



Arrêt du 27 avril 2012

Composition

Claude Morvant (président du collège),
Philippe Weissenberger, Ronald Flury, juges,
Muriel Tissot, greffière.

Parties

X. _____ SA,
représentée par Maître José Zilla, avocat,
recourante,

contre

Secrétariat d'Etat à l'économie SECO,
Marché du travail et assurance-chômage,
Effingerstrasse 31, 3003 Berne,
autorité inférieure.

Objet

Location de services – contrat-cadre de travail temporaire.

Faits :**A.**

A.a X._____ SA (ci-après : la recourante), dont le siège est à Y._____, est une société anonyme au sens des art. 620 ss du code des obligations qui a notamment pour but, selon l'extrait du registre du commerce, de (...).

A.b Par courriel du 24 décembre 2008, la recourante a transmis au Secrétariat d'Etat à l'économie SECO (ci-après : l'autorité inférieure) un exemplaire de son contrat-cadre de travail temporaire modifié. Elle a indiqué qu'avant de procéder à l'impression de ce document, il lui serait agréable de recevoir l'approbation de l'autorité inférieure quant au nouveau texte ou alors ses remarques.

A.c Après plusieurs échanges de courriers, l'autorité inférieure, par lettre du 31 mars 2010, a encore attiré l'attention de la recourante sur sa réglementation relative au paiement du salaire contenue à l'art. 6 de son contrat-cadre et selon laquelle le travailleur est salarié sur la base des heures de travail effectives. Se référant à sa directive 2009/2 du 15 septembre 2009, intitulée "Règlement de l'horaire de travail dans le contrat de travail et obligation du bailleur de services de payer le salaire qui lui est lié", elle a relevé qu'il était admis de se fonder sur un rapport d'heures ou de travail, pour autant que le salaire corresponde en moyenne mensuelle ou hebdomadaire à l'horaire de travail prévu.

A.d Par courrier du 15 avril 2010, la recourante a indiqué à l'autorité inférieure avoir examiné de manière approfondie la question de l'horaire de travail et a proposé de remplacer l'art. 15 de son contrat-cadre de travail temporaire par le texte suivant :

"Art. 15 – horaire de travail

L'horaire de travail est fixé selon l'usage en vigueur dans l'entreprise où le collaborateur de X._____ SA accomplit sa mission. Le planning de l'entreprise cliente dans laquelle le collaborateur doit exécuter sa mission fixe l'horaire hebdomadaire à effectuer. Le contrat de mission indique l'horaire de travail lors de la prise d'emploi.

L'horaire indiqué dans le contrat de mission est toujours un horaire hebdomadaire approximatif et moyen, qui est considéré respecté si, pendant la durée totale de la mission, il ne varie pas de plus de 5% en moyenne.

Si l'horaire convenu ne peut pas être respecté en raison notamment de pénurie de travail, d'intempéries ou de pannes techniques, il peut être modifié en cours de mission afin de rattraper des heures non effectuées. Le relèvement de la durée hebdomadaire de travail doit être en relation expresse avec l'événement ayant préalablement entraîné une réduction du temps de travail. Il est possible de procéder pendant la mission à une adaptation répétée de l'horaire de travail.

Le collaborateur accepte que X_____ SA donne pouvoir de représentation à l'entreprise cliente, au sens des art. 32ss CO pour, compte tenu des exigences de l'activité, modifier le temps de travail quotidien / hebdomadaire dans les limites de la Loi sur le Travail.

Le collaborateur déclare que, lorsqu'il accepte une mission, il a reçu tous les renseignements concernant l'horaire et en particulier si son consentement est nécessaire en raison de travail du soir, de nuit, des jours fériés ou du dimanche. Par sa signature sur le contrat de mission, il déclare accepter sans aucune réserve l'horaire qu'il doit effectuer auprès de l'entreprise cliente.

Il peut arriver que l'horaire effectué soit inférieur à l'horaire convenu. Cela peut notamment se produire parce que le collaborateur a demandé et obtenu, ou pris congé sans autorisation ; effectuer un horaire inférieur à ce qui a été convenu peut également convenir au collaborateur qui ne souhaite pas rattraper les heures manquantes.

Si l'horaire de travail effectué est inférieur pour des raisons imputables à l'entreprise auprès de laquelle le collaborateur est placé, et s'il veut rattraper les heures non effectuées par rapport à l'horaire convenu, il doit en informer par écrit X._____ SA dans un délai maximum de 7 jours à compter de la fin de la semaine au cours de laquelle l'horaire convenu n'a pas été effectué. Si l'horaire de travail effectué est inférieur à ce qui a été convenu parce que le collaborateur a demandé et obtenu, ou pris congé sans autorisation, il ne peut pas rattraper les heures de travail non effectuées par rapport à l'horaire convenu.

Si l'horaire moyen de travail est inférieur à celui indiqué dans le contrat de mission et si le collaborateur n'a pas demandé par écrit à rattraper les heures non effectuées, la limite de 5% fixée ci-dessus ne doit pas être respectée."

A.e Par lettre du 7 juillet 2010, l'autorité inférieure a en substance indiqué à la recourante que sa proposition de clause méritait un remaniement complet au vu de sa non-conformité avec l'art. 324 al. 1 du code des obligations.

A.f Par courrier du 22 juillet 2010, la recourante a contesté les remarques de l'autorité inférieure. Elle a relevé que dite clause lui paraissait conforme au droit et a requis de l'autorité inférieure de l'approuver sans modification. En cas de refus, elle a sollicité qu'une décision formelle soit prononcée.

