



Nicolas Facincani

lic. en droit, LL.M., avocat
Voillat Facincani Sutter + Partner, Zurich
www.vfs-partner.ch



Reto Picenoni

lic. en droit, LL.M., avocat
Managing Partner, Flex Suisse AG, Zurich
<https://flexsuisse.com/>



Reto Sutter

D^r en droit, LL.M., avocat, expert fiscal dipl.
Voillat Facincani Sutter + Partner, Zurich
www.vfs-partner.ch

Location de services

À quoi doit veiller un employeur mettant ses collaborateurs à disposition d'une tierce entreprise?

En ces temps de pandémie de coronavirus et de confinement, des employeurs ont soudain beaucoup moins à faire, alors que d'autres sont surchargés. Dans une telle situation, il n'est pas rare de faire transiter du personnel d'un employeur à l'autre pour l'aider à s'en sortir, sans toutefois rien changer aux contrats de travail mais avec le risque de faire peu de cas des règles applicables à la location de services. Les auteurs reviennent, dans le présent article, sur les fondements juridiques ainsi que sur les pièges du prêt de personnel, notamment sur les questions qu'il soulève au regard du droit du travail.

Est réputé bailleur de services un employeur qui détache certains de ses collaborateurs auprès d'une tierce entreprise (dite entreprise de mission ou entreprise locataire de services) pour y effectuer un travail. Le critère déterminant de délimitation d'un «mandat» exécuté chez un client, par exemple, est le fait que l'employeur cède à l'entreprise locataire de services l'essentiel de ses pouvoirs d'instruction envers les collaborateurs en question. C'est le cas notamment lorsque cette entreprise donne

des instructions sur la nature du travail à accomplir et choisit elle-même les moyens d'aide requis pour le travail. Un autre critère important peut aussi résider dans la question de savoir s'il s'agit «uniquement» de décompter les heures d'intervention ou si l'employeur se porte également garant d'une certaine réussite pour le travail de ses collaborateurs et, en cas d'insuccès, renonce à une partie du dédommagement convenu ou fait réaliser des mesures correctives à titre gracieux.

La LSE distingue trois formes de la location de services²:

- le travail temporaire,
- le travail en régie et
- la mise à disposition occasionnelle de travailleurs.

Toutes les formes de la location de services ont ceci en commun qu'elles créent une relation triangulaire entre le bailleur (employeur), l'entreprise locataire (emprunteur [«tierce entreprise»]) et les travailleurs³.

Dans les cas du travail temporaire et du travail en régie (mise à disposition de travailleurs à titre principal selon les termes de la LSE), l'objet de l'emploi consiste principalement à «prêter» des collaborateurs à d'autres entreprises. Ces deux formes sont généralement soumises à autori-

1. Formes de la location de services

Lorsqu'un employeur envisage de louer les services de ses collaborateurs à une tierce entre-

prise, il lui incombe toujours de vérifier si cette location est soumise à autorisation. C'est la loi fédérale sur le service de l'emploi et la location de services (LSE)¹ qui est pertinente en l'espèce.

sation⁴. Il s'ensuit que seules sont dispensées d'autorisation les situations dans lesquelles le bailleur soit cède ses collaborateurs à des tiers à titre non commercial, soit les leur confie de façon purement «occasionnelle»⁵.

2. Autorisation obligatoire

Les cas de location de services ne sont pas tous soumis à autorisation⁶. Seuls le sont le prêt de personnel à titre commercial sous forme de travail temporaire ou de travail en régie en Suisse ou entre la Suisse et l'étranger (inbound et outbound, autrement dit tant de l'étranger vers la Suisse que de la Suisse vers l'étranger). Il s'agit par conséquent de garder à l'esprit la location de services à caractère commercial, le travail temporaire et le travail en régie.

2.1 Travail temporaire

Il y a travail temporaire⁷ lorsque l'employeur engage ses travailleurs à seule fin de louer leurs services et ne dirige lui-même aucune entreprise de production ou de services. L'engagement a donc pour unique but la location de services. Le contrat de travail porte sur une seule mission.

2.2 Travail en régie

S'agissant du travail en régie⁸, l'engagement du travailleur a lui aussi pour but de louer ses services à des entreprises locataires. La plupart du temps, toutefois, l'employeur dispose de sa propre exploitation, au sein de laquelle il lui est loisible de faire travailler ses employés. Le contrat de travail est conclu pour une durée indépendante de chacune des missions.

2.3 Notion de faire commerce selon l'art. 29 OSE

Fait commerce de location de services au sens de l'art. 29 de l'ordonnance sur le service de l'emploi et la location de services⁹ celui qui loue les services de travailleurs à des entreprises locataires de manière régulière et dans l'intention de réaliser un profit.

