



## Arrêt du 15 novembre 2016

---

Composition

Pietro Angeli-Busi (président du collège),  
Ronald Flury, Pascal Richard, juges,  
Yann Grandjean, greffier.

---

Parties

**X.** \_\_\_\_\_,  
représentée par Maître Nathalie Berger,  
CJE Sàrl,  
recourante,

contre

**Secrétariat d'Etat à l'économie SECO,**  
Holzikofenweg 36, 3003 Berne,  
autorité inférieure.

---

Objet

Service de l'emploi et location de services.

**Faits :****A.**

**A.a** La société X. \_\_\_\_\_ (ci-après : la bailleuse de services ou la recourante) est une société active dans les domaines du placement privé et de la location de services. Elle est au bénéfice des autorisations cantonales et fédérales de pratiquer depuis le (...), respectivement le (...).

**A.b** Par courriel du 7 mai 2013, la bailleuse de services a soumis au Secrétariat d'Etat à l'économie SECO (ci-après : l'autorité inférieure) une nouvelle version de son contrat-cadre de travail temporaire (ci-après : le contrat-cadre).

L'art. 32 du contrat-cadre est ainsi rédigé :

Art. 32 – assurance accident

Le collaborateur qui travaille en moyenne au moins huit heures par semaine est assuré contre les accidents non professionnels.

La couverture garantit une indemnité de 80% du gain journalier assuré moyen dès le 3<sup>ème</sup> jour suivant celui de l'accident. Le versement de cette indemnité est décidé par la SUVA [Caisse nationale suisse d'assurance en cas d'accidents] qui en détermine souverainement l'octroi et le montant journalier.

Si les prestations d'assurances ne sont versées qu'après un délai d'attente, l'employeur doit verser pendant cette période 4/5<sup>ème</sup> du salaire conformément aux dispositions légales.

Les prestations de la SUVA sont subrogées au paiement obligatoire du salaire conformément aux arts. 324a et 324b CO [Loi fédérale du 30 mars 1911 complétant le code civil suisse (Livre cinquième : Droit des obligations ; CO, RS 220)]. A condition que les rapports de travail aient duré plus de trois mois ou qu'ils aient été conclus pour plus de trois mois (art. 324a/324b CO), [la bailleuse de services] paye le salaire du collaborateur pendant le délai d'attente dès la reconnaissance de l'accident par la SUVA, [la bailleuse de services] prend à sa charge le paiement des cotisations contre les accidents professionnels et le collaborateur celles contre les accidents non professionnels.

**A.c** L'autorité inférieure et la bailleuse de services ont mené différents échanges de vues au sujet de l'art. 32 du contrat-cadre.

**A.d** L'autorité inférieure a sollicité l'avis de l'Office fédéral de la santé publique OFSP. Celui-ci, par courriel du 6 novembre 2013, a transmis une prise de position datant du 22 juin 2011 concernant une affaire liée à

l'assurance-accidents ; il en ressort que l'OFSP estime que l'obligation de verser le salaire du travailleur durant les deux jours de carence existe aussi si les rapports de travail ont duré moins de trois mois.

**A.e** La bailleresse de services a versé au dossier un avis de droit, émanant de A.\_\_\_\_\_, daté du 10 mars 2014.

**A.f** Par courriel du 18 juillet 2014, la bailleresse de services, tout en renonçant à la clause litigieuse, a demandé à l'autorité inférieure de rendre une décision à son sujet.

**A.g** Par décision du 21 août 2014, l'autorité inférieure a prononcé ce qui suit :

1. [La bailleresse de services] ne peut pas user dans [son contrat-cadre] d'une clause relative à l'obligation de l'employeur de verser le salaire en cas d'accident prévoyant que « A condition que les rapports de travail aient duré plus de trois mois ou qu'ils aient été conclus pour plus de trois mois (art. 324a/324b CO), [la bailleresse de services] paye le salaire du collaborateur pendant le délai d'attente dès la reconnaissance de l'accident par la SUVA ».
2. Dans la mesure où [la bailleresse de services] devait faire apparaître dans [le contrat-cadre] la clause mentionnée ci-avant ou des clauses analogues, nous serions contraints de retirer les autorisations fédérales de pratiquer la location de services de toutes les succursales de [la bailleresse de services].

A l'appui de sa décision, l'autorité inférieure, rappelant la teneur des art. 324a et 324b al. 1 et 3 CO, explique que, selon elle, l'obligation de verser les quatre cinquièmes au moins du salaire pendant le délai d'attente n'est pas soumise à la condition de l'art. 324a CO, à savoir que les rapports de travail aient duré plus de trois mois ou aient été conclus pour plus de trois mois. Elle fait valoir qu'il s'agit ici d'une pratique de longue date de sa part, appliquée aux 3'325 entreprises actuellement au bénéfice d'une autorisation de pratiquer la location de services (état au 13 août 2014), selon le principe de l'égalité de traitement. Elle relève que l'organisation faïtière du travail temporaire, B.\_\_\_\_\_, utilise également une clause qui suit sa pratique. Elle souligne que la majorité de la doctrine partage cet avis et que cela ressort aussi du message du Conseil fédéral dont sont issues les dispositions topiques du CO. Elle rappelle la prise de position de l'OFSP (lettre A.d). Sur la base de ce qui précède, l'autorité inférieure conclut que la clause litigieuse contrevient aux dispositions légales précitées du CO. L'autorité inférieure rappelle encore la teneur de l'art. 16 al. 1 let. b et al. 2 de la loi fédérale du 6 octobre 1989 sur le service de

l'emploi et la location de services (LSE, RS 823.11) pour fonder le chiffre 2 du dispositif de sa décision.

## **B.**

Par acte du 18 septembre 2014, la bailleresse de services a déposé un recours contre cette décision auprès du Tribunal administratif fédéral (ci-après : le Tribunal ou le TAF). Elle conclut à ce qu'il plaise au Tribunal de :

1. Annuler la décision [de l'autorité inférieure] du 21 août 2014.
2. Partant, autoriser [la recourante] à user, dans [le contrat-cadre] de l'art. 32, plus particulièrement du passage suivant de cet article : « [...] Les prestations de la SUVA sont subrogées au paiement obligatoire du salaire conformément aux arts. 324a et 324b CO. A condition que les rapports de travail aient duré plus de trois mois ou qu'ils aient été conclus pour plus de trois mois (art. 324a/324b CO), [la recourante] paye le salaire du collaborateur pendant le délai d'attente dès la reconnaissance de l'accident par la SUVA. [...] ».
3. Avec suite de frais et dépens.

A l'appui de son recours, la recourante avance plusieurs arguments contre la position de l'autorité inférieure. La recourante explique d'abord que la pratique de l'autorité inférieure est irrelevante dans la mesure où elle ne pourrait pas s'en prévaloir au cas où elle se révélerait illégale.

Selon la recourante, l'art. 324b CO trouverait application lorsque le travailleur est empêché, sans faute de sa part, de travailler et qu'il est assuré obligatoirement en vertu d'une disposition légale contre les conséquences économiques d'un empêchement de travailler. Tel serait notamment le cas dans le régime de l'assurance-accidents, selon l'art. 16 al. 2 de la loi fédérale du 20 mars 1981 sur l'assurance-accidents (LAA, RS 832.20).