B.

Le 23 septembre 2010, l'autorité inférieure a rendu une décision formelle contenant le dispositif suivant :

"1. X._____ SA ne peut pas user dans son contrat de travail temporaire d'une clause relative à l'horaire de travail prévoyant que « si l'horaire convenu ne peut pas être respecté en raison notamment de pénurie de travail, d'intempéries ou de pannes techniques, il peut être modifié en cours de mission afin de rattraper des heures non effectuées. Le relèvement de la durée hebdomadaire de travail doit être en relation expresse avec l'événement ayant préalablement entraîné une réduction du temps de travail. Il est possible de procéder pendant la mission à une adaptation répétée de l'horaire de travail ».

2. X._____ SA ne peut pas user dans son contrat de travail temporaire d'une clause relative à l'horaire de travail prévoyant que « si l'horaire de travail effectué est inférieur pour des raisons imputables à l'entreprise auprès de laquelle le collaborateur est placé, et s'il veut rattraper les heures non effectuées par rapport à l'horaire convenu, il doit en informer par écrit X._____ SA dans un délai maximum de 7 jours à compter de la fin de la semaine au cours de laquelle l'horaire convenu n'a pas été effectué. [...] Si l'horaire moyen de travail est inférieur à celui indiqué dans le contrat de mission et si le collaborateur n'a pas demandé par écrit à rattraper les heures non effectuées, la limite de 5% [voir 2^{ème} paragraphe de la clause proposée] ne doit pas être respectée ».

3. Dans la mesure où X._____ SA devait faire apparaître dans son contrat de travail temporaire les clauses mentionnées ci-avant ou des clauses analogues, nous serions alors contraints de retirer les autorisations fédérales de pratiquer la location de services de toutes les succursales de X._____ SA."

Fondée sur l'art. 19 al. 2 let. d de la loi sur le service de l'emploi et sur sa directive y relative 2009/2 précitée, l'autorité inférieure a exposé dans ses considérants que l'horaire de travail doit être clairement indiqué dans le contrat de travail de façon à ce que le travailleur temporaire sache dans quelle mesure il doit mettre ses services à disposition et quel salaire il est en droit d'attendre pour ses services. Aussi, se référant à l'art. 324 al. 1 du code des obligations, elle a relevé que les risques d'entreprise et

économiques, tels que les pannes, les réductions de commandes ou les difficultés financières au sein de l'entreprise de mission sont à la charge de l'employeur, soit, en cas de location de services, le bailleur de services, de sorte que ce dernier ne peut imposer du travail compensatoire pour tous les cas où il serait en demeure d'accepter le travail convenu. Par ailleurs, elle indique que l'obligation de fidélité du travailleur temporaire qui, dans certains cas, pourrait justifier le rattrapage exceptionnel des heures négatives ne trouve pas application en l'espèce, au vu du caractère temporaire et triangulaire de la relation de travail. Se fondant ensuite sur l'art. 11 de la loi sur le travail, elle fait valoir que les interruptions de travail non prévues ne peuvent être compensées que si elles résultent de perturbations de l'activité de l'entreprise dues à un cas de force majeure ou à une intervention extérieure de l'entreprise. Puis, se référant à l'art. 24 de l'ordonnance 1 de la loi sur le travail, elle indique encore que le travail compensatoire ne doit pas être utilisé pour pallier des variations de charge de travail dans l'entreprise ni pour contourner la réglementation plus stricte du travail supplémentaire. Aussi, elle relève que la proposition de clause contenue dans le contrat-cadre de travail temporaire de la recourante relative à l'horaire de travail fait peser le risque d'entreprise sur le collaborateur, d'une part, en permettant à l'employeur, voire à l'entreprise de mission, de déterminer unilatéralement en fonction des besoins de cette dernière, la durée du travail et le salaire du travailleur et, d'autre part, en subordonnant le respect de l'horaire convenu à l'obligation du travailleur de manifester par écrit dans les 7 jours sa volonté de rattraper les heures négatives imputables à l'employeur. Partant, elle considère que la proposition de clause de la recourante ne remplit pas les exigences déduites de l'art. 19 al. 2 let. d de la loi sur le service de l'emploi et relève que, selon l'art. 16 de cette même loi, l'autorisation de pratiquer la location de services doit être retirée lorsque le bailleur de services enfreint de manière répétée ou grave des dispositions impératives ressortissant à la protection des travailleurs, la présente loi ou des dispositions d'exécution ; et que, si celui-ci 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.

C.

Par écritures du 25 octobre 2010, la recourante a recouru contre dite décision auprès du Tribunal administratif fédéral en concluant, sous suite de dépens, à son annulation et à ce qu'il soit constaté "que les clauses figurant dans le contrat cadre de travail temporaire de la recourante, lesquelles font l'objet de la décision entreprise, sont conformes aux

dispositions légales en vigueur et que, partant, X._____ SA est en droit d'en faire usage ou, à tout le moins, qu'elles ne justifient pas l'application de l'art. 16 de la loi sur le service de l'emploi et la location de services".