- On parle d'activité régulière de location de services lorsque dix contrats ou plus sont conclus en l'espace de douze mois avec des travailleurs individuels ou un groupe de travailleurs. Par contrat il faut entendre l'accord ayant pour objet une mission ponctuelle. Selon le Secrétariat d'État à l'économie (SECO), 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.
- Il y a intention de réaliser un profit lorsque le prix facturé pour la mise à disposition des tra-

vailleurs dépasse le coût effectif de cette prestation, à savoir les salaires et les frais auxiliaires de salaire (100%), plus la quote-part des frais d'administration (5% max.). L'entreprise fait également commerce de location de services si elle réalise à ce titre un chiffre d'affaires annuel d'au moins 100000 francs¹⁰.

2.4 Mise à disposition occasionnelle de personnel

S'il n'y a qu'une mise à disposition occasionnelle¹¹ de travailleurs, on est en présence d'une location rare, à court terme et pas spécialement planifiée de services à un tiers. La location de travailleurs ne faisant pas partie de l'offre standard proprement dite du bailleur, cette location ne présente donc aucun caractère régulier. Imaginons une entreprise qui, suite à une perte (passagère) de chiffre d'affaires, n'est plus à même d'occuper tous les travailleurs et qui, au lieu de les congédier, les place à titre provisoire dans une tierce entreprise: il s'agit là d'une location de services non soumise à autorisation.

Il y a lieu néanmoins de veiller à certaines entraves relevant du droit du travail: en vertu du Code des obligations, un employeur ne peut pas obliger ses employés à travailler pour un tiers¹², et ce, même si ce tiers est une société faisant partie du groupe de l'employeur, à moins que ce placement ne se fasse sur mandat de sa part, sans transfert des pouvoirs d'instruction. Si, en revanche, il y a transfert temporaire des rapports de travail – plus précisément du pouvoir d'instruction à un tiers sans le consentement de l'intéressé –, les travailleurs peuvent légalement refuser d'accomplir leur mission. Dans ces circonstances, une résiliation ne serait sans doute pas abusive, mais à apprécier au cas par cas¹³. Cela dit, en raison du devoir de fidélité imposé par le droit du travail, il peut arriver que le travailleur soit tenu de donner son accord à la cession des rapports de travail. C'est le cas, par exemple, lorsqu'après un incendie, il ne lui est plus possible de poursuivre son activité auprès de son employeur.

3. Réglementation générale à observer par le bailleur de services

3.1 Dispositions applicables à tous les bailleurs

Il existe des dispositions applicables à tous les bailleurs de services, qu'il s'agisse ou non d'un prêt de personnel à caractère commercial et donc soumis à autorisation¹⁴.

- Si les offres d'emploi sont mises au concours public, les entreprises de location de services doivent indiquer leur nom et leur adresse exacte, en précisant clairement sur l'appel

d'offres que les travailleurs sont engagés pour la location de services.

- Il y a lieu d'observer des règles spéciales en matière de protection des données. Les données relatives aux demandeurs d'emploi et aux postes vacants qui permettent de tirer des conclusions sur la personne ou l'entreprise locataire de services ne peuvent être diffusées qu'avec l'assentiment exprès de la personne concernée. L'archivage de ces données après cessation de l'activité de location de services n'est possible lui aussi qu'avec l'accord écrit de l'intéressé, qui peut se rétracter à tout moment.
- Le contrat de travail entre le bailleur et les demandeurs d'emploi doit être conclu par écrit. La loi cite les questions à régler par écrit et fixe des délais de résiliation spéciaux pour les contrats temporaires.
- Les frais doivent être attestables. Dans le cas contraire, ils sont considérés comme salaire. Les forfaits sont interdits.
- Les dispositions contractuelles qui empêchent les employés de conclure un contrat de travail avec l'entreprise locataire au terme de leur mission sont nulles.
- Si une entreprise locataire de services est sous l'empire d'une convention collective de travail, elle est tenue de respecter les dispositions de celle-ci sur le salaire et le temps de travail.
- Le contrat de location de services entre le bailleur et l'entreprise locataire doit être passé par écrit, étant entendu que sa teneur minimale est imposée par la loi.
- L'entreprise locataire de services ne peut engager en Suisse que des étrangers autorisés à y exercer une activité lucrative et à y changer d'emploi ou de profession.

3.2 Dispositions applicables aux bailleurs soumis à autorisation

En outre, la location de services soumise à autorisation obéit aux dispositions supplémentaires suivantes:

- Le bailleur de services doit être inscrit au registre suisse du commerce¹⁵.
- Il doit disposer d'un local commercial approprié¹⁶.
- Il ne doit exercer, en dehors de la location de personnel, aucune autre activité professionnelle pouvant nuire aux intérêts des travailleurs ou des entreprises locataires de services¹⁷.
- Les personnes responsables de la gestion doivent être de nationalité suisse ou ressortissantes d'un État de l'UE/AELE, ou encore posséder un permis d'établissement. Elles doivent assurer une location de services satisfaisant aux règles de la profession et jouir d'une bonne réputation. D'une façon générale, ces per-

sonnes possèdent les compétences professionnelles nécessaires si elles ont achevé un apprentissage ou suivi une formation équivalente et peuvent se prévaloir d'une expérience professionnelle de plusieurs années. De plus, elles doivent posséder une formation reconvenue de placeur ou de bailleur de services, ou encore une expérience professionnelle d'au moins trois ans dans les domaines du placement, de la location de services, du conseil en personnel, en organisation ou en entreprise ou de la gestion du personnel¹⁸.