La recourante conteste l'affirmation selon laquelle la majorité de la doctrine partagerait l'avis de l'autorité inférieure. Selon la recourante, la doctrine majoritaire considère que l'art. 324b al. 3 CO doit être interprétée dans le cadre des obligations fixées par l'art. 324a CO. La recourante estime que cette position est partagée par le Tribunal fédéral, mais aussi par les tribunaux cantonaux. Le Tribunal fédéral aurait émis un parallélisme entre les art. 324a et 324b CO et les soumettrait aux mêmes conditions, notamment en ce qui concerne la durée des relations de travail. Il en serait de même du Tribunal cantonal vaudois.

Selon la recourante, l'art. 324a CO prévoirait expressément la question de l'empêchement non fautif lié à une cause inhérente à la personne du travailleur, tel un accident, de sorte que l'obligation de payer le salaire même en cas d'accident est liée à la durée minimale des rapports de travail. Il serait difficile de concevoir que l'empêchement non fautif de travailler en raison d'un accident au sens de la LAA doive être traité de manière différente des autres causes d'incapacité de travail inhérente à la personne du travailleur. Cela ne ressortirait à l'évidence pas du texte clair de la loi ni par ailleurs de la volonté du législateur. En outre, toujours selon la recourante, rien ne permettrait de considérer que le législateur a souhaité soumettre l'obligation de l'employeur de verser le salaire durant une incapacité non fautive de travailler à des régimes distincts selon le type d'assurance obligatoire en cause.

La recourante estime que l'autorité inférieure se leurre en voulant chercher dans le message du Conseil fédéral à l'appui du projet de LAA quelle était la volonté du législateur en lien avec l'art. 324a CO. Selon la recourante, la LAA ne fixerait en aucun cas la question du droit au salaire et l'obligation de l'employeur qui en découle, laquelle relèverait exclusivement des art. 324a et 324b CO.

### C.

Dans sa réponse du 14 novembre 2014, l'autorité inférieure demande au Tribunal de :

1. Déclarer valable la décision du 21 août 2014 [de l'autorité inférieure] relative à l'obligation de l'employeur de payer les quatre cinquièmes au moins du salaire pendant le délai d'attente précédant le versement de prestations d'assurances en cas d'accident.
2. Statuant au fond, constater que les clauses figurant dans le [contrat-cadre], lesquelles font l'objet de la décision entreprise, contreviennent aux dispositions légales en vigueur et que, partant, [la bailleresse de services] n'est pas en droit d'en faire usage et qu'elles justifient l'application de l'art. 16 LSE.
3. Rejeter toutes autres conclusions.

A l'appui de ses conclusions, l'autorité inférieure explique que sa décision repose sur une pratique de longue date, appliquée à l'ensemble des entreprises suisses au bénéfice d'une autorisation de pratiquer la location de services. Ces entreprises n'auraient jamais remis en cause cette pratique. L'autorité inférieure relève que cela concernerait 1'807 entreprises au bénéfice d'une autorisation fédérale (état au 3 novembre

2014). L'autorité inférieure estime qu'il y aurait lieu de supposer que ce serait également le cas des 1'548 entreprises au bénéfice d'une autorisation cantonale, dans la mesure où les cantons ont l'obligation de suivre ses prescriptions.

L'autorité inférieure relève que la recourante n'aurait cité qu'une partie de la doctrine pour baser son argumentation. Elle cite d'autres sources doctrinales et conteste la lecture que la recourante fait de certains auteurs. Au total, l'autorité inférieure en conclut que les citations des auteurs qu'elle mentionne contrebalancent les déclarations de la recourante selon lesquelles la doctrine majoritaire considérerait que l'art. 324*b* al. 3 CO doit être interprété dans le cadre des obligations fixées par l'art. 324*a* CO.

L'autorité inférieure conteste la pertinence de la jurisprudence du Tribunal fédéral citée par la recourante au motif que cet arrêt se limiterait à mentionner les règles contenues dans les articles litigieux. Selon l'autorité inférieure, on ne saurait en déduire que le Tribunal fédéral s'est prononcé sur le fond quant à cette question et en tirer une jurisprudence applicable à la clause du contrat-cadre discutée ici.

L'autorité inférieure estime que la jurisprudence cantonale vaudoise n'est pas davantage pertinente dans la mesure où elle aurait plus de vingt ans et aurait été rendue dans une situation fondamentalement différente de celle du travail temporaire et, surtout, sur la base d'une version de l'art. 324*a* al. 3 qui a été modifiée depuis lors.

L'autorité inférieure maintient sa position quant à la pertinence du message du Conseil fédéral à l'appui de la LAA dans la mesure où c'est bien cette loi qui a introduit l'art. 324*b* al. 3 CO. Cela mettrait en évidence la volonté du législateur qui aurait été de combler une lacune qui pourrait exister durant le délai d'attente précédant le versement des prestations d'assurances.

L'autorité inférieure conclut, bien que la question du parallélisme entre l'art. 324*a* et 324*b* CO puisse en l'espèce rester ouverte, que l'art. 324*b* al. 3 CO prévoirait une règle expresse distincte, selon laquelle l'employeur devrait en toutes circonstances les quatre cinquièmes du salaire quelle qu'ait été la durée des rapports de travail, si l'assurance impose un délai d'attente entre le début de l'incapacité de travail et la naissance du droit à des indemnités.

**D.**

Dans sa réplique du 5 janvier 2015, la recourante conteste la pertinence de l'affirmation de l'autorité inférieure selon laquelle les entreprises de placement, respectivement les cantons, respecteraient strictement sa pratique. Outre que celle-ci ne serait pas prouvée, la recourante estime que, s'il est possible que certains contrats-cadres ne mentionnent pas la condition de la durée des rapports de travail pour le versement des indemnités journalières durant le délai de carence de l'art. 324b CO, cela ne signifierait pas encore que, dans les faits, cette pratique ne soit pas effectuée. En effet, selon la recourante, il ne serait nul besoin de mentionner cet élément dans le contrat-cadre de travail temporaire, dès lors qu'il serait suffisant de renvoyer au CO sur cette question. Or, toujours selon la recourante, le CO prévoirait comme condition au versement du salaire durant le délai de carence de l'art. 324b CO une durée minimale des rapports de travail. Il s'ensuivrait que l'argument de l'autorité intérieure à ce sujet ne lui serait d'aucun secours.

Revenant sur l'avis de la doctrine sur la question, la recourante discute l'interprétation que fait l'autorité inférieure d'un auteur et amène d'autres références qui vont dans son sens.

La recourante avance encore, en lien avec la volonté du législateur, sur le fondement du message du Conseil fédéral à l'appui de la LAA, que l'obligation de payer le salaire durant le délai de carence a été inscrite dans la loi afin d'éviter qu'un travailleur qui aurait épuisé son droit au salaire au sens de l'art. 324a al. 2 CO ne soit pas rémunéré durant le délai de carence de la LAA. Il n'apparaîtrait à aucun moment, selon la recourante, que le législateur ait considéré l'art. 324b al. 3 CO comme une *lex specialis* en ce sens que les conditions de l'art. 324a al. 1 CO ne seraient pas applicables. Au contraire, toujours selon la recourante, il semblerait que la volonté du législateur ait été de ne pas soumettre le droit au salaire durant le délai de carence au crédit de l'année en cours selon l'art. 324a al. 2 CO.