A l'appui de ses conclusions, la recourante fait tout d'abord valoir que les travailleurs temporaires sont également tenus par l'obligation de fidélité du travailleur, attendu que les dispositions relatives au contrat de travail s'appliquent en matière de location de services pour tout ce que la loi sur le service de l'emploi ne régit pas. Partant, aucune base légale ne permet de procéder, à l'instar de l'autorité inférieure, à une distinction, sur le plan de l'obligation de fidélité, entre un collaborateur ordinaire et intérimaire en ce qui concerne le rattrapage des heures perdues. Elle relève ensuite que la clause litigieuse de son contrat-cadre de travail temporaire (art. 15 par. 3) entre précisément dans le cadre de ce qui est autorisé par l'art. 11 de la loi sur le travail. D'une part, cette disposition autorise, à certaines conditions, que le temps de travail soit rattrapé en cas de perturbation dans l'entreprise, soit en cas de perturbation technique, de cessation d'activité liée aux conditions météorologiques ou encore de pénurie de travail liée à la conjoncture. D'autre part, elle autorise la pratique de l'horaire de travail mobile, de sorte qu'elle considère être en droit de prévoir un horaire de travail pouvant être amené à varier. Elle note également l'attitude contradictoire de l'autorité inférieure qui a par le passé proposé au Conseil fédéral d'étendre le champ d'application de la Convention nationale du secteur principal de la construction en Suisse, alors que celle-ci accorde précisément aux employeurs le droit de modifier l'horaire de travail en raison de pénurie de travail, d'intempéries ou de pannes techniques. Elle ajoute voir mal en quoi une telle pratique pourrait être admise s'agissant du secteur principal de la construction mais interdite pour les entreprises de location de services, a fortiori, lorsqu'elles placent des travailleurs temporaires dans ce secteur d'activité. Quant à l'obligation faite aux travailleurs intérimaires d'indiquer à la recourante dans un délai de 7 jours leur volonté de rattraper des heures de travail manquantes (art. 15 par. 7), celle-ci relève que, contrairement à ce qu'a retenu l'autorité inférieure, dite obligation n'a pas pour effet de renverser le risque d'entreprise réglé à l'art. 324 du code des obligations. En effet, elle expose que l'objectif visé par cette clause contractuelle est de pouvoir justifier, en cas de contrôle des autorités cantonales ou des commissions paritaires, les raisons pour lesquelles l'horaire convenu n'aurait, par hypothèse, pas été atteint. En outre, elle considère que cette obligation sert par ailleurs les intérêts des travailleurs, dans la mesure où cela les incite à mettre, le cas échéant, l'employeur en demeure au sens et selon les conditions de l'art. 324 al. 1

du code des obligations. Elle soutient au surplus que l'autorité inférieure a violé sa liberté économique en procédant à un contrôle exhaustif de son contrat-cadre de travail temporaire, alors qu'aucune base légale suffisante ne lui octroie une telle compétence. Enfin, elle invoque une violation du principe de la proportionnalité, en relevant que, quand bien même l'autorité inférieure a le pouvoir de donner un avertissement avant de prononcer un retrait de l'autorisation, ce procédé s'avère en l'espèce parfaitement disproportionné à mesure qu'aucune violation des dispositions impératives ressortissant à la protection des travailleurs ne peut être constatée et que, même si tel était le cas, on ne saurait considérer que celle-ci est suffisamment grave pour que l'art. 16 de la loi sur le service de l'emploi trouve application.

D.

Invitée à se prononcer sur le recours, l'autorité inférieure en a proposé le rejet dans ses observations responsives du 20 janvier 2011. Elle expose que l'obligation, fondée sur le devoir de fidélité du travailleur, de rattraper des heures manquantes concerne en première ligne les rapports de travail bilatéraux classiques s'inscrivant dans la durée et donnant lieu à un salaire mensuel fixe, attendu que les travailleurs temporaires sont en règle générale engagés pour une courte durée, ce qui tend à rendre impossible tout ou partie du rattrapage des heures perdues ; qu'en cas de difficultés dans l'entreprise de mission, ils sont généralement les premiers visés par les licenciements et qu'ils ont également un intérêt moindre à empêcher la faillite de l'entreprise utilisatrice. Elle relève ensuite que le travail compensatoire prévu par la loi sur le travail n'est pas un outil à disposition de l'employeur lui permettant de faire varier l'horaire de travail et le salaire qui en découle en fonction du moindre incident ayant une influence sur le besoin en personnel, tel que les intempéries, les pannes techniques ou les pénuries de travail. Elle soutient également que l'horaire de travail proposé par la recourante ne s'apparente aucunement à un horaire de travail mobile, dès lors qu'il ne fixe pas de temps de travail bloqué, n'est pas lié à un salaire fixe et n'offre aux travailleurs aucune possibilité de flexibilisation de l'horaire selon leurs besoins. Concernant la réglementation relative au travail compensatoire introduite dans la Convention nationale du secteur principal de la construction en Suisse, l'autorité inférieure indique qu'il est nécessaire de souligner que ce moyen résulte de négociations et compromis entre les partenaires sociaux, qu'il s'inscrit dans le cadre d'une réglementation particulièrement précise relative à l'horaire de travail (calendrier annuel, horaire maximum, horaire minimum, etc.) et que le salaire convenu est garanti sans condition. Elle considère ensuite que la règle de mise en demeure prévue