- En outre, l'autorisation de louer les services de travailleurs vers l'étranger n'est délivrée que si les responsables de la gestion donnent l'assurance que l'entreprise dispose de personnel connaissant suffisamment les conditions régnant dans les États concernés, notamment leur législation en matière d'entrée, d'exercice d'une activité lucrative et de location de services. La location d'immigrés fraîchement arrivés en Suisse (qui n'est autorisée qu'à titre exceptionnel) requiert une bonne connaissance de la législation helvétique sur les étrangers¹⁹.
- Le bailleur de services est tenu de fournir des sûretés en garantie des prétentions de salaire de ses travailleurs. À ce titre, il est tenu de déposer auprès de l'autorité cantonale qui délivre l'autorisation une caution de 50 000 à 150 000 francs²⁰.
- Le bailleur de services doit, sur demande de l'autorité de délivrance, fournir tous les renseignements nécessaires et présenter les documents requis. Il rend compte chaque année de son activité de location de services.
- L'autorité de délivrance doit en outre être informée sans délai de toute modification des renseignements figurant sur la demande d'autorisation (p. ex. changement d'adresse, de personne responsable, de forme juridique, de caution, adaptations contractuelles, etc.).
- La location par un bailleur étranger de services de l'étranger vers la Suisse n'est pas autorisée, sauf rares exceptions (p. ex. location de services intragroupe).

3.3 Nature de l'autorisation

Les bailleurs de services qui n'exercent cette activité que sur le territoire suisse requièrent une autorisation cantonale. Les entreprises qui louent leurs services de Suisse vers l'étranger ou qui louent les services de nouveaux arrivants étrangers en Suisse ont besoin en outre d'une autorisation fédérale.

4. Liens contractuels

4.1 Le contrat de travail

Le bailleur de services conclut avec le travailleur un contrat portant sur ses futures missions. En

cas de travail temporaire, il s'agit en règle générale de deux contrats, à savoir un contrat-cadre dans lequel sont convenues les modalités générales, et un contrat précisant les modalités des missions concrètes à venir au sein de l'entreprise locataire de services.

Les contrats de travail peuvent en principe être conclus oralement. Pour le travail en régie et le travail temporaire, toutefois, le bailleur de services est tenu de passer avec le travailleur un contrat écrit dont le contenu minimal obéit à un certain nombre de règles²¹, à savoir:

- le genre de travail à fournir;
- le lieu de travail et le début de l'engagement;
- la durée de l'engagement ou le délai de résiliation;
- l'horaire de travail;
- le salaire, les indemnités et allocations éventuelles ainsi que les déductions afférentes aux assurances sociales;
- les prestations dues en cas d'heures supplémentaires, de maladie, de maternité, d'accident, de service militaire et de vacances;
- les dates de paiement du salaire, des allocations et des autres prestations.

Le non-respect de la forme écrite ou l'incomplétude du contrat, s'ils n'entraînent pas la nullité du document, risquent par contre de coûter une amende pouvant aller jusqu'à 40 000 francs²². Des infractions graves ou répétées peuvent se solder par le retrait de l'autorisation²³.

La LSE prévoit par ailleurs des régimes spéciaux dérogeant au Code des obligations (CO), auxquels il convient de veiller.

Dans la pratique, un point particulièrement important est le fait que le contrat de travail est soumis à une éventuelle CCT ou à un contrat-type de travail (CTT) de l'entreprise locataire de services. Les bailleurs doivent y veiller tout spécialement.

4.1.1 Délais de congé conformément à la LSE

La LSE prévoit pour la location de services des délais de congé spéciaux qui diffèrent des délais fixés dans le CO.

Pour les contrats à durée indéterminée en cas de travail temporaire, ces délais sont les suivants:

- pendant les trois premiers mois: deux (2) jours ouvrables;
- du quatrième au sixième mois: sept (7) jours ouvrables;
- à compter du septième mois: les délais de résiliation sont ceux prévus à l'art. 335c CO.

4.1.2 Délais de résiliation conformément à la CCTL

Indépendamment de la CCT ou du CTT éventuellement en vigueur dans le secteur d'activité de l'entreprise locataire de services, il convient

aussi de veiller à la CCT Location de services («CCTL»)²⁴.