La recourante continue en disant que cette interprétation paraît corroborée par le fait que, lors de l'adoption de l'art. 324b al. 3 CO, seule la LAA imposait un délai de carence de deux jours avant le versement des prestations. Aussi, toujours selon la recourante, le but de l'al. 3 de cette disposition aurait été d'éviter qu'un travailleur empêché de travailler sans faute de sa part et qui bénéficie d'un droit au salaire en cas d'incapacité ne soit pas rémunéré durant le délai de carence de l'assurance-accident. Or, sans l'adoption de l'art. 324b al. 3 CO, cette hypothèse aurait été rendue possible compte tenu de l'art. 324b al. 1 CO, lequel libère

l'employeur de toute obligation de payer le salaire sous réserve de l'al. 2. Il n'apparaîtrait toutefois à aucun moment que le législateur ait souhaité soumettre l'obligation de verser le salaire durant une incapacité non fautive à des régimes distincts selon le type d'assurance obligatoire en cause.

#### **E.**

Dans sa duplique du 4 février 2015, l'autorité inférieure réitère également ses conclusions.

Elle estime que l'avis de l'OFSP est pertinent dans la mesure où il s'agit de l'autorité fédérale compétente en la matière.

L'autorité inférieure allègue que toutes les entreprises qui possédaient dans leur contrat-cadre une clause identique à celle de la recourante ont accepté de le modifier et ainsi de se conformer à sa pratique. Elle prétend aussi ne pas avoir connaissance d'entreprises de placement utilisant une clause semblable.

L'autorité inférieure poursuit l'échange quant à la position de la doctrine.

Se prononçant sur la volonté du législateur, l'autorité inférieure fait valoir que le but de l'art. 324b al. 3 CO était d'éviter qu'un travailleur empêché de travail sans faute de sa part et qui bénéficie d'un droit au salaire en cas d'incapacité ne soit pas rémunéré durant le délai de carence de l'assurance-accident. Selon elle, il en découlerait que le fait de soumettre le versement du salaire durant le délai d'attente en cas d'accident à la condition que les rapports de travail aient duré plus de trois mois ou aient été conclus pour plus de trois mois irait à l'encontre de la volonté du législateur. Cela permettrait, selon l'autorité inférieure, uniquement une protection des travailleurs engagés pour une durée indéterminée ou pour une longue durée, cela au détriment des travailleurs temporaires, qui de par la nature même de leur emploi, sont engagés pour des missions de courte durée et inférieure à trois mois, leur causant ainsi un préjudice.

Les autres faits et arguments de la cause seront examinés, pour autant que de besoin, dans les considérants en droit.

**Droit :****1.**

Le Tribunal est compétent pour statuer sur le présent recours (art. 31, 32 et 33 let. d de la loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal administratif fédéral [LTAF, RS 173.32], art. 5 al. 1 let. a de la loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative [PA, RS 172.021] et art. 38 al. 2 let. b LSE ; arrêt du TAF B-7596/2010 du 27 avril 2012 consid. 1). La qualité pour recourir doit être reconnue à la recourante (art. 48 al. 1 PA). Les autres conditions de recevabilité sont en outre respectées (art. 11 al. 1, art. 50 al. 1, 52 al. 1 et 63 al. 4 PA).

Le recours est ainsi recevable.

**2.**

Trancher le litige, qui porte sur la légalité de la décision attaquée, exige de préciser le cadre et les limites dans lesquels s'opère le contrôle des contrats-cadres par l'autorité inférieure (consid. 3), puis de se pencher sur la question de droit privé qui oppose les parties (consid. 4).

**3.**

**3.1** La LSE vise à régir le placement privé de personnel et la location de services (art. 1 let. a), assurer un service public de l'emploi qui contribue à créer et à maintenir un marché du travail équilibré (let. b) et protéger les travailleurs qui recourent au placement privé, au service public de l'emploi ou à la location de services (let. c).

Cette loi contient de plus les dispositions suivantes :

**Chapitre 3 Location de services****Section 1 Activités soumises à l'autorisation****Art. 12 Autorisation obligatoire**

<sup>1</sup> Les employeurs (bailleurs de services) qui font commerce de céder à des tiers (entreprises locataires de services) les services de travailleurs doivent avoir obtenu une autorisation de l'office cantonal du travail.

<sup>2</sup> Outre l'autorisation cantonale, une autorisation du SECO est nécessaire pour louer les services de travailleurs vers l'étranger. La location en Suisse de services de personnel recruté à l'étranger n'est pas autorisée.

<sup>3</sup> Si une succursale n'a pas son siège dans le même canton que la maison mère, elle doit avoir obtenu une autorisation ; si elle est établie dans le même canton que la maison mère, elle doit être déclarée à l'office cantonal du travail.

#### **Art. 13 Conditions**

<sup>1</sup> L'autorisation est accordée lorsque l'entreprise :

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

<sup>2</sup> Les personnes responsables de la gestion doivent :

- a. être de nationalité suisse ou posséder un permis d'établissement ;
- b. assurer une location de services satisfaisant aux règles de la profession ;
- c. jouir d'une bonne réputation.

<sup>3</sup> 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 pays concernés.

<sup>4</sup> Le Conseil fédéral règle les détails.

#### **Art. 16 Retrait**

<sup>1</sup> L'autorisation est retirée lorsque le bailleur de services :

- a. l'a obtenue en donnant des indications inexactes ou fallacieuses ou en taisant des éléments essentiels ;
- b. enfreint de manière répétée ou grave des dispositions impératives ressortissant à la protection des travailleurs, la présente loi ou des dispositions d'exécution, en particulier les dispositions fédérales ou cantonal les relatives à l'admission des étrangers ;
- c. ne remplit plus les conditions requises pour l'octroi de l'autorisation.

<sup>2</sup> Si le bailleur de services ne remplit plus certaines des conditions requises pour l'octroi de l'autorisation, l'autorité qui l'a délivrée doit, avant d'en décider le retrait, impartir au bailleur de services un délai pour régulariser sa situation.

**Art. 17** Obligation de renseigner

<sup>1</sup> Sur requête de l'autorité qui délivre l'autorisation, le bailleur de services est tenu de fournir tous les renseignements nécessaires ainsi que les documents requis.

**3.2**

**3.2.1** Dans l'arrêt B-7596/2010 précité, le Tribunal a jugé que l'art. 17 LSE constituait une base légale suffisante pour autoriser l'autorité inférieure à contrôler les contrats-cadres des bailleurs de services, même en dehors de la procédure d'octroi des autorisations (consid. 8.1). Il a également jugé que l'autorité inférieure, qui est compétente pour octroyer une autorisation de pratiquer la location de services et en prononcer le retrait, l'est aussi – même en l'absence d'une base légale spécifique – pour interdire l'usage dans un contrat-cadre de travail temporaire de clauses contrevenant à des dispositions impératives ressortissant de la protection des travailleurs (consid. 8.2 et la référence jurisprudentielle citée ; voir aussi l'arrêt du TAF B-434/2015 du 18 mai 2016).

