

## 5. Naissance du droit à l'indemnité spéciale et à la commission

Le placeur a droit à l'indemnité pour les prestations de services spéciales convenues en sus dès qu'il a fourni lesdites prestations, et elle lui est due **même si le placement n'a pas abouti** (art. 413, al. 3, CO). Il serait bon que cela soit précisé dans le contrat de placement.

Par contre, le placeur n'a droit à la commission **que si le placement a abouti à la conclusion d'un contrat de travail**. Tout arrangement différent est nul et non avenue. L'art. 9, al. 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.**

S'agissant d'un placement intéressant l'étranger, l'art. 9, al. 3, LSE dit que le demandeur d'emploi ne doit la commission que lorsqu'il a reçu des autorités du pays où il est placé l'autorisation d'exercer une activité lucrative dans ce pays. L'art. 21 OSE autorise cependant le placeur, si le demandeur d'emploi n'obtient pas l'autorisation de travail, à lui facturer la moitié des dépenses et des frais effectifs ainsi que la totalité de l'indemnité fixée pour prestations de services spéciales. 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.

## 6. Commission de placement à la charge des personnes placées pour des représentations artistiques ou des manifestations semblables

Les art. 4, al. 1 et 5 TE-LSE, fixent des tarifs de commission différents selon qu'il s'agit de mannequins et photomodèles ou de toutes les autres catégories d'artistes. Les al. 2, 3 et 4 de l'art. 4 TE-LSE sont valables cependant **pour tous les placements dans le domaine artistique**.

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'art. 4, al. 4, TE-LSE n'autorise une augmentation que pour le placement à l'étranger et non pour le placement de l'étranger.

## **Art. 11 LSE Contributions financières en faveur du placement privé (art. 24, 25 OSE)**

Les frais de personnel et les frais d'exploitation englobent:

- les salaires;
- les loyers et l'entretien des locaux commerciaux;
- les articles de consommation courante;
- le matériel et les outils de travail tels que tables, machines à écrire, ordinateurs, etc. (imputables par amortissement comptable).

Ne sont pas pris en compte les frais d'acquisition d'immeubles ni les intérêts des prêts contractés pour financer l'acquisition de biens immobiliers.

Art. 25, al. 2, OSE:

Il convient de faire un usage restrictif de la possibilité laissée à la Confédération de couvrir exceptionnellement la totalité du déficit d'exploitation lorsque celui-ci dépasse 30% des frais d'exploitation pris en compte.

## 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 des 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, éventuellement 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 et la location de services pour son propre compte selon le concept développé par le franchiseur. Le franchiseur peut conclure un contrat de franchise avec plusieurs franchisés qui, souvent, exerceront chacun leur activité dans un rayon déterminé.

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 des avantages offerts par la franchise. En règle générale, le franchisé veut être mis en relation d'affaires avec le franchiseur. En vertu du principe de droit pénal concernant l'utilisation de la raison sociale, 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). Parfois, le franchisé s'installe dans les locaux du franchiseur (exemple 2); il n'y a là pas uniquement partenariat, mais établissement au même endroit que le franchiseur, c'est-à-dire que deux ou plusieurs entreprises ont la même adresse. 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 émoluments, le produit va au franchisé



(exemple 4). Dans ce cas, le franchisé agit au sens de l'art. 1, let. 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.

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 devient une entreprise partenaire du franchiseur. Dans ce cas, l'autorisation sera libellée de la façon suivante:

Entreprise: Modèle et Partenaires SA, propriétaire Pierre Franc

Responsable: Pierre Franc (pour les activités prévues par le contrat de franchise)

L'inscription au registre du commerce est la suivante: Modèle et Partenaires SA, propriétaire Pierre Franc, rue de la Franchise 33, 1111 Franville

### **Exemple 2**

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

Entreprise: Modèle et Partenaires SA, propriétaire Pierre Franc, bd Modèle 44, 9999 Modéliard

Responsable: Pierre Franc (pour les activités prévues par le contrat de franchise)

L'inscription au registre du commerce est la suivante: Modèle et Partenaires SA, propriétaire Pierre Franc, bd Modèle 44, 9999 Modéliard

### **Exemple 3**

Le franchisé ne devient pas une entreprise partenaire du franchiseur (aucune référence à la raison sociale ou à la raison de commerce du franchiseur) mais travaille sous son propre nom.

Dans ce cas, l'autorisation sera libellée de la façon suivante:

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 raison de commerce du franchiseur, rien ne change et la procédure normale s'applique.

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

#### **Exemple 4**

La conclusion du contrat et l'encaissement auprès des demandeurs d'emploi et des employeurs incombent au franchiseur, le franchisé se bornant à lui adresser des demandeurs d'emploi ou des employeurs. Il s'agit d'un cas au sens de l'art. 1, let. e, OSE; 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 la suivante: Pierre Franc, rue de la Franchise 33, 1111 Franville

Il se peut que le franchiseur ait conclu le même contrat avec tous les franchisés, ce qui facilitera le traitement des demandes d'autorisation. Dans ce cas, nous vous recommandons d'en tenir compte et de fixer les émoluments minimaux. 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. C'est à l'autorité qui délivre l'autorisation de choisir la procédure qui lui semble la mieux indiquée et de décider ainsi de la hauteur des émoluments.

### **Parenthèse: Cas spécial du placement au pair**

Le placement au pair est pratiqué en Suisse principalement par des institutions d'utilité publique; il existe néanmoins quelques agences le pratiquant à titre commercial.

#### **Assujettissement à l'autorisation**

Les agences qui pratiquent le placement au pair contre rémunération et régulièrement tombent sous le coup de l'art. 2 LSE, et doivent donc avoir une autorisation. Cela vaut aussi pour les institutions d'utilité publique, si elles font payer leurs services.

#### **Tarif maximum pour chaque prestation**

L'application stricte du tarif des émoluments n'apparaît pas pertinente dans le domaine du 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 des limites du tarif normal. 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) Indemnités pour prestations spéciales convenues par contrat

**Montant maximum de la taxe et de la commission:**

a) taxe d'inscription (enregistrement): Fr. 40.–

b) commission de placement: max. Fr. 685.–

Calcul: max. 5% du salaire moyen touché par la personne au pair y inclus salaire en nature (entre 150 et 200 francs par semaine, logement et nourriture, frais de voyage, etc.).

Ces montants doivent garantir et inclure les prestations suivantes:

- établissement du dossier;
- placement proprement dit;
- conclusion et signature du contrat de placement.

**c) Autres prestations**

– formation et préparation Fr. 63.–

– interview Fr. 53.–

– tests linguistiques et d'adéquation Fr. 53.–

– frais, matériel, téléphones, fax, etc. Fr. 21.–

**Total max. Fr. 190.–**

**Total des coûts admis: max. Fr. 915.–**

L'autorisation ne sera délivrée aux agences de placement au pair que si elles respectent les plafonds ci-dessus.

Ces plafonds maximum correspondent à l'état de l'indice suisse des prix à la consommation de juillet 2001 (149,8; déc. 82 = 100). Ils peuvent être adaptés périodiquement au renchérissement.

# 2

## La location de services

La LSE et l'OSE règlent de façon analogue quelques domaines du placement et de la location de services. Nous renonçons à répéter pour le domaine de la location de services ce qui a déjà été dit pour le placement privé et renvoyons à ces commentaires. Des dispositions parallèles s'appliquent en particulier aux points suivants:

- Succursales (p. 21);
- Conditions d'octroi de l'autorisation (p. 24 ss);
- Durée et portée générale de l'autorisation (p. 31 ss);
- Retrait de l'autorisation (p. 34 ss);
- Obligation de renseigner (p. 39)
- Publication d'annonces (p. 40)
- Protection des données (p. 40 ss)
- Franchisage (p. 56 ss).

## Art. 12 LSE Activités soumises à autorisation (art. 26 – 31 OSE)

### A Qui est réputé bailleur de services? (art. 26 OSE)

Avec le partage des tâches et la flexibilisation du travail toujours plus poussés, la mise à disposition temporaire de travailleurs joue un rôle de plus en plus grand aussi bien dans la production que dans le commerce et les services. Or cette mise à disposition n'est pas sans poser problèmes: certaines entreprises tentent en effet de contourner, par des architectures de contrats spécieuses, les dispositions de protection sociale et les exigences de la LSE (obligation d'avoir une autorisation, de fournir une caution, de conclure les contrats par écrit, points devant impérativement être réglés dans les contrats, suppression de l'interdiction de faire concurrence).

#### 1. Quels sont les rapports contractuels tombant sous le coup de la LSE?

Dans la location de services, un employeur (bailleur de services) met ses travailleurs à disposition d'un autre employeur (entreprise de mission) pour la fourniture de prestations de travail.

**La location de services implique donc l'existence d'un rapport de travail.**

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 pour objet une prestation de travail pouvant être effectuée chez un tiers, n'est pas toujours aisée. **Le nom que les parties donnent au contrat n'est en l'occurrence pas déterminant.**

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 une qualité bien déterminée pour qu'il y ait un rapport de location de services.

Le critère de cession qui caractérise la location de services suppose

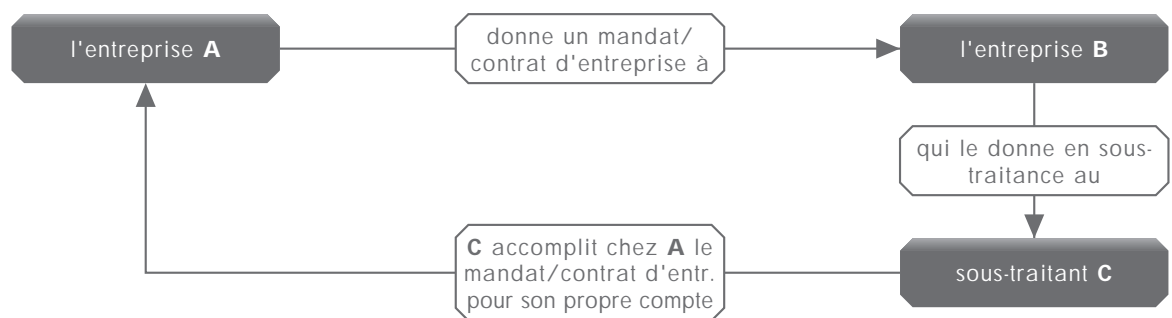
- qu'une entreprise **abandonne une part importante de son pouvoir de diriger** ses propres travailleurs à une autre entreprise,
- **tout en maintenant ses rapports de travail** avec les travailleurs en question.

Un **critère important** peut être fourni aussi 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, renoncera à une partie des honoraires convenus ou fera exécuter gratuitement des prestations réparatoires.

## 2. Quelles peuvent être les différentes configurations de contrats et comment les distinguer?

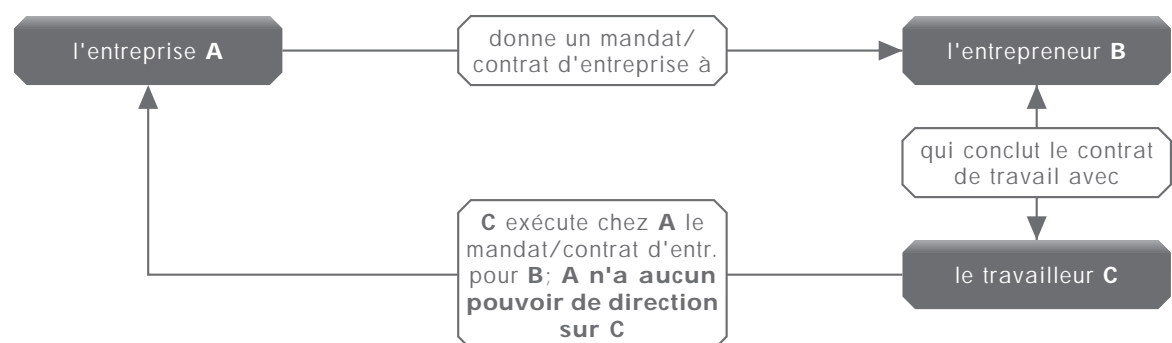
### a) La transmission d'un mandat, d'un contrat d'entreprise

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**.



### b) L'exécution d'un mandat ou d'un contrat d'entreprise par un employé

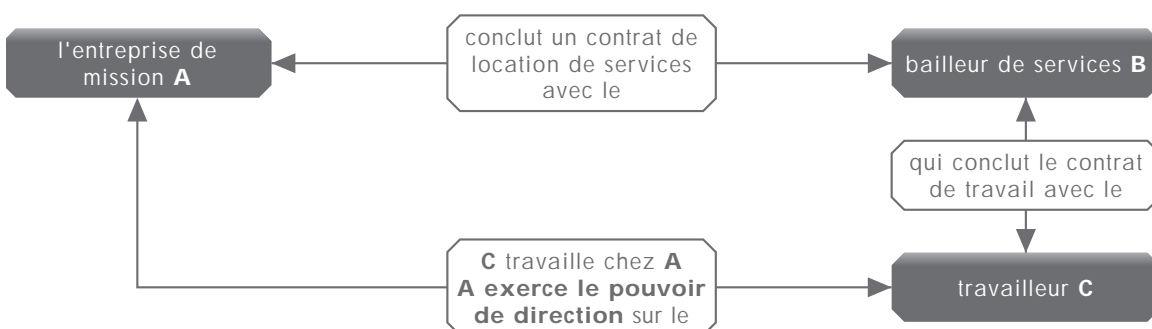
Un travailleur employé de l'entrepreneur B exécute pour ce dernier un mandat ou un contrat d'entreprise dans l'entreprise A. L'entreprise A n'a cependant **aucun pouvoir de direction** sur le travailleur et la facturation d'heures de mission n'est pas l'objet principal de la transaction. Dans ces conditions, il n'y a **pas de location de services**. Il s'agit d'une mission à l'extérieur dans laquelle **l'employé de B travaille à l'exécution d'un mandat ou d'un contrat d'entreprise conclut par son employeur**.



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

### c) La location des services d'un employé

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 le **pouvoir de direction** sur lui.



### Parenthèse: Quand est-ce qu'il y a activité indépendante?

Pour pouvoir présumer qu'il y a activité indépendante (par. ex. s'agissant du sous-traitant C dans la configuration ci-dessus), plusieurs critères doivent être remplis cumulativement; il faut notamment que:

- il n'y ait pas de rapport de subordination entre les parties contractantes;
- le sous-traitant supporte le risque commercial,
- recherche et acquiert pour lui-même des mandats et des travaux,
- supporte les coûts liés en général à l'entreprise; et
- il n'y ait pas de lien économique ni organisationnel entre les parties contractantes.

L'existence d'un **rapport de subordination** constitue le critère de distinction essentiel. Si le rapport entre les parties est marqué par la subordination, la partie subordonnée à l'autre n'a pas le statut d'indépendant mais celui de 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.

Dans son arrêt du 21 octobre 1988 en la cause P. AG (RCC 2/89, p. 99), le TF a précisé et confirmé la jurisprudence antérieure selon laquelle une activité est qualifiée d'indépendante sur la base de la manière concrète dont elle est exécutée et non pas de la nature juridique du contrat liant les parties.

Il est donc recommandé de vérifier, dans chaque cas particulier, si les critères d'une activité indépendante sont remplis et de **ne pas se fonder sur les seules déclarations de l'entreprise ou de la personne concernée**. Les contrats de travail des travailleurs concernés et les contrats conclus avec les clients contiennent 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 (CNA, AVS, AI, APG, AC et LPP) puisque des taux différents sont appliqués aux indépendants.

Ce sont donc en premier lieu les instances compétentes en matière d'assurances sociales – dans le cas qui nous occupe spécialement la CNA et la caisse de compensation à laquelle sont affiliées les parties – qui décident s'il s'agit ou non d'une activité indépendante.

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.

### **Un indépendant ne peut louer ses services au sens défini par la LSE**

Une personne ayant le statut d'indépendant ne peut mettre ses propres services à disposition d'un tiers au sens de la LSE puisqu'il ne possède pas le statut de salarié. Si un indépendant fournit sa force de travail 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 Code des obligations. 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.

### **Location de services de «quasi» indépendants**

Les sociétés ayant la personnalité juridique peuvent louer leur personnel. Les fondateurs ou les propriétaires de la société perdent leur qualité d'indépendant en devenant les employés de la société qui peut dès lors louer leurs services. La société devra s'acquitter des cotisations aux assurances sociales pour ces travailleurs au même titre que pour les autres employés.

Le fondateur ou le propriétaire d'une société qui est engagé par celle-ci, et qui doit de ce fait être considéré comme salarié, possède – s'il assure la direction de l'entreprise – le statut de «quasi» indépendant. Si la société (par ex. dans le cas d'une **SA ou d'une Sàrl unipersonnelle**) entend céder à des fins commerciales les services de cette personne à d'autres entreprises, elle doit quand même demander l'autorisation de location de services nécessaire, cela afin d'éviter que la réglementation visée au chapitre précédent ne soit contournée par la fondation d'une telle société.



L'entreprise qui sollicite l'autorisation devra remplir les autres conditions qui y sont liées (sûretés, contrat de travail). Le propriétaire de l'entreprise peut se mettre lui-même à disposition et assumer en même temps le rôle de responsable. Il n'est pas nécessaire que le temps de présence soit respecté à la lettre, mais il faudra en tenir compte équitablement dès que d'autres travailleurs seront engagés. L'entreprise devra dans tous les cas fournir les sûretés, car le législateur n'a prévu aucune exception et l'autorité d'exécution n'a par conséquent aucun pouvoir d'appréciation.

#### **Rappel des dispositions du droit des étrangers**

Les autorités en charge du marché du travail n'accordent pas, en règle générale, d'autorisation de séjour aux indépendants; seuls les étrangers titulaires d'un permis d'établissement ont le droit d'exercer une activité indépendante.

### **3. Quels sont les critères permettant de distinguer l'exécution d'un mandat ou d'un contrat d'entreprise pour l'employeur de la fourniture d'une prestation de travail (= location de services)?**

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

- **Rapport de subordination:** le **pouvoir de direction** et de contrôle, caractéristique essentielle de la fourniture d'une prestation de travail, appartient à l'entreprise de mission (y entrent notamment la compétence de donner des instructions concernant la manière d'exécuter le travail et le choix des moyens auxiliaires). Cette condition peut déjà être remplie lorsque le bailleur de services et l'entreprise de mission se partagent le pouvoir de direction.
- **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.
- 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.
- 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.

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, 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 tierce entreprise 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.). En pareil cas, les travailleurs agissent 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 la tierce entreprise, celle-ci possède une part importante des pouvoirs de décision. On se trouve donc là en présence d'un rapport de location de services.

**Dans la pratique, en cas de doute les tribunaux concluent généralement à l'existence d'un contrat de travail. Dans les cas douteux, on optera en conséquence pour la location de services.**

**Résumé et remarques à l'intention des praticiens:**

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

- l'entreprise de mission n'a pas le pouvoir de direction;
- le travailleur ne se sert pas des outils, du matériel et des instruments de l'entreprise de mission;
- le travailleur ne travaille pas exclusivement au siège et selon les horaires de travail de l'entreprise de mission;
- le contrat conclut 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; et
- 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.
- Le fait que les personnes mises à disposition se qualifient elles-mêmes d'indépendantes ou

- sont 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. Cette règle est valable également lorsque le soi-disant indépendant se présente sous une raison de commerce individuelle ou collective.
- Les sociétés unipersonnelles sous la forme de personnes juridiques (société anonyme, société à responsabilité limitée) sont assujetties au régime de l'autorisation même lorsque la position d'employeur et la position de salarié se trouvent confondues.

## **B Formes de la location de services (art. 27 OSE)**

### **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 en français);
- 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 des pouvoirs de direction et assume un devoir de surveillance et de diligence à son égard.

### **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. 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.

**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 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 tombent en règle générale aussi dans cette catégorie, car cette mise à disposition a habituellement un but lucratif. C'est pourquoi, elles 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 un travail, l'employeur assumant dès lors fondamentalement le risque de ne pas avoir de mission à lui confier. Si les missions manquent, l'employeur se trouve en demeure et reste, selon l'art. 324 CO, tenu de payer le salaire. Le droit du travailleur à un travail 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 une notion 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 la construction et le 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.

**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 entre en vigueur à la signature d'un contrat de mission et le rapport de travail (entre bailleur et travailleur) ne prend effet, aux conditions du contrat de mission et à celles du contrat-cadre, qu'avec le contrat de mission (v. p. 86 ss). 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 est conclu chaque fois pour une unique mission. Une fois celle-ci accomplie, il n'existe plus de rapport de travail entre les parties.

Le travailleur n'a pas droit à 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.

Les formes hybrides de ces trois types de cession de services ne sont pas licites. 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 vacance 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, il est juridiquement indifférent qu'il s'agisse d'un mode ou d'un autre de location de services. 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.

### 3. Quelles sont les activités de location de services soumises à autorisation? (art. 28 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.

#### **Cas spécial des communautés de travail:**

Les entreprises qui font partie d'une communauté de travail (consortium de construction) 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.

## C 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.

### 1. Intention de réaliser un profit

Il n'est pas toujours aisé 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 l'acte constitutif de la société 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%).

## 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 ponctuelle dans une entreprise locataire de services. La location à une unique occasion des services d'un groupe de travailleurs doit être comptée pour un contrat. Par contre, le fait de louer plusieurs fois les services d'un même travailleur constitue plusieurs contrats de location de services.

## 3. Chiffre d'affaires annuel de 100 000 francs

Cette définition correspond à la notion d'activité commerciale définie par l'ordonnance sur le registre du commerce (art. 52 à 55); elle tient compte aussi du fait que certaines entreprises de location de services peuvent réaliser de gros chiffres d'affaires avec moins de 10 contrats par an et qu'il est juste dès lors qu'elles soient assujetties à l'autorisation.

## 4. Contradiction apparente entre l'art. 28 et l'art. 29, al. 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, le seul cas imaginable est celui d'une entreprise en difficulté qui décide de mettre ses travailleurs à disposition d'une autre entreprise plutôt que de les licencier.

## D Location de services de et à l'étranger

Les entreprises de location de services domiciliées en Suisse qui louent les services de **travailleurs à des entreprises de mission sises à l'étranger** ou les services d'**étrangers recrutés à l'étranger** à des entreprises suisses (voir aussi chap. sur l'art. 21 LSE) doivent avoir, en plus de l'autorisation cantonale (qui les habilite 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.