à l'art. 15 par. 7 du contrat-cadre contrevient à l'art. 324 du code des obligations, dès lors que, d'une part, l'offre de services, qui n'est soumise à aucune forme, vise à inviter l'employeur à respecter l'horaire de travail convenu dans le contrat de travail et non à demander à l'employeur de pouvoir rattraper les heures négatives qui lui sont imputables et, d'autre part, l'horaire de travail étant un horaire moyen, il peut varier dans une certaine mesure de semaine en semaine et s'équilibrer au fur et à mesure de la mission, de sorte qu'il est incohérent et disproportionné de prévoir une obligation de mise en demeure écrite hebdomadaire. Elle ajoute qu'il incombe par ailleurs à l'employeur de fixer l'horaire de travail et de s'assurer de fournir un volume de travail suffisant et qu'il lui est à cet effet possible de responsabiliser l'entreprise de mission à l'aide du contrat de location de services. Elle fait encore valoir que la recourante ne saurait invoquer la liberté économique en vue d'utiliser dans son contrat des clauses manifestement contraires au droit. Elle relève que si le législateur a certes renoncé à une disposition formelle exigeant la validation du contrat de travail par les autorités de contrôle, il n'en demeure pas moins qu'un examen des contrats est possible sur la base de l'obligation de renseigner. Enfin, elle indique qu'en requérant une décision formelle, la recourante a clairement démontré sa volonté d'intégrer la clause litigieuse dans son contrat. La violation du droit du travail étant dès lors imminente, elle n'avait d'autre choix que de rendre la décision attaquée. Elle précise en outre qu'il n'a jamais été exclu qu'elle établisse un deuxième avertissement une fois la clause introduite, avant de retirer les autorisations.

E.

Invitée à répliquer, la recourante a répondu dans un délai prolongé au 14 avril 2011. Elle fait valoir que le travailleur placé est soumis au devoir de diligence et de fidélité aussi bien vis-à-vis de la société de placement avec laquelle il est contractuellement lié qu'avec l'entreprise locataire de services. S'agissant ensuite de la Convention nationale pour le secteur principal de la construction en Suisse, elle expose que les pénuries de travail, les intempéries et les pannes techniques ne sont pas l'apanage du secteur principal de la construction, de sorte que rien ne s'oppose à ce que la règle y relative découlant de ladite convention s'applique à d'autres secteurs. Cette règle étant conforme au droit puisque étendue, aucune disposition légale interdirait de prévoir une règle semblable pour d'autres secteurs d'activité qui ne sont pas soumis à une convention collective de travail ou dont le champ d'application de la convention collective de travail n'est pas étendu. Elle relève encore une fois l'attitude contradictoire de l'autorité inférieure qui refuse qu'elle introduise ces règles dans le contrat

de travail temporaire alors que, lorsqu'elle place des travailleurs temporaires dans la construction, la convention nationale s'applique et, partant, la disposition incriminée. Quant à l'art. 15 par. 7 du contrat-cadre, elle indique que cette clause a pour unique but de lui permettre de contrôler que l'entreprise de mission ne viole pas ses obligations. Cette manière de procéder a pour avantage de lui permettre de réagir rapidement en mettant en demeure l'entreprise locataire de services de fournir suffisamment de travail au collaborateur, tout en lui prouvant que le travailleur se tient à disposition. De même, elle permet de rémunérer pleinement le travailleur même lorsque l'horaire hebdomadaire est inférieur et de faire ensuite valoir ses prétentions auprès de l'entreprise locataire de services. Enfin, elle relève qu'il ressort du texte clair de la loi sur le service de l'emploi que l'autorité inférieure a pour unique prérogative de prendre des décisions de retrait d'autorisation en matière de location de services, moyennant avertissement préalable, dans l'hypothèse d'une violation répétée ou grave des dispositions impératives ressortissant à la protection des travailleurs ou à ladite loi. Elle ne dispose donc d'aucune prérogative en matière d'approbation des contrats-cadres de travail temporaire et n'a dès lors pas la compétence de prendre des décisions en la matière.

F.

Invitée à dupliquer, l'autorité inférieure a répondu le 27 mai 2011 en répétant que le but de l'art. 15 du contrat-cadre litigieux est bien de faire peser le risque d'entreprise et le risque économique sur le travailleur, en exigeant de sa part une flexibilité absolue, tout en le responsabilisant par rapport au non-respect de l'horaire par l'entreprise de mission, et ce sans garantie de salaire. Elle relève que l'obligation d'annonce à charge du travailleur contenue à l'art. 15 par. 7 du contrat-cadre ne permet aucunement de déterminer les causes d'un éventuel bilan horaire négatif. En outre, d'un point de vue pratique, il est également évident que très peu de travailleurs seront capables de rédiger le courrier demandé. Dans un souci de preuve, l'entreprise utilisatrice devrait préciser les raisons des variations de l'horaire dans le rapport de travail hebdomadaire. S'agissant enfin de sa compétence à rendre la décision querellée, elle expose avoir, par cette décision, confirmé sa position et précisé que l'introduction de la clause litigieuse dans le contrat-cadre constituerait une violation grave et répétée des dispositions impératives ressortissant à la protection des travailleurs, justifiant une procédure de retrait de l'autorisation au sens de l'art. 16 de la loi sur le service de l'emploi. Partant, il s'agit d'une décision en constatation ayant pour but de renseigner l'administré sur une interprétation ou une application éventuelles du droit. La recourante ayant

en effet un intérêt digne de protection à connaître l'avis de l'autorité d'exécution et de surveillance de la loi sur le service de l'emploi, avant d'introduire cette nouvelle clause dans son contrat de travail.

Les arguments avancés de part et d'autre au cours de la présente procédure seront repris plus loin dans la mesure où cela s'avère nécessaire.

Droit :

1.