Les entreprises de location de services qui sont détentrices d'une autorisation au sens de la LSE et dont l'activité principale réside dans le prêt de personnel sont soumises à la CCTL. De ce fait, la CCTL s'applique automatiquement à leurs travailleurs temporaires dont le salaire dépasse le gain maximal assuré par la Suva (état en 2022: 148 200 francs).

Les délais de résiliation applicables aux contrats de travail à durée indéterminée en cas de travail temporaire sont les suivants:

- pendant les trois premiers mois: deux (2) jours ouvrables;
- du quatrième au sixième mois inclus: sept (7) jours;
- dès le septième mois: le délai de résiliation est toujours d'un mois pour le même jour du mois suivant. Il n'est pas (ou plus) prolongé à mesure que la durée de la mission croît.

4.1.3 Modalités de résiliation

Les délais de congé susmentionnés (LSE et CCTL) sont partiellement impératifs (pour la CCTL voir le point 6.5). Il s'agit là de délais minimaux qu'il est possible de prolonger contractuellement, mais pas de raccourcir.

Un délai de congé peut être signifié à tout moment, pas seulement pour la fin d'un mois.

Le droit de résiliation appartient, du côté de l'employeur, exclusivement au bailleur de services, mais pas à l'entreprise locataire de services²⁵. Ce principe vaut aussi en cas de congé sans préavis.

En cas de nouvelle mission dans une autre entreprise locataire de services ou assortie de fonctions ou de tâches nouvelles dans la même entreprise locataire, un nouveau délai de congé – sous réserve de contrats en chaîne illicites – commence à courir.

Durant le temps d'essai, les rapports de travail peuvent en principe être résiliés aussi en cours de maladie, d'accident, de service militaire ou de maternité.

4.2 Le contrat de location de services

La qualification du contrat passé par le bailleur de services avec l'entreprise locataire, à savoir le contrat de location de services, n'est pas défini dans l'absolu; il est considéré comme un mandat spécial ou un type de contrat particulier, dit contrat sui generis.

Dans le contrat de location de services, le bailleur s'engage – avec la diligence requise – à sélectionner un travailleur pour l'entreprise locataire, à l'instruire et à le mettre à la disposition de cette entreprise. L'entreprise de location de services s'engage en contrepartie à verser une indemnité au bailleur de services et à remplir certains devoirs d'employeur.

En vertu de l'art. 22 LSE, le contrat de location de services doit impérativement être conclu par écrit et indiquer des éléments déterminés, que voici :

- 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.

Là encore, le non-respect de la forme écrite ou l'incomplétude du contrat n'entraînent pas sa nullité, mais peuvent conduire à une amende de 40 000 francs au maximum²⁶ et, en cas d'infractions graves ou répétées, au retrait de l'autorisation²⁷.

Le bailleur de services répond non pas de l'exécution correcte de la prestation de travail, mais uniquement de l'aptitude générale des travailleurs mis à sa disposition à fournir la prestation de travail prévue. Pour que l'entreprise locataire de services puisse imposer cette prestation de travail, elle doit céder au bailleur d'éventuels droits à l'encontre du travailleur qui a mal exécuté sa prestation ou – si c'est possible – les faire valoir pour le bailleur. Il convient dans ce cas de régler séparément une éventuelle rétrocession. Il est parfois présumé dans la pratique qu'il est conforme à la volonté du bailleur et du travailleur que l'entreprise locataire dispose d'un droit de réclamation direct envers le travailleur (art. 112 al. 2 CO). Toutefois, il semble que la question n'ait pas encore été tranchée définitivement sur le plan judiciaire. Aussi important-il dans le cas particulier de procéder avec prudence et professionnalisme pour imposer de telles réclamations.

4.3 Relation entre les travailleurs et l'entreprise locataire de services

L'entreprise de location de services et le travailleur ne concluent pas de contrat de travail. En revanche il existe bien entre les deux parties un certain nombre de droits et obligations tant contractuels que quasi-contractuels.

Le travailleur est tenu à l'exécution soignée du travail, à l'obéissance, à la fidélité et à la discrétion au secret envers ou en faveur de l'entreprise locataire de services.

Les devoirs de l'entreprise locataire envers le travailleur ressortent en premier lieu du contrat de location de services. Le devoir d'assistance qu'implique le pouvoir d'instruction passe à l'entreprise locataire de services et procède de

l'intégration effective du travailleur au sein de cette entreprise.

L'entreprise locataire de services, par contre, n'est pas tenue au respect des obligations financières découlant du devoir d'assistance (obligation de verser le salaire, cotisations de prévoyance professionnelle). Ces obligations incombent au bailleur de services et à lui seul. De même, le travailleur ne jouit en règle générale d'aucun droit direct au salaire envers l'entreprise locataire de services.

L'appréciation judiciaire de la question nécessitait de savoir à qui, au bailleur ou à l'entreprise locataire, revenait le résultat du travail pendant la durée de l'engagement. Il revient à l'entreprise locataire de services²⁸.