## E Location de services de l'étranger vers la Suisse (art. 30 OSE)

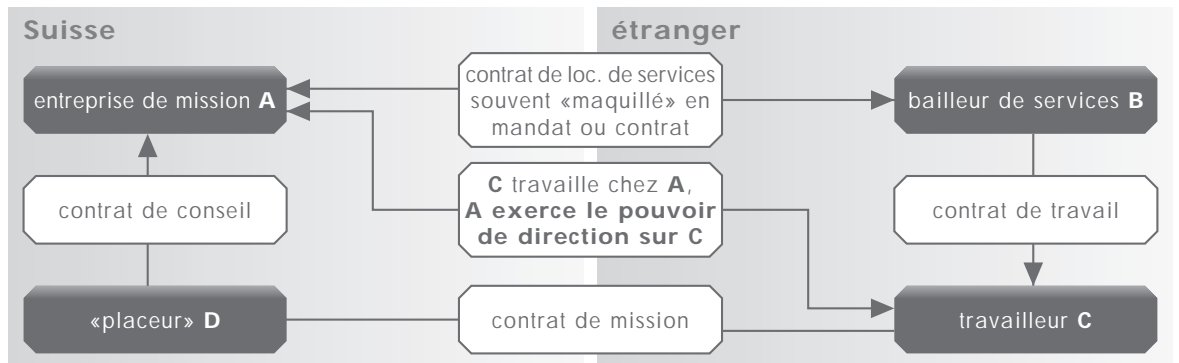
L'art. 12, al. 2, LSE **interdit en principe** la location en Suisse par des bailleurs étrangers (!) des services de personnel recruté à l'étranger. Le législateur en avait décidé ainsi en raison de la difficulté à contrôler si l'activité des bailleurs de services étrangers est conforme à la loi.

Or, force a été de constater que l'économie suisse pouvait avoir besoin de la location de services de l'étranger vers la Suisse. Dans certaines branches, la demande de spécialistes très pointus sur le marché indigène est en effet trop restreinte pour qu'un bailleur de services suisse puisse opérer sur ce marché en réalisant un profit. Il existe pourtant dans ces branches des entreprises indigènes ayant tout de même besoin, pour des motifs économiques, de louer et d'employer ce genre de travailleurs. Pensons, par exemple, aux équipes de nettoyage de centrales nucléaires ou aux physiciens spécialisés dans la recherche spatiale.

L'**art. 30 OSE** autorise donc un **bailleur de services domicilié à l'étranger** à louer en Suisse les services de **travailleurs étrangers recrutés à l'étranger** lorsque cela est **nécessaire** à l'entreprise suisse de mission et partant à l'économie suisse. Par contre, la location de services de l'étranger est interdite dans les branches où il existe déjà des bailleurs de services suisses en mesure d'offrir des travailleurs étrangers possédant les mêmes qualifications.

Il arrive aussi dans la pratique que des **bailleurs de services domiciliés à l'étranger** veuillent envoyer des travailleurs étrangers dans des entreprises de mission en Suisse. Ils passent parfois pour ce faire par un intermédiaire suisse et présente la prestation de travail comme l'exécution d'un mandat ou d'un contrat d'entreprise. Un examen attentif des contrats à la lumière des critères de distinction indiqués plus haut (voir commentaires de l'art. 12 LSE, let. A) permettra toutefois de vérifier s'il ne s'agit pas là en fait d'un contrat de travail et donc de location de services.





De telles constellations ne sont pas permises en vertu de l'art. 12 al. 2 LS E; exception faite du cas prévu par l'art. 30 OSE.

Il n'y a pas d'acte de location de services de l'étranger en Suisse lorsqu'un bailleur de services domicilié en Suisse loue des frontaliers étrangers à des entreprises de mission en Suisse. Le bailleur de services doit néanmoins respecter en l'occurrence l'art. 21 LSE (voir aussi chap. sur l'art. 21 LSE).

## F Aperçu de l'assujettissement à l'autorisation et de l'interdiction de pratiquer la location de services

<b>Bailleur sis en Suisse</b>			
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
<b>autorisations cantonale et fédérale</b> nécessaires selon l'art. 12, al. 1 et 2, LSE.  <b>l'art. 21 LSE doit être observé pour les missions du travailleur.</b>	<b>autorisations cantonale et fédérale</b> nécessaires selon l'art. 12, al. 1 et 2, LSE.	<b>autorisations cantonale</b> nécessaire selon l'art. 12, al. 1, LSE.	<b>autorisations cantonale et fédérale</b> nécessaires selon l'art. 12, al. 1 et 2, LSE.

<b>Bailleur sis à l'étranger</b>			
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
<b>location de services interdite</b> selon l'art. 12, al. 2, <b>2e phrase</b> , LSE.  Mais exceptions possibles selon l'art. 30 OSE.	la location de services n'est pas soumise à la législation suisse.	<b>location de services interdite</b> selon l'art. 12, al. 2, <b>2e phrase</b> , LSE.  Mais exceptions possibles selon l'art. 30 OSE.	<b>autorisations cantonale et fédérale</b> 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. <b>Ne peut exercer en Suisse.</b>

## **Parenthèse: 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.), mais ces considérations valent également pour le placement.

### **Condition**

L'établissement d'une décision de constatation présuppose 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 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'art. 39 LSE frappe d'amende les entreprises de mission qui ont recouru sciemment aux services d'un bailleur 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-assujettissement 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 compétente du 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 demande à l'autorité de déclarer de manière générale si ces activités sont soumises à autorisation et que 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 suffit.

## **Art. 13 LSE Conditions d'octroi de l'autorisation** (art. 32 – 34 OSE)

### **A Conditions auxquelles doit répondre l'entreprise** (art. 32 OSE)

L'art. 32 ne contient pas – à la différence de la disposition analogue de l'art. 8, al. 2, OSE s'appliquant au placement privé – de listes des «activités présentant des dangers». La décision quant à savoir si le cas relève de l'art. 32 OSE doit être prise dans chaque cas d'espèce par l'autorité cantonale compétente compte tenu 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 de mission), 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 de mission au sens de l'art. 13, al. 1, let. c, de la loi. La vigilance est en revanche de mise dans les cas où le bailleur de services exploite une situation de monopole pour fausser sciemment la concurrence.

### **B Conditions auxquelles doit répondre la personne responsable** (art. 33 OSE)

Les conditions auxquelles doit répondre la personne responsable sont en principe les mêmes que pour le placement.

Les entreprises unipersonnelles n'ont pas l'obligation d'engager un responsable, cette fonction pouvant être assumée par le propriétaire. Si l'entreprise engage des travailleurs, il faudra alors s'assurer que la personne responsable garantit, par sa présence au siège de l'entreprise, un service de location de services professionnel.

Comme nous l'avons déjà expliqué pour le placement, l'autorité dispose d'un large pouvoir d'appréciation quant à savoir si la personne responsable remplit les conditions requises. Cette question ne sera toutefois pas examinée aussi strictement pour une entreprise (SA ou Sàrl) unipersonnelle que pour les autres entreprises.

## Art. 14 LSE Sûretés (art. 35 – 39 OSE, art. 6 TE-LSE)

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

### A Sûretés à fournir (art. 35 OSE)

Toute entreprise de location de services soumise à autorisation est tenue de fournir des sûretés et doit, s'il s'agit d'un établissement juridiquement indépendant, les fournir elle-même. Par contre, un établissement principal peut, en déposant les sûretés maximales (1 million de francs selon l'art. 6 al. 4, TE-LSE), fournir les sûretés pour ses succursales puisque ces dernières appartiennent à la même personne juridique ou à la même société et que les créances peuvent être satisfaites par la même couverture. Des contrats de licence ou de franchise entre des entreprises juridiquement indépendantes n'autorisent pas le donneur de licence ou le franchiseur à fournir les sûretés pour ses partenaires 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'art. 6, al. 2, TE-LSE, le montant des sûretés passe de 50'000 à 100'000 francs si l'agence de location de services a mis à disposition d'entreprises locataires plus de 60'000 heures de travail durant l'année civile écoulée. 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'art. 6, al. 2, TE-LSE dispose que si le volume de location de services de l'année écoulée (1<sup>re</sup> 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<sup>e</sup> année).

Selon l'art. 38, OSE, les sûretés ne sont libérées qu'après un an. Si, au terme de la deuxième année, on constate que les heures de mission ont effectivement été inférieures à 60'000 pendant la deuxième année, les sûretés resteront fixées à 100'000 francs pendant une année encore (3<sup>e</sup> année) conformément à l'art. 38 OSE. 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<sup>e</sup> et 3<sup>e</sup> 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 plus, la location de services vers l'étranger (art. 6, al. 3, TE-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.

## **B** **Forme des sûretés** (art. 37 OSE)

Les sûretés peuvent être fournies uniquement sous les formes énumérées à l'art. 37 OSE. Seules les banques et les assurances peuvent agir comme cautions ou garants.

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.

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

**Lorsque le bailleur change son siège, sa raison commerciale 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'art. 14 LSE.** Les déclarations de garantie et les assurances de garantie devraient être libellées de la même manière.

## **C** **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'art. 16, let. c, LSE. L'al. 2 de ce même article dit 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 une chance de trouver une nouvelle caution.

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.

#### **D 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). A défaut de quoi, l'autorisation ne pourra être délivrée au bailleur de services.

#### **E 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.

Si des créances de salaire subsistent et que l'entreprise n'est pas tombée en faillite, mais que l'autorisation a été supprimée ou retirée (p. ex. parce que l'entreprise a cessé son activité ou enfreint gravement la loi), les sûretés sont utilisées pour couvrir ces créances. Si l'office du travail compétent a connaissance de l'existence de telles créances, il 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'office du travail fait valoir par décision et éventuellement par voie de poursuite auprès de la caution ou de l'assureur le remboursement du montant impayé au maximum à hauteur des sûretés.

**Important:**

La procédure est la même en cas de résiliation des sûretés.

**F Emploi des sûretés en cas de faillite (art. 39 OSE)**

Les sûretés ne peuvent normalement être réclamées qu'en cas d'ouverture de faillite; elles ne sauraient servir à pallier des difficultés passagères de liquidités car cela équivaldrait à privilégier les travailleurs dont les services sont loués par rapport aux autres travailleurs. La situation est différente lorsque l'autorisation est supprimée ou retirée alors que des créances de salaires sont encore pendantes (v. chap. précédent).

**G Qui emploie les sûretés? (art. 39, al. 3 et 4, OSE)**

Selon l'art. 37 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 d'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 du groupe 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.

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** incombe 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. Sous respect de l'art. 14 LSE et de l'art. 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'art. 262, al. 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** ne vont pas dans la masse de faillite mais aux ayants droit (c'est-à-dire, pour répartition, d'abord à l'OCIAMT). 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'**OCIAMT compétent** pour couvrir les créances garanties. L'OCIAMT 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.) Il transmet ensuite l'argent à ces travailleurs qui en sont les bénéficiaires finaux. 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; depuis la révision partielle de la LACI, cette indemnité couvre les quatre – et non plus les six – derniers mois du rapport de travail). Dans ce cas, l'OCIAMT 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 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.

## **H Particularités concernant l'emploi des sûretés de la catégorie 2 (art. 39, al. 4, OSE)**

En principe, l'office cantonal du travail suit la publication des ouvertures de faillite dans la Feuille officielle et vérifie si elles touchent un bailleur de services. Si oui, il 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'art. 232 LP. Il n'est pas nécessaire que l'office cantonal du travail publie encore une fois l'ouverture de la faillite; mais, s'il le fait, il doit alors rendre attentifs 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 normalement 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'art. 230 LP.

Les tâches de l'office cantonal du travail 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). A 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'office cantonal du travail. Ce dernier demande alors à la caution de passer à la caisse. Si la caution refuse, l'office du travail la mettra en poursuite. La créance ayant été homologuée par l'état de collocation, une exception selon l'art. 502 CO a peu de chances de succès. Dès que l'office cantonal du travail a touché les sûretés, il 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'office du travail informe l'office des faillites. Si les sûretés ne suffisent pas à dédommager les travailleurs loués, ceux-ci conservent leurs droits dans la procédure de faillite pour le solde encore dû. Dans ce cas aussi, l'office cantonal du travail informe l'office des faillites des créances résiduelles. L'entente réciproque entre l'office des faillites et l'office cantonal du travail 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 de faillites prononce la suspension de la faillite. L'office cantonal du travail l'apprend par l'avis publié dans la Feuille officielle. L'idéal est cependant que les deux offices entretiennent de bons rapports de collaboration et que le premier avise spontanément le second de la suspension. En dépit de la suspension de la faillite, l'office cantonal du travail est tenu de réclamer les sûretés et de les affecter. A cet effet, il vérifie si les créances de salaire, que les travailleurs loués peuvent annoncer dans ce cas directement à l'OCIAMT, sont légitimes. Il fait savoir ensuite à la caution quelles sont les créances de salaire qu'il a reconnu pour légitimes et qu'il entend payer avec les sûretés. Par la même occasion, il lui donne l'ordre de payer les sûretés dans un délai donné. Si la caution tarde à payer ou conteste l'ordre, l'OCIAMT pronon-

ce une décision formelle qu'il fait exécuter – à l'expiration du délai de recours ou après rejet d'un éventuel recours – par voie de poursuite. Dès qu'il a touché les sûretés, l'OCIAMT 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'office cantonal du travail est simple: il 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'office cantonal du travail 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» est fait par l'office des faillites. Dans la situation 2, par contre, l'office cantonal du travail doit établir lui-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), il pourra passer à l'affectation des sûretés.

**Problème:**

Que doit faire un office cantonal du travail 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'art. 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'office cantonal du travail pourra alors, comme on l'a vu plus haut, faire payer, par voie de décision et au besoin de poursuite, les sûretés par la caution.

**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'art. 207 LP. Si le procès civil porte sur les créances de salaire des travailleurs loués, l'office cantonal du travail devra attendre l'issue du procès et partant que la légitimité des créances ait été examinée. Dans ce cas toutefois, le délai d'un an fixé à l'art. 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'office cantonal du travail 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).

## I Quelles sont les créances de salaire couvertes par les sûretés?

Les cotisations aux assurances sociales, que l'employeur 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. (voir entre autre art. 30ter 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 prétentions envers les employeurs négligents dans la procédure normale de faillite.

**Donc, seul 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.**

## J Les sûretés garantissent les dettes de salaire de quelle succursale?

Selon le droit des poursuites et des faillites, seul un établissement 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 l'établissement principal (seule exception: si l'établissement 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 l'établissement 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'OCIAMT compétent pour le siège de 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 partant servir à payer des arriérés de salaire d'autres succursales.

## **K 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'OCIAMT 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. Les employés de l'OCIAMT s'informent 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. Il 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 (OCIAMT, offices des faillites). Un échange d'informations régulier entre ces autorités s'avère cependant important, notamment en liaison avec l'affectation des sûretés du groupe 2. C'est en effet le seul moyen, par exemple, d'assurer que l'employeur négligent reconnaisse les prétentions des travailleurs loués avant la suspension de la faillite et de consolider ainsi d'éventuelles créances de salaire.

## Exemple

### Acte de cautionnement

En vertu de l'art. 14 de la loi fédérale du 6 octobre 1989 sur le service de l'emploi et la location de services (LSE), des art. 35 à 39 de l'ordonnance du 16 janvier 1991 sur le service de l'emploi (OSE) et de l'art. 6 du tarif des émoluments de la Loi sur le service de l'emploi (TE-LSE) du 16 janvier 1991, l'entreprise de location de services est tenue 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 la Confédération/au canton) 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'art. 510, al. 1, du Code des obligations, être résilié sur préavis de quatre mois par une déclaration écrite (à la Confédération/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 tenue dès lors qu'une procédure de faillite est ouverte.

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'organe qui a requis les sûretés; l'acte de cautionnement est soumis au droit suisse.

Lieu et date

Signature (banque ou assurance)

.....

.....

## **Art. 15 LSE Durée et portée de l'autorisation** (art. 42, 43 OSE, art. 7 TE-LSE)

### **A Emoluments** (art. 7 TE-LSE)

La procédure d'autorisation donne plus de travail pour la location de services que pour le placement en raison de l'administration des sûretés et de l'examen des formulaires de contrats complexes. L'autorité peut en tenir compte en fixant l'émolument d'autorisation.

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.

### **B 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.

## **Art. 16 LSE Retrait ou suppression de l'autorisation (art. 44, 45 OSE)**

### **A Généralités**

L'art. 16, al. 2, let. b, LSE crée la base légale habilitant l'autorité qui délivre l'autorisation à retirer l'autorisation à un bailleur de services pour gestion non conforme (v. ci-après). Nous renvoyons sur cette question au chapitre traitant l'art. 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 dispositions 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 que pour les prescriptions étrangères de protection des travailleurs si le bailleur loue les services de travailleurs à des entreprises de mission à l'étranger. L'art. 16, al. 1, let. b, LSE s'applique donc aussi en cas d'infraction aux dispositions de protection des travailleurs en vigueur à l'étranger.

### **B 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;
- 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 précisément une violation des dispositions d'admission ressortissant au droit des étrangers.

### **C 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'art. 16, al. 1, let. 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 impératives celles de la Loi sur le travail, celles du droit du 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 prescriptions de travail et de repos;
- 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;
- annule de façon injustifiée des créances de salaires;
- ne verse pas les cotisations aux assurances sociales.

## Art. 17 LSE Obligation de renseigner

Le terme «intéressé» utilisé à l'al. 2 doit être interprété au sens large afin de permettre aux autorités de procéder à une enquête approfondie. L'«intéressé» (par ex. l'entreprise de mission) est uniquement tenu de fournir les renseignements demandés mais n'est pas obligé de laisser consulter ses dossiers.

Les art. 18 à 23 LSE ainsi que les art. 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 disposent autrement. Ils s'appliquent aussi au demeurant aux entreprises étrangères dans la mesure où elles sont autorisées à pratiquer la location de services en Suisse.

## Art. 18 LSE Protection des données (art. 47 OSE)

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 travail ou concernant le respect des conventions collectives de travail avec déclaration d'extension. Les autres documents de caractère personnel doivent être détruits au terme de la mission et après le règlement définitif de la facture par l'entreprise de mission si le travailleur n'a pas expressément donné son assentiment à leur archivage, sauf s'ils constituent des moyens de preuve importants. En cas de différends juridiques nés de la 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'art. 18, al. 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.

Dans le sillage de la loi sur la protection des données, une nouvelle disposition a été introduite dans le Code des obligations (l'art. 328b, al. 1) disant que 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. Cette règle doit aussi être respectée par le bailleur de services.

## Art. 19 LSE Contrat de travail (art. 48, 49 OSE)

### A Rapport entre la LSE et le Code des obligations

Le contrat de travail entre le bailleur de services et le travailleur est régi fondamentalement par les art. 319 ss du Code des obligations sur le contrat de travail. S'y ajoutent les prescriptions de l'art. 19 LSE ainsi que les dispositions d'application y relatives de l'OSE. Les dispositions de droit du travail de la LSE prévalent sur celles du Code des obligations.

### B Contrat écrit (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'art. 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'art. 16 LSE. Il se rend en outre coupable d'une infraction à l'art. 39, al. 2, let. c, LSE. Le contrat écrit 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'art. 19, al. 3 sont applicables.

L'art. 19 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.

### C 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 variables pour toutes les missions. Un contrat de mission réglant les détails de la mission est conclu en outre 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 propre dans lequel le travailleur peut aussi être occupé. Afin de respecter les exigences formelles de l'art. 19, al. 2 let. 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.

## D Rapport entre l'art. 19, al. 3 et l'art. 20 LSE

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

## E Fixation du salaire

Le contrat de travail doit permettre au travailleur de savoir exactement quel sera son salaire brut, les déductions sociales en pour cent 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.

L'art. 19, al. 2, let. g LSE dit que le contrat règle de manière précise les dates de paiement du salaire, des allocations et des autres prestations. Selon l'art. 323 al. 1, CO, le délai maximum admis pour le paiement du salaire est d'un mois. Dans la pratique, le salaire et les allocations sont payés par virement bancaire ou postal à date fixe. C'est cette date qui doit être mentionnée dans le contrat.

## F Décompte des frais

**En principe les frais ne peuvent être indiqués sous forme de forfaits** mais seulement sous leur dénomination et avec leur montant précis, justificatifs à l'appui. Les autorités en charge des assurances sociales n'acceptent en aucun cas que les entreprises temporaires déduisent un pourcentage de leur volume brut de salaire à titre d'indemnité pour frais.

En règle générale, les indemnités versées pour le trajet entre le domicile et le lieu de travail habituel (lieu de mission) et 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 de la CCT étendue, tous les frais doivent être attestés.

## **G Contrats en chaîne**

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'art. 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 concoquant 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 travaillé 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 (Pr. 82 N° 241).

Il y a par contre contrats en chaîne illicite lorsque le travailleur accomplit le même travail, dans 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).

Le problème des contrats en chaîne se pose en particulier à propos de la durée du délai de congé (let. H et I), de la fixation d'un temps d'essai (let. L), du droit au salaire en cas d'empêchement de travailleur (let. N) ou de la fixation des déductions sociales (let. O et P).

## H Délais de congé en cas de missions de durée indéterminée

### **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 de:

Art. 19 al. 4 let a:

deux jours au moins durant les trois premiers mois d'un emploi ininterrompu.

Art. 19 al. 4 let b:

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 (la question d'un raccourcissement des délais de congé par voie de convention collective divise la doctrine du droit du travail).

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

### **A 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'art. 335c OR 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'art. 335c al. 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'art. 335c CO doivent toujours être indiqués **en mois**; 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. 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.

## I Délais de congé en cas de missions de durée déterminée

Les engagements d'une durée déterminée prennent fin en principe automatiquement au terme de la mission.

Les parties sont néanmoins autorisées à prévoir des possibilités de congé anticipé mais doivent respecter dans ce cas les délais minimums fixés à l'art. 19, al. 4, LSE; le contrat est alors conclu pour une durée déterminée maximale.

Les délais de congé fixés l'art. 19, al. 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 équivaldrait à un abus de droit.

## J 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. Lorsque le **délai est de deux jours**, les **jours non ouvrés** (par ex. samedi et dimanche) ne sont normalement **pas comptés** sauf si la mission est effectuée dans une branche qui ne connaît pas de jours non ouvrés.

## K Horaire de travail

Selon l'art. 19 al. 2 let d LSE, le contrat doit également indiquer l'horaire de travail. Un renvoi à l'entreprise de mission ne suffit pas; le travailleur doit savoir le nombre moyen d'heures qu'il devra accomplir.

Selon l'art. 321c al. 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'art. 321c al. 2 CO dit 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 que ni le contrat-type ni la convention collective ne prévoit d'autres dispositions, l'employeur est tenu, conformément à l'art. 321c, al.



3, CO, de rétribuer les heures supplémentaires au tarif normal majoré d'au moins un quart. 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 loi sur le travail (LTr; RS 822.11). Aux termes de l'art. 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, exceptionnellement (voir art. 12 LTr et art. 22 ss OLT 1), mais, selon l'art. 12, al. 2, LTr, 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'art. 13, al. 1, LTr dit que l'employeur versera au travailleur, pour le travail supplémentaire, un supplément de salaire d'au moins 25 pour cent, 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'art. 13, al. 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.

## L Temps d'essai

La LSE ne contient 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'art. 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. **Dans les rapports de travail temporaires, le délai de congé**

ne peut cependant, en vertu des prescriptions impératives de la LSE en la matière, être inférieur à deux jours. (v. Prof. A. Rehbindler, Kommentiertes Arbeitsvermittlungsgesetz, p. 64, Zurich 1992).