Le Tribunal administratif fédéral est compétent pour statuer sur le présent recours (cf. art. 31 et 32 de la loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal administratif fédéral [LTAF, RS 173.32] et 38 al. 2 let. b de la loi fédérale du 6 octobre 1989 sur le service de l'emploi et la location de services [LSE, RS 823.11]). En l'espèce, l'acte attaqué impose à la recourante une obligation, de sorte qu'il revêt la nature juridique d'une décision au sens de l'art. 5 al. 1 let. a de la loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative (PA, RS 172.021) et non d'une décision en constatation comme le soutient l'autorité inférieure. La qualité pour recourir doit être reconnue à la recourante (cf. art. 48 al. 1 PA). Les autres conditions de recevabilité sont en outre respectées (cf. art. 11, 50, 52 al. 1 et 63 al. 4 PA).

Le recours est ainsi recevable.

2.

La LSE vise à régir le placement privé de personnel et la location de services (let. a) ; à assurer un service public de l'emploi qui contribue à créer et à maintenir un marché du travail équilibré (let. b) ; et à protéger les travailleurs qui recourent au placement privé, au service public de l'emploi ou à la location de services (let. c) (art. 1^{er} LSE). S'agissant de la location de services, contenue au chapitre 3 de la loi, celle-ci prévoit que 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 (art. 12 al. 1 LSE). Outre l'autorisation cantonale, une autorisation du SECO est nécessaire pour louer les services de travailleurs vers l'étranger (art. 12 al. 2 1^{ère} phrase LSE). L'autorisation est délivrée pour une durée illimitée (art. 15 al. 1 LSE). Le SECO est l'autorité fédérale dont relève le marché du travail (art. 31 al. 1 LSE). Il surveille l'exécution de la présente loi par les cantons et encourage la coordination intercantonale du service public

de l'emploi (art. 31 al. 2 LSE). Il surveille la location de services vers l'étranger (art. 31 al. 3 LSE).

Chargé de l'exécution de la loi (cf. art. 41 al. 1 LSE), le Conseil fédéral a adopté l'ordonnance du 16 janvier 1991 sur le service de l'emploi et la location de services (OSE, RS 823.111). Les dispositions régissant la location de services sont contenues au chapitre 2 de l'ordonnance. Selon l'art. 26 OSE, est réputé bailleur de services celui qui loue les services d'un travailleur à une entreprise locataire en abandonnant à celle-ci l'essentiel de ses pouvoirs de direction à l'égard du travailleur. La location de services comprend le travail temporaire, la mise à disposition de travailleurs à titre principal (travail en régie) et la mise à disposition occasionnelle de travailleurs (art. 27 al. 1 OSE). Il y a travail temporaire lorsque le but et la durée du contrat de travail conclu entre le bailleur de services et le travailleur sont limités à une seule mission dans une entreprise locataire (art. 27 al. 2 OSE). La location de services n'est soumise à autorisation que sous la forme du travail temporaire et de la mise à disposition de travailleurs à titre principal (travail en régie) (art. 28 OSE). Le SECO surveille l'exécution de l'OSE (art. 62 OSE).

Bien que cette pièce n'ait pas été versée au dossier, il n'est en l'espèce toutefois pas contesté que l'autorité inférieure ait octroyé une autorisation à la recourante de pratiquer la location de services au sens de l'art. 12 al. 2 1^{ère} phrase LSE, comme en témoigne par ailleurs le site Internet du SECO (cf. <http://www.avg-seco.admin.ch/WebVerzeichnis/ServletWebVerzeichnis>).

3.

Les entreprises de travail temporaire (ou intérimaire) règlent fréquemment les conditions générales d'emploi dans un contrat-cadre. Celui-ci règle uniquement les points valables pour toutes les missions. Un contrat de travail (ou contrat de mission), stipulant les conditions concrètes de chaque engagement, est conclu en outre pour chaque mission. Le contrat-cadre fait partie intégrante du contrat de travail (cf. Directives et commentaires du SECO 2003, publiées sur le site Internet : http://www.espace-emploi.ch/dateien/Private_Arbeitsvermittlung/pav_weisungen_avg_f.pdf, ad art. 19 LSE ; 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 [FF 1985 III 524] p. 586 ; CHRISTIAN FAVRE/CHARLES MUNOZ/ROLF A. TOBLER, Le contrat de travail, Code annoté, 2^e éd., Lausanne 2010, ch. 2.9. ad art. 319). Le contrat de travail entre le bailleur de services et le travailleur est régi par les

art. 319 ss du code des obligations du 30 mars 1911 (CO, RS 220) sur le contrat de travail, auxquels s'ajoutent les prescriptions de l'art. 19 LSE ainsi que les dispositions d'application y relatives de l'OSE. Les dispositions de droit du travail de la LSE prévalent sur celles du CO. L'art. 19 LSE prescrit les points devant être réglés par écrit dans le contrat de travail. Si celui-ci se compose d'un contrat-cadre et d'un contrat de mission, ils doivent contenir, par écrit, les éléments requis par cette disposition (cf. Directives et commentaires du SECO, ad art. 19 LSE). Le bailleur de services doit notamment conclure un contrat écrit avec le travailleur réglant l'horaire de travail (art. 19 al. 2 let. d LSE). L'entreprise de mission n'est pas partie au contrat de travail. Un contrat écrit de location de services est conclu entre le bailleur de services et l'entreprise locataire de services. Celui-ci doit notamment indiquer l'horaire de travail du travailleur (art. 22 al. 1 let. e LSE).