**3.2.2** Postérieurement à l'arrêt B-7596/2010 précité, le ch. I de l'ordonnance du 29 novembre 2013, en vigueur depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2014 (RO 2013 5321), a introduit dans l'ordonnance du 16 janvier 1991 sur le service de l'emploi et la location de services (ordonnance sur le service de l'emploi, OSE, RS 823.111) un art. 34a qui se lit comme suit :

**Chapitre 2 La location de services****Section 3 Conditions d'octroi de l'autorisation**

**Art. 34a** Examen des modèles du contrat de travail et du contrat de location de services

L'autorité qui délivre l'autorisation examine le modèle du contrat de travail et le modèle du contrat de location de services.

Le commentaire officiel de cette ordonnance (SECO – Direction du travail, Commentaire détaillé des dispositions [de l'OSE] du 23 octobre 2013, disponible à l'adresse [http://www.espace-emploi.ch/dateien/Private\\_Arbeitsvermittlung/AVV\\_Rev\\_MB\\_Erlaeuterungen\\_F.pdf](http://www.espace-emploi.ch/dateien/Private_Arbeitsvermittlung/AVV_Rev_MB_Erlaeuterungen_F.pdf), consulté le 31 octobre 2016) explique ce qui suit :

[...] Le législateur avait en son temps renoncé à prescrire l'approbation des contrats par les autorités comme condition nécessaire à l'obtention d'une autorisation de placement. Or, ce point s'est révélé indispensable dans la

pratique. On a en effet constaté que les contrats de nombreuses entreprises, notamment les contrats de travail transgressaient des prescriptions obligatoires. [...] Il est par conséquent tout à fait judicieux de procéder à des contrôles de contrats dans le cadre de la procédure d'autorisation, et ce également dans l'intérêt du bailleur.

Raison pour laquelle l'octroi d'une autorisation est précédé, depuis 1995, d'un contrôle des modèles de contrats des entreprises afin d'identifier toute infraction à la législation en vigueur, en particulier au code des obligations (CO), à la loi sur le travail (LTr) et aux différentes lois sur les assurances sociales. [...]

Les demandeurs acceptent cette pratique de longue date sans problème. En règle générale, les bailleurs de services apprécient le soutien professionnel des cantons et du SECO dans la rédaction des contrats et ne considèrent pas l'examen de leurs contrats par les autorités comme une tracasserie, mais comme une aide juridique précédant le début de leur activité. Dans la pratique, les contrats approuvés par les autorités sont donc vus comme une condition nécessaire à l'obtention d'une autorisation.

L'examen des contrats de travail par les autorités de la LSE contribue à garantir la protection des travailleurs. Elles contrôlent notamment si les minima légaux sont respectés, notamment dans les clauses telles que la durée du temps de travail, les délais de congé, les prestations dues en cas d'heures supplémentaires et de travail supplémentaire, les déductions afférentes aux assurances sociales et autres.

L'art. 34a permet d'inscrire dans le droit écrit également cette pratique d'exécution de longue date, également défendue par la législation (p.ex. par l'arrêt du Tribunal administratif fédéral en la cause B-7596/2010 du 27 avril 2012, qui a opposé une grande entreprise de placement et de location de services à une décision de constatation du SECO).

Cette manière de voir a reçu l'aval de la doctrine (NATHALIE STOFFEL, Arbeitsmarkt : private Arbeitsvermittlung und Personalverleih, in : Biaggini et al. [édit.], Fachhandbuch Verwaltungsrecht, 2015, p. 731 ss, n° 18.48).

**3.3** Il convient encore de préciser quelles sont la nature et l'ampleur du contrôle qu'exerce l'autorité inférieure.

**3.3.1** Pour cela, il faut d'abord rappeler que le législateur a expressément renoncé à un contrôle formel des contrats-cadres. Le message du Conseil fédéral du 27 novembre 1985 concernant la révision de la loi fédérale sur le service de l'emploi et la location de services précisait à ce sujet ce qui suit (FF 1985 III 524 ss, 587) :

Nous avons renoncé à une disposition formelle qui exigerait l'approbation du contrat de travail par l'autorité de contrôle. Une procédure en matière

d'autorisation représenterait, d'une part, une atteinte démesurée à la liberté de commerce et d'industrie et, d'autre part, une surcharge pour les offices du travail faute de spécialistes du droit du travail.

L'extrait du Commentaire de l'OSE commençait aussi par rappeler ce fait (consid. 3.2.2) et l'arrêt B-7596/2010 précité constatait de la même manière l'absence de base légale spécifique (arrêt précité consid. 8.2).

Le droit diffère donc ici d'autres situations, telles que l'approbation des règlements d'examen ou encore la surveillance des fondations, où le législateur a lui-même prévu un contrôle relativement étendu (p.ex. art. 28 al. 2 et 3 de la loi fédérale du 13 décembre 2002 sur la formation professionnelle [LFPr, RS 412.10] ou art. 84 du Code civil suisse du 10 décembre 1907 [CC, RS 210] ; ATF 112 II 97 consid. 3).

**3.3.2** Le message du Conseil fédéral à l'appui de la LSE, qui admettait la pratique du contrôle des contrats-cadres, tout en renonçant à lui donner une base légale spécifique, expliquait au sujet de la nature et l'ampleur de ce contrôle que (FF 1985 III 587 ; mise en évidence ajoutée) :

[Un] examen des contrats de travail dans le cadre de la procédure d'autorisation et de l'obligation pour le bailleur de services de renseigner, permet de *déceler les infractions grossières au CO* ou les clauses unilatérales (bases légales: art. 12 et art. 17). [...]

L'arrêt B-7596/2010 précité se fondait également sur ce passage du message du Conseil fédéral (arrêt précité consid. 8.1).

Enfin, comme le souligne le Commentaire de l'OSE (consid. 3.2.2), l'art. 34a OSE est seulement la codification de cette pratique et non une modification de la nature ou de l'ampleur de ce contrôle.

Par conséquent, il faut retenir l'idée que ce contrôle, qui ne repose sur aucune base légale formelle, ne vise que les « infractions grossières au CO » (« *grobe Verstösse gegen das OR* », « *infrazioni gravi al CO* »). L'infraction qui peut être sanctionnée lors de ce contrôle informel doit ainsi être une violation du droit flagrante et clairement établie.

**3.3.3** Cette manière de voir est en harmonie avec la règle qui veut que seule une violation répétée ou grave de la législation puisse conduire l'autorité administrative à retirer au bailleur de services l'autorisation de pratiquer la location de services (art. 16 al. 1 let. b LSE ; CHRISTIAN BRUCHEZ, Commentaire du contrat de travail, 2013, art. 357b CO n° 17). Par ailleurs, l'exercice de cette prérogative, comme toute activité étatique,

est soumise au principe de la proportionnalité (art. 5 al. 2 Cst. ; arrêt du TF 2C\_143/2011 du 27 septembre 2011 consid. 4 ; MICHAEL KULL, Arbeitsvermittlungsgesetz AVG – Kommentar, 2014, art. 16 LSE n° 18).