A notre avis, il serait bon cependant qu'un temps d'essai soit expressément fixé dans tous les contrats car, en cas de litige, un tribunal risque de présumer que les parties ont tacitement renoncé à un temps d'essai en raison précisément du caractère temporaire du rapport de travail.

La fixation d'un temps d'essai est licite également dans les rapports de travail d'une 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, connaissent aussi les conditions de travail et que le travailleur a déjà fait la preuve de son adéquation dans de sa première mission (interdiction des contrats en chaîne).

## M Indemnités de vacances et pour jours fériés

Le Code des obligations **interdit** de compenser, durant les rapports de travail, les droits aux vacances par des suppléments de salaire (art. 329d CO). La pratique des tribunaux admet néanmoins exceptionnellement une telle compensation lorsque les rapports de travail sont de très courte durée (en règle générale, jusqu'à deux mois au maximum) ou l'horaire de travail très irrégulier, ce qui peut être le cas notamment dans le travail à temps partiel et le travail 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 1<sup>er</sup> août (art. 110, al. 3, Cst), 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.

## N Salaire en cas d'empêchement du travailleur

Les dispositions du Code des obligations relatives au paiement du salaire en cas d'empêchement du travailleur sont également applicables dans la location de services.

### a) Réglementation de base

#### Article 324a CO

<sup>1</sup> 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.

<sup>2</sup> 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.

<sup>3</sup> En cas de grossesse et d'accouchement de la travailleuse, l'employeur a les mêmes obligations.

<sup>4</sup> 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'art. 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:

- elles se suivent;
- les interruptions entre les missions sont dues uniquement à l'exercice d'un droit (vacances, maladie, accident) ou à l'accomplissement d'une obligation légale;
- les périodes sans travail (jours ou semaines) entre deux missions sont uniquement imputables

à la nature des rapports de travail temporaire.

Voir chap. G, contrats en chaîne

Dans la pratique, les tribunaux utilisent une échelle pour calculer la durée de l'obligation de payer le salaire, l'échelle bernoise étant la plus utilisée.

**Echelle bernoise:**

3 semaines	pendant la 1 <sup>re</sup> année de service (plus de 3 mois)
1 mois	pendant la 2 <sup>e</sup> année de service
2 mois	pendant la 3 <sup>e</sup> et la 4 <sup>e</sup> année de service
3 mois	de la 5 <sup>e</sup> à la 9 <sup>e</sup> année de service
4 mois	de la 10 <sup>e</sup> à la 14 <sup>e</sup> année de service
5 mois	de la 15 <sup>e</sup> à la 19 <sup>e</sup> année de service
6 mois	de la 20 <sup>e</sup> à la 25 <sup>e</sup> année de service

**Echelle bâloise** (utilisée principalement dans les deux demi-cantons de Bâle):

3 semaines	pendant la 1 <sup>re</sup> année de service (plus de 3 mois)
2 mois	pendant la 2 <sup>e</sup> et la 3 <sup>e</sup> année de service
3 mois	de la 4 <sup>e</sup> à la 10 <sup>e</sup> année de service
4 mois	de la 11 <sup>e</sup> à la 15 <sup>e</sup> année de service
5 mois	de la 16 <sup>e</sup> à la 20 <sup>e</sup> année de service
6 mois	dès la 21 <sup>e</sup> année de service

**Echelle zurichoise:**

3 semaines	pendant la 1 <sup>re</sup> année de service (plus de 3 mois)
8 semaines	pendant la 2 <sup>e</sup> année de service
9 semaines	pendant la 3 <sup>e</sup> année de service
10 semaines	pendant la 4 <sup>e</sup> année de service etc. (sans plafond)

**b) Autre solution équivalente**

Selon l'art. 324a, al. 1, CO, l'employeur a en principe l'obligation de continuer à verser la totalité du salaire au travailleur pendant 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**.

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 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 considérés comme des prestations équivalentes.

Remarque à propos de l'assurance indemnités journalières maladie: La conclusion d'une telle assurance est en principe facultative. L'employeur peut ainsi choisir entre une assurance en vertu de la loi sur l'assurance-maladie (LAMal) et une assurance régie par la loi sur le contrat d'assurance (LCA). Si l'assuré veut passer de l'assurance collective à l'assurance individuelle, est alors applicable soit le délai de trois mois prévu par la LAMal (art. 71) soit un délai convenu librement s'il s'agit d'une assurance indemnités journalières conclue en vertu de la LCA.

### **c) Réglementation en cas d'assurance obligatoire**

#### **Art. 324b CO**

<sup>1</sup> 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.

<sup>2</sup> Si les prestations d'assurance sont inférieures, l'employeur doit payer la différence entre celles-ci et les quatre cinquièmes du salaire.

<sup>3</sup> 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'art. 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 ou 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'art. 324a, al. 1, CO si les presta-

tions de l'assurance obligatoire sont inférieures.

La CNA verse en règle générale 80% du salaire assuré. Par contre, les prestations de l'APG 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 CNA 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).

**Remarques:**

L'art. 2 de la **loi sur l'assurance-maternité du canton de Genève** 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 l'établissement sis dans le canton de Genève. Cette assurance est financée par des cotisations paritaires des employeurs et des travailleurs s'élevant à 0,4% des salaires. Les bailleurs de service du canton de Genève doivent dès lors porter la part du travailleur en déduction sur les décomptes de salaires. La loi dispose que c'est à l'employeur de verser la totalité de la cotisation à la caisse de compensation compétente.

## O Assurance-accidents

En vertu de l'art. 66, al. 1, let. o, de la loi fédérale sur l'assurance-accidents (LAA; RS 832.20) et de l'art. 85 de l'ordonnance sur l'assurance-accidents (OLAA; RS 832.202), **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 CNA. A défaut, il ne serait pas possible de conserver une couverture d'assurance ininterrompue auprès du même assureur.**

L'art. 13, al. 1, OLAA dit 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 huit heures, 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).

## **P Déductions à la caisse de pension**

Les salariés qui ont plus de 17 ans et reçoivent d'un même employeur un salaire annuel supérieur à 25'320 francs sont soumis à l'assurance obligatoire (art. 2, al. 2 LPP). Les travailleurs ayant un contrat à durée déterminé ne dépassant pas trois mois ne sont pas soumis à l'assurance obligatoire (art. 1, let b, OPP 2).

Pour les engagements de plus de trois mois, l'assurance commence en même temps que les rapports de travail, soit le premier jour de travail, et non dès le quatrième mois seulement (art. 10, al. 1, LPP). Lorsqu'un rapport de travail de durée inférieure est prolongé au-delà de trois mois, le salarié est assujéti à l'assurance obligatoire dès le moment où la prolongation a été convenue (art. 1, let. b, OPP 2).

## Parenthèse: Vue d'ensemble des assurances sociales obligatoires pour le travailleur

**Remarque préliminaire:** cette vue d'ensemble reflète les délais, les salaires, etc., les montants en vigueur, sous réserve d'adaptations légales.

Généralités				
AVS/AI/APG	PP	AA	AC	AM/AA
		<p><b>L'assurance obligatoire couvre:</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>&gt; pour les travailleurs qui travaillent au moins 8 h par semaine:               <ul style="list-style-type: none"> <li>• les accidents professionnels (AP),</li> <li>• les maladies professionnelles (MP) et</li> <li>• les accidents non professionnels (ANP) (art. 6, 7, 8, 9 LAA; 13, al. 1, OLAA)</li> </ul> </li> <li>&gt; pour les travailleurs qui travaillent moins de 8 h par semaine:               <ul style="list-style-type: none"> <li>• les AP et MP, mais non les ANP</li> <li>• les accidents sur le trajet domicile et lieu de travail sont réputés AP. (art. 7, al. 2; 8, al. 2, LAA; 13, al. 2, OLAA)</li> </ul> </li> <li>&gt; les travailleurs temporaires <b>et</b> en régie doivent être assurés obligatoirement auprès de la CNA (art. 66, al. 1, let. o, LAA)</li> </ul>		<p><b>Assurance obligatoire des soins (art. 3 à 66 LAMal)</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>&gt; existe indépendamment de la conclusion d'un contrat de travail;</li> <li>&gt; l'employeur n'a ni obligation ni dette de cotisation;</li> <li>&gt; les primes dues à la caisse maladie ne sont pas liées au salaire;</li> <li>&gt; l'employeur informe par écrit la personne qui quitte son emploi ou cesse d'être assurée contre les ANP au sens de la LAMal qu'elle doit le signaler à son assureur (art. 10, al. 1, LAMal)</li> </ul> <p><b>Assurance facultative d'indemnités journalières (art. 67 à 77 LAMal)</b></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</p>



				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 loi sur le contrat d'assurance, pour autant qu'il remplit ses obligations conformément à l'art. 324a CO.
--	--	--	--	--

### Obligation de cotiser

AVS/AI/APG	PP	AA	AC	AM/AA
<ul style="list-style-type: none"> <li>le travailleur</li> <li>l'employeur</li> <li>exceptions: chaque travailleur jusqu'au 31 décembre de l'année où il a eu 17 ans révolus.</li> </ul> (art. 3, al. 1 et 2, let. a; 12, al. 2, LAVS; art. 2 LAI; art. 27 LAPG)	<ul style="list-style-type: none"> <li>le travailleur</li> <li>l'employeur</li> </ul> (art. 66, al. 1, LPP)	<ul style="list-style-type: none"> <li>AP et MP: l'employeur</li> <li>ANP: le travailleur, mais seulement s'il travaille au moins 8 h par semaine; (des conventions contraires en faveur du travailleur sont toutefois possibles)</li> </ul> (art. 91, al. 1 et 2, LAA)	<ul style="list-style-type: none"> <li>le travailleur</li> <li>l'employeur</li> </ul> (art. 4, al. 1, LACI)	assurance obligatoire des soins: la personne assurée (travailleur)  (art. 61, LAMal)

### Débiteur des cotisations

AVS/AI/APG	PP	AA	AC	AM/AA
l'employeur  (art. 14, al. 1, LAVS; 3, al. 2, LAI; 27, al. 3, LAPG)	l'employeur  (art. 66, al.2, LPP)	<ul style="list-style-type: none"> <li>AP et MP: l'employeur</li> <li>ANP: l'employeur, si le travailleur travaille 8 h par semaine au moins (il peut déduire ce montant de la cotisation du salaire du travailleur)</li> </ul> (art. 91, al. 3, 7, al. 2, 8, al. 2, LAA; 13, al. 2, OLAA)	l'employeur  (art. 5, al. 1, LACI)	assurance obligatoire des soins : la personne assurée (travailleur)  (art. 61, LAMal)

Début de l'obligation de cotiser				
AVS/AI/APG	PP	AA	AC	AM/AA
<p>personnes exerçant une activité lucrative dès le 1er janvier de l'année qui suit la date à laquelle elles ont eu 17 ans.</p> <p>(art. 3, al. 1 et 2, let. a, LAVS; 2 LAI; 27 LAPG)</p> <p><b>Début:</b> le premier jour de travail; pour les apprentis, le 1er janvier de l'année de leurs 18 ans révolus</p> <p>(art. 3, al. 1 et 2, let. a, LAVS).</p>	<p>au début des rapports de travail pour autant que le salaire annuel du travailleur dépasse 25'320 francs (salaire minimum):</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>décès et invalidité: dès le 1er janvier qui suit les 17 ans révolus</li> <li>vieillesse: dès le 1er janvier qui suit l'année où la personne a eu 24 ans révolus</li> </ul> <p>(art. 7, al. 1; 10, al. 1, LPP)</p> <p><b>Condition:</b> contrat de travail de durée indéterminée ou de durée limitée, mais à plus de trois mois.</p> <p>(art. 1, al. 1, let. b, OPP 2).</p>	<p>contrat de travail</p> <p>(art. 3, al. 1, et 91 LAA)</p> <p><b>Début:</b> 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>	<p>personnes exerçant une activité lucrative dès le 1er janvier de l'année qui suit la date à laquelle elles ont eu 17 ans.</p> <p>(art. 2, al. 1, let. a, LACI; 3, al. 1 et 2, LAVS)</p> <p><b>Début:</b> le premier jour de travail, pour les apprentis, dès le 1er janvier de l'année de leurs 18 ans révolus.</p> <p>(art. 3, al. 1 et 2, let. a, LAVS)</p>	<p>assurance obligatoire des soins :</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>3 mois après avoir pris domicile en Suisse</li> <li>personnes non domiciliées en Suisse: <ul style="list-style-type: none"> <li>a. lorsqu'elles séjournent en Suisse de façon prolongée ou exercent une activité en Suisse</li> <li>b. lorsqu'elles travaillent à l'étranger pour une entreprise ayant un siège en Suisse</li> </ul> </li> </ul> <p>(art. 3, al. 1 et 3, LAMal)</p>

Fin de l'obligation de cotiser				
AVS/AI/APG	PP	AA	AC	AM/AA
<p>à la fin du mois durant lequel l'âge de la retraite est atteint (64 ans révolus pour les femmes sauf: 63 ans révolus pour les femmes nées entre 1939 à 1941; 65 ans révolus pour les hommes).</p> <p>(art. 3, al. 1, LAVS; 2 LAI, 27, al. 1, LAPG)</p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>dissolution des rapports de travail</li> <li>dès que naît le droit aux prestations de vieillesse</li> <li>lorsque le salaire minimum n'est plus atteint.</li> </ul> <p><b>Exception:</b> lorsque le salaire annuel diminue temporairement par suite de maladie, d'accident, de chômage 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 verser le salaire en vertu de l'art. 324a CO. L'assuré peut toutefois demander la réduction du salaire coordonné.</p> <p>(art. 10, al. 2; 8, al. 3, LPP)</p>	<p>fin du droit au salaire.</p> <p>(art. 3, al. 2, LAA; 7 OLAA)</p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>dès que l'assuré cesse son activité indépendante</li> <li>à la fin du mois au cours duquel l'assuré atteint l'âge de la retraite.</li> </ul> <p>(art. 2, al. 1, let. a; 2, al. 2, let. a à e, LACI)</p>	<p>assurance obligatoire des soins :</p> <p>lorsque l'assuré cesse d'être soumis à l'obligation de s'assurer</p> <p>(art. 5, al. 3; 3, al. 1, LAMal)</p>

Cotisations			
AVS / AI / APG	PP	AA	AC
<p><b>AVS:</b> l'employeur et le travailleur actuellement à raison de 4,2% chacun. (art. 5, al. 1; 13 LAVS)</p> <p><b>AI:</b> l'employeur et le travailleur actuellement 1,4% à raison de la moitié chacun. (art. 3, al. 1, LAI)</p> <p><b>APG:</b> l'employeur et le travailleur actuellement 0,3% à raison de la moitié chacun. (art. 27, al. 2, LAPG; 23a RAPG)</p> <p>Actuellement, le montant total des cotisations AVS / AI / APG s'élève à 10,1%. L'employeur déduit la moitié de ces cotisations (5,05%) du salaire du travailleur et verse ce montant avec sa propre part (5,05%) à la caisse de compensation.</p>	<p>en pour-cent selon la classe d'âge ou selon une prime moyenne fixée par le règlement de l'institution de prévoyance; l'employeur doit en prendre au moins la moitié à sa charge. (art. 16 et 66, al. 1, LPP)</p>	<p>les assureurs fixent les primes en pour mille du gain assuré. (art. 92, al. 1, LAA)</p>	<p>jusqu'au 31.12. 2003:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• 2,5% du gain assuré déterminant jusqu'à hauteur de 106'800 francs par l'employeur et le travailleur à raison de la moitié chacun.</li> <li>• 1% de la part du salaire déterminant située entre 106'800 et 267'000 francs par l'employeur et le travailleur à raison de la moitié chacun.</li> </ul> <p>Dès le 01.01. 2004:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• 2% du gain assuré déterminant jusqu'à hauteur de 106'800 francs par l'employeur et le travailleur à raison de la moitié chacun.</li> </ul> <p>(art. 3, 4 et 4a LACI)</p>

Salaire assuré			
AVS / AI / APG	PP	AA	AC
<ul style="list-style-type: none"> <li>• totalité du salaire payé en espèces et en nature</li> <li>• <b>exception:</b> salaires ne dépassant pas 2'000 francs par année civile et représentant un gain accessoire pour le travailleur.</li> </ul> <p>(art. 4, al. 1; 5, al. 1 et 2, LAVS; 8bis RAVS; 3 LAI; 27 LAPG)</p>	<p>part du salaire annuel située entre 25'320 et 75'960 francs (salaire coordonné). + PP facultative; si le salaire coordonné est inférieur à 3'165 francs par an, il doit être arrondi à ce montant. (art. 8, al. 1 et 2, LPP; 5 OPP 2)</p>	<p>le montant maximum du salaire assuré s'élève à 106'800 francs par an, soit 8'900 par mois (gain assuré). (art. 15, LAA; 22 OLAA)</p>	<p>montant annuel plafonné à 106'800 francs, soit un montant mensuel maximum de 8'900 francs. (art. 3, al. 1, et 23 LACI; art. 15 LAA; 22 OLAA)</p>

## Q Allocations familiales

**Allocations familiales prévues par le droit fédéral pour la main-d'œuvre agricole** (loi fédérale du 20 juin 1952 sur les allocations familiales dans l'agriculture; LFA).

Les personnes qui, en qualité de salariés, sont occupées contre rémunération dans une entreprise agricole ont droit à des allocations familiales (allocations de ménage et allocations pour enfants) pour travailleurs agricoles (art. 1, al. 1; 2, al. 1, LFA). En concluant un contrat de travail, le travailleur entre dans le cercle des personnes assurées légalement (assurance obligatoire).

L'employeur a l'obligation de cotiser et il est débiteur des cotisations. Il est soumis à une contribution égale à 2% des salaires en nature et en espèce que reçoivent son personnel à condition qu'une cotisation est due sur ces salaires conformément à la LAVS (art. 13 et 18, al. 1, LFA). L'obligation de payer cette contribution commence avec le paiement du salaire.

### **Allocations familiales prévues par le droit cantonal pour les travailleurs ayant des enfants**

Chaque canton a ses propres règlements donnant droit à des allocations familiales ou pour enfants et perçoit à cet effet un pourcentage sur les salaires. En concluant un contrat de travail, le travailleur entre dans le cercle des personnes assurées légalement (assurance obligatoire).

Il incombe à l'employeur de se renseigner auprès de la caisse cantonale de compensation familiale sur l'obligation de cotiser, le début et la fin de l'obligation de cotiser ainsi que sur les cotisations.

## R Validité des conventions collectives de travail

Les conventions collectives de travail avec déclaration d'extension (CCT étendue) 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 branches soumises à une telle convention. Le chapitre consacré à l'art. 20 LSE fournit de plus amples indications à ce sujet.

Aux termes de l'art. 357, al. 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'art. 356c, al. 1, CO ou par une clause d'extension.

## S Accords nuls (art. 19, al. 5, LSE)

Cette disposition interdit les accords qui retiennent ou empêchent directement le travailleur de s'engager dans **l'entreprise de mission après l'échéance** de son contrat de travail. Le bailleur de services est donc parfaitement en droit d'interdire que cet engagement intervienne avant l'échéance du contrat de travail.

Il est également autorisé à imposer au travailleur dont il loue les services une clause prohibant la concurrence, dans les limites du CO (art. 340 ss), à l'égard d'autres clients de son entreprise et de l'entreprise de mission. Ce genre de clauses ne relève pas de la LSE. Il pourrait donc être admissible que l'employeur interdise au travailleur de louer ses services dans la même entreprise de mission par l'intermédiaire d'un autre bailleur de services.

Selon la pratique appliquée à propos des art. 340 ss CO, l'employeur une clause prohibant la concurrence n'est valable qu'aux conditions suivantes:

- a. le nouvel employeur se trouve dans une situation de concurrence face à l'ancien employeur, c'est-à-dire lorsqu'il offre des prestations semblables destinées à une clientèle identique;
- b. le travailleur, au cours de son activité au sein de l'entreprise, a eu accès au cercle de clientèle ou à des secrets de fabrication ou d'entreprise et que
- c. leur utilisation dans une autre entreprise est de nature à causer à l'ancien employeur un préjudice sensible

Une interdiction de faire concurrence n'est en règle générale pas valable lorsqu'elle vise les aptitudes particulières du travailleur, son habilité ou ses relations d'ordre personnel avec les clients qui risquent de le suivre dans la nouvelle entreprise en raison de ses aptitudes particulières.

## T Check-list pour l'examen des contrats de travail

Ce sont là des points qu'il faut toujours contrôler à l'examen de la demande. 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 soit réglés dans le contrat:**

- le genre de travail à fournir;
- le lieu de travail;
- le début de l'engagement;
- la durée de l'engagement ou/et le délai de congé (voir. let.G à J);

- l'horaire de travail (horaire moyen);
- le salaire, les indemnités et allocations éventuelles ainsi que les déductions afférentes aux assurances sociales en pour cent (voir. let. E et F);
- les prestations en cas d'heures supplémentaires, de maladie, de maternité, d'accident, de service militaire et de vacances (voir. let. K, M à Q);
- 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).

**Aux termes de l'art. 19, al. 5, LSE sont nuls et non avenus les accords qui:**

- imposent au travailleur qui loue ses services le paiement d'émoluments, de prestations financières préalables ou de retenues sur le salaire;
- empêchent ou entravent son transfert à l'entreprise de mission à l'échéance de son contrat de travail (voir let. S).

## U For juridique

Depuis l'entrée en vigueur de la nouvelle loi fédérale sur les fors en matière civile du 24 mars 2000 (loi sur les fors, LFors, RO 2000 2355; RS 272) le 1<sup>er</sup> janvier 2001, les fors juridiques en matière de location de services sont régis par cette loi et non plus par la LSE.

Est compétent pour connaître des actions intentées par le travailleur, comme jusqu'ici, le tribunal du lieu où se trouve l'établissement commercial du bailleur de services avec lequel le contrat a été conclu (art. 24, al. 2, LFors), le tribunal du siège du bailleur de services (art. 24, al. 1, LFors = siège du défendeur, le siège étant ici entendu comme le siège principal), ou encore – **ce qui est nouveau – le tribunal du lieu où le travailleur accomplit habituellement son travail** (art. 24, al. 1, LFors), c'est-à-dire le **tribunal du lieu de mission**.