4.

Fondée sur l'art. 19 al. 2 let. d LSE, l'autorité inférieure a édicté la directive 2009/2 du 15 septembre 2009, adressée aux offices cantonaux du travail et responsables cantonaux de la LSE et intitulée "Règlement de l'horaire de travail dans le contrat de travail et obligation du bailleur de services de payer le salaire qui lui est lié". Celle-ci indique en substance que l'horaire de travail doit être réglé dans le contrat de travail de façon à ce que le travailleur puisse savoir clairement dans quelle mesure il doit mettre ses services à disposition et quel salaire il est en droit d'attendre pour ses services.

En l'espèce, l'objet du litige porte sur les paragraphes 3, 7 et 8 de l'art. 15 du contrat-cadre de travail temporaire de la recourante relatif à l'horaire de travail.

5.

L'art. 15 par. 3 du contrat-cadre de travail temporaire de la recourante prévoit la possibilité de modifier, en cours de mission, l'horaire de travail convenu dans le contrat de travail dans l'éventualité où celui-ci ne pourrait être respecté en raison notamment de pénurie de travail, d'intempéries ou de pannes techniques, ceci afin de rattraper des heures non effectuées. L'autorité inférieure considère que cette clause fait peser le risque d'entreprise sur le travailleur et, partant, contrevient à l'art. 324 al. 1 CO.

La recourante expose que l'art. 324 al. 1 CO consacre le principe selon lequel l'employeur est tenu de payer le salaire lorsqu'il est en demeure ; il

n'interdit en revanche pas la compensation du temps de travail perdu par le travailleur. Aussi, elle relève que, pour déterminer les modalités de la compensation, il convient de se référer à l'art. 11 de la loi fédérale du 13 mars 1964 sur le travail dans l'industrie, l'artisanat et le commerce (LTr, RS 822.11) qui permet de compenser le temps de travail perdu en raison notamment de perturbations dans l'entreprise. Partant, elle considère que l'art. 15 par. 3 de son contrat-cadre est conforme au droit dans la mesure où il prévoit la compensation du temps de travail perdu dans les circonstances visées par l'art. 11 LTr, sans préjudice du droit au salaire du travailleur.

5.1. L'art. 11 LTr, intitulé "Travail compensatoire", dispose que "lorsque le travail est suspendu pour un temps relativement court, soit pour cause de perturbation dans l'entreprise, soit en cas de fermeture de l'entreprise pour cause de vacances, soit entre des jours chômés, soit dans d'autres circonstances analogues, ou lorsqu'un travailleur obtient des congés à sa demande, l'employeur peut faire compenser le temps perdu dans un délai convenable et, à cet effet, dépasser la durée maximum de la semaine de travail. Il est interdit de compenser plus de deux heures par jour et par travailleur, y compris le travail supplémentaire, sauf pendant les jours ou demi journées ordinairement chômés".

Contrairement à ce que semble penser la recourante, l'art. 11 LTr n'autorise pas l'employeur à compenser mais seulement à dépasser la durée maximum du travail hebdomadaire, à condition que le droit privé autorise la compensation. Comme le relève l'autorité inférieure, les causes énumérées à l'art. 11 LTr ne permettent en effet une compensation que sous l'aspect du droit public. Savoir si l'employeur peut ordonner du travail compensatoire est avant toute une question de droit privé (cf. ROLAND A. MÜLLER (JEAN-JACQUES LÜTHI) ET WOLFGANG PORTMANN/CHRISTINE PETROVIC (PIERRE SIEGENTHALER) in : Thomas Geiser/Adrian von Kaenel/Rémy Wyler, Loi sur le travail, Commentaire, Berne 2005, N^{os} 5 et 41 ad art. 11 et N^o 20 ad art. 20a ; ULLIN STREIFF/ADRIAN VON KAENEL, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319-362 OR, 6^e éd., Zurich/Bâle/Genève 2006, N^o 10 ad art. 324).

5.2. Le droit privé n'offre aucun fondement légal pour une telle compensation – exception faite de l'obligation générale de diligence et de fidélité contenue à l'art. 321a al. 1 CO (cf. infra consid. 5.6.2.). Elle doit donc être autorisée par le contrat individuel de travail ou la convention collective de travail pour être possible. Ainsi, si une compensation est convenue, l'employeur peut l'exécuter dans le cadre de l'art. 11 LTr

(cf. PORTMANN/PETROVIC (SIEGENTHALER) in : Geiser/von Kaenel/Wyler, op. cit., N° 20 ad art. 20a).

5.3. Le contrat de travail, à l'instar de tous les autres contrats, est soumis au principe de la liberté contractuelle. Le législateur reste toutefois libre d'indiquer dans quelle mesure il entend lui-même déroger à ce principe, en établissant des normes qui s'appliquent impérativement aux parties au contrat (cf. art. 19 CO). Dans le droit du contrat de travail, le législateur a fixé depuis toujours des règles tendant à la protection des travailleurs, auxquelles les employeurs ne peuvent déroger en défaveur des travailleurs – normes relativement impératives (cf. art. 362 al. 1 CO ; CHRISTIANE BRUNNER/JEAN-MICHEL BÜHLER/JEAN-BERNARD WAEBER/CHRISTIAN BRUCHEZ, Commentaire du contrat de travail, 3^e éd., Lausanne 2004, N° 1 ad art. 361 et 362). Les accords et les dispositions de contrats-types de travail et de conventions collectives qui y dérogent au détriment du travailleur sont nuls (cf. art. 362 al. 2 CO).