**3.3.4** Cela se rapproche aussi de la solution retenue pour l'approbation des actes législatifs cantonaux par le Conseil fédéral réglée par l'art. 61b de la loi fédérale du 21 mars 1997 sur l'organisation du gouvernement et de l'administration (LOGA, RS 172.010). Ce contrôle a pour but d'éliminer des dispositions qui, *déjà sur la base d'un premier examen général*, se révéleraient contraires au droit fédéral (ATF 109 la 116 consid. 6a, mise en évidence ajoutée ; THOMAS SÄGESSER, Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetz RVOG vom 21. März 1997 – Kommentar, 2007, art. 61b LOGA n° 32). C'est la raison pour laquelle cette approbation n'établit pas définitivement que les prescriptions cantonales seraient conformes au droit et on peut encore faire valoir des vices éventuels en attaquant l'acte législatif ou un acte d'application de celui-ci par les moyens de droit à disposition (*idem*).

**3.4** Il s'ajoute à ces considérations que, dans la présente cause, une question de droit civil est enchâssée dans une procédure de droit public. Cela ne va pas sans poser des problèmes procéduraux et dogmatiques.

**3.4.1** En soi, il n'est pas impossible qu'un tribunal administratif soit amené à traiter des litiges de droit privé. Selon la jurisprudence et la doctrine, les tribunaux administratifs peuvent trancher à titre préjudiciel des questions relevant du droit civil pour autant que le juge compétent ne se soit pas déjà prononcé (ATF 129 III 186 consid. 2.3 ; arrêt du TAF B-2429/2013 du 28 novembre 2013 consid. 3.1 ; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7<sup>e</sup> éd. 2016 n° 1744 ss ; KASPAR PLÜSS, in : Kommentar VRG, 3<sup>e</sup> éd. 2014, § 1 n° 55 ss ; FABIENNE HOHL, Procédure civile, vol. I : Introduction et théorie générale, 2001, n° 40 s.).

**3.4.2** En l'espèce cependant, le Tribunal n'est pas confronté à une question préjudicielle classique.

**3.4.2.1** Une question préjudicielle suppose généralement que l'on puisse trouver une réponse individuelle et concrète à la question préjudicielle avant de traiter la question principale (dans ce sens : FRITZ GYGI, Bundesverwaltungsrechtspflege, 2<sup>e</sup> éd. 1983, p. 96 ; LE ROY/SCHOENENBERGER, Introduction générale au droit suisse, 2<sup>e</sup> éd. 2008, p. 329). Or tel n'est pas le cas en l'espèce, car les parties ne sont pas les mêmes dans la question principale et dans la question préjudicielle. Le

contentieux principal oppose la bailleuse de services à une administration publique. Aucun travailleur, qui serait, lui, impliqué dans le litige préjudiciel, n'est partie à la procédure principale.

**3.4.2.2** Cela implique que l'on n'oppose pas la clause contractuelle à la loi au travers de faits précis. En l'absence de ces faits, la norme contractuelle se voit confrontée seule à la norme légale. On devrait donc procéder à une forme de contrôle abstrait et non à un contrôle concret des normes contractuelles comme cela se fait habituellement (sur ces notions : AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, Droit constitutionnel suisse, vol. I : L'Etat, 3<sup>e</sup> éd. 2013, n° 1907 s.). Comme le rappelle le Tribunal fédéral lui-même, le contrôle abstrait des normes ne permet pas de prévoir d'emblée tous les effets de l'application d'un texte légal, même si, par sa précision, celui-ci n'offre guère de marge d'appréciation à l'autorité chargée de l'appliquer (arrêt du TF 2C\_71/2007 du 9 octobre 2007 consid. 2.6). Un contrôle dans une situation concrète aurait l'avantage de permettre de tenir compte de toutes les circonstances de l'affaire, à commencer par la réelle et commune intention des parties (art. 1 al. 1 CO ; ATF 135 III 410 consid. 3.2 ; INGBORG SCHWENZER, Schweizerisches Obligationenrecht – Allgemeiner Teil, 7<sup>e</sup> éd. 2016 n° 33.02). Dans la configuration du cas d'espèce, cette étape essentielle de l'interprétation des contrats est impossible, ce qui plaide également pour en rester à un contrôle limité aux infractions grossières, c'est-à-dire aux violations du droit flagrantes et clairement établies.

**3.4.3** Sur un autre plan, le contrôle des contrats-cadres par l'autorité inférieure ne doit pas créer une solution hybride et contraire à l'économie du système juridictionnel qui amènerait l'autorité, puis la juridiction administratives, à trancher des questions qui relèvent de la juridiction civile.

C'est à la juridiction civile qu'il revient en principe de traiter le contentieux né des relations entre les particuliers et non à la juridiction administrative. Il n'est pas inutile de rappeler à ce stade qu'en dépit des contrôles de l'autorité inférieure opérés sur le bailleur de services, le contrat qui lie le travailleur et ce bailleur relève en principe du droit privé et non du droit administratif (KRUMMENACHER/WEIBEL, Arbeitsvermittlungsgesetz AVG, 2014, art. 19 LSE n° 30 et les références citées). C'est ainsi devant la juridiction civile qu'aboutiront les litiges nés de son exécution (art. 34 al. 2 du Code de procédure civile du 19 décembre 2008 [CPC, RS 272]).

Pour le dire autrement, si l'ordre administratif interdit une clause qui n'est pas une violation du droit flagrante et clairement établie, il n'est pas certain

que cette solution sera suivie par la juridiction civile qui aura à trancher les cas concrets qui se poseront, lorsqu'il s'agira d'interpréter ces mêmes dispositions en dehors du cas du placement de personnel au sens de la LSE. Il y aurait alors un risque inopportun de contradictions entre la jurisprudence civile et la jurisprudence administrative.

**3.5** Le Tribunal ne suivra donc la position de l'autorité inférieure que s'il arrive à la conclusion que l'interprétation du droit privé retenue par la décision attaquée n'est entachée d'aucun doute, de sorte qu'il pourra dire que la clause litigieuse constitue bien une infraction grossière au CO flagrante et clairement établie. Faute de parvenir à cette conclusion et afin de préserver les compétences de la juridiction civile, le Tribunal admettra le recours. Dans cette hypothèse, il n'admettra pas pour autant la position de la recourante. Il dira simplement que la présente procédure n'est pas destinée à trancher la question de droit du travail qui divise les parties.

#### **4.**

Au regard de ce qui précède, il convient maintenant d'examiner si la question juridique de droit privé est suffisamment claire pour permettre à l'autorité inférieure d'interdire à la recourante d'utiliser la clause litigieuse.

**4.1** Au cœur du litige, l'on trouve les dispositions topiques du CO suivantes (mises en évidence ajoutées) :

**Art. 324a C.** Obligations de l'employeur / III. Salaire en cas d'empêchement de travailler / 2. En cas d'empêchement du travailleur / a. Principe

<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 réserve 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 de la travailleuse, l'employeur est tenu de lui verser le salaire dans la même mesure.

<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.

**Art. 324b C.** Obligations de l'employeur / III. Salaire en cas d'empêchement de travailler / 2. En cas d'empêchement du travailleur / b. Exceptions

<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. 324a al. 1 et 3 CO et l'art. 324b CO sont des dispositions auxquelles il ne peut pas être dérogé au détriment du travailleur (art. 362 al. 1 CO).