Est compétent pour connaître des actions intentées par l'employeur, le tribunal du domicile du travailleur (art. 24, al. 1, LFors) ou – **ce qui est nouveau – le tribunal du lieu où le travailleur accomplit habituellement son travail** (art. 24, al. 1, LFors), c'est-à-dire le tribunal du lieu de mission. **Par contre, le bailleur de services ne peut plus intenter une action au lieu où il a son siège social.**

Concernant l'indication du for dans les contrats, la formulation suivante est admissible en substance:

*Est compétent pour connaître des actions intentées par le travailleur le tribunal du lieu où il accomplit habituellement son travail (art. 24, al. 1, LFors) ou le tribunal du lieu où se trouve l'établissement commercial du bailleur de services avec lequel le contrat a été conclu (art. 24, al.*

2, LFors) ou le tribunal du siège principal du bailleur de services (art. 24, al. 1, LFors). Est compétent pour connaître des actions intentées par le bailleur de services le tribunal du domicile du travailleur (art. 24, al. 1, LFors) ou le tribunal du lieu où le travailleur accomplit habituellement son travail (art. 24, al. 1, LFors).

Les parties peuvent aussi renoncer à régler la question du for dans le contrat, mais devraient au moins renvoyer à la loi sur les fors. En cas de litige, la réglementation susmentionnée est applicable même en l'absence de référence expresse.

**Si le demandeur d'emploi réside à l'étranger:**

Dans ce cas, le droit international privé et les conventions internationales sont applicables. Normalement, une action contre un demandeur d'emploi résidant à l'étranger peut être intentée uniquement au lieu de son domicile à l'étranger. Elle peut également être intentée au lieu où il accomplit ordinairement 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. Pour tout renseignement s'adresser à l'Office fédéral de la justice, Section du droit international privé (tél. 031/322'41'22).

## V Modèle de contrat de travail

**Remarque préliminaire**

Il s'agit ci-après d'un modèle de contrat pouvant être utilisé dans de nombreux cas. Si les circonstances juridiques le demandent, il est néanmoins possible de déroger à ce modèle dans le cas particulier.

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.

**a) Pour le 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.



## Modèle de «Contrat de travail temporaire» en vertu des art. 19 s LSE et 48 s OSE

### Contrat-cadre de travail temporaire

entre

..... en tant qu'employeur  
(Nom et adresse du bailleur de services)

et

..... en tant que travailleur  
(Nom et adresse de l'employé)

#### 1. Préambule

##### 1.1. Généralités

Le présent contrat-cadre régit un nombre indéterminé de missions que le travailleur accomplira pendant une certaine période dans des entreprises tierces dites entreprises de mission.

Il prend effet à la conclusion par les mêmes parties d'un contrat complémentaire (contrat de mission) pour une mission que le travailleur accepte d'accomplir dans une entreprise.

**Le présent contrat-cadre n'oblige ni l'employeur à offrir une mission ni le travailleur à accepter une mission proposée. Chaque nouvelle mission fera l'objet d'un nouveau contrat de mission (nouveau contrat de travail).**

##### 1.2. Convention collective de travail avec déclaration d'extension

Lorsque l'entreprise de mission est soumise à une convention collective de travail avec déclaration d'extension, le travailleur est soumis aux dispositions de ladite convention concernant le salaire et la durée du travail.

#### 2. Droits du travailleur

##### 2.1. Salaire

Le travailleur touche un salaire horaire brut de .... francs au minimum ou un salaire mensuel dont le montant brut atteint au moins .... francs.

Les modalités du salaire afférent à une mission sont réglées dans le contrat de mission.

## 2.2. Frais et dépens

Le montant et le genre d'indemnisation sont réglés dans le contrat de mission. Sous réserve de CCT étendue, tous les frais doivent être prouvés.

## 2.3. Heures supplémentaires; travail supplémentaire

Si le temps de travail en usage dans l'entreprise de mission est supérieur au temps de travail fixé dans le contrat de mission, la différence est considérée comme heures supplémentaires.

\* Ces heures supplémentaires donnent droit à un supplément de 25%.

\* Elles sont compensées par un congé équivalent.

\*(Commentaire: chaque variante est possible. Pour la première, l'employeur peut fixer un supplément inférieur à 25%.)

Les heures de travail prévues par l'horaire de travail de l'entreprise qui dépassent le temps de travail normal prévu par la loi sur le travail sont considérées comme travail supplémentaire.

\* Elles donnent droit à un supplément de 25%.

\* Elles sont compensées par un congé équivalent.

Le nombre maximum de travail supplémentaire admis par la loi sur le travail ne peut être dépassé.

\*(Commentaire: chaque variante est possible. 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, le supplément pour les heures de travail supplémentaire qui n'excèdent pas 60 heures par année civile ne peut pas être supprimé ou fixé à moins de 25%.)

## 2.4. Paiement du salaire

Le salaire est versé à la fin du mois (au plus tard le cinquième jour ouvrable du mois suivant) avec l'indemnité de vacances, les frais et les heures supplémentaires. Lorsque la mission dure moins d'un mois, le salaire est versé à la fin de la mission ou au terme du délai de congé ou des rapports de travail (des acomptes hebdomadaires peuvent être convenus). Le salaire est en règle générale versé sur un compte postal ou bancaire du travailleur ou à défaut, en espèces ou par chèque, les frais d'encaissement des chèques étant à la charge du travailleur. Le travailleur recevra dans tous les cas un décompte détaillé.

## 2.5. Temps d'essai

Un temps d'essai de ... (commentaire: trois mois au plus, mais dans tous les cas une durée inférieure à la mission) peut être prévu pour des missions de durée déterminée. En cas de mission de durée indéterminée, les premiers ... (au maximum trois mois) comptent comme temps

d'essai. Ce temps d'essai recommence à courir au début de chaque mission accomplie dans une autre entreprise ou dès que le travailleur prend une autre fonction dans la même entreprise.

## **2.6. Contrat de mission**

Le contrat de mission règle

- le genre de travail à accomplir
- le lieu de travail
- le début de la mission
- la durée de la mission en cas de durée déterminée et/ou le délai de congé
- l'horaire de travail
- le salaire
- év. le 13e mois de salaire pro rata temporis, les allocations et les frais

## **2.7. Vacances et jours fériés**

### **2.7.1. Vacances**

Le travailleur a en principe droit\* à ... semaines de vacances annuelles payées, calculées pro rata temporis si l'année n'est pas complète.

\*La loi prévoit quatre semaines de vacances annuelles au moins et cinq au moins jusqu'à 20 ans révolus. (art. 329a, al. 1 CO).

Le travailleur doit avoir la possibilité de prendre ses vacances tant que durent les rapports de travail.

Pour les missions irrégulières et de courte durée, le droit aux vacances peut être remplacé par une indemnité de vacances qui sera versée avec le salaire. Cette indemnité s'élève respectivement à 8,33% (pour quatre semaines de vacances) et à 10,64% (pour cinq semaines de vacances) du salaire brut. Les indemnités de vacances sont indiquées séparément dans le décompte de salaire et versées avec le salaire.

### **2.7.2. Jours fériés**

Le travailleur a droit à la rétribution des jours fériés qui tombent pendant la mission. A l'exception du 1<sup>er</sup> août, sont déterminants les jours fériés déclarés officiels par la législation cantonale à laquelle est soumise l'entreprise de mission.

(Commentaire: le paiement des vacances n'est pas obligatoire pour les travailleurs payés à l'heure ou à la journée).

## 2.8. Prestations sociales

### 2.8.1. Accident

Le travailleur engagé dans une entreprise de mission est assuré contre les accidents professionnels. Le salaire est couvert à hauteur de 80% dès le troisième jour qui suit le jour de l'accident; l'employeur verse au moins les 4/5 du salaire pendant le délai d'attente. Lorsque le temps de travail atteint au moins 8 heures par semaine, les accidents non professionnels sont couverts.

### 2.8.2. Maladie

#### Variante 1

Si le travailleur tombe malade pendant la mission, il touche son salaire conformément à l'échelle dite «bernoise», soit durant

3 semaines	pendant la 1 <sup>re</sup> année de service (plus de 3 mois)
1 mois	pendant la 2 <sup>e</sup> année de service
2 mois	pendant la 3 <sup>e</sup> et la 4 <sup>e</sup> année de service
3 mois	de la 5 <sup>e</sup> à la 9 <sup>e</sup> année de service
4 mois	de la 10 <sup>e</sup> à la 14 <sup>e</sup> année de service
5 mois	de la 15 <sup>e</sup> à la 19 <sup>e</sup> année de service
6 mois	de la 20 <sup>e</sup> à la 25 <sup>e</sup> année de service

Voir la définition de «mission ininterrompue» au pt 2.9

(Commentaire: utiliser éventuellement une autre échelle.)

#### Variante 2

Une assurance indemnités journalières couvre les pertes de salaire en cas de maladie; le travailleur touche alors son salaire comme suit:

(Commentaire: mentionner les conditions)

### 2.8.3. Service militaire, service civil ou de protection civile

Le travailleur a droit, pour le service accompli dans l'armée suisse, le service civil ou de protection civile, à des allocations pour perte de gain (APG). Les prestations APG sont complétées à hauteur de 80% du salaire conformément à l'échelle bernoise durant

3 semaines	pendant la 1 <sup>re</sup> année de service (plus de 3 mois)
1 mois	pendant la 2 <sup>e</sup> année de service
2 mois	pendant la 3 <sup>e</sup> et la 4 <sup>e</sup> année de service

3 mois	de la 5 <sup>e</sup> à la 9 <sup>e</sup> année de service
4 mois	de la 10 <sup>e</sup> à la 14 <sup>e</sup> année de service
5 mois	de la 15 <sup>e</sup> à la 19 <sup>e</sup> année de service
6 mois	de la 20 <sup>e</sup> à la 25 <sup>e</sup> année de service

(Commentaire: utiliser éventuellement une autre échelle.)

#### **2.8.4. Grossesse et accouchement**

Les femmes enceintes et les accouchées ont droit au salaire conformément à l'échelle bernoise mentionnée au pt 2.8.2.

(Commentaire: mentionner les autres réglementations éventuellement concernées ou l'échelle bernoise si elle ne figure pas déjà au pt 2.8.2.)

#### **2.9. Résiliation des rapports de travail**

Le délai de congé applicable en cas de résiliation des rapports de travail de durée déterminée ou indéterminée est de

– 2 jours ouvrables pendant le temps d'essai\*.

Après le temps d'essai, le délai de congé applicable lorsque les rapports de travail sont de durée indéterminée est de:

- 2 jours ouvrables au moins\* pendant les trois premiers mois d'une mission ininterrompue;
- 7 jours au moins du 4<sup>e</sup> au 6<sup>e</sup> mois d'une mission ininterrompue;
- 1 mois dès le 7<sup>e</sup> mois de mission;
- 2 mois de la 2<sup>e</sup> à la 9<sup>e</sup> année de service et de
- 3 mois pour la fin\*\* d'un mois dès la 10<sup>e</sup> année de service.

\*(Commentaire: le délai de 2 jours ne comprend pas de jours non ouvrés, sauf si la branche ne connaît pas de jours non ouvrés.)

\*\* (Commentaire: ces délais peuvent être modifiés dès le 7<sup>e</sup> mois par contrat, contrat-type ou CCT; les délais de moins d'un mois ne peuvent être abaissés que par CCT et uniquement pendant la première année.

Une mission ininterrompue signifie le total des semaines de travail accomplies au titre de différentes missions pour autant que ces missions cumulées n'aient pas été séparées (sauf en cas de maladie ou d'accident) par un intervalle de plus de

Durée des missions cumulées:	Interruption:
– jusqu'à trois mois	2 semaines

- du 4<sup>e</sup> au 6<sup>e</sup> mois                      3 semaines
- dès le 7<sup>e</sup> mois                            5 semaines

En cas d'intervalle plus long, les semaines sont additionnées à partir de la fin de l'interruption.

(Commentaire: cette règle n'est qu'une proposition visant à éviter qu'en cas de litige, le tribunal ne conclue pas à un travail en chaîne interdit; elle n'est pas impérative.)

### **2.10. Transfert**

Au terme des rapports de travail, le travailleur peut être embauché par l'entreprise de mission. Celle-ci devra, le cas échéant, verser une indemnisation, mais elle ne pourra pas la répercuter sur le travailleur.

### **2.11. Protection des données**

L'employeur ne traite les données du travailleur qu'avec son assentiment.

## **3. Devoirs du travailleur**

### **3.1. Devoir de diligence**

Le travailleur s'engage à accomplir avec diligence et conscience les tâches que lui confie l'entreprise de mission.

### **3.2. Directives**

Le travailleur observe les directives de l'employeur et de l'entreprise de mission. Pendant la mission, il se conforme aux usages et au règlement de l'entreprise de mission.

### **3.3. Rapport de travail**

Le travailleur établit ... (commentaire: mensuellement ou hebdomadairement) ou au terme de chaque mission un rapport de travail signé par l'entreprise de mission.

### **3.4. Déductions sociales**

Sont déduits du salaire brut:

- ..... % cotisations AVS/AI/APG/AC
- ..... % assurance-accidents non professionnels (ANP)
- ..... % assurance indemnités journalières maladie (pour autant qu'une telle assurance ait été conclue)
- ..... % caisse de pension (pour les missions de durée indéterminée ou déterminée dépassant 3 mois si le salaire annuel atteint au moins 25'320 francs).

#### 4. Disposition complémentaire

Les art. 319 ss de la loi fédérale du 30 mars 1911 complétant le Code civil suisse (Livre cinquième: Droit des obligations), la loi fédérale du 13 mars 1964 sur le travail dans l'industrie, l'artisanat et le commerce (loi sur le travail), la loi fédérale du 6 octobre 1989 sur le service de l'emploi et la location de services, la loi fédérale du 28 septembre 1956 permettant d'étendre le champ d'application de la convention collective de travail, ainsi que la loi fédérale du 24 mars 2000 sur les fors en matière civile (Loi sur les fors) s'appliquent à toutes les questions non réglées dans le présent contrat.

#### 5. For

Est compétent pour connaître des actions intentées par le travailleur le tribunal du lieu où il accomplit habituellement son travail (art. 24, al. 1, LFors) ou le tribunal du lieu où se trouve l'établissement commercial du bailleur de services avec lequel le contrat a été conclu (art. 24, al. 2, LFors) ou le tribunal du siège principal du bailleur de services (art. 24, al. 1, LFors). Est compétent pour connaître des actions intentées par le bailleur de services le tribunal du domicile du travailleur (art. 24, al. 1, LFors) ou le tribunal du lieu où le travailleur accomplit habituellement son travail (art. 24, al. 1, LFors).

Lieu et date:

.....

Lieu et date:

.....

L'employeur:  
(bailleur de services)

.....

Le travailleur:

.....

## **Remarques concernant le pt 2.8 «Dédutions sociales»**

Pour les cas d'accident, de maladie, service militaire, protection civile, grossesse ou d'accouchement, le contrat-cadre se borne à fixer les minima absolus. Il est recommandé de conclure une assurance indemnités journalières maladie pour les cas de maladie, grossesse et d'accouchement. Les primes peuvent être répercutées chaque mois sur le travailleur à hauteur de 50%.



## Modèle de «Contrat de mission» en vertu de la LSE (complément au contrat-cadre)

### Contrat de mission

entre

..... (nom et adresse du bailleur)

et

..... (le travailleur)

concernant une mission temporaire à effectuer dans une entreprise cliente (entreprise de mission) du bailleur de services.

Les dispositions du contrat-cadre s'appliquent en règle générale et sont complétées par les conditions et indications suivantes.

Entreprise de mission:	.....	
Lieu de mission:	.....	
Personne de contact et n° de tél.*:	.....	
Genre de travail à exécuter:	.....	
Début de la mission:	.....	
Durée de la mission:	.....	(du ... au ... ou de durée indéterminée)
Horaire de travail:	.....	
Salaire de base:	.....	(adapter les conditions de salaire au rapport de travail si elles ne sont pas déjà réglées dans le contrat-cadre)
Indemnité de vacances	.....	
Salaire horaire total:	.....	
Autres suppléments év.:	.....	(s'ils ne sont pas réglés dans le contrat-cadre)
Frais év.:	.....	

\*(Commentaire: n'est pas obligatoire, mais recommandé.)

Le contrat-cadre que vous avez reçu en date du ... n'entre en vigueur qu'à la signature du présent contrat de mission dont il fait partie intégrante.

# 2

Lieu et date:

.....

Lieu et date:

.....

L'employeur:  
(bailleur de services)

.....

Le travailleur:

.....

**b) Pour la location de services**

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 de manque de missions. 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.

## Modèle de «Contrat de mise à disposition de travailleurs à titre principal (travail en régie)» en vertu des art. 19 s LSE et 48 s OSE

### Contrat de mise à disposition de travailleurs à titre principal (travail en régie)

entre

..... en tant qu'employeur  
(Nom et adresse du bailleur de services)

et

..... en tant que travailleur  
(Nom et adresse de l'employé)

#### 1. Préambule

##### 1.1. Généralités

Le présent contrat de travail a pour objet la location des services du travailleur à une entreprise tierce (entreprise de mission) en vue d'effectuer le genre de travaux suivants:

.....

Un engagement éventuel du travailleur dans un établissement de l'entreprise de régie n'est pas exclu. Il est conclu pour une durée indéterminée indépendamment des engagements dans les entreprises tierces.

##### 1.2. Convention collective de travail avec déclaration d'extension

Lorsque l'entreprise de mission est soumise à une convention collective de travail avec déclaration d'extension, le travailleur est soumis aux dispositions de ladite convention concernant le salaire et la durée du travail.

##### 1.3. Début des rapports de travail

Le présent contrat de travail est conclu au..... pour une durée indéterminée.

#### 2. Droits du travailleur

##### 2.1. Salaire

Le travailleur touche un salaire horaire brut de ... francs au minimum (sur la base de l'horaire hebdomadaire de ... heures fixé au pt 3.3 ou un salaire mensuel dont le montant brut atteint au moins ... francs.

Complément: év. réglementation du 13e salaire.

## **2.2. Frais et dépens**

Les débours pour frais et dépens sont remboursés jusqu'à concurrence des montants suivants:

- frais de déplacement: ..... francs
- frais de repas: ..... francs
- frais d'hébergement: ..... francs

## **2.3. Heures supplémentaires, travail supplémentaire**

Si le temps de travail fixé par l'employeur ou les directives de l'entreprise de mission dépasse l'horaire de travail normal fixé au pt 3.3 du présent contrat, la différence est considérée comme heures de travail supplémentaires.

\* Elles donnent droit à un supplément de 25%.

\* Elles sont compensées par un congé équivalent.

\*(Commentaire: chaque variante est possible. Pour la première, l'employeur peut fixer un supplément inférieur à 25%.)

Les heures de travail prévues par l'horaire de travail de l'entreprise qui dépassent le temps de travail normal prévu par la loi sur le travail sont considérées comme travail supplémentaire.

\* Elles donnent droit à un supplément de 25%.

\* Elles sont compensées par un congé équivalent.

Le nombre maximum d'heures de travail supplémentaires admis par la loi sur le travail ne peut être dépassé.

\*(Commentaire: chaque variante est possible. 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, le supplément pour les heures de travail supplémentaire qui n'excèdent pas 60 heures par année civile peut être supprimé ou fixé à moins de 25%.)

## **2.4. Paiement du salaire**

Le salaire est versé à la fin du mois (au plus tard le cinquième jour ouvrable du mois suivant), les frais et les heures supplémentaires. Lorsque la mission dure moins d'un mois, le salaire est versé à la fin de la mission ou au terme du délai de congé ou des rapports de travail (des

acomptes hebdomadaires peuvent être convenus). Le salaire est en règle générale versé sur un compte postal ou bancaire du travailleur ou à défaut, en espèces ou par chèque, les frais d'encaissement des chèques étant à la charge du travailleur. Le travailleur recevra dans tous les cas un décompte détaillé.

## **2.5 Déductions sociales**

Sont déduits du salaire brut:

..... % cotisations AVS/AI/APG/AC

..... % assurance-accidents non professionnels (ANP)

..... % assurance indemnités journalières maladie (si une telle assurance a été conclue)

..... % caisse de retraite (si le salaire annuel est de 25'320 francs au moins)

## **2.6. Temps d'essai**

Un temps d'essai de .... (3 mois au plus) est prévu.

## **2.7. Vacances et jours fériés**

### **2.7.1. Vacances**

Le travailleur a droit\* à ... semaines de vacances annuelles payées, calculées pro rata temporis si l'année n'est pas complète.

\*La loi prévoit quatre semaines de vacances annuelles au moins et cinq au moins jusqu'à 20 ans révolus. (art. 329a, al. 1, CO)

### **2.7.2. Jours fériés**

Le travailleur a droit à la rétribution des jours fériés. A l'exception du 1<sup>er</sup> août, sont déterminants les jours fériés déclarés officiels par la législation cantonale à laquelle est soumise l'entreprise de mission.

## **2.8. Prestations sociales**

### **2.8.1. Accident**

Le travailleur est assuré contre les accidents professionnels. Le salaire est couvert à hauteur de 80% dès le troisième jour qui suit le jour de l'accident; l'employeur verse au moins les 4/5 du salaire pendant le délai d'attente. Lorsque l'horaire de travail hebdomadaire moyen atteint au moins 8 heures, les accidents non professionnels sont couverts.

### 2.8.2. Maladie

#### Variante 1

Si le travailleur tombe malade pendant la mission, il touche son salaire, conformément à l'échelle dite «bernoise», soit durant

3 semaines	pendant la 1 <sup>re</sup> année de service (plus de 3 mois)
1 mois	pendant la 2 <sup>e</sup> année de service
2 mois	pendant la 3 <sup>e</sup> et la 4 <sup>e</sup> année de service
3 mois	de la 5 <sup>e</sup> à la 9 <sup>e</sup> année de service
4 mois	de la 10 <sup>e</sup> à la 14 <sup>e</sup> année de service
5 mois	de la 15 <sup>e</sup> à la 19 <sup>e</sup> année de service
6 mois	de la 20 <sup>e</sup> à la 25 <sup>e</sup> année de service

(Commentaire: utiliser éventuellement une autre échelle.)

#### Variante 2

Une assurance indemnités journalières couvre les pertes de salaire en cas de maladie; le travailleur touche alors son salaire comme suit:

... (Commentaire: mentionner les conditions.)

### 2.8.3. Service militaire, service civil ou de protection civile

Le travailleur a droit, pour le service accompli dans l'armée suisse, le service civil ou de protection civile, à des allocations pour perte de gain (APG). Les prestations APG sont complétées à hauteur de 80% du salaire conformément à l'échelle bernoise, soit durant

3 semaines	pendant la 1 <sup>re</sup> année de service (plus de 3 mois)
1 mois	pendant la 2 <sup>e</sup> année de service
2 mois	pendant la 3 <sup>e</sup> et la 4 <sup>e</sup> année de service
3 mois	de la 5 <sup>e</sup> à la 9 <sup>e</sup> année de service
4 mois	de la 10 <sup>e</sup> à la 14 <sup>e</sup> année de service
5 mois	de la 15 <sup>e</sup> à la 19 <sup>e</sup> année de service
6 mois	de la 20 <sup>e</sup> à la 25 <sup>e</sup> année de service

(Commentaire: utiliser éventuellement une échelle.)