5. Distinction entre exécution d'un mandat et location de services

Il est possible de recourir aux critères que voici pour distinguer la location de services de l'exécution d'un mandat proprement dit :

- Qui dispose des pouvoirs de direction et de contrôle et où se situe le rapport de subordination²⁹?
- Les missions sont-elles facturées?
- Comment le travailleur est-il intégré dans l'organisation de travail du bénéficiaire de la prestation (tiers)?
- Est-il fait usage de moyens auxiliaires du bénéficiaire de la prestation pour fournir cette prestation?
- Qui assume le risque que le travailleur n'exécute pas la prestation souhaitée?

5.1 Pouvoirs d'instruction et de contrôle, rapports de subordination

Si les pouvoirs d'instruction et de contrôle sont considérés comme une caractéristique essentielle de la fourniture d'une prestation de travail dans l'entreprise locataire de services (ou entreprise de mission selon le SECO), sachant que les compétences d'instruction quant à la nature³⁰ du travail à effectuer et au choix des moyens auxiliaires constituent une telle caractéristique, cela permet selon le SECO de conclure à l'existence d'une location de services³¹. Le SECO précise par ailleurs que les conditions de cession des pouvoirs d'instruction et de contrôle sont probablement déjà remplies dès lors que le bailleur de services et l'entreprise de mission partagent le pouvoir d'instruction³².

Selon le Tribunal administratif fédéral (TAF), le pouvoir d'instruction en matière de location de services va nettement plus loin qu'un simple rapport de travail. Le mandant dispose certes d'un pouvoir d'instruction à l'égard du mandataire en vertu de l'art. 397 al. 1 CO, mais ce pouvoir

porte uniquement sur la fourniture concrète de l'activité cédée³³.

5.2 Décompte des heures de mission

Un autre critère déterminant l'existence d'une location de services est, selon le SECO, l'obligation d'établir le décompte des heures effectuées. Autrement dit, les heures, semaines ou mois de mission du travailleur sont facturés par le bailleur de services; en revanche, il n'y a pas de prix fixe convenu d'avance pour la prestation de travail³⁴. A contrario le fait de convenir d'un plafond de dépenses ou d'un prix maximum – si le décompte du bailleur de services porte sur le temps de travail effectué par le travailleur – est un indice qui parle en défaveur de la location de services. La doctrine, elle aussi, voit dans le calcul par le bailleur de services de l'indemnisation sur la base du temps de travail effectué par le travailleur et indépendamment de la fourniture d'un résultat de travail déterminé, l'indice de l'existence d'une location de services. Il convient toutefois de relativiser ce critère: en effet, dans certains secteurs (dont celui de l'informatique, p. ex.), la pratique courante consiste en un décompte selon le temps de travail effectué. Dans ce cas, il doit être possible de faire le décompte du temps de travail effectif (sans plafond de dépenses), sans affirmer directement l'existence d'une location de services.

5.3 Intégration dans l'organisation du travail et moyens auxiliaires du bénéficiaire de la prestation

Le SECO considère que le critère de l'intégration du travailleur dans l'organisation de l'entreprise de mission est rempli dès lors que le travailleur travaille avec les outils, le matériel, les instruments de l'entreprise de mission, principalement au siège de celle-ci et selon ses horaires. Ce faisant, il n'y a pas, selon le SECO, location de services si le travailleur ne fournit pas exclusivement sa prestation de travail au siège de l'entreprise de mission et dans le cadre de ses horaires³⁵.

Le TAF précise lui aussi dans l'arrêt B-1687/2010 que le travailleur dont les services sont loués – à la différence de rapports de travail reposant sur un mandat – exerce habituellement son activité dans les locaux de l'entreprise de mission³⁶.

5.4 Responsabilité en cas de mauvaise exécution

Le SECO explique dans ses directives que la seule responsabilité qu'assume le bailleur de services vis-à-vis de l'entreprise de mission est celle du bon choix du travailleur³⁷. Il ne garantit aucun résultat contractuel. En d'autres termes, le bailleur de services n'assume aucune garantie en cas de non-réalisation des objectifs fixés par l'entreprise de mission, ne fait pas de rabais

sur le prix convenu ni ne fournit des prestations réparatoires gratuites³⁸.

La responsabilité en matière de location de services s'apprécie différemment de celle concernant les rapports contractuels sous forme de mandat. Le bailleur de services répond envers l'entreprise de mission non pas de la bonne exécution du travail, mais uniquement de la recherche minutieuse, du choix et de l'instruction du travailleur. À l'inverse, un mandataire répond de la bonne et fidèle exécution du mandat selon les termes de l'art. 398 al. 2 CO³⁹. Ainsi, le critère déterminant est de savoir si le prestataire répond ou non de la qualité des prestations ou du résultat du travail des travailleurs qui lui sont confiés. Si sa responsabilité est engagée, c'est là un indice qui parle contre l'existence d'une location de services. Cependant, selon le Tribunal fédéral – vu les fondements et conséquences controversés de la responsabilité –, le fait de qualifier les rapports de droit sur la seule base des dispositions régissant la responsabilité manque d'objectivité. En conséquence, une location de services ne saurait être exclue du seul fait de conditions de responsabilité convenues sous forme de mandat⁴⁰.