**4.2** L'art. 324b al. 3 CO trouve application avant tout dans le cadre de l'assurance-accidents qui prévoit un délai de carence (pour les autres cas : ADRIAN STAEHELIN, in : Zürcher Kommentar, 4<sup>e</sup> éd. 2006, art. 324b CO n° 4). En effet, l'art. 16 al. 2 1<sup>ère</sup> phr. LAA dispose que le droit à l'indemnité journalière naît le troisième jour qui suit celui de l'accident.

**4.3** Deux thèses s'affrontent au sujet de l'interprétation de l'art. 324b al. 3 CO (paiement du salaire durant un délai de carence) :

- Soit l'on considère que la condition liée à la durée des rapports de travail (« les rapports de travail ont duré plus de trois mois ou ont été conclus pour plus de trois mois ») prévue par l'art. 324a al. 1 *in fine* CO doit être remplie pour que s'applique l'art. 324b al. 3 CO et alors la clause discutée du contrat-cadre serait conforme à la loi. Cette thèse est celle de la recourante.
- Soit l'on considère que le législateur a, par un silence qualifié, exclu l'application des conditions de l'art. 324a al. 1 *in fine* CO à l'art. 324b al. 3 CO et alors la clause discutée du contrat-cadre serait contraire à la loi. Cette thèse est celle de l'autorité inférieure.

Il faut d'emblée préciser que la question du lien entre l'art. 324a al. 1 et l'art. 324b al. 1 et 2 CO, notamment sous l'angle de l'épuisement du « temps limité », ne se pose pas en l'espèce. Seule se pose la question de savoir si la condition liée à la durée des rapports de travail s'applique ou non à l'art. 324b al. 3 CO.

**4.4** Il convient à ce stade de traiter la portée de la position de l'OFSP, figurant au dossier, et de la pratique de longue date de l'autorité inférieure.

**4.4.1** Le Tribunal ne voit pas en quoi l'avis de l'OFSP lierait l'autorité inférieure et, à plus forte raison, l'autorité judiciaire. Cet avis ne saurait être pris ni comme de la jurisprudence ni comme de la doctrine au sens strict (art. 1 al. 3 CC). Son auteur – qui n'est pas l'Office mais l'un de ses collaborateurs, répondant à un simple courriel – n'agit à aucun titre particulier. Il s'agit, au mieux, d'un avis de droit, dont les arguments devront être pesés dans le cadre d'une interprétation de la loi, sans revêtir un poids prépondérant. Cet avis signale par ailleurs expressément que le problème relève du CO et non de la LAA.

**4.4.2** L'autorité inférieure invoque, à l'appui de sa position, sa longue pratique et le consentement que celle-ci a rencontré auprès des administrés. La pratique régulière et constante dans l'application du droit par les autorités n'est pas une source du droit et ne lie pas le juge (MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET, Droit administratif, vol. I : Les fondements, 3<sup>e</sup> éd. 2012, p. 89 et les références citées).

**4.5** Il convient d'examiner la position de la jurisprudence sur la question de droit privé qui oppose les parties.

**4.5.1** L'analyse de la jurisprudence du Tribunal fédéral montre que la haute juridiction ne s'est jamais prononcée sur la question de savoir si la réalisation de l'obligation visée à l'art. 324b al. 3 CO est conditionnée à une durée minimale des rapports de travail.

**4.5.1.1** Dans l'ATF 125 V 492 consid. 4a, le Tribunal fédéral s'est prononcé de la manière suivante :

Aux termes des art. 324a et 324b CO, si le travailleur est empêché de travailler sans faute de sa part pour des causes inhérentes à sa personne, telles que notamment la maladie, l'employeur lui verse le salaire pour un temps limité d'au moins trois semaines, 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* [mise en évidence ajoutée]. 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, l'employeur doit la différence entre les prestations d'assurance et les quatre cinquièmes du salaire afférent à la période indemnisée (art. 324b al. 1 CO).

La première phrase de cette formule a été reprise à l'identique dans l'arrêt C 160/05 du 24 janvier 2006 consid. 7.2.1.

**4.5.1.2** A la lecture de ces passages, la recourante en conclut que le Tribunal fédéral voit la durée minimale des rapports de travail comme une condition valable aussi pour l'art. 324b CO.

Force est cependant de constater que le Tribunal fédéral n'évoque, dans ce considérant, que la conséquence générale de l'art. 324b al. 1 CO (obligation de verser le salaire dans la mesure de 80%) sans rien en conclure s'agissant pour l'art. 324b al. 3 CO. D'ailleurs, le litige ne portait pas sur un cas où les rapports de travail avaient duré plus de trois mois ou avaient été conclus pour plus de trois mois (ATF précité, état de fait, lettre A). Le Tribunal fédéral ne procède pas davantage à une interprétation détaillée des dispositions évoquées. Il serait donc hasardeux de donner à ces quelques lignes une portée aussi large que le voudrait la recourante.

**4.5.2** Les arrêts cantonaux cités dans la doctrine ou par les parties ne tranchent pas non plus la question d'une manière qui ne laisse aucun doute. L'arrêt de l'Arbeitsgericht zurichois du 2 octobre 1990 traite des rapports entre les art. 324a al. 1 et 324b al. 1 CO, sans mentionner l'alinéa 3 (Jahrbuch des schweizerischen Arbeitsrechts [JAR] 1991 138). Quant à l'arrêt du Tribunal cantonal vaudois du 18 décembre 1990, il porte sur les rapports entre la durée de l'indemnisation au sens de l'art. 324a CO dans les cas prévus à l'art. 324b al. 2 et 3 CO, sans se prononcer sur l'applicabilité de la condition liée à la durée des rapports de travail (JAR 1992 135).

**4.6** A défaut d'une jurisprudence fédérale ou cantonale établie, il convient encore d'examiner ce que la doctrine pense du sujet litigieux.

**4.6.1** A l'appui de la thèse de l'autorité inférieure, une partie de la doctrine, surtout romande, estime que l'art. 324b al. 3 CO ne pose qu'une condition (existence d'un délai d'attente) à la réalisation de sa conséquence (obligation de versement du salaire).

**4.6.1.1** Pour ces auteurs, se fondant sur une interprétation littérale, la durée minimale du contrat de travail ne fait *a contrario* pas partie des

conditions posées par cet alinéa (PHILIPPE GNAEGI, Le droit du travail au salaire en cas de maladie, thèse, 1996, p. 190 ; dans le même sens, mais moins explicite : IDEM, Le droit du travailleur au salaire en cas de maladie, in : Bettina Kahil-Wolff [édit.], Les assurances sociales en révision : colloque de Lausanne 2000, p. 197 ss, 240 ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLF, Arbeitsvertrag, 7<sup>e</sup> éd. 2012, art. 324a/b CO n° 31 p. 467).

Ce point de vue peut être rattaché à une partie de la doctrine qui ne mentionne aucune exception à l'obligation de l'employeur de verser une partie du salaire durant le délai de carence (STEPHAN RAGG, Die Lohnfortzahlungspflicht des Arbeitgebers im System der obligatorischen Unfallversicherung, thèse, 1997, p. 46 ; BRUNNER ET AL., Commentaire du contrat de travail [selon le Code des obligations], 3<sup>e</sup> éd. 2004, art. 324b CO n° 4 ; DUC/SUBILIA, Droit du travail – Eléments de droit suisse, 1<sup>ère</sup> éd. 1998, art. 324b CO n° 1ss).