### 2.8.4. Grossesse et accouchement

Les femmes enceintes et les accouchées ont droit au salaire conformément à l'échelle bernoise mentionnée au pt 2.8.2.

(Commentaire: mentionner les autres réglementations éventuellement concernées ou inclure l'échelle bernoise si elle ne figure pas déjà au pt 2.8.2.)

### **2.9. Résiliation des rapports de travail**

Le délai de congé applicable en cas de résiliation des rapports de travail est de

- 7 jours\* pendant le temps d'essai
- après le temps d'essai 1 mois\*\* pendant la première année de service
- 2 mois de la 2<sup>e</sup> à la 9<sup>e</sup> année de service et de
- 3 mois dès la 10<sup>e</sup> année de service

pour la fin d'un mois\*\*.

\*(Commentaire: ces délais peuvent être modifiés par contrat, contrat-type ou CCT; ils ne peuvent cependant pas être prolongés au-delà de trois mois.)

\*\* (Commentaire: ces délais peuvent être modifiés par contrat, contrat-type ou CCT; les délais de moins d'un mois ne peuvent être abaissés que par CCT et uniquement pendant la première année de service.)

### **2.10. Protection contre les licenciements**

Conformément à l'art. 336c CO, l'employeur ne peut pas résilier le contrat de travail après le temps d'essai:

- a. pendant que le travailleur accomplit un service obligatoire, militaire ou dans la protection civile, service féminin de l'armée ou service de la croix rouge en vertu de la législation fédérale, ou encore pendant les quatre semaines qui précèdent et qui suivent ce service pour autant qu'il ait duré plus de onze jours;
- b. pendant une incapacité de travail totale ou partielle résultant d'une maladie ou d'un accident non imputables à la faute du travailleur, et cela, durant 30 jours au cours de la première année de service, durant 90 jours de la deuxième à la cinquième année de service et durant 180 jours à partir de la sixième année de service;
- c. pendant la grossesse et au cours des seize semaines qui suivent l'accouchement;
- d. pendant que le travailleur participe, avec l'accord de l'employeur, à un service d'aide à l'étranger ordonné par l'autorité fédérale.

Si le congé a été donné avant l'une de ces périodes et si le délai de congé n'a pas expiré avant cette période, ce délai est suspendu et ne continue à courir qu'après la fin de la période.



Lorsque les rapports de travail doivent cesser à un terme, tel que la fin d'un mois ou d'une semaine de travail, et que ce terme ne coïncide pas avec la fin du délai de congé qui a recommencé à courir, ce délai est prolongé jusqu'au prochain terme.

### **2.11. Protection des données**

L'employeur ne traite les données du travailleur qu'avec son assentiment.

## **3. Devoirs du travailleur**

### **3.1. Nature du travail à fournir/fonction**

---

### **3.2. Lieu de travail**

Le lieu de travail est le lieu de l'entreprise de mission ou des sections d'établissement de l'employeur. Il est communiqué au travailleur en temps utile par un avenant écrit faisant partie intégrante du contrat. Le travailleur est tenu d'accepter la mission qui lui est assignée.

### **3.3. Horaire de travail**

L'horaire de travail est de ... heures hebdomadaires, sous réserve du pt 1.2 du présent contrat.

La répartition des heures de travail est convenue oralement.

### **3.4. Devoir de diligence**

Le travailleur s'engage à accomplir avec diligence et conscience les tâches que lui confie l'entreprise de mission.

### **3.5. Directives**

Le travailleur observe les directives de l'employeur et de l'entreprise de mission. Pendant la mission, il se conforme aux usages et au règlement de l'entreprise de mission.

## **4. Disposition complémentaire**

Les art. 319 ss de la loi fédérale du 30 mars 1911 complétant le Code civil suisse (Livre cinquième: Droit des obligations), la loi fédérale du 13 mars 1964 sur le travail dans l'industrie, l'artisanat et le commerce (loi sur le travail), la loi fédérale du 6 octobre 1989 sur le service de l'emploi et la location de services, la loi fédérale du 28 septembre 1956 permettant d'étendre le champ d'application de la convention collective de travail, ainsi que la loi fédé-

rale du 24 mars 2000 sur les fors en matière civile (Loi sur les fors) s'appliquent à toutes les questions non réglées dans le présent contrat.

## 5. For

Est compétent pour connaître des actions intentées par le travailleur le tribunal du lieu où il accomplit habituellement son travail (art. 24, al. 1, LFors) ou le tribunal du lieu où se trouve l'établissement commercial du bailleur de services avec lequel le contrat a été conclu (art. 24, al. 2, LFors) ou le tribunal du siège principal du bailleur de services (art. 24, al. 1, LFors). Est compétent pour connaître des actions intentées par le bailleur de services le tribunal du domicile du travailleur (art. 24, al. 1, LFors) ou le tribunal du lieu où le travailleur accomplit habituellement son travail (art. 24, al. 1, LFors).

Lieu et date:

.....

Lieu et date:

.....

L'employeur:  
(bailleur de services)

.....

Le travailleur:

.....

## Modèle de «avenant au contrat de mise à disposition de travailleurs à titre principal (travail en régie)» en vertu des art. 19 s LSE et 48 s OSE

### avenant au contrat de mise à disposition de travailleurs à titre principal (travail en régie)

entre

..... en tant qu'employeur  
(Nom et adresse du bailleur de services)

et

..... en tant que travailleur  
(Nom et adresse de l'employé)

#### La mission suivante est confiée au travailleur:

Entreprise de mission: .....

Lieu de mission: .....

Personne de contact et n° de tél.: .....

Début de la mission: .....

Durée de la mission: .....

Sont applicables au surplus pour la présente mission les dispositions du contrat de mise à disposition de travailleurs à titre principal (travail en régie) conclu avec le travailleur le .....

Lieu et date:

.....

L'employeur:

(bailleur de services)

.....

## **c) En cas de mise à disposition occasionnelle**

Le contrat de mission peut être conclu sous forme d'avenant au contrat de travail existant. Il doit néanmoins être conforme aux règles de la LSE; il peut aussi servir à annuler, pour la durée de la mission, les dispositions du contrat de travail non conformes à la LSE, en particulier une éventuelle interdiction de concurrence.

## Art. 20 LSE Conventions collectives de travail avec déclaration d'extension

### A But de l'art. 20 LSE

L'art. 20 LSE dit que lorsqu'une entreprise locataire de services est soumise à une convention collective de travail avec déclaration d'extension (CCT étendue), «le **bailleur de services doit appliquer au travailleur les dispositions de la convention qui concernent le salaire et la durée du travail**». Les autres dispositions d'une CCT étendue 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 avec déclaration d'extension 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 encore subordonnée à l'approbation du Département fédéral de l'économie.

### B Rapport entre l'art. 19, al. 3 et l'art. 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. Mais s'il n'existe pas de contrat individuel de travail écrit, les conditions plus favorables convenues oralement avec le travailleur ou en usage dans la localité et la profession priment toujours sur les dispositions de la CCT étendue («maintien des conditions les plus favorables»).

## C Dispositions concernant le salaire et la durée du travail

### 1. Selon l'art. 48a, al. 1, OSE, sont réputées dispositions concernant le salaire les dispositions 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 (ou le **salaire moyen dans l'entreprise** si la CCT étendue ne fixe pas de salaire minimum);

#### **Nota bene:**

1. Le salaire moyen dans l'entreprise ne doit servir de barème que 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. 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. Les autorités en charge des assurances sociales n'acceptent en aucun cas que les entreprises temporaires imputent un pourcentage sur leur volume brut de salaire à titre d'indemnité pour frais. Par contre, une indemnisation forfaitaire des frais peut être demandée si la CCT étendue la prévoit. Une indemnisation forfaitaire des frais peut également être acceptée par les assurances sociales en cas de mise à disposition de travailleurs à titre principal (travail en régie).

#### **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 pour le travailleur une réduction de ses droits aux prestations sociales.

– les suppléments pour heures supplémentaires, travail posté, travail aux pièces ou à la tâche,

- travail de nuit, le dimanche et les jours fériés;
- les majorations pour travail pénible;
- les frais;
- la compensation des vacances pro rata temporis;
- le 13<sup>e</sup> salaire pro rata temporis;
- les jours de congé et les jours fériés payés;
- le salaire en cas d'empêchement du travailleur sans faute de sa part selon l'art. 324a CO, notamment pour cause de maladie, intempérie, accident, invalidité, service militaire, service civil ou de protection civile, 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'art. 324a, al. 4, CO.

**Important:**

Les dispositions de la CCT sur la prévention professionnelle (2<sup>e</sup> pilier) ne sont pas des dispositions concernant le salaire au sens de l'art. 20 LSE.

## **2. Selon l'art. 48a, al. 2, OSE, sont réputées dispositions concernant la durée du travail les dispositions de la CCT étendue régissant**

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

### **D Résumé**

Les dispositions relatives au salaire et à la durée du travail énumérées ci-dessus constituent des faits juridiques qui ne sont pas étrangers à la location de services en dépit du caractère spécial qu'y revêt le rapport de travail. En particulier les dispositions des CCT étendues relatives aux assurances pour perte de gain et aux différents cas de maintien du salaire entrent dans les dispositions de salaire au sens de l'art. 20 LSE que le législateur, dans son souci de protéger le travailleur, n'entendait pas simplement sacrifier à des considérations d'ordre pratique. Elles

peuvent d'ailleurs être clarifiées sans peine par les entreprises de location de services avant la conclusion du contrat. C'est d'ailleurs l'avis aussi du Tribunal fédéral: dans un arrêt sur une affaire survenue dans le canton de Genève, il a confirmé (arrêt 4C.109/1997 du 2 décembre 1997) le droit d'un travailleur intérimaire à l'assurance perte de gain en vertu de la CCT étendue (80% pendant 720 jours au minimum en l'espace de 900 jours).

Par ailleurs, l'argument selon lequel l'assurance pour perte de gain est réglée très différemment d'une CCT à l'autre et qu'il est impossible de ce fait de conclure une même assurance perte de gain pour tous les travailleurs des groupes de professions assujettis est infondé. Toutes les CCT étendues valables au niveau fédéral prévoient une couverture d'assurance de 80 pour cent pendant 720 jours sur une période de 900 jours. Seuls les délais d'attente peuvent différer. Le bailleur de services a cependant la possibilité d'assurer dans un même contrat d'assurance pour perte de gain plusieurs groupes de personnes avec des délais d'attente différents. Quant aux différences qui peuvent exister concernant le taux des cotisations patronales et salariales, elles peuvent aisément être prises en compte dans le décompte individuel de salaire. Il n'est donc nul besoin de changer sans cesse d'assurance.

#### **Important:**

Les bailleurs de services sont tenus de respecter uniquement les dispositions des CCT étendues concernant le salaire et la durée du travail. Ils ne sont **pas tenus de respecter** les prescriptions de contrôle que peut contenir une CCT étendue (par ex. l'obligation d'envoyer aux organes de contrôle de la CCT tous les nouveaux contrats conclus avec les travailleurs ou des listes des travailleurs nouvellement engagés avec leurs qualifications et leur salaire). Ils ne doivent fournir ces informations aux organes de contrôle de la CCT qu'à l'occasion du contrôle. Les contrôleurs peuvent en conséquence exiger d'eux ce jour-là une liste des travailleurs loués selon les CCT étendues dont ils relèvent.

## **E Contrôle du respect de l'art. 20 LSE**

Le but qui sous-tend l'art. 20 LSE n'est atteint que si les bailleurs de services sont susceptibles d'être dûment contrôlés comme toute entreprise soumise aux CCT. Les contrôles de droit public des instances chargées de la haute surveillance de la location de services ne peuvent en l'occurrence être mis sur le même pied que les contrôles de droit syndical des organisations signataires des CCT. Là où la CCT institue un tel droit de contrôle, en exempter les bailleurs de services créerait en quelque sorte une différence de traitement non prévue par l'art. 20 LSE entre les bailleurs de services, ou plus précisément leurs travailleurs, et les employeurs «normaux». Le respect des dispositions relatives au salaire et à la durée du travail doit par conséquent être compris au sens large et implique également l'acceptation d'un contrôle approprié



par les instances syndicales si la CCT prévoit un tel contrôle. Cette règle est conforme à l'arrêt ayant force de chose jugée, du 30 août 1995, de la IIIe Chambre d'appel du canton de Berne, seul jugement de dernière instance connu en la matière.

Le contrôle du respect de l'art. 20 LSE **incombe dès lors aux organes de contrôle des CCT étendues. Ils sont en droit de facturer les frais de contrôle au bailleur de services fautif. Ils ne peuvent par contre pas lui imposer une peine conventionnelle** car celle-ci sert normalement à couvrir non seulement les frais de contrôle mais encore les autres frais d'administration et de formation continue. Afin d'éviter les doublons, les organes de contrôle informent les autorités cantonales compétentes des contrôles effectués chez les bailleurs de services.

**Lorsque ces organes constatent des violations des dispositions concernant le salaire et la durée du travail, il serait bon qu'ils les annoncent sans délai aux autorités cantonales chargées de prendre des sanctions administratives.** Ils restent libres, bien entendu, de déposer une plainte pénale contre un bailleur de services fautif (pour les sanctions, voir art. 39 LSE).

Les autorités cantonales de leur côté sont autorisées à fournir en tout temps aux organes de contrôle des CCT étendues des informations sur les bailleurs de services en liaison avec le respect des dispositions en matière de salaire et de durée du travail. Elles sont déliées en l'occurrence des règles de protection des données: l'intérêt public à faire respecter l'art. 20 LSE prévaut en effet sur l'intérêt privé du bailleur de services au respect de la protection des données.

#### **Important:**

Le bailleur de services peut demander à l'autorité cantonale de désigner un organe de contrôle indépendant des parties à la convention comme l'y autorise l'art. 6 de la loi fédérale permettant d'étendre le champ d'application de la convention collective de travail (RS 221.215.311). L'autorité cantonale 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 (!).

Si un bailleur de services refuse de se laisser contrôler par l'organe de contrôle d'une CCT étendue, ce dernier en avisera l'autorité cantonale. Si le bailleur ne demande pas ensuite d'être contrôlé par un organe de contrôle indépendant, il se rend, par son opposition à tout contrôle, inapte à assurer une location de services satisfaisant aux règles de la profession et ne remplit plus dès lors la condition d'autorisation requise par l'art. 13, al. 2, let. b, LSE.

#### **Problème:**

Que doit faire l'autorité cantonale si un bailleur de services s'oppose à un contrôle de l'orga-

ne de contrôle d'une CCT étendue?

En application de l'art. 16, al. 2, LSE, l'autorité cantonale impartit au bailleur de services un délai pour se soumettre au contrôle de l'organe de contrôle de la CCT ou demander un contrôle par un organe indépendant. Si le bailleur ne fait ni l'un ni l'autre, l'autorisation de location de services pourra lui être retirée en vertu de l'art. 16 LSE.

## **F Contrôle de l'organe de contrôle d'une CCT étendue**

- Il est recommandé d'annoncer le contrôle au bailleur de services raisonnablement à l'avance (par ex. trois semaines) en indiquant le nom des contrôleurs et la CCT 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).
- Ils sont soumis à l'obligation de garder le secret visée à l'art. 57, al. 1, OSE.
- Si l'organe de la CCT confie le contrôle à une fiduciaire reconnue, celle-ci est autorisée à communiquer à l'organe de contrôle le nom des travailleurs loués. Elle est également soumise à l'obligation de garder le secret imposée par l'art. 57, al. 1, OSE.
- 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).
- Pour éviter d'imposer des contrôles trop fréquents aux bailleurs de services opérant dans diverses branches soumises à diverses CCT, il est recommandé que les syndicats et les bailleurs de services s'entendent et coordonnent les contrôles.

## Art. 21 LSE Travailleurs étrangers en Suisse

### A Quels sont les étrangers dont les services peuvent être loués?

#### 1. Location de services de travailleurs primo-immigrants

Un bailleur de services **ne peut en principe** pas engager un travailleur étranger primo-immigrants

- Les étrangers qui viennent travailler pour la première fois en Suisse ont besoin d'une autorisation des autorités de marché du travail pour pouvoir changer d'emploi, de profession ou de canton; et, selon l'art. 29, al. 2, de l'ordonnance du 6 octobre 1986 limitant le nombre des étrangers (OLE), cette autorisation n'est pas accordée aux titulaires d'autorisations de courte durée ou d'autorisations à l'année.
- Or un bailleur de services ne peut engager en Suisse que des étrangers en possession d'une autorisation les habilitant à travailler et à changer d'emploi et de profession. Cette règle procède de la volonté du législateur d'interdire en règle générale l'entrée de travailleurs étrangers en Suisse dans le cadre de la location de services.

En conséquence, des autorisations de séjour et de travail initiales ne peuvent pas être accordées aux bailleurs de services ou aux entreprises de mission installés en Suisse pour des étrangers venant travailler pour la première fois en Suisse au titre de missions dans le cadre de la location de services. Ceci vaut notamment aussi pour les autorisations délivrées par les cantons en vertu des art. 13 let. d, 14 al. 4 et 20, OLE.

#### 2. Location des services de travailleurs étrangers résidant déjà en Suisse

En revanche, les étrangers **résidant déjà en Suisse** et qui ont le droit de travailler peuvent être employés dans la location de services pour autant qu'ils n'appartiennent pas aux deux catégories mentionnées à l'art. 29, al. 2, OLE (titulaires d'autorisations de courte durée, titulaires d'autorisations à l'année limitées à une activité déterminée).

En conséquence, les seules catégories de travailleurs étrangers dont il est permis **en principe** de louer les services sont:

- les établis;
- les résidents à l'année;
- les frontaliers (dans leur zone frontalière cantonale);
- les demandeurs d'asile (après la levée de l'interdiction de travailler et seulement dans les branches où les autorités en charge du marché du travail autorisent leur emploi à l'avance).

Les bailleurs de services qui enfreignent les dispositions du droit des étrangers se rendent punissables en vertu de l'art. 39, al. 1, let. b et al. 3, LSE et, de surcroît, de l'art. 25 de la loi fédérale du 26 mars 1931 sur le séjour et l'établissement des étrangers (LSEE).

## **B Dans quels cas les services de travailleurs primo-immigrants peuvent-ils néanmoins être loués?**

### **1. Régime dérogatoire**

Dans des cas fondés, il peut être dérogé **exceptionnellement** au principe posé à l'art. 29, al. 2 OLE, lorsqu'une telle dérogation apparaît **pertinente du point de vue du marché du travail**. Il faut pour cela que les **conditions de marché du travail** fixées à l'art. 42 OLE soient remplies et que les **circonstances particulières** justifient une exception.

#### **a) Conditions de marché du travail**

En vertu de l'art. 42 OLE, les missions dans la location de services sont elles aussi subordonnées aux conditions de marché du travail définies aux art. 6 à 11 et 29 OLE: **situation de l'économie et du marché du travail, priorité de la main-d'œuvre indigène, priorités de recrutement, conditions de travail et de salaire conformes aux normes locales et professionnelles**. En conséquence, l'autorité vérifie s'il se trouve, parmi les demandeurs d'emploi inscrits auprès du service public de l'emploi, un candidat apte à remplir la mission en question; ce demandeur d'emploi peut être aussi bien un Suisse qu'un étranger autorisé à exercer une activité lucrative, ou encore un frontalier si le lieu de mission est sis dans les zones frontalières autorisées.

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, au Code des obligations et à la loi sur les fors, ainsi que l'obligation de conclure un contrat de location de services selon l'art. 22 LSE). Si l'entreprise de mission est soumise à une convention collective de travail avec déclaration d'extension, le bailleur de services doit ap-

pliquer au travailleur les dispositions de la convention concernant le salaire et la durée du travail.

#### **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:

1. l'engagement d'un étranger primo-immigrant présente un **intérêt particulier pour l'économie ou l'entreprise**;
2. des **circonstances particulières contraignent l'entreprise à recourir à la location de services** (c'est-à-dire il faut clairement indiquer pourquoi un engagement à terme par l'entreprise de mission n'est pas possible);

## **2. Quelles sont les règles particulières à observer en cas de dérogation?**

Il s'agit en général de projets à durée limitée (autorisations au titre des art. 13, let. d; 14, al. 4; 15 al. 4, let. a; 20 et 21, al. 3, let. a et b, OLE). Le bailleur de services doit avoir conclu avec le travailleur un **contrat de travail valable pour toute la durée du projet**.

Si un projet implique exceptionnellement plusieurs entreprises de mission, l'autorité de marché du travail considérera dans son examen l'ensemble du projet. **Le travailleur ne sera pas autorisé, en règle générale, à changer de bailleur de services ou d'entreprise de mission** (art. 29, al. 2, OLE), **ni à continuer de travailler auprès de la même entreprise de mission** une fois le projet achevé ou à la suite d'un abandon du projet, le but de son séjour étant accompli avec ces deux circonstances.

► Ces règles devront être inscrites dans l'autorisation délivrée par l'autorité de marché du travail.

Voir aussi à ce sujet le Mémento «Location des services de nouveaux travailleurs étrangers», chif. 3.3, annexe A21 des directives et commentaires en matière de marché du travail de l'OFE de décembre 1999.

## Parenthèse: A qui appartient la compétence de demander et d'accorder l'autorisation de séjour?

(La collaboration entre les organes cantonaux d'exécution de la LSE et de l'OLE est d'une importance cruciale sur ce point particulier, comme aussi d'ailleurs sur tous les autres sujets abordés dans les présentes directives.)

L'autorisation de séjour est demandée normalement par le bailleur de services. Selon l'art. 8, al. 1, LSEE, elle n'est valable que pour le canton qui l'a délivrée. L'al. 2 précise qu'il doit s'agir là du canton dans lequel l'étranger exerce son activité lucrative, plus précisément où se trouve le centre de son activité. **Dans la location de services, ce centre d'activité est habituellement le canton de l'entreprise de mission; c'est donc dans ce canton que le bailleur de services doit demander l'autorisation.** En cas de changement de canton (par exemple lorsque le travailleur dont les services sont loués travaille d'abord pour un temps directement chez le bailleur de services et ira travailler ensuite dans le canton de l'entreprise de mission), le bailleur de services doit, en vertu de l'art. 14, al. 5, RSEE (règlement d'exécution du 1<sup>er</sup> mars 1949 de la LF sur le séjour et l'établissement des étrangers), demander **l'assentiment du nouveau canton avant le changement** de canton.

Si le bailleur de services a demandé l'autorisation dans son canton de domicile bien que l'entreprise de mission soit sise dans un autre canton, il y aurait alors un changement de canton. Selon l'art. 29, al. 2, OSE, **l'autorisation de changer de canton n'est pas accordée**, en règle générale, au titulaire d'une autorisation à l'année délivrée pour une activité déterminée ni au titulaire d'une autorisation de courte durée.

L'autorisation de séjour est établie normalement au nom de l'entreprise de mission et est également remise au bailleur de services (employeur).