Depuis le 1^{er} janvier 2012, la Suisse dispose de la convention collective de travail Location de services (CCTL) dont la version révisée actuelle est entrée en vigueur le 1^{er} juillet 2021.

6. CCTL

6.1 Champ d'application

La CCTL est applicable dans toute la Suisse, autrement dit chaque fois que le lieu de travail effectif du travailleur loué est situé sur le territoire suisse. La question peut être de savoir si l'implantation en Suisse du siège du bailleur de services ou de l'entreprise de mission entraîne l'applicabilité de la CCTL.

La CCTL est applicable aux entreprises qui (1) sont titulaires d'une autorisation de location de services en vertu de la LSE et (2) dont l'activité principale est la location de services.

Sont exclus de l'extension d'application de la CCTL les travailleurs dont le salaire dépasse le gain maximal assuré par la Suva (actuellement 148 200 francs) et qui sont loués par des entreprises agricoles en difficulté. Cette convention ne s'applique en tout cas qu'à des travailleurs dont les services sont loués, pas à ceux qui exercent leur activité pour le bailleur lui-même, p. ex. ses administrateurs.

La CCTL s'applique à titre complémentaire, parfois en lieu et place de certains régimes, aux entreprises locataires de services qui sont soumises à une autre convention collective de travail. Elle précise les exceptions pour certaines entreprises. En cas de collision entre la CCTL et une autre CCT applicable, il y a lieu de déci-

der quelle est celle des deux conventions qui est prioritaire. La pratique a élaboré à ce propos des règles en matière de collision.

6.2 Teneur de la CCTL

La CCTL régit de nombreux points importants pour les rapports de travail entre le travailleur loué et les entreprises, autrement dit l'entreprise bailleuse et l'entreprise locataire de services. Il s'agit notamment des points suivants:

- Les salaires minimaux sont fixés en fonction du niveau de formation et de la région.
- Les salaires minimaux sont relevés par tranches progressives en Suisse alémanique et en Suisse romande.
- 13^e mois de salaire pour toutes les missions.
- Le mode de calcul du salaire brut est fixé pour toutes les entreprises qui ne sont soumises à aucune CCT autre que la CCTL.
- Les vacances sont calculées à partir de la somme du salaire de base et des jours de congé.
- La durée ordinaire de travail est de 42 heures hebdomadaires.
- La rémunération des heures supplémentaires ainsi que les indemnités de vacances et pour jours fériés sont clairement définies.
- Un fonds a été constitué pour la formation continue de travailleurs loués.
- Les divers régimes de prévoyance professionnelle ont été unifiés pour tous les travailleurs loués.
- Il existe une assurance obligatoire pour l'indemnité journalière en cas de maladie, qui doit couvrir 60 jours en cas de missions limitées à 13 semaines, et 720 jours pour toutes les autres missions⁴¹.
- Les cotisations professionnelles fixées dans la CCT s'élèvent à 1,0% du salaire brut, dont 0,3% à charge de l'employeur et 0,7% à charge du travailleur. Elles sont affectées à la promotion de la formation continue, au fonds social et à l'exécution de la CCTL.
- Le plafond de temps de travail supplémentaire quotidien donnant lieu à une majoration du salaire passe de 9 à 9,5 heures. Toutefois, le plafond de l'horaire de travail hebdomadaire donnant lieu à un supplément salarial reste fixé à 45 heures, ce qui permet une certaine flexibilisation de l'horaire de travail quotidien.

6.3 Durée d'engagement (art. 5 CCTL)

Pour toutes les prestations qui dépendent de la durée d'engagement du travailleur loué, les missions effectuées dans la même entreprise de location de services sur une période de 122 mois sont additionnées, sachant qu'un mois est réputé comporter 22 jours rémunérés de travail, vacances, jours fériés, maladie et accidents. Ce régime ne vaut pas pour le temps

d'essai et le délai de résiliation. Il revêt une importance particulière au regard de l'obligation d'indemniser les jours de vacances coïncidant avec un jour ouvrable, pour les prestations de l'assurance indemnité journalière maladie et pour l'assurance obligatoire au titre de la prévoyance professionnelle.

6.4 Temps d'essai (art. 10 CCTL)

Pour les travailleurs bénéficiant d'un contrat à durée indéterminée et dont l'engagement donne naissance à une nouvelle relation contractuelle, les trois premiers mois sont réputés temps d'essai. Pour les contrats à durée déterminée, les deux premiers tiers, mais au maximum trois mois, sont réputés temps d'essai. Ce dernier peut être réduit et il est possible aussi d'en dispenser le travailleur.