**4.6.1.2** L'art. 324b CO a été inséré dans le texte légal, tout comme l'art. 324a CO, par la loi fédérale du 25 juin 1971 révisant les titres X et X<sup>bis</sup> du CO (contrat de travail ; RO 1971 1461, 1466), en vigueur depuis le 1<sup>er</sup> janvier 1972. A cette époque, l'art. 324b CO ne comprenait que deux alinéas, dont la teneur n'a pas changé depuis. L'al. 3 a été introduit par le ch. 12 de l'annexe à la loi fédérale du 20 mars 1981 sur l'assurance-accidents, en vigueur depuis le 1<sup>er</sup> janvier 1984 (RO 1982 1676, 1724). L'al. 3 a simplement été ajouté au texte précédent.

Aubert rappelle ce fait pour conclure que le travailleur a droit à 80% de son salaire « quelle qu'ait été la durée des rapports de travail » (AUBERT, Le droit au salaire en cas d'empêchement de travailler, in : Journée 1991 de droit du travail et de la sécurité, p. 81 ss, 130). A ce sujet, il n'est pas impossible qu'en insérant cet alinéa dans le CO, sans d'autres mentions, les parlementaires aient voulu que celui-ci s'applique en dehors des conditions prévues par l'art. 324a al. 1 CO.

Dans ce sens, l'art. 324b al. 3 CO est une *lex posterior*. Il faut donc se demander si le principe *lex posterior derogat priori* trouve application en l'espèce (ATF 135 II 338 consid. 1.2.4 ; WIEDERKEHR/RICHLI, Praxis des allgemeinen Verwaltungsrechts, vol. I, 2012, n° 1144 ss). Ainsi, si l'on applique le principe de la primauté de la loi la plus récente, quelles qu'aient été les conditions d'application des al. 1 et 2 de l'art. 324b CO, l'al. 3, adopté postérieurement, dérogerait à ces conditions.

Un auteur va plus loin en niant le parallélisme en ce qui concerne les art. 324a et 324b CO dans le cas spécifique de l'al. 3 de cette dernière disposition, précisant que l'employeur n'est pas autorisé à imposer un délai de carence (WYLER/HEINZER, Droit du travail, 3<sup>e</sup> éd. 2014, p. 266).

**4.6.1.3** Dans le même sens, l'esprit du message à l'appui de la LAA, dont est issu l'art. 324b al. 3 CO, est bien celui d'une amélioration de la situation des travailleurs. Il s'agit de « combler la lacune qui pourrait exister durant le délai d'attente » (message à l'appui d'un projet de loi fédérale sur l'assurance-accidents au 18 août 1976, FF 1976 III 143 ss, 233).

Il faut préciser que ce n'est pas le droit au salaire, mais bien le début de l'activité qui est déterminant pour fixer le début de la couverture de l'assurance-accidents (art. 3 al. 1 LAA ; GHISLAINE FRÉSARD-FELLAY, L'assurance-accidents, in : Frésard-Fellay/Kahil-Wolff/Perrenoud [édit.], Droit suisse de la sécurité sociale, vol. II, p. 321 ss, n° 29). Autrement dit, la LAA produit ses effets même si un contrat de travail a été conclu pour moins de trois mois ou a duré moins de trois mois (dans ce sens : ATF 136 V 339 consid. 6 ; FRÉSARD/MOSER-SZELESS, L'assurance-accidents obligatoire, in : Ulrich Meyer [édit.], Sécurité sociale, 3<sup>e</sup> éd. 2016, p. 885 ss, n° 7). Prises sous cet angle, ces dispositions consacraient au final deux régimes en cas d'empêchement de travailler sans faute : le régime sans assurance obligatoire et le régime avec assurance obligatoire.

D'ailleurs le législateur a introduit le délai de carence de la LAA pour éviter que de très courtes absences du travail fassent l'objet de demandes de prestations ; ce délai visait des buts antibureaucratiques (FF 1976 III 169 s.). Rien ne permet de conclure que l'approche du législateur ne concernait que les contrats ayant une certaine durée.

**4.6.2** En faveur de la thèse de la recourante, une autre partie de la doctrine, numériquement équivalente, estime que le versement d'une part du salaire durant un délai de carence est subordonné à l'accomplissement de la condition liée à la durée des rapports de travail.

**4.6.2.1** Sur la base d'une interprétation systématique, ces auteurs soulignent que l'art. 324b CO est intitulé « b. Exceptions ». Il s'ensuit que cette disposition devrait être lue en lien avec la disposition qui fixe les principes, à savoir l'art. 324a CO (PORTMANN/RUDOLPH, in : Basler Kommentar, 6<sup>e</sup> éd. 2015, art. 324b CO n° 3). La doctrine adhère largement à l'existence d'un lien logique entre ces deux dispositions (entre autres : STAEHELIN, op. cit., art. 324b CO n°s 1 et 18 ; JÜRIG BRÜHWILER,

Einzelarbeitsvertrag – Kommentar, 3<sup>e</sup> éd. 2014, art. 324b CO n° 7 ; GEISER/MÜLLER, Arbeitsrecht in der Schweiz, 2015, n° 452a). Un auteur précise qu'il faut interpréter cette disposition « dans le cadre de l'art. 324a CO » (FAVRE/TOBLER/MUNOZ, Le contrat de travail – Code annoté, 2<sup>e</sup> éd. 2010, art. 324b CO n° 3.1). Le « parallélisme » des deux dispositions est également mis en évidence pour conclure que l'art. 324b CO consacre seulement des exceptions à la règle prévue à l'art. 324a CO, sans pour autant abandonner les principes de cette dernière disposition (GUY LONGCHAMP, Commentaire du contrat de travail, 2013, art. 324b CO n° 10). Il n'y aurait une obligation de payer une part du salaire que pour autant qu'une obligation de verser le salaire résulte de l'art. 324a CO (MICHEL PELLASCIO, in : Kommentar OR, 3<sup>e</sup> éd. 2016, art. 324b CO n° 7 ; REHBINDER/STÖCKLI, in : Berner Kommentar, 2010, art. 324b CO n° 7 ; PORTMANN/RUDOLPH, op. cit., art. 324b CO n° 15 ; BRÜHWILER, *ibidem* ; LONGCHAMP, *ibidem* ; FAVRE/TOBLER/MUNOZ, op. cit., art. 324b CO nos 3.1 et 3.2). On devrait par conséquent admettre que, si la durée des rapports de travail n'est pas suffisante, l'obligation de verser le salaire y compris durant le délai de carence tomberait (PHILIPPE CARRUZZO, Le contrat individuel de travail, art. 324b CO n° 1 p. 232 ; voir aussi : GABRIEL AUBERT, in : Commentaire romand CO I, 1<sup>ère</sup> éd. 2003, art. 324b CO n° 8 s. [paragraphe supprimés sans explication dans la 2<sup>e</sup> éd. 2012]).

Plaide également pour concevoir les deux articles comme formant un tout, le fait que la durée de l'obligation de l'employeur de compléter les prestations insuffisantes de l'assurance, à concurrence de 80% du salaire, est la même que celle prévue à l'art. 324a CO (CORINNE MONNARD SÉCHAUD, La coordination des assurances sociales avec le droit du travail, Revue suisse des assurances sociales et de la prévoyance professionnelle [SZS] 2004 309 ss, 318 et les références citées).