## Art. 22 LSE Contrat de location de services (art. 50 OSE)

### A Généralités

Le contrat de location de services peut également, en cas d'urgence, être conclu par écrit seulement après le début de la mission.

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'art. 22, al. 1, LSE exige que tout le contrat soit contresigné; les conditions générales de l'entreprise peuvent en faire partie intégrante.

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 assujéti 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 également 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.

### B Accords nuls et non avenus (art. 22, al. 2 – 4, LSE)

Ces dispositions interdisent les accords qui retiennent ou empêchent directement l'entreprise de mission de conclure un contrat de travail avec le travailleur **au terme du contrat de location de services**.

L'art. 22, al. 3, LSE considère néanmoins comme admissibles les accords constituant des obstacles indirects. Ainsi, le contrat peut prévoir le versement d'une indemnité par l'entreprise de mission si la mission dure moins de trois mois **et** que le travailleur est engagé par l'entreprise de mission moins de trois mois après la fin de sa mission dans ladite entreprise. Cela signifie qu'aucune indemnité ne pourra être demandée si la mission a duré plus de trois mois ou remonte à plus de trois mois.

Le bailleur de services n'a le droit de faire payer l'indemnité que par la seule entreprise de mission. Son montant atteindra au maximum le montant que l'entreprise de mission aurait dû au bailleur de services, si la mission avait duré trois mois, pour les frais d'administration et le bénéfice, déduction faite des sommes déjà payées à ce titre par l'entreprise de mission.

### C **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 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 admis étant donné qu'il ne s'agit pas d'un acte juridique strictement personnel excluant toute représentation (fiançailles, mariage, dispositions pour cause de mort) que le droit des obligations admet 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 résiliations 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.

### D **Check-list pour l'examen des contrats de location de services**

**L'art. 22, al. 1, LSE exige que les points suivants soit réglés dans le contrat:**

- l'adresse du bailleur de services et celle de l'autorité qui délivre l'autorisation;
- 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'art. 22, al. 2, LSE sont nuls et non avenus les accords qui:**

- entravent ou empêchent l'entreprise de mission de conclure un contrat de travail avec le travailleur une fois que le contrat de location de services arrive à son terme (voir let. B).

Ce sont là des points qu'il faut toujours contrôler 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).

**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 serait bon de rappeler cette règle à l'entreprise de mission dans le contrat de location de services (voir chif. 7 du modèle de contrat).

## **E Des «contrats de sous-location de services» sont-ils licites?**

Le rapport de location de services est, de par la loi, un rapport triangulaire:

Le bailleur de services est l'employeur de travailleurs avec lesquels il conclut des contrats de travail écrits (art. 19, al. 1, LSE). Il loue ces travailleurs à des entreprises de mission avec lesquelles il conclut des contrats de location de services écrits (art. 22, al. 1, LSE).

Il est dès lors impossible qu'une entreprise engage des travailleurs pour les louer à une deuxième entreprise qui les sous-louera à son tour à une troisième. L'employeur de ces travailleurs doit obligatoirement conclure un contrat de location de services avec l'entreprise de mission. Les entreprises qui voudraient pratiquer la sous-location de services n'ont dès lors que deux solutions juridiquement correctes:

1. ou la deuxième entreprise endosse, pour la durée de la mission dans la troisième entrepri-

se, la qualité d'employeur du travailleur dont elle sous-loue les services et conclut donc un contrat de travail avec lui;

2. ou la première entreprise reste l'employeur et la deuxième entreprise «place» un contrat de location de services: le contrat de location de services est conclu entre la première entreprise et l'entreprise de mission.

Dans le premier cas, la première entreprise n'a pas besoin d'une autorisation de placement en vertu de l'art. 6, let. 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.

## **F Quelles sont les règles particulières à observer en cas de location de services entre sociétés d'un même groupe?**

La location de services entre maison-mère et filiale ou entre deux filiales n'est pas soumise au régime de l'autorisation même s'il s'agit de mise disposition de personnel entre deux entreprises juridiquement indépendantes l'une de l'autre.

Au contraire d'une location de services ordinaire, les travailleurs dont les services sont loués au sein du groupe ne sont pas exposés aux risques liés à la location de services.

Il ne sont en règle générale pas considérés comme des travailleurs «externes» et ne subissent dès lors aucune égalité de traitement.

Ce genre de location de services permet en outre aux travailleurs d'accomplir des missions à l'étranger et d'acquérir de nouvelles expériences, ce qui ne lui donne pas le caractère typique de la location de services.

Il faut cependant s'assurer qu'il ne s'agisse pas de travailleurs dont les services ont été loués à un bailleur de services étranger par la filiale étrangère pour être mis à disposition de la filiale suisse, ce qui représenterait un cas illicite de location de services de l'étranger vers la Suisse.

## **G Différence entre travailleurs dont les services ont été loués et travailleurs détachés**

Les travailleurs dont les services sont loués travaillent sous les instructions du client. Le bailleur ne peut influencer le travail.

Les travailleurs détachés continuent de travailler sous les instructions de leur employeur 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 loi fédérale sur les travailleurs détachés en Suisse (FF 99 7942) s'applique uniquement aux travailleurs détachés et non aux travailleurs dont les services sont loués. Il en va de même de l'art. 24, al. 3, de la loi sur les fors (LFors; RS 272). Il ne faut surtout pas confondre ces deux types de travailleurs et l'art. 12, al. 2, LSE qui interdit la location en suisse de services de personnel recruté à l'étranger ne s'applique pas.

## H Modèle de «Contrat de location de services» selon l'art. 22 LSE et l'art. 50 OSE

### Contrat de location de services

entre

..... (nom et adresse du bailleur)

et

..... (le travailleur)

ayant pour objet la mise à disposition d'un travailleur/d'une travailleuse à l'entreprise de mission.

Le bailleur de services est titulaire d'une autorisation cantonale (et fédérale) de location de services délivrée par l'Office cantonal ... , adresse .... (et le seco, Direction du travail, Bundesgasse 8, 3003 Berne).

#### 1. Mission

Le bailleur de services met à disposition de l'entreprise de mission le travailleur/la travailleuse ci-après:

.....

Le travailleur/la travailleuse possède les qualifications ci-après:

.....

Il/elle est engagé/e en qualité de:

.....

Son lieu de travail est:

.....

La mission commence le:

.....

La mission dure du/au

.....

ou variante:

La mission a une durée indéterminée.

## **2. Délais de congé**

Si le présent contrat de location de services est conclu pour une durée indéterminée, pendant les..... premiers (jours, semaines, mois) il peut être résilié par écrit sous respect d'un préavis de..... (jours, semaines, mois) pour la fin d'un/e ..... (semaine, mois).

A partir de ..... (semaines, mois), le délai de résiliation est de ..... (jours, semaines, mois).

Si le présent contrat de location de services est conclu pour une durée déterminée, il prend fin au terme du dernier jour de la durée du contrat.

## **3. Temps de travail**

Le temps de travail du travailleur/de la travailleuse est fixé comme suit:

.....

## **4. Honoraires**

L'entreprise de mission paie au bailleur de services ..... francs pour la mise à disposition du travailleur/de la travailleuse; sont inclus dans ce montant toutes les prestations sociales, allocations, frais et prestations accessoires selon le contrat de travail entre le travailleur/la travailleuse et le bailleur de services.

## **5. Délai de paiement**

Les honoraires sont payés dans les délais suivants:

.....

## **6. Responsabilité des dommages**

Le personnel mis à disposition par le bailleur de services ne travaille pas dans l'entreprise de mission sur la base d'un contrat d'entreprise ou d'un mandat; le bailleur de services ne répond donc en aucune manière envers l'entreprise de mission du résultat des prestations fournies par le personnel mis à disposition. Il répond uniquement du bon choix du travailleur mis à disposition.

### **7. Pouvoir de direction et sécurité du travail**

L'entreprise de mission exerce les pleins pouvoirs de direction et de contrôle, concernant l'exécution du travail, à l'égard du travailleur/de la travailleuse mis/e à disposition. Elle observe en l'occurrence notamment les directives et les dispositions légales relatives à la sécurité du travail et à la protection de la santé.

### **8. Engagement par l'entreprise de mission**

L'entreprise de mission est libre d'engager le travailleur/la travailleuse mis/e à disposition au terme de la mission. Elle ne doit une indemnité au bailleur de services que si la mission a duré moins de trois mois et a pris fin depuis moins de trois mois.

### **9. For juridique**

Le for juridique est le lieu où le bailleur de services a son siège.

Lieu, date:

.....

Lieu, date:

.....

Le bailleur de services:

.....

L'entreprise de mission:

.....

## Tableau 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:	non	oui	non	oui	non
articles LSE déterminants:					
<b>art. 18, al. 1</b> (publication d'offres d'emploi)	non	oui	oui	oui	oui
<b>art. 18, al. 2</b> (observation du marché du travail)	non	oui	non	oui	non
<b>art. 18, al. 3</b> (protection des données)	oui	oui	oui	oui	oui
<b>art. 19, al. 1 à 3</b> (contrat de travail écrit)	non*	oui	oui	oui	oui
<b>art. 19, al. 4</b> (délais de congé)	non	non	non	oui	oui
<b>art. 19, al. 5</b> (accords nuls et non avenus)	non	oui	oui	oui	oui
<b>art. 19, al. 6</b> (nullité du contrat)	non	oui	oui	oui	oui
<b>art. 20</b> (CCT étendues)	oui	oui	oui	oui	oui
<b>art. 21</b> (travailleurs étrangers)	oui	oui	oui	oui	oui
<b>art. 22</b> (contrat de location de services)	oui	oui	oui	oui	oui
For selon la LFors**	oui	oui	oui	oui	oui

\* En règle général, le travailleur a déjà conclu un contrat de travail, le CO n'exige cependant pas un contrat écrit.

\*\* Le for juridique est réglé de manière exhaustive par la loi sur les fors depuis le 1er janvier 2001; l'art. 23 LSE a dès lors été abrogé.

## Parenthèse: Services d'assistance et domestiques

Les services d'assistance et domestiques privés sont des entreprises exerçant leurs activités dans les domaines suivants:

- assistance et soins de malades et de personnes âgées
- travaux de nettoyage et travaux ménagers en général
- garde d'enfants et aide familiale
- garde d'animaux et de logements durant les absences

Ces entreprises engagent, selon les missions, des ménagères ayant l'expérience des soins, du personnel soignant ou des infirmières diplômées.

Ces activités peuvent, selon les circonstances et les cas particuliers, être soumises à la LSE ou y échapper. Pour examiner si une entreprise de services d'assistance ou de services domestiques est soumise ou non à la LSE, on s'appuiera sur l'activité concrète exercée par le travailleur dans l'entreprise de mission.

### L'activité est soumise à autorisation si:

- a) la personne qui recourt à ces services (ménage privé) exerce dans le cas concret le pouvoir de direction comme un employeur; ces services peuvent aussi louer du personnel à des hôpitaux et des homes auxquels ils abandonnent ordinairement le pouvoir de direction.
- b) la notion de «faire commerce» (caractère régulier et intention de réaliser un profit ou chiffre d'affaires annuel de 100'000 francs) est remplie;
- c) le ménage privé peut, en tant que bénéficiaire des services, être considéré comme l'entreprise de mission ou l'employeur.

### L'activité n'est pas soumise à autorisation si:

- a) la personne qui recourt au service (ménage) ne peut exercer de pouvoir de direction;
- b) le personnel soignant travaille selon ses propres connaissances professionnelles et non selon les instructions du patient;
- c) le rapport juridique est assimilable à un mandat ou à un contrat d'entreprise (par ex. la conclusion d'un contrat de soins détaillé avec description précise des tâches).

### Généralités:

Sont soumises au régime de l'autorisation de la LSE **les entreprises de location de services qui font commerce** de louer des travailleurs à **des entreprises de mission**. Reste donc à savoir, dans ce contexte, si un ménage privé peut être considéré comme une entreprise de mission au sens de l'art. 12, al. 1, LSE. Selon cet article, l'élément caractéristique du rapport de location de services réside dans la cession par l'employeur de droit de pouvoirs de direction essentiels à



l'employeur de fait: l'élément déterminant est la fonction de l'entreprise de mission et non sa forme juridique. Or un ménage privé peut exercer la fonction d'employeur, donc il peut aussi être réputé entreprise de mission au sens de l'art. 12 LSE.

Les services d'assistance tant privés que publics fournissent, dans le secteur des soins, des prestations à des tiers et affectent en général à ces tâches du personnel soignant qualifié. Ce personnel qualifié reste normalement soumis au pouvoir de direction du service d'assistance qui n'abandonne donc pas ce pouvoir aux patients. Même le personnel soignant qualifié et spécialisé, qui travaille en suivant ses propres connaissances professionnelles, reste soumis normalement au pouvoir général de direction du service d'assistance. Il convient cependant en l'occurrence de considérer les circonstances dans lesquelles sont fournies les prestations; dans certains cas, il y a effectivement un rapport de location de services.

La question de l'assujettissement ou non à l'autorisation doit être jugée à la lumière de chaque cas concret et des circonstances spécifiques du rapport contractuel. Ceci vaut également pour les soins à domicile et l'aide ménagère apportés par ces services. Il faut voir en outre, dans le cas particulier, si toute l'entreprise ou seulement certaines de ses secteurs doivent être soumis à l'autorisation.

Il se peut au demeurant que des entreprises de cette branche pratiquent également le **placement**, c'est-à-dire mettent en rapport des demandeurs d'emploi et des employeurs afin qu'ils concluent entre eux des contrats de travail. Cette activité est soumise à autorisation si les conditions de l'assujettissement à la LSE sont réalisées.

## 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. **Les entreprises suisses ne peuvent donc plus y pratiquer librement le placement et la location de services.** Seules les entreprises étrangères domiciliées dans l'EEE ou dans des pays avec lesquels la Principauté a conclu un accord de réciprocité sont dorénavant autorisées à opérer sur son territoire, et encore doivent-elles demander une autorisation liechtensteinoise. La Suisse a donc conclu, en vertu de la Convention d'établissement signée entre elle et la Principauté, un **accord de réciprocité** permettant 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 ou de location de services dans la Principauté de Liechtenstein doivent **demandeur une autorisation dans la Principauté** (adresse: Amt für Volkswirtschaft, Fachbereich Gewerbeamt, 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 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. Il est stipulé dans l'autorisation de location de services que le bailleur est tenu de respecter les normes de salaire et de durée du travail fixées par la convention collective de travail de la branche à laquelle appartiennent éventuellement les travailleurs mis à disposition.

### Nota bene:

- 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.
- 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 d'établissement).
- Toute modification de l'autorisation suisse (changement d'adresse ou de personne responsable, etc.) doit être communiquée sans délai à l'autorité liechtensteinoise compétente.

- Ne sont pas soumises à ces règles les entreprises suisses qui n'opèrent pas régulièrement (placement) qui ne font pas commerce (location de services) à l'étranger et au Liechtenstein et qui n'ont dès lors pas besoin d'une autorisation fédérale de pratiquer le placement ou la location de services transfrontaliers, ou encore qui n'opèrent qu'au Liechtenstein et y concluent moins de cinq contrats de placement par an ou, s'agissant de la location de services, réalisent un chiffre d'affaires trop faible (max. 100'000 francs) pour être réputées faire commerce de location de services et ne sont donc pas soumises à l'autorisation au Liechtenstein.

## **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**

### **Directive commune de l'OFE et du seco**

Vu l'Accord du 21 juin 2001 amendant la Convention AELE, les explications suivantes s'appliquent **également aux ressortissants de l'AELE** (personnes en provenance de Norvège, d'Islande ou du Liechtenstein).

Il faut distinguer les situations suivantes:

#### **1. L'admission d'entreprises de placement et de location de services ayant leur siège dans un Etat membre de l'UE ou de l'AELE**

L'Accord sur la libre circulation des personnes prévoit également 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). Dès lors, les entreprises de placement et de location de services établies dans un Etat de l'UE ou de l'AELE n'auront en principe pas plus qu'aujourd'hui le droit d'opérer librement en Suisse. Ainsi, la location de services à partir de l'étranger demeure exclue conformément à l'art. 12, al. 2, LSE.

Exceptions: les entreprises qui ne pratiquent pas le placement de manière régulière et contre rémunération, les bailleurs de services uniquement dans les limites de l'art. 30 OSE.

#### **Important:**

l'art. 22, al. 3, de l'annexe I 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. Ceux-ci peuvent donc parfaitement être engagés par un bailleur de services sis en Suisse. Leur admission est réglée de la manière suivante.

## 2. L'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'accord sur la libre circulation des personnes entre la Suisse et l'UE interdit, sous réserve des dispositions transitoires (art. 10 de l'Accord), toutes inégalités de traitement entre les Suisses et les ressortissants de l'UE concernant les conditions de vie, de travail et d'engagement. Dès l'entrée en vigueur de cet accord, les ressortissants de l'UE peuvent donc être engagés sous les conditions ci-après.

- a) Les **deux** premières années après l'entrée en vigueur de l'Accord sur la libre circulation des personnes, les ressortissants de l'UE ont accès au marché du travail suisse sous réserve de la priorité des travailleurs indigènes et du respect des conditions de salaire et de travail en usage dans la localité et la profession. Les **cinq** premières années, ils restent en outre soumis au contingentement. Les résidents permanents (B) jouissent d'emblée de la mobilité géographique et professionnelle; les frontaliers n'en jouissent que dans toute la zone frontalière et les résidents de courte durée pendant 364 jours seulement.
- b) Dès la sixième année: libre accès pour les travailleurs pouvant prouver qu'ils ont un emploi. Dans les sept années qui suivent, la Suisse se réserve néanmoins le droit de réintroduire unilatéralement des mesures de restriction en cas d'afflux massif de travailleurs de l'UE (art. 10 de l'Accord).
- c) Au terme de la période transitoire: libre accès pour les travailleurs pouvant prouver qu'ils ont un emploi; mobilité professionnelle et géographique totale.

## 3. Conséquences de l'Accord pour les entreprises de placement et de location de services

### a) Ressortissants de l'UE qui résident au moment de l'entrée en vigueur de l'accord déjà en Suisse et possèdent partant déjà une autorisation de séjour et de travail

Pendant la période transitoire de cinq ans:

- **les personnes titulaires d'un titre de séjour de longue durée** (autorisation d'établissement C CE/AELE ou autorisation de séjour de cinq ans B CE/AELE délivrée normalement sur présentation d'un contrat de travail de plus d'un an ou à durée indéterminée) peuvent être engagées sans réserve dans le cadre de la location de services;

- **les personnes titulaires d’une autorisation de séjour de courte durée** (L CE/AELE) (autorisation de moins d’un an) ne peuvent être engagées dans le cadre de la location de services que pendant 364 jours au maximum à compter de la date d’octroi de l’autorisation; à son l’expiration, l’autorisation devra être renouvelée. Les personnes appelées à diriger une entreprise de placement ou de location de services doivent avoir en outre 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’art. 13, al. 2, let. b, LSE; il s’ensuit qu’une entreprise de placement ou de location de services ne peut engager, en qualité de directeur, une personne titulaire d’une autorisation de courte durée (autorisation de moins d’un an);
- **les frontaliers** jouissent de la mobilité professionnelle et géographique dans toute la zone frontalière; ils peuvent donc être engagés pour location de services à l’intérieur de cette zone. Si une entreprise de placement ou de location de services veut engager un frontalier en qualité de directeur, il convient également d’exiger qu’il soit titulaire d’un titre de séjour de longue durée afin qu’il soit en mesure de garantir une gestion satisfaisant aux règles de la profession.

#### **b) Admission de ressortissants de l’UE/AELE primo-immigrants pour lesquels une autorisation de séjour et de travail doit être demandée**

L’art. 4 de l’Accord garantit aux ressortissants de l’UE et de l’AELE un droit d’accès à une activité économique en Suisse. Seules demeurent réservées les dispositions de l’art. 10 et les dispositions de l’Annexe I régissant les trois restrictions maintenues pendant la période transitoire. Pendant les cinq premières années qui suivent l’entrée en vigueur de l’Accord, ils continuent à avoir besoin d’une autorisation de séjour et de travail en raison du contingentement. Après la période transitoire de cinq ans, leur séjour ne sera plus soumis à autorisation, mais l’autorisation CE/AELE continuera d’être établie. Les deux premières années, l’autorisation n’est délivrée que si l’entreprise prouve qu’elle n’a pu trouver des travailleurs correspondants en Suisse (priorité des travailleurs indigènes) et si les conditions de travail et de salaire sont conformes aux usages professionnels et locaux.

#### **c) Implications de l’Accord pour l’art. 21 LSE**

L’art. 21 LSE dit qu’un bailleur de services ne pourra engager en Suisse que des étrangers qui sont en possession d’une autorisation leur permettant d’exercer une activité lucrative et de changer d’emploi et de profession.

En vertu de l’Accord, les travailleurs de l’UE 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 contingents ne soient pas épuisés. Ils remplissent dès lors les conditions fixées par l'art. 21, à savoir être en droit d'exercer une activité lucrative et de changer d'emploi et de profession.

Pour que ces trois conditions puissent effectivement être vérifiées en cas de mission, c'est le bailleur de services qui, en tant qu'employeur, doit présenter la demande d'autorisation de séjour et de travail. L'autorité compétente ne pourra cependant vérifier 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. L'autorisation obtenue, les ressortissants de l'UE ont le droit, dans les limites de ladite autorisation (pendant cinq ans pour les résidents permanents, pendant 364 jours pour les résidents de courte durée et dans toute la zone frontalière pour les frontaliers) de changer d'emploi et de profession.

#### **4. Conséquences de l'Accord pour les ressortissants de l'UE et de l'AELE qui veulent créer une entreprise de placement ou de location de services en Suisse**

Les restrictions du droit d'accès prévues à l'art. 10 de l'Accord s'appliquent également à l'exercice d'une activité indépendante (priorité de la main-d'œuvre indigène et contingentement; la priorité de la main-d'œuvre indigène est appliquée en l'occurrence par analogie). Si ces conditions sont remplies, les ressortissants de l'UE jouissent de la pleine mobilité professionnelle et géographique. Ils peuvent donc, s'ils le veulent, créer une entreprise de placement ou de location de services. La condition de la nationalité visée à l'art. 3, al. 2, let. a, LSE doit être supprimée pour les ressortissants UE/AELE.

Les frontaliers qui veulent exercer une activité indépendante reçoivent, si les conditions de la priorité de la main-d'œuvre indigène et de contingentement sont remplies, une autorisation frontalière CE/AELE de six mois pour la période d'installation, celle-ci pouvant être prolongée de deux mois au plus. Si, à l'issue de la période d'installation, ils produisent à l'autorité compétente (qui peut aussi être la police des étrangers suivant les cantons) la preuve qu'ils exercent une activité indépendante, une autorisation frontalière CE/AELE de cinq ans leur est accordée (art. 32, al. 2, Annexe I de l'Accord).