Aussi, il convient en l'espèce d'examiner si, en prévoyant la possibilité de modifier en cours de mission l'horaire de travail du travailleur temporaire, dans le but de rattraper des heures non effectuées en raison notamment de pénurie de travail, d'intempéries ou de pannes techniques, l'art. 15 par. 3 du contrat-cadre de travail temporaire de la recourante contrevient à une disposition impérative ressortissant à la protection des travailleurs.

5.4. L'art. 324 CO, intitulé "Salaire en cas d'empêchement de travailler – en cas de demeure de l'employeur", dispose que si l'employeur empêche par sa faute l'exécution du travail ou se trouve en demeure de l'accepter pour d'autres motifs, il reste tenu de payer le salaire sans que le travailleur doive encore fournir son travail (al. 1). Il résulte de cette disposition que le risque d'entreprise, soit le risque inhérent à l'activité économique de l'employeur ou le risque inhérent aux tâches exigées du travailleur, incombe non pas au travailleur mais à l'employeur. Si le travailleur est en mesure de fournir sa prestation de services mais que l'employeur refuse – en tout ou partie – la prestation de travail dûment offerte, pour des motifs techniques liés à l'exploitation de l'entreprise ou pour d'autres motifs économiques, même indépendants de sa volonté, l'employeur tombe en demeure (cf. ATF 125 III 65 consid. 5, 124 III 346 consid. 2a ; RÉMY WYLER, Droit du travail, 2^e éd., Berne 2008, p. 199 ; MANFRED REHBINDER/JEAN-FRITZ STÖCKLI, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, vol. VI, Das Obligationenrecht, Berne 2010, N° 39 ad art. 324). La demeure suppose, en principe, que le travailleur ait clairement offert ses services, en vain. Pratiquement, il suffit que le

travailleur ait offert sa prestation de manière effective en se présentant à sa place de travail, par écrit ou de toute autre manière appropriée (cf. WYLER, op. cit., p. 193). L'offre de fournir le travail n'est soumise à aucune forme particulière (cf. WOLFGANG PORTMANN in : Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Wolfgang Wiegand, Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, 5^e éd., Bâle 2011, N° 3a ad art. 324). Le travailleur ne peut toutefois se voir reprocher de n'avoir pas offert ses services lorsque l'employeur n'aurait de toute manière pas accepté la prestation de travail (cf. arrêt du Tribunal fédéral 4C.155/2006 du 23 octobre 2006 consid. 5). Lorsque l'employeur est en demeure, il doit payer le salaire au travailleur, comme si ce dernier avait normalement effectué son travail. De son côté, le travailleur n'a pas à rattraper le travail non effectué, mais payé (cf. ATF 120 II 209 consid. 9a/JdT 1995 I 367 ; STREIFF/VON KAENEL, op. cit., N° 10 ad art. 324 ; ADRIAN STAEHELIN/FRANK VISCHER, Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, vol. V 2c, Der Arbeitsvertrag Art. 319-362 OR, 3^e éd., Zurich 1996, N° 25 ad art. 324 ; PHILIPPE CARRUZZO, Le contrat individuel de travail, Commentaire des articles 319 à 341 du Code des obligations, Zurich/Bâle/Genève 2009, N° 6 ad art. 324). L'art. 324 al. 1 CO est une disposition relativement impérative (cf. art. 362 al. 1 CO), de sorte qu'en principe, il n'est pas possible d'y déroger par accord, contrat-type de travail ou convention collective au détriment du travailleur et donc, par voie de conséquence, de faire peser sur celui-ci tout ou partie du risque d'entreprise (cf. REHBINDER/STÖCKLI, op. cit., N° 40 ad art. 324 ; CARRUZZO, op. cit., N° 1 ad art. 324).

A l'égard du travailleur temporaire, l'entreprise locataire de services intervient comme auxiliaire de l'employeur au sens de l'art. 101 CO. L'entreprise de mission qui ne peut ou ne veut fournir du travail à l'intérimaire n'oblige pas le bailleur de services à indemniser son employé mais le place en demeure d'acceptation au sens de l'art. 324 CO. Cet effet naît directement en vertu de l'art. 101 CO, sans que le travailleur temporaire doive renouveler l'offre de sa prestation auprès de l'employeur ; il résulte également du fait que ce dernier a explicitement renoncé – et n'a d'ailleurs aucun intérêt – à recevoir lui-même la prestation de travail (cf. LUC THÉVENOZ, Le travail intérimaire, Lausanne 1987, N°s 786 ss).

Contrairement à ce que soutient la recourante, l'art. 324 al. 1 CO interdit précisément le travail compensatoire. En effet, comme l'obligation principale du travailleur porte sur l'exécution du travail par prestations successives déterminées dans le temps, la survenance de la demeure de

l'employeur ne permet pas l'exécution à un autre moment de la prestation de travail. En effet, le travailleur ne doit pas être appelé à travailler en dehors du cadre temporel fixé par le contrat de travail – si ce n'est en effectuant des heures supplémentaires – et se voir ainsi contraint de prendre à sa charge des risques inhérents à l'entreprise. L'employeur qui exigerait du travailleur qu'il compense les heures perdues en raison de la demeure contreviendrait au caractère relativement impératif de l'art. 324 CO (cf. BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, op. cit., N° 4 ad art. 324).