**4.6.2.2** La doctrine constate que le but des art. 324a et 324b CO est la coordination du droit du travail avec celui des assurances sociales obligatoires (STREIFF/VON KAENEL/RUDOLF, art. 324a/b CO n° 31 p. 466 ; voir aussi : message du 25 août 1967 concernant la révision des titres dixième et dixième *bis* du [CO], FF 1967 II 249 ss, 339 ss). Cela l'amène à conclure que le but du législateur n'était pas de modifier (en l'occurrence d'accroître) les obligations de l'employeur telles qu'elles résultent de la loi (STAEHELIN, *ibidem* ; FAVRE/TOBLER/MUNOZ, op. cit., art. 324b CO n° 3.1). Ne pas conditionner l'application de l'art. 324b al. 3 CO aux exigences de l'art. 324a al. 1 *in fine* CO conduirait un employeur à devoir assumer une charge qu'il n'aurait pas à assumer autrement.

**4.6.3** Au total, le point de droit privé litigieux est au cœur d'une importante controverse doctrinale, contrairement au cas de l'arrêt B-7596/2010 précité pour lequel il était possible de se référer à une jurisprudence fédérale.

**4.7** Il résulte de ce qui précède que ni la jurisprudence ni la doctrine ne proposent de solution claire au problème qui oppose les parties. On peut certainement en conclure que la loi est frappée d'une malfaçon (ou d'une lacune au sens impropre) que le législateur devrait corriger. La jurisprudence et la doctrine ne permettent en revanche pas de détecter, dans la clause litigieuse, une violation grossière, flagrante et clairement établie, de la loi (consid. 3.5).

Il convient donc de reconnaître que l'autorité inférieure ne disposait pas en l'état des éléments exigés par le droit fédéral pour interdire à la recourante d'utiliser cette clause.

## **5.**

Compte tenu de l'ensemble de ce qui précède, la décision attaquée se révèle contraire au droit fédéral, non parce que l'interprétation qu'elle retient des art. 324a et 324b CO, en particulier de l'al. 3 de cette dernière disposition, serait fautive, mais parce que l'autorité inférieure a excédé ses pouvoirs en se prononçant sur une question qui relève, de par sa nature, de la juridiction civile, dont les compétences doivent être préservées.

Par conséquent, le Tribunal doit admettre la conclusion de la recourante tendant à l'annulation de la décision attaquée (lettre B, chiffre 1) et rejeter celle qui l'autoriserait expressément à utiliser la clause litigieuse (chiffre 2).

Il reviendra aux travailleurs qui se verront appliquer cette clause de saisir les juridictions civiles compétentes qui trancheront le contentieux à la lumière des circonstances de chaque cas. Si ces juridictions arrivent à la conclusion que les conditions de l'art. 324a al. 1 *in fine* CO (durée des rapports de travail) ne s'appliquent pas à l'art. 324b al. 3 CO (paiement du salaire durant le délai de carence), l'autorité inférieure disposera d'une base suffisante pour interdire à la recourante d'utiliser la clause litigieuse de son contrat-cadre.

## **6.**

### **6.1**

**6.1.1** Les frais de procédure qui comprennent l'émolument judiciaire et les débours sont mis à la charge de la partie qui succombe ; si cette partie

n'est déboutée que partiellement, les frais de procédure sont réduits (art. 63 al. 1 PA et art. 1 al. 1 du règlement du 21 février 2008 concernant les frais, dépens et indemnités fixés par le Tribunal administratif fédéral [FITAF, RS 173.320.2]). Aucun frais de procédure n'est mis à la charge des autorités inférieures, ni des autorités fédérales recourantes et déboutées (art. 63 al. 2 PA).

L'émolument judiciaire est calculé en fonction de la valeur litigieuse, de l'ampleur et de la difficulté de la cause, de la façon de procéder des parties et de leur situation financière (art. 2 al. 1 et art. 4 FITAF).

**6.1.2** En l'espèce, la recourante obtient certes l'annulation de la décision attaquée, mais pas pour les motifs qu'elle avançait et sans les effets qu'elle demandait (consid. 5). Partant, elle est partiellement déboutée et il convient de réduire les frais à 750 francs et de les prélever sur l'avance de frais de 1'500 francs versée durant l'instruction. Le solde sera restitué à la recourante une fois le présent arrêt entré en force.

## **6.2**

**6.2.1** La partie qui obtient entièrement ou partiellement gain de cause et qui est représentée par un mandataire a droit à des dépens (art. 64 al. 1 PA en relation avec l'art. 7 al. 1 et 2 FITAF).

Les dépens comprennent les frais de représentation et les éventuels autres frais nécessaires de la partie (art. 8 FITAF). Les frais de représentation comprennent notamment les honoraires d'avocat ou l'indemnité du mandataire professionnel n'exerçant pas la profession d'avocat (art. 9 al. 1 let. a FITAF), lesquels sont calculés en fonction du temps nécessaire à la défense de la partie représentée (art. 10 al. 1 FITAF). Selon l'art. 14 al. 1 FITAF, les parties qui ont droit aux dépens doivent faire parvenir au Tribunal, avant le prononcé de la décision, un décompte de leurs prestations. Le Tribunal fixe les dépens sur la base du décompte ; à défaut de décompte, il fixe l'indemnité sur la base du dossier (art. 14 al. 2 FITAF).

**6.2.2** Obtenant partiellement gain de cause, la recourante a droit à des dépens. A défaut de note d'honoraires de la part de son mandataire, il convient de lui allouer un montant de 2'000 francs à titre de dépens, y compris le supplément de TVA selon l'art. 9 al. 1 let. c FITAF.

**Par ces motifs, le Tribunal administratif fédéral prononce :**

**1.**

Le recours est admis et la décision attaquée est annulée dans le sens des considérants.

**2.**

Un montant de 750 francs est mis à la charge de la recourante à titre de frais de procédure. Ce montant sera compensé, dès l'entrée en force du présent arrêt, par l'avance de frais de 1'500 francs versée par la recourante ; le solde de 750 francs lui sera restitué.

**3.**

Des dépens, d'un montant de 2'000 francs, sont alloués à la recourante et mis à la charge de l'autorité inférieure.

**4.**

Le présent arrêt est adressé :

- à la recourante (acte judiciaire ; annexe : formulaire « Adresse de paiement »)
- à l'autorité inférieure (n° de réf. [...] ; acte judiciaire)
- au Département fédéral de l'économie, de la formation et de la recherche DEFR (acte judiciaire)

L'indication des voies de droit se trouve à la page suivante.

Le président du collège :

Le greffier :

Pietro Angeli-Busi

Yann Grandjean

**Indication des voies de droit :**

La présente décision peut être attaquée devant le Tribunal fédéral, 1000 Lausanne 14, par la voie du recours en matière de droit public, dans les trente jours qui suivent la notification (art. 82 ss, 90 ss et 100 LTF). Le mémoire doit être rédigé dans une langue officielle, indiquer les conclusions, les motifs et les moyens de preuve, et être signé. La décision attaquée et les moyens de preuve doivent être joints au mémoire, pour autant qu'ils soient en mains du recourant (art. 42 LTF).

Expédition : 17 novembre 2016