Lorsque ces personnes présentent à l'autorité du marché du travail la preuve qu'elles sont établies ou veulent s'établir à cette fin, une autorisation de séjour B CE/AELE leur est accordée pour une durée de cinq ans au moins (art. 12, al. 1, de l'annexe I de l'Accord). Elles justifieront leur intention d'exercer une activité de placement ou de location de services indépen-

te en produisant une autorisation d'exercer le placement ou la location de services qu'elles demanderont en joignant la preuve qu'elles remplissent les conditions requises au même titre que les requérants indigènes, notamment les exigences personnelles visées à l'art. 3, al. 2 ou à l'art. 13, al. 2, LSE. Elles doivent en outre posséder les compétences nécessaires pour assurer un placement professionnel (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'art. 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.

## 5. Mesures visant à prévenir les abus

Lorsqu'elles octroient une autorisation de travail à des ressortissants de l'UE ou de l'AELE engagés et chargés de mission par un bailleur de services, les autorités cantonales du marché du travail vérifient si les conditions de travail et de salaire sont conformes aux usages professionnels et locaux et, en particulier, si la priorité des travailleurs indigènes est respectée. Ces vérifications servent à garantir que ces personnes seront engagées correctement et que les dispositions relatives aux assurances sociales seront respectées. Il convient de souligner expressément que ces personnes doivent obligatoirement être assurées contre les accidents auprès de la CNA. Cette obligation découle de l'art. 66, al. 1, let. o de la loi fédérale sur l'assurance-accidents (LAA), en liaison avec l'art. 85 de son ordonnance d'application (OLAA) et s'applique à tous les travailleurs des entreprises de travail temporaire et de location de services (c'est-à-dire aussi bien à ceux qui travaillent dans l'entreprise qu'à ceux dont les services sont loués).



### Remarque préliminaire

Depuis la révision de la loi sur l'assurance-chômage et l'indemnité en cas d'insolvabilité (LACI) de 1995, cette loi régit largement, à la différence d'autrefois, le service public de l'emploi à travers les tâches des offices régionaux de placement (ORP). Cette révision a remplacé les offices communaux du travail par des offices régionaux de placement (ORP), développant et professionnalisant le dispositif de placement. Pour appréhender correctement le rôle du service public de l'emploi, il est donc plus nécessaire que jamais de consulter parallèlement la LSE et la LACI. Aussi bien les commentaires ci-après des articles de la LSE sur le service public de l'emploi ne donnent-ils qu'une idée incomplète des tâches du service public de l'emploi; la consultation de la LACI reste toujours indispensable.

## Art. 24 LSE Tâches (art. 51, 52 OSE)

### A Enregistrement des demandeurs d'emplois et des emplois vacants (51 OSE)

L'ordonnance ne règle que l'enregistrement des demandeurs d'emploi et des emplois vacants. Les cantons sont libres d'imposer aux employeurs, par une réglementation cantonale, l'obligation d'annoncer les emplois vacants.

### B Activités de placement, conseil des demandeurs d'emploi (art. 52 OSE)

Les ORP n'ont **pas le droit de pratiquer la location de services**.

En revanche, au nom de leur tâche de placement, ils sont habilités à pratiquer le placement sous toutes ses formes, même à des emplois de courte durée ou à temps partiel. S'agissant de chômeurs, ils doivent néanmoins respecter la réglementation du gain intermédiaire. Deux règles sont à observer dans **tout placement**:

1. La personne placée doit être informée que son nouvel employeur est tenu de
  - a) conclure avec elle un contrat de travail selon le Code des obligations;
  - b) respecter le cas échéant les dispositions des CCT ou des contrats-types (en particulier les dispositions relatives aux salaires minimums; ainsi, le dispositif du gain intermédiaire ne saurait être exploité pour placer un chômeur à un emploi payé en dessous du salaire minimum).
2. Les personnes placées par les offices régionaux de placement (ORP) ne doivent bénéficier d'aucun traitement spécial. Les chômeurs placés en gain intermédiaire ont par ex. l'obligation, comme tout chômeur, de se soumettre aux contrôles obligatoires prévus à l'art. 22 OA-CI.

Si des **clarifications des aptitudes et des goûts** sont entreprises en vue de mesures de perfectionnement ou de reconversion, elles seront effectuées par des spécialistes expérimentés dans le conseil aux chômeurs. Vu le rôle crucial que joue la collaboration entre ces conseillers du travail et les autorités en charge du marché du travail, on cherchera à l'institutionnaliser.

## Art. 25 LSE Placement intéressant l'étranger

### A Emigrés suisses rentrant au pays

L'organe de contact pour les Suisses émigrés désireux de rentrer au pays est l'Office fédéral des étrangers (OFE), section Emigration et stagiaires, Quellenweg 9, 3003 Berne-Wabern. Il fournit aux intéressés toute la documentation utile, enregistre leurs coordonnées pour le bulletin «Suisses de l'étranger en quête d'emploi» – également accessible aux employeurs suisses – ainsi que dans le système d'information PLASTA et transmet les cas pour placement normal aux autorités cantonales compétentes. Par ailleurs, il publie le bulletin «Emplois à l'étranger» à l'intention des personnes cherchant un travail à l'étranger.

### B Stagiaires

L'OFE assure le secrétariat de la Commission suisse pour l'échange de stagiaires avec l'étranger chargée du placement et de l'information des stagiaires ainsi que de l'exécution des accords bilatéraux relatifs à l'échange de stagiaires.

## Art. 26 LSE Obligation de placer et impartialité

### A Employeurs suisses

Les entreprises ayant leur siège en Suisse peuvent annoncer à l'ORP des emplois vacants à l'étranger et y rechercher des demandeurs d'emploi pour des engagements à l'étranger.

### B Obligation de placer

L'**obligation de placer** imposée à l'ORP par la LSE n'implique que l'**obligation d'agir**. Le demandeur d'emploi ne peut exiger que l'ORP réussisse à lui trouver un emploi et n'a partant pas droit à une indemnité si l'intervention de l'ORP n'aboutit pas à ce résultat.

### C Accès au service public de l'emploi

Le service public de l'emploi ne saurait se limiter au placement des seuls chômeurs. En tant que service public, il a pour mission de conseiller tous les demandeurs d'emploi suisses et sous certaines conditions également étrangers. En raison de la Convention no 88 de l'Organisation internationale du travail (OIT) cette mission a été introduite dans la loi sur le service de l'emploi et la location de services du 6 octobre 1989 (LES). Le placement des chômeurs n'en reste pas moins la tâche numéro un du service public de l'emploi.

Pour éviter que les ORP soient totalement surchargés en période de fort chômage, il est recommandé de moduler l'accès au service public de l'emploi selon les critères suivants. D'autres solutions sont envisageables, spécialement dans la perspective de la collaboration interinstitutionnelle. Sans aller jusqu'à assimiler droit à l'indemnité de chômage et droit d'accès au service public de l'emploi, il est néanmoins légitime de faire du premier une condition du second pour les étrangers selon les circonstances (voir chif. 2.1.2 et 2.2).

### 1. Principe

Le service public est ouvert en soi à tous les demandeurs d'emploi; mais l'intensité des efforts de placement et de conseil devrait dépendre aussi en particulier du droit du demandeur d'emploi à l'indemnité de chômage selon la LACI.

a) L'impératif de diminution du dommage inhérent à toute assurance commande que le service public de l'emploi concentre son activité de conseil en priorité sur les personnes:

- en âge de travailler (c'est-à-dire, dans l'esprit de l'art. 8, al. 1, let. c, LACI, qui ont ache-

vé leur scolarité obligatoire, n'ont pas encore atteint l'âge donnant droit à une rente AVS et ne touchent pas de rente de vieillesse de l'AVS);

- au chômage ou menacées de chômage
- remplissant les conditions de droit fixées à l'art. 8 ss LACI.

b) En vertu de l'impératif susmentionné, le service public de l'emploi doit également fournir des prestations de conseil appropriées aux personnes qui,

- n'ont pas encore droit (par ex. faute d'une période de cotisation suffisante) ou
- n'ont plus droit (par ex. chômeurs en fin de droits) à l'indemnité de chômage selon la LACI.

c) Enfin, le service public de l'emploi est ouvert aussi aux jeunes en âge de scolarité et aux retraités; les prestations devraient toutefois se limiter ici aux conseils pertinents au regard de la LACI.

- Les jeunes en âge de scolarité à la recherche d'une place d'apprentissage devraient néanmoins bénéficier d'efforts particuliers en période de pénurie aiguë de places d'apprentissage.

## 2. Cas spéciaux

### a) Demandeurs d'emploi étrangers

Concernant l'accès des demandeurs d'emploi étrangers aux mesures de marché du travail, nous vous renvoyons au chapitre I (partie B) de la Circulaire relative aux mesures de marché du travail du 1<sup>er</sup> janvier 2000 modifiée le 1<sup>er</sup> janvier 2001.

### b) Etrangers titulaires d'un permis d'établissement ou à l'année

L'obligation faite à l'office du travail de placer et de conseiller les demandeurs d'emploi ne s'applique, selon l'art. 26, al. 2, LSE, qu'aux étrangers titulaires d'un titre de séjour les autorisant à exercer une activité lucrative et à changer d'emploi et de profession. Les étrangers titulaires d'un permis d'établissement jouissent de ces droits et ont dès lors accès sans réserve au service public de l'emploi.

S'agissant des étrangers ayant un permis à l'année, il convient de présumer, en règle générale, que l'autorisation de changer d'emploi et de profession leur sera accordée. Cette catégorie d'étrangers a donc, en vertu de la règle susmentionnée, également accès au service public de l'emploi.

Il en va toutefois différemment des étrangers ayant obtenu une autorisation à l'année pour une activité déterminée de durée limitée au titre de l'art. 29, al. 2, let. b, OLE (voir chif. 2c si-dessous).

### **c) Etrangers titulaires d'une autorisation de courte durée**

Ces autorisations sont délivrées en principe uniquement pour un emploi déterminé et expirent à la cessation des rapports de travail (art. 29, al. 1 et 4 de l'OLE). C'est également le cas des autorisations à l'année pour l'exercice d'une activité déterminée de durée limitée visées à l'art. 29, al. 2, let. b, OLE.

Lorsque les travailleurs étrangers possédant ce type d'autorisations tombent au chômage, ils n'ont normalement plus de permis de travail et n'ont pas droit non plus à son renouvellement. Ils n'ont partant plus le droit de travailler ni, a fortiori, de changer d'emploi et de profession; de ce fait, il n'y a plus à leur égard d'obligation de placer au sens de l'art. 26, al. 2, LSE.

Toutefois, pour des motifs d'équité, si ces étrangers ont perdu leur emploi sans qu'il y ait faute de leur part, ils obtiennent souvent le renouvellement de leur autorisation jusqu'au terme du séjour initialement prévu et l'autorisation de changer d'emploi.

Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral des assurances, dès lors qu'un étranger au chômage peut compter obtenir une autorisation s'il trouve un emploi, il doit être considéré comme étant apte au placement au sens de la LACI. La question doit être tranchée au préalable par l'autorité cantonale désignée par la LACI, qui s'appuiera éventuellement sur un préavis de l'autorité cantonale en charge du marché du travail. Il en va de même pour l'appréciation de l'obligation de placer prescrite par la LACI.

#### **Conclusions:**

Les étrangers possédant ces statuts de séjour n'ont le droit d'accès au service public de l'emploi que s'ils tombent au chômage et remplissent toutes les conditions ouvrant droit à l'indemnité fixées par la LACI; ils doivent en particulier être aptes au placement en pouvant compter obtenir une autorisation et justifier d'une période de cotisation suffisante. Ils n'y ont accès que pour la durée de l'autorisation de séjour initialement délivrée. Dans tous les autres cas, ils n'ont pas le droit d'accès au service public de l'emploi.

### **d) Etrangers titulaires d'une autorisation frontalière**

Deux éléments sont à prendre en considération ici. Premièrement, les frontaliers doivent exercer leurs droits à l'indemnité de chômage dans leur pays de domicile et s'y mettre à la disposition des autorités compétentes pour placement; toutefois les cantons peuvent étendre l'obligation de placer aux frontaliers comme les y autorise le Message concernant la révision de la LSE (p. 73). Deuxièmement, l'art. 29, al. 4bis, OLE, dit que si le frontalier a exercé une activité depuis cinq ans, l'autorisation de changer de place, de profession et de canton ne pourra

lui être refusée que si des perturbations graves du marché du travail l'exigent.

#### **e) Demandeurs d'asile**

En vertu de l'art. 21 de la loi sur l'asile (LAsi), les demandeurs d'asile n'ont pas le droit de travailler pendant les trois premiers mois après le dépôt de leur demande. Les cantons peuvent prolonger de trois mois cette interdiction de travailler si une décision a déjà été prise en première instance. Tant que le demandeur d'asile n'a pas le droit de travailler, il n'a forcément pas accès au service public de l'emploi.

Après la levée de l'interdiction de travailler, les cantons peuvent continuer à appliquer des restrictions de travail aux demandeurs d'asile en ne leur accordant des autorisations que pour certaines branches ou pour une durée limitée; une interdiction générale de travailler serait par contre illicite. Dans les cantons qui limitent l'emploi de demandeurs d'asile à certaines branches, ceux-ci ont ainsi le droit d'exercer une activité lucrative mais non, en règle générale, celui de changer d'emploi et de profession. Ils n'auraient dès lors, dans une interprétation stricte de l'art. 26, al. 2, LSE, pas accès au service public de l'emploi. Mais cette disposition n'a guère de sens dans ce contexte: si un canton entend autoriser les demandeurs d'asile à travailler temporairement dans certaines branches, il doit également veiller à ce qu'ils puissent aussi être conseillés et placés.

Les demandeurs d'asile qui ont droit à l'indemnité de chômage (voir directives de l'OFIAMT du 6 juin 1997 sur le droit des demandeurs d'asile à l'indemnité de chômage) doivent également avoir accès au service de l'emploi au nom de l'impératif de diminution du dommage.

#### **f) Demandeurs d'emploi handicapés**

Si un handicapé n'est pas manifestement inapte au placement et qu'il a demandé une rente de l'AI ou d'une autre assurance (assurance-accidents, assurance-maladie, assurance-militaire, etc.), jusqu'à la décision de cette assurance il est réputé apte au placement. Il doit en conséquence avoir accès au service public de l'emploi. A plus forte raison si, avant d'être au chômage, bien que touchant une rente, il exerçait une activité soumise à cotisation et qu'il l'a perdue pour un motif non lié à son invalidité.

#### **g) Interdiction de placer**

**Les conventions collectives de travail (CCT) peuvent fournir des indications sur les salaires et les conditions de travail usuels dans la profession et la région.** Un salaire légèrement inférieur aux salaires CCT ne peut être qualifié de «**sensiblement** inférieur aux normes usuelles dans la

profession et le lieu de travail» au sens de l'art. 26, al. 3, let. a, LSE; un placement par l'ORP sur la base de l'art. 16, al. 2, let. a, LACI n'est malgré tout pas possible en raison du caractère non convenable de l'emploi.

#### **h) Après l'entrée en vigueur de l'accord sur la libre circulation avec l'UE**

L'accord sur la libre circulation des personnes entre la Suisse et l'UE interdit toutes inégalités de traitement entre les Suisses et les ressortissants de l'UE concernant les conditions de vie, de travail et d'engagement. Après l'entrée en vigueur de cet accord, les ressortissants de l'UE ont donc accès, comme les Suisses, au service public de l'emploi.

- D'une part, les demandeurs d'emploi provenant de l'UE qui séjournent en Suisse pour y chercher du travail et qui touchent des prestations d'une assurance-chômage étrangère, doivent être enregistrés et conseillés. De même que les demandeurs d'emploi qui n'ont pas droit aux prestations d'une assurance-chômage mais qui séjournent tout de même en Suisse pour y chercher du travail et qui peuvent s'annoncer au service public de l'emploi.
- D'autre part, les travailleurs provenant de l'UE séjournant déjà en Suisse ont accès au service public de l'emploi dans les mêmes conditions que les Suisses.



## Art. 28 LSE Mesures spéciales de lutte contre le chômage

L'art. 28 contient un mandat de prestations concrétisé dans la Loi fédérale sur l'assurance-chômage obligatoire et d'indemnité en cas d'insolvabilité (LACI). Cette disposition ne constitue pas une base de subventionnement indépendante et n'a pas d'effets propres hors du champ de la LACI pour autant qu'il s'agisse de l'exécution de mesures du marché du travail.

L'aide est régie par les critères de la LACI. Cela signifie que seules peuvent bénéficier des «mesures spéciales de lutte contre le chômage» les personnes aptes à se réinsérer dans le marché du travail. L'impossibilité de les placer ne doit être que temporaire, susceptible d'être éliminée par des mesures ad hoc et due à leur profil individuel de qualification ou à la situation du marché du travail.

L'art. 28 LSE parle de demandeurs d'emploi dans le premier alinéa et de chômeurs dans les trois derniers; cette différence de vocabulaire n'a aucune incidence sur le cercle des bénéficiaires potentiels selon la LACI.

## Art. 29 LSE Obligation des employeurs de déclarer les licenciements et fermetures d'entreprises

Est considéré comme entreprise un établissement formant une unité de lieu.

Il y a donc fermeture d'entreprise lorsque

- une entreprise cesse ses activités volontairement ou par suite de faillite;
- un établissement ou une entreprise transfère ses activités à l'étranger ou dans un autre canton plus éloigné;
- en cas de transfert d'un établissement ou d'une entreprise au sein d'un même canton, les travailleurs restant dans l'établissement sont contraints de changer de domicile;
- une entreprise produisant différents groupes de biens ou de services cesse complètement ses activités dans un de ces groupes.

Les fermetures d'entreprises ne conduisent pas forcément à des licenciements ni à la résiliation de tous les contrats de travail. Les travailleurs touchés peuvent être replacés dans un autre secteur de production ou, en cas de transfert de l'entreprise, suivre l'entreprise.

Il est important pour les offices du travail de savoir quel sera le nombre des travailleurs touchés par ces **mesures d'exploitation**, raison pour laquelle les employeurs ont l'obligation de les annoncer. L'annonce est obligatoire lorsque que la mesure – licenciement ou fermeture – touche au moins dix travailleurs (art. 53, al. 1, OSE). Dans certaines conditions, les cantons peuvent, de leur propre compétence, abaisser ce nombre à six (art. 53, al. 2, OSE) et sans approbation de la Confédération.

**Art. 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'art. 56, al. 3, OSE, la Confédération exerce la haute surveillance sur cette coordination.

La collaboration avec les placeurs privés se fonde, outre sur les art. 85, al. 1, let. a, et 85b, al. 2, LACI, sur l'art. 33, al. 2, LSE. Le groupe de travail en charge du dossier et les réglementations qui ont été élaborées sont maintenus (circulaire du 2 juillet 1998, accord entre l'OFIAMT (aujourd'hui le seco) et la Fédération suisse des entreprises de placement privé et de travail temporaire (FSEPT) ainsi que la Fédération suisse des conseils en personnel (FSCP) regroupés le 15 janvier 1997 sous le nom d'Union suisse des services de l'emploi USSE).

**Protection des données par les autorités du marché du travail**

La loi sur la protection des données définit, dans ses art. 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 de la collecte de données (art. 4, al. 1, LPD);
- le traitement conforme aux principes de la bonne foi (art. 4, al. 2, LPD);
- la proportionnalité (art. 4, al. 2, LPD);
- l'usage défini (art. 4, al. 3, LPD); les données doivent être traitées uniquement dans le but indiqué lors de leur collecte;
- l'exactitude des données (art. 5, LPD);
- la sécurité des données (art. 7, LPD); quiconque traite des données personnelles doit prendre les mesures organisationnelles et techniques appropriées pour empêcher toute intervention de personnes non autorisées;
- le droit d'accès (art. 8, LPD).

La LSE et l'OSE ont été révisées pour être mises en conformité avec les exigences de la LPD; leurs dispositions de protection des données ont été élargies et certaines transférées de l'ordonnance dans la loi. Dans les chapitres qui suivent, nous nous pencherons de plus près sur ces nouvelles dispositions en vigueur depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2001.

Les explications suivantes remplacent dès lors la directive 2000/01 du 17 mars 2000 sur la protection des données pour l'exécution de la LACI et de la LSE au moyen des systèmes d'information PLASTA/SIPAC.

## Art. 33a LSE Traitement de données personnelles

### A Généralités

Cet article habilite les organes chargés d'appliquer la LSE ou d'en surveiller l'exécution à traiter ou à faire traiter les données personnelles et les profils de personnalité qui leur sont nécessaires pour accomplir les tâches que leur assigne la loi.

L'article énumère ces tâches légales:

- 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'art. 3, let. e, 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'art. 3, let. 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'art. 37 LPD, d'observer les dispositions de protection des données de ladite loi.

L'art. 33a, al. 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'art. 16 al. 1 LPD, lorsqu'elle fait traiter des données par un tiers, elle doit donc s'assurer que ces données sont traitées correctement.

### B Données personnelles sensibles

Selon l'art. 3, let. c, LPD, les données personnelles sur

- les opinions ou activités religieuses, philosophiques, politiques ou syndicales;
- la santé, la sphère intime ou l'appartenance à une race;
- des mesures d'aide sociale;
- des poursuites pénales ou administratives

sont réputées données sensibles et, à ce titre, ne peuvent être traitées, selon l'art. 17, al. 2, LPD, que si une loi au sens formel le prévoit expressément.

L'art. 33a, al. 2, LSE ne permet de traiter, dans le contexte du service public de l'emploi, que des données personnelles sensibles sur:

- a. la santé et l'appartenance religieuse des demandeurs d'emploi que si ces données sont nécessaires au placement;
- b. les mesures prises ou prévues dans le cadre de l'exécution de la LACI que si ces données sont susceptibles d'influencer directement sur les prestations de l'assurance-chômage.

## C Maniement des données personnelles sensibles

Dans l'esprit des art. 33a, al. 2 et 35, al. 2, LSE ainsi que des art. 3, let. c, et 17 ss, LPD, il est permis d'enregistrer, **en principe**, dans les dossiers personnels, dans l'administration des dossiers pendants SIPAC et dans PLASTA, des données personnelles sensibles portant sur:

- les restrictions (par ex. concernant l'habillement, le contact avec des denrées alimentaires, l'horaire de travail) en raison de la religion d'un demandeur d'emploi;
- les restrictions de l'aptitude au travail (par ex. concernant le portage de charges, le contact avec des matériaux) en raison de l'état de santé d'un demandeur d'emploi; il est permis d'indiquer la maladie dont il souffre;
- les restrictions de l'aptitude au travail d'un demandeur d'emploi de sexe féminin en raison d'une grossesse;
- les mesures prises au titre de la LACI et de la LSE si ces données ont une incidence directe sur les prestations de l'assurance-chômage.