6.5 Résiliation (art. 11 CCTL)

Les délais de résiliation définis dans la CCTL ne s'appliquent qu'aux travailleurs accomplissant un travail temporaire. Toutes les autres formes de location de services sont soumises aux délais de congé prévus par le droit du travail (CO) ou par des régimes prévalant sur le CO.

Pendant le temps d'essai, les rapports de travail des travailleurs temporaires peuvent être résiliés moyennant un préavis de deux jours ouvrables. Ce délai vaut sans doute également pour les engagements de durée déterminée.

Concernant l'engagement à durée indéterminée de travailleurs temporaires, les préavis de résiliation sont de deux jours ouvrables pendant les trois premiers mois et de sept jours du quatrième au sixième mois inclus. À partir du septième mois, le délai de résiliation est d'un mois pour le même jour du mois suivant (voir aussi les régimes prévus par la loi sur le service de l'emploi et la location de services, LSE).

6.6 Temps de travail (art. 12 CCTL)

La CCTL prévoit un temps de travail normal de 42 heures par semaine, de la 43^e à la 45^e heure hebdomadaire, il s'agit d'heures supplémentaires à payer sans supplément ou à compenser pour la même durée. On est néanmoins déjà en présence d'heures supplémentaires s'il a été convenu avec le travailleur loué, dans le contrat individuel, d'un temps de travail hebdomadaire normal de moins de 42 heures et si ce travailleur effectue des heures supplémentaires par rapport à ce temps de travail normal. Le temps de travail dépassant 9,5 heures par jour ou 45 heures par semaine doit être considéré comme du travail supplémentaire quotidien ou hebdomadaire et rémunéré, les jours ouvrables, avec un supplément salarial de 25% et, le dimanche, avec un supplément de 50% (salaire de base + part du 13^e salaire). Les temps de travail supplémentaire quotidien et hebdomadaire ne

peuvent pas être cumulés. C'est toujours le nombre le plus élevé d'heures par semaine qui est pris en compte.

6.7 Vacances (art. 13 CCTL)

Conformément à la CCTL, le droit aux vacances est en principe de 20 jours ouvrables; jusqu'à l'âge de 20 ans et dès l'âge de 50 ans révolus, les travailleurs loués ont un droit aux vacances de 25 jours.

Dans le calcul du salaire afférent aux vacances, on recourt aux taux (usuels) de 8,33% pour 20 jours de vacances et de 10,6% pour 25 jours de vacances. Il faut y intégrer également des éléments de salaire variables tels que commissions, participations au chiffre d'affaires, etc., tout comme les suppléments versés régulièrement pour le travail du dimanche, de nuit et autres. En cas de fluctuations de revenu, il est tenu compte du salaire moyen perçu durant une période de référence raisonnable.

Le paiement du salaire afférent aux vacances peut avoir lieu, dans le cas de rapports de travail uniques de trois mois au maximum, directement avec le versement du salaire, mais doit figurer séparément sur le décompte de salaire. Pour toutes les autres relations de travail, le paiement ne peut avoir lieu qu'au moment de la prise des vacances ou en cas de cessation définitive des rapports de travail, pour autant que l'exercice du droit ne soit pas possible ou pas licite pendant le délai de résiliation.

Le solde des jours de vacances doit figurer sur les décomptes de salaire. ■

¹ LSE [RS 823.11].

² Art. 27 OSE.

³ Voir aussi: Looser Fabian, *Der Personalverleih, Unter besonderer Berücksichtigung des GAV Personalverleih*, thèse, Bâle 2015, cm. 61 ss.

⁴ Art. 28 al. 1 OSE; voir aussi: Ritter Andreas, *Das revidierte Arbeitsvermittlungsgesetz*, thèse, Berne 1994, p. 116s.

⁵ Cf. Drechsler Christian, *Personalverleih: unscharfe Grenzen*, in: *AJP 2010*, p. 317 ss.

⁶ Ne sont pas soumis à autorisation en vertu de l'art. 28 al. 2 OSE «les entreprises qui louent exclusivement les services du propriétaire ou du copropriétaire de l'entreprise». Pour savoir qui est réputé copropriétaire, cf. Gersbach Christian/Gross Marcel, in: *Etter Boris/Facincani Nicolas/Sutter Reto, Arbeitsvertrag*, art. 319 N 16.

⁷ Art. 27 al. 2 OSE.

⁸ Art. 27 al. 3 OSE.

⁹ OSE [RS 823.111].

¹⁰ SECO, Directives et commentaires relatifs à la loi fédérale du 6 octobre 1989 sur le service de l'emploi et la location de services, à l'ordonnance du 16 janvier 1991 sur le service de l'emploi et la location de services et à la l'ordonnance du 16 janvier 1991 sur les émoluments, commissions et sûretés en vertu de la loi sur le service de l'emploi, Berne 2003, p. 71 (ci-après: SECO, Directives).