5.5. En l'espèce, l'art. 15 par. 3 du contrat-cadre de travail temporaire de la recourante fait référence aux pénuries de travail, aux intempéries et aux pannes techniques, soit des cas dans lesquels le travailleur est empêché de travailler sans sa faute et sans celle de l'employeur. Ces situations font partie du risque d'entreprise (cf. STAEHELIN/VISCHER, op. cit., N°s 12 ss ad art. 324 ; REHBINDER/STÖCKLI, op. cit., N° 39 ad art. 324 ; WYLER, op. cit., p. 200 ; WOLFGANG PORTMANN, Individualarbeitsrecht, Zurich 2000, N°s 432 ss ; CARRUZZO, op. cit., N° 1 ad art. 324). Or, il résulte de ce qui précède que l'art. 324 al. 1 CO prévoit, de manière relativement impérative, que le risque d'entreprise incombe à l'employeur. Par conséquent, l'employeur qui, pour ce motif, ne veut ou ne peut accepter l'exécution du travail pendant les heures retenues contractuellement est en demeure du créancier et une compensation du temps perdu n'est pas due (cf. consid. 5.4.).

5.6. Néanmoins, une compensation des heures perdues peut exceptionnellement exister.

5.6.1. Le caractère relativement impératif de l'art. 324 al. 1 CO ne s'oppose en effet pas, dans les limites de la protection du droit du travail, à un accord sur une compensation des futures heures de travail perdues. Il ne s'agit en effet dans ce cas pas d'une renonciation – sans effet – unilatérale du travailleur à un droit résultant d'une disposition impérative de la loi au sens de l'art. 341 al. 1 CO mais d'un ajournement, d'un commun accord, du temps de travail, de sorte qu'il n'y a dans ce cas pas de demeure de l'employeur. De telles conventions ne peuvent toutefois être prises de manière générale et à l'avance (cf. MANFRED REHBINDER, Schweizerisches Arbeitsrecht, 15^e éd., Berne 2002, N° 209 ; REHBINDER/STÖCKLI, op. cit., N° 19 ad art. 324 ; PORTMANN in : Honsell/Vogt/Wiegand, op. cit., N° 17 ad art. 324 ; STREIFF/VON KAENEL, op. cit., N° 14 ad art. 324 ; WYLER, op. cit., p. 253). En autorisant en l'espèce l'employeur à modifier l'horaire de travail en cours de mission afin de rattraper des heures non effectuées en raison de pénurie de

travail, d'intempéries ou de pannes techniques, l'art. 15 par. 3 du contrat-cadre de travail temporaire de la recourante ne tombe à l'évidence pas sous le coup de cette exception.

5.6.2. La doctrine déduit également du devoir de fidélité du travailleur, ancré à l'art. 321a al. 1 CO – selon lequel le travailleur sauvegarde fidèlement les intérêts légitimes de l'employeur –, une obligation exceptionnelle de rattraper des heures perdues. En effet, lorsque la demeure de l'employeur résulte non pas du risque d'entreprise mais d'un cas de force majeure ou d'un cas fortuit, se pose alors la question de savoir qui en assume les conséquences. En raison de la répartition des risques, l'employeur répond en principe également en première ligne. Néanmoins, exceptionnellement et pour autant que ce soit raisonnablement exigible, une obligation de rattraper les heures perdues peut exister pour des cas individuels, sur la base du devoir de fidélité du travailleur, si la demeure n'a été que de courte durée ou si l'employeur se trouve dans une situation de détresse (mise en danger de l'existence de l'entreprise) (cf. STAHELIN/VISCHER, op. cit., N^{os} 19 ss et 25 ad art. 324 ; MÜLLER (LÜTHI) in : Geiser/von Kaenel/Wyler, op. cit., N^o 42 ad art. 11 ; PORTMANN, op. cit., N^o 442 ; STREIFF/VON KAENEL, op. cit., N^{os} 5 et 10 ad art. 324).

La recourante, qui se prévaut de cette exception, ne peut cependant rien en tirer, attendu que l'art. 15 par. 3 du contrat-cadre fait référence aux situations *notamment de pénurie de travail, d'intempéries ou de pannes techniques*. Or, force est d'admettre, avec l'autorité inférieure, qu'il ne s'agit pas des situations visées par l'exception, soit de cas de force majeure ou de cas fortuits. Ces situations font partie du risque d'entreprise (cf. consid. 5.5.), soit de risques inhérents à l'activité économique de l'employeur ou aux tâches exigées du travailleur et dont l'employeur répond seul. En outre, savoir si la demeure de l'employeur tombe sous le coup de l'exception déduite du devoir de fidélité du travailleur, de sorte qu'il puisse être exigé de celui-ci la compensation des heures négatives, s'apprécie au cas par cas, compte tenu des circonstances d'espèce. On ne saurait en effet ériger dite exception en règle dans un contrat-cadre et de ce fait autoriser à l'avance et de manière générale l'employeur à exiger du travailleur, en vertu de son devoir de fidélité, du travail compensatoire.

5.7. La recourante fait en outre valoir que, dans certaines situations où l'exécution du contrat peut être temporairement impossible en raison de circonstances qui ne sont imputables ni à l'employeur ni au travailleur,

chacune des parties est libérée de ses obligations envers l'autre pour la durée de l'empêchement : l'employeur n'a donc pas à payer le salaire et le travailleur n'a pas à fournir sa prestation. Les parties ont cependant la possibilité de lier le maintien du droit au salaire à l'accomplissement d'un travail compensatoire ultérieur ou