Sous respect de deux conditions:

1. l'information est **absolument** nécessaire **en l'espèce** à l'application de la LACI ou de la LSE (usage défini). En d'autres termes, l'information est indispensable pour réussir à placer le demandeur d'emploi (voir les exemples) ou pour juger un fait au regard de la loi sur l'assurance-chômage (droits aux prestations, aptitude au placement, efforts déployés pour chercher du travail, fait passible de sanctions);
2. l'information enregistrée doit être prouvée par un document écrit ou avoir été communiquée par le demandeur d'emploi lui-même.

## Art. 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 envers les tiers** sur les indications concernant les demandeurs d'emploi, les employeurs et les emplois vacants.

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 de confiance). De leur côté ces experts, comme tous ceux auxquels recourent les autorités du marché du travail dans l'accomplissement de leurs tâches, sont soumis à l'obligation de garder le secret (puisque'ils «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'art. 125 OACI fixe les règles régissant la conservation des documents par les caisses. Ces prescriptions sont valables par analogie pour les autorités cantonales et les ORP.

## Art. 34a LSE Communication de données (art. 57 et 57a OSE)

### A Généralités

La loi prévoit quatre genres de communication des données:

Aux termes de l'**al. 1**, dans la mesure où aucun intérêt privé prépondérant ne s'y oppose, des données peuvent être communiquées dans des **cas d'espèces** 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 (mais pas en cas de contravention passible d'une simple peine d'amende).

► Dans ces cas-là, les données ne peuvent être communiquées que si le destinataire (toujours une autorité) a présenté dans le cas d'espèce une demande écrite et motivée.

Aux termes de l'**al. 2**, elles peuvent être communiquées dans la mesure où aucun intérêt privé prépondérant ne s'y oppose:

- 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 du 9 octobre 1992 sur la statistique fédérale;
- d. aux autorités d'instruction pénale, lorsqu'il s'agit de dénoncer ou de prévenir un crime.

► Dans ces cas-là, les données peuvent être communiquées même **sans demande et hors des cas particuliers**. Cette disposition vise en premier lieu la communication de données entre les organes d'exécution de la LSE (let. a) et ceux de l'assurance-chômage (let. b). La let. c autorise à communiquer des données aux organes de la statistique fédérale; l'art. 14, al. 2, de la loi sur la statistique fédérale (LSF) impose aux représentants de ces organes le secret de fonction. La let. d 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 possibili-

té d'une dénonciation pénale assortie d'une communication des données en cas d'infraction aux dispositions pénales de la LSE.

L'**al. 3** dit 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.

► Cette disposition s'applique aux cas où les résultats de l'application de la loi sont publiés.

L'**al. 4** dit que dans les autres cas, des données peuvent être communiquées à des tiers:

- a. s'agissant de données non personnelles, lorsqu'un intérêt prépondérant le justifie;
- b. 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 let. a (auxquelles s'applique en principe également l'obligation de garder le secret), il appartient à l'organe qui communique ces données de déterminer si un intérêt prépondérant justifie leur communication.

► La let. 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. L'art. 57 OSE autorise les instances du marché du travail, dans les cas exceptionnels où le consentement de l'employeur est impossible à obtenir et doit être présumé, à communiquer aux demandeurs d'emploi les emplois vacants annoncés par les employeurs.

L'**al. 7** permet, en liaison avec l'art. 57a OSE, de percevoir un émolument pour la communication des données.

## **B Communication de données à un autre ORP ou à une autre caisse**

Lorsque, à la suite d'un changement de domicile ou pour toute autre raison, un demandeur d'emploi passe d'un ORP à un autre, l'ORP dont relevait jusqu'ici le demandeur d'emploi doit transmettre une copie intégrale du dossier écrit de ce dernier au nouvel ORP compétent. Il en va de même en cas de changement de caisse. La communication du dossier est licite en vertu de l'art. 34a, al. 2, LSE.



## C Communication à des employeurs et à des placeurs privés

### 1. Si l'employeur ne connaît pas le demandeur d'emploi

Si l'employeur n'a pas encore eu l'occasion de faire la connaissance du demandeur d'emploi à l'occasion des entretiens de présélection qui se sont déroulés avec le conseiller en personnel, les règles sont les suivantes en application de l'art. 34a, al. 4, let. b, LSE:

Il n'est permis de communiquer aux employeurs des informations sur un demandeur d'emploi qui permettent de l'identifier, en particulier son nom, que si le demandeur d'emploi a consenti par écrit, dans le cas particulier, à ce que ses données soient communiquées et que si l'employeur a effectivement une place vacante susceptible de convenir au demandeur d'emploi en question. En l'absence du consentement écrit du demandeur d'emploi, l'autorité compétente doit assigner ce dernier à l'emploi vacant.

### 2. Si l'employeur connaît le demandeur d'emploi

Si le demandeur d'emploi a déjà adressé ses offres de services à un employeur ou s'il a été assigné à un emploi vacant auprès d'un employeur, les principes suivants s'appliquent:

Les **données** du demandeur d'emploi **qui ne sont pas particulièrement sensibles** ne peuvent être communiquées à l'employeur que si le demandeur d'emploi concerné a autorisé en général la communication de ces données ou y a consenti dans le cas particulier. Un consentement général ne peut s'étendre au-delà de la période durant laquelle le demandeur d'emploi reste inscrit en vue de son placement et doit revêtir la forme écrite.

**Les données sensibles** ne peuvent être communiquées à l'employeur que si le demandeur d'emploi concerné y a consenti dans le cas particulier.

## D Communication de données aux offices communaux du travail

Les communes continuent à assumer des tâches importantes dans l'assistance aux chômeurs (inscription, organisation de programmes d'emploi temporaire, versement de l'aide cantonale aux chômeurs, aide financière aux chômeurs en fin de droits). Depuis l'entrée en vigueur des nouvelles dispositions de protection des données de la LSE, la loi ne prévoit plus la communi-

cation de données à ces offices. Il n'est donc plus permis de leur envoyer la liste nominative des personnes domiciliées dans la commune qui perçoivent des prestations de l'assurance-chômage. Par contre, dans l'esprit de l'art. 34a, al. 3, il est permis de leur transmettre des listes dépersonnalisées donnant par ex. le nombre de chômeurs qui arriveront en fin de droits dans les mois suivants, sauf si la petitesse de la commune et son faible nombre de chômeurs permettent d'identifier facilement ces personnes.

## Art. 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'art. 29, al. 2, de la Constitution fédérale.

Selon l'art. 34b, al. 1, LSE, ont le droit de consulter le dossier, les personnes et les institutions qui ont un intérêt direct à les consulter. Ce droit d'accès comporte deux limites: la communication doit répondre à une nécessité et les intérêts privés prépondérants sauvegardés, en particulier ceux des personnes mentionnées dans ces dossiers.

L'art. 34b, al. 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 y a en effet des situations délicates dans lesquelles de telles mesures de précaution peuvent s'imposer.

L'art. 58, al. 1, OSE exige que les demandeurs d'emploi et les employeurs soient informés des buts des systèmes d'information, des données traitées, de leurs destinataires réguliers et des droits des personnes enregistrées dans ces systèmes.

Elles ont le droit notamment, selon l'art. 58, al. 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 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.

## Art. 35 LSE Système d'information

### A Généralités

Conçu pour le placement (en premier lieu par les services publics) et l'observation du marché du travail, le système d'information «PLASTA» géré par le seco sert à enregistrer les demandeurs d'emploi et les emplois vacants.

L'**al. 1** énonce le but du système d'information: faciliter le placement, assurer l'exécution de la LACI, observer le marché du travail et faciliter la collaboration entre les organes du service public de l'emploi, de l'assurance-chômage, de l'assurance-invalidité et de l'orientation professionnelle.

L'**al. 2** dit expressément que ce système peut contenir (et donc traiter) des données personnelles, y compris des données sensibles au sens de l'art. 33a, al. 2, LSE et des profils de la personnalité.

L'**al. 3** énumère les organes qui peuvent accéder au système d'information par procédure d'appel dans l'accomplissement de leurs tâches légales: le seco, l'Office fédéral des étrangers, les offices cantonaux du travail, les services chargés de la logistique des mesures de marché du travail, les offices régionaux de placement, les caisses de chômage, les organes de l'assurance-invalidité, les services d'orientation professionnelle et la Centrale suisse pour le travail à domicile. L'étendue du droit d'accès au système est cependant modulée en fonction de la mission légale de l'organe.

L'**al. 4** dit que la Confédération participe aux frais.

L'**al. 5** contient une norme de délégation chargeant le Conseil fédéral de régler les détails. Ceci a été fait par le biais de l'ordonnance sur le système d'information en matière de placement et de statistique du marché du travail du 14 décembre 1992 (O-Plasta, RS 823.114). Dans cette ordonnance, le Conseil fédéral règle:

- la responsabilité de la protection des données;
- les données à saisir;
- la durée de conservation des données;
- l'accès aux données, notamment en déterminant les utilisateurs du système autorisés à traiter des données sensibles et des profils de la personnalité;
- l'organisation et l'exploitation du système d'information;
- la collaboration entre les autorités concernées;
- la sécurité des données.

**Remarque:**

L'ordonnance PLASTA dans sa teneur actuelle ne remplit pas encore entièrement les exigences de l'al. 5 et sera remaniée parallèlement à la nouvelle conception du système.

## **B Saisies autorisées concernant les demandeurs d'emploi**

Il est interdit d'enregistrer aux champs de saisie du système d'information PLASTA **d'autres données que celles** indiquées dans la documentation PLASTA (manuels d'utilisation, manuels sur les releases et les fonctions). Les principes énoncés à l'art. 33a LSE doivent notamment être respectés.

Il est interdit en particulier de modifier l'objet des champs de données.

Il est **strictement interdit** de saisir des données personnelles sensibles dans le champ de texte facultatif «Texte» (connaissances spéciales et professionnelles, fonction 2, masques A0.M321E/A0.M322I). Seule la saisie d'informations portant sur les points suivants y est autorisée:

- l'expérience professionnelle;
- les cours de formation continue suivis ou en cours, les diplômes obtenus ou en préparation;
- les connaissances professionnelles particulières (par ex. connaissance de programmes informatiques, spécialisation);
- l'infrastructure et les outils de travail à disposition (par ex. poste de travail pour travail à domicile);

Cette liste est exhaustive.

## **C Saisies autorisées concernant les emplois vacants**

La Suisse a ratifié, le 21 décembre 1965, la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale. Ce faisant, elle s'est engagée entre autre à s'abstenir de toute action ou pratique susceptible de discriminer des personnes ou des groupes en raison de leur race et de veiller à ce que les autorités et les institutions publiques agissent en conformité avec cet engagement. La Suisse a formulé une seule réserve à cet égard, concernant l'accès des étrangers et étrangères au marché du travail. Or, nombre d'employeurs qui annoncent un emploi vacant précisent qu'ils ne veulent pas recevoir de candidatures de ressortissants de certains pays, de membres de certaines ethnies, religions ou races. Ce genre de restrictions est incompatible avec ladite Convention et, partant, toute indication de cet ordre interdite dans le système d'information PLASTA.

## D Règles d'utilisation du système PLASTA

1. PLASTA est destiné en premier lieu à l'usage en ligne de l'autorité cantonale, des ORP et des services LMMT dans leur travail quotidien d'exécution des tâches prévues par la LSE et la LACI. Il sert en même temps à saisir les données nécessaires pour la statistique du marché du travail.
2. PLASTA constitue la plate-forme technique à partir de laquelle les données dont les caisses de chômage ont besoin – données personnelles et d'inscription, données relatives aux entretiens de conseil, aux contrôles et aux sanctions, données relatives aux décisions dans le contexte des mesures de marché du travail et données relatives aux annulations – sont transmises à SIPAC par transfert de fichiers.
3. **Il est interdit d'alimenter les systèmes communaux ou cantonaux de banques de données et leurs applications avec des données PLASTA provenant de transactions SuperNatural.** Nous vous rappelons expressément à cet égard l'art.179novies CP.

## Art. 35a LSE Collaboration avec les organes d'aide aux chômeurs et les placeurs privés (art. 55 OSE)

### A Collaboration avec l'aide cantonale aux chômeurs

Les organes cantonaux d'aide aux chômeurs tentent d'encadrer et de placer les chômeurs de longue durée qui n'ont plus droit à l'indemnité de chômage. Ils ont besoin pour ce faire de certaines données qui ont été saisies dans PLASTA. L'art. 35a, al. 1, LSE autorise en conséquence à leur communiquer régulièrement les données qui leur sont nécessaires sans pour autant leur ouvrir l'accès au système d'information.

### B Collaboration avec les placeurs privés et les bailleurs de services

Le terme placeurs privés englobe tant les placeurs que les bailleurs de services.

Les placeurs privés et les bailleurs de services titulaires d'une **autorisation (!)** peuvent accéder sur un site Internet protégé par un mot de passe à **une liste dépersonnalisée des demandeurs d'emploi enregistrés dans «PLASTA»** (art. 35a, al. 2, 1<sup>ère</sup> phrase, LSE). Si un placeur privé trouve là le profil d'un demandeur d'emploi susceptible de convenir à un emploi vacant dont il a connaissance, il peut s'adresser à l'ORP compétent qui lui enverra le demandeur d'emploi en question. Pour éviter que certains emplois soient saisis à double dans le système d'information PLASTA et, partant, un double traitement des données, il est souhaitable que les placeurs privés indiquent à l'ORP le nom de l'employeur/de l'entreprise. Ils peuvent être encouragés à le faire, mais pas contraints.

Le **consentement général exprès écrit** du demandeur d'emploi à la levée de l'anonymat simplifie la procédure (art. 35a, al. 2, 2<sup>e</sup> phrase, LSE): le demandeur d'emploi est libre d'autoriser que son nom figure dans les données Internet permettant par là aux placeurs ou bailleurs de services intéressés de le contacter directement.

#### **Important:**

Seuls les placeurs titulaires d'une autorisation ont accès à ces données Internet. Ils sont **soumis de leur côté à l'obligation de garder le secret** (art. 7, al. 3, et art. 18, al. 3, LSE; voir aussi chapitre correspondant) et peuvent être appelés à en répondre pénalement conformément à l'art. 39 al. 2, let. f, LSE. Ces données personnelles sont ainsi suffisamment protégées contre tout risque de communication illicite.

L'art. 55 OSE précise que les **données personnelles sensibles** visées à l'art. 33a, al. 2, LSE ne peuvent **pas être communiquées** aux placeurs privés et aux bailleurs de services.

## Art. 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) et sous forme de registre imprimé (art. 59a OSE).

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 agences titulaires d'une autorisation cantonale 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 diminue le risque qu'une agence ayant perdu son autorisation dans un canton puisse, à l'insu de ce dernier, en demander une nouvelle dans un autre canton.

### Parenthèse: Conséquences d'une violation de la protection des données

Le fait de communiquer indûment des données personnelles constitue un délit passible de poursuites pénales: il peut y avoir délit de «violation du devoir de discrétion» au sens de l'art. 35 LPD, de «violation de l'obligation de garder le secret» au sens des art. 105 LACI et 39 LSE, mais aussi de «violation du secret de fonction» au sens de l'art. 320 CP.

Nous insistons ici sur les violations de la protection des données par la voie du téléchargement SuperNatural: dans ce cas, l'organe responsable s'expose non seulement à des poursuites pénales mais à devoir assumer en outre la responsabilité politique des dommages causés (v. plus haut ad art. 35 LSE, let. D, pt. 3).

### Quelques questions et réponses pratiques concernant la protection des données par les autorités dont relève le marché du travail

#### Questions:

1. Un ORP assigne à un emploi vacant un demandeur d'emploi dont il sait pertinemment qu'il se drogue mais ne peut signaler ce fait à l'employeur. Si des problèmes s'ensuivent, la responsabilité civile de l'ORP pourra-t-elle être mise en cause?
2. Si un placeur privé communique à l'ORP des informations sur un demandeur d'emploi, peut-il exiger que l'ORP cache ces informations au demandeur d'emploi?
3. Les employés des ORP doivent-ils fermer leurs bureaux à clé et tenir leurs dossiers sous clé?
4. Est-il permis de mentionner dans PLASTA qu'un demandeur d'emploi a agressé un conseiller, qu'il a été poursuivi et condamné pénalement pour cet acte?



5. Le seco est-il tenu, en tant que gestionnaire du système d'information, de donner aux intéressés le droit de consulter les données PLASTA?
6. Quelles sont les indications données par les médecins de confiance qui peuvent être enregistrées dans PLASTA?
7. Quelles sont les données sur les employeurs qui peuvent être communiquées aux demandeurs d'emploi, en particulier lorsque l'employeur à mauvaise réputation ou est en délicatesse avec l'ORP?
8. Est-il permis d'enregistrer aussi dans PLASTA les remarques négatives d'un employeur sur un demandeur d'emploi?
9. Peut-on mentionner dans PLASTA qu'une enquête est en cours pour perception indue de l'indemnité?

**Réponses:**

1. La réponse à cette question est juridiquement complexe. En principe, c'est à l'employeur de s'informer sur un futur employé. L'ORP ne peut être assimilé à un vendeur au sens du CO qui répond d'éventuels défauts de la prestation fournie. L'important dans ce contexte est que le conseiller en personnel discute avec le demandeur d'emploi qu'il encadre la «politique d'information» à adopter à l'égard de l'employeur concernant les faits délicats.
2. Non, le droit de consulter le dossier vaut pour tous les dossiers, donc aussi pour les dossiers que l'ORP reçoit de tiers.
3. La Direction du travail du seco n'a pas donné de consigne particulière sur cette question. La réponse dépend avant tout de la situation: si les clients de l'ORP peuvent se promener librement dans les couloirs de l'ORP, il est recommandé de fermer à clé armoires et bureaux, s'ils n'y ont accès qu'accompagnés, cela semble superflu.
4. La mention d'un tel acte est certes délicate mais autorisée par souci de la sécurité du personnel. Son auteur doit cependant être informé de sa mention dans le dossier. L'instance qui saisit la mention s'assurera en l'occurrence qu'elle ne peut être lue que par les utilisateurs cantonaux du système.
5. Non, une autorisation du seco est superflue puisque le droit de consulter le dossier est inscrit dans la loi sur la protection des données et également dans l'ordonnance PLASTA.
6. Si le médecin de confiance formule des restrictions pour raisons de santé concernant l'aptitude au placement de l'assuré qui lui a été envoyé, ces restrictions peuvent être enregistrées dans PLASTA.
7. Il est important, dans la procédure de placement, que le demandeur d'emploi dispose du maximum d'informations sur un employeur. En principe, il appartient au demandeur d'emploi de s'informer sur son futur employeur. Un conseiller en personnel peut sans problème communiquer au demandeur d'emploi les faits concrets concernant l'entreprise (par ex.

taille, organisation, branche, cercle de clients, etc.). Par contre, il n'est autorisé à fournir des informations sur des procédures juridiques que si celles-ci sont accessibles à tous. Ce principe vaut aussi pour la transmission d'informations sur les «problèmes» entre l'employeur et l'office cantonal du travail. Se pose ici notamment la question de savoir si ces informations ne sont pas soumises au secret de fonction. Il faut considérer enfin le degré de précision des informations: donner des informations générales – telles que des allusions à une mauvaise réputation – sur des faits négatifs est inadmissible.

8. Les remarques subjectives d'un employeur sur le profil de qualification d'un demandeur d'emploi ne sont guère utiles au placement. Il n'est permis de mentionner les déclarations d'un employeur que si elles dénoncent un comportement passible de sanction au chef d'efforts insuffisants pour trouver du travail.
9. Dans ces cas-là, il convient d'examiner si l'information en question est pertinente pour l'exécution de la LACI ou le placement du demandeur d'emploi. Un tel fait étant forcément déjà largement documenté dans le dossier, on peut se demander si une mention supplémentaire dans PLASTA est vraiment nécessaire.

## **Art. 36 LSE Observation du marché du travail** (art. 59 OSE)

Les cantons peuvent eux aussi publier des rapports sur la situation du marché du travail en utilisant les communications qu'ils reçoivent et les résultats de leurs propres enquêtes. Ils doivent toutefois s'assurer que les données figurant dans ces rapports ne permettent d'identifier ni les personnes ni les entreprises concernées.

## Art. 39 LSE Dispositions pénales

**A Placement, location de services sans autorisation**

Pratiquer le placement ou la location de services sans autorisation entraîne non seulement des conséquences pénales (art. 39, al. 1, let. a, LSE) mais encore des effets de droit civil:

Le **contrat de travail** conclu avec le travailleur par un bailleur de services ne possédant pas l'autorisation de pratiquer cette activité est nul. Dans ce cas, l'art. 320, al. 3, CO est applicable: les deux parties sont tenues de s'acquitter des obligations découlant des rapports de travail comme s'il s'agissait d'un contrat valable jusqu'à ce que l'une ou l'autre mette fin aux rapports de travail en raison de l'invalidité du contrat.

Les **contrats de location de services** conclus par ces entreprises avec leurs clients sont nuls. Il s'ensuit qu'un bailleur de services dépourvu d'autorisation a uniquement droit à la restitution des salaires payés aux travailleurs et des cotisations sociales y afférentes (art. 62 ss CO) mais non au paiement des frais administratifs et du bénéfice. Si l'entreprise de mission a déjà réglé sa facture, elle peut réclamer au bailleur de services le remboursement des montants indus. Comme un bailleur de services dépourvu d'autorisation agit de surcroît de manière illicite, il est tenu de réparer les éventuels dommages causés à l'entreprise de mission (art. 41 ss CO).

L'art. 39, al. 1, let. a, LSE est également applicable lorsqu'une succursale sise dans le même canton que l'établissement principal (et n'ayant donc pas besoin d'une autorisation propre) commence à pratiquer le placement ou la location de services avant que l'établissement principal ait déclaré la succursale à l'autorité compétente.

**Important: En vertu de l'art. 39, al. 2, let. 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.**

**B Contrat écrit**

La disposition pénale de l'art. 39, al. 2, let. c, LSE vise en premier lieu à assurer la protection des travailleurs. Ce but est aussi en particulier celui de l'art. 19, de l'art. 20 et des al. 2 à 5 de l'art. 22 LSE. L'al. 1 de l'art. 22 LSE sert par contre en premier lieu les intérêts de l'employeur et ne protège qu'indirectement les travailleurs. L'art. 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.

## C Poursuite pénale

Aux termes de l'art. 39, al. 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 les infractions sont passibles d'une amende à l'exception du cas prévu à l'art. 39, al. 4, LSE, elles constituent un délit et se prescrivent selon l'art. 109 du Code pénal suisse à l'expiration du délai de deux ans. Les autorités cantonales d'exécution doivent dès lors veiller à ce que les autorités pénales liquident les cas rapidement afin d'empêcher toute prescription.

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 (assujettis ou non assujettis 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
	- Facturation d'une commission ou d'une avance de la part des travailleurs loués	Amende de 40'000 francs
	- Obtention d'une autorisation par des indications erronées ou fallacieuses	Prison ou amende de 40'000 francs
Placeur ou bailleur de services assujettis 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