¹¹ Cf. art. 27 al. 4 OSE.

¹² Art. 333 al. 4 CO. Voir aussi à ce propos Facincani Nicolas/Sutter Reto, in: *Etter Boris/Facincani Nicolas/Sutter Reto, Arbeitsvertrag*, art. 333 N 85ss.

¹³ Art. 336ss. CO.

¹⁴ Mais pas dans le cadre de l'art. 27 al. 4 OSE (mise à disposition occasionnelle de travailleurs). En l'espèce, c'est le droit du travail qui s'applique, à savoir que les travailleurs ne sont pas engagés au titre de la location de services. S'ils étaient employés à ce titre, il y aurait soit travail temporaire, soit service de location.

¹⁵ Art. 13 al. 1 let. a LSE.

¹⁶ Art. 13 al. 1 let. b LSE.

¹⁷ Art. 13 al. 1 let. c LSE et art 32 OSE.

¹⁸ Art. 13 al. 2 let. a–c LSE; art. 33 OSE.

¹⁹ Art. 13 al. 3 LSE.

²⁰ Objet: garantie des prestations de salaire, art. 14 al. 1 LSE.

²¹ Art. 19 LSE.

²² Art. 39 al. 2 let. c LSE.

²³ Art. 16 al. 1 let. b LSE.

²⁴ À propos du CCT Location de services, voir notamment le point 6 du présent article.

²⁵ Basler Kommentar zum CO, Portmann Wolfgang, art. 319 N 23; Bachmann Roland, *Verdeckter Personalverleih: Aspekte zur rechtlichen Ausgestaltung, zur Bewilligungspflicht, zum Konzernverleih und zu Verleih mit Auslandsberührung*, in: *Arbeitsrecht 2010*, p. 70.

²⁶ Art. 39 al. 2 let. c LSE.

²⁷ Art. 16 al. 1 let. b LSE.

²⁸ Arrêt de la Cour suprême lucernoise du 26 juin 2007 en 2008.

²⁹ Voir aussi: Kull Michael, *Die Abgrenzung des einfachen Auftrags zum Personalverleih am Beispiel der hauswirtschaftlichen Tätigkeit*, in: *AJP 2013*, p. 1485ss.

³⁰ Kull Michael, *Personalverleih oder Auftrag?*, in: *AJP 2016*, p. 781: Il s'agit aussi de l'étendue des pouvoirs d'instruction ainsi que de l'organisation de la prestation de travail dans l'entreprise locataire.

³¹ SECO, Directives, p. 66.

³² Cf. ATF 2C_543/2014, consid. 2.5ss., consid. 4.1.; ATF 2C_356/2012, consid. 3.5. La critique vise en particulier la doctrine selon laquelle les conditions évoquées s'appliquent principalement au secteur de l'encadrement et du service de maison (voir Kull Michael, *Die Abgrenzung des einfachen Auftrags zum Personalverleih am Beispiel der hauswirtschaftlichen Tätigkeit*, in: *AJP 2013*, p. 1490). L'argumentation porte surtout sur le besoin accru de protection (cf. Pärli Kurt, *Urteil des BGer 2C_543/2014 vom 26. November 2014, Pflegerecht 2015*, p. 118).

³³ Arrêt du TAF B-1687/2010, consid. 5.3.3.

³⁴ SECO, Directives, p. 66.

³⁵ SECO, Directives, p. 66s. Autre avis: Senti Christoph, *Auftrag oder Personalverleih? Rechtliche Gratwanderung mit drastischen Folgen*, in: *AJP 2013*, p. 363, selon lequel «l'insertion au sein de l'entreprise est, comme telle, un critère qui manque de précision» car il conviendrait alors de vérifier si le travailleur y a été contraint.

³⁶ Arrêt du TAF B-1687/2010, consid. 5.3.3.

³⁷ Il est question ici du soin apporté au choix du collaborateur (cura in eligendo). Elle répond en outre de l'instruction du travailleur (cura in instruendo) et du soin quelle apporte en matière de surveillance et de contrôle (cura in custodiendo). Looser Fabian, *Der Personalverleih: Unter besonderer Berücksichtigung des GAV Personalverleih*, thèse, Bâle 2015, cm. 882.

³⁸ SECO, Directives, p. 66s. Justification aussi du fait que dans les rapports de travail, un contenu positif des prestations fait lui aussi l'objet de la convention (Basler Kommentar CO I-Weber, art. 394 N 6 CO).

³⁹ Cf. arrêt du TAF B-1687/2010, consid. 5.3.4.

⁴⁰ Arrêt du TF 2C_356/2012 du 11 février 2013, consid. 5.3.

⁴¹ Cf. arrêt du TF 4A_237/2020 du 25 juin 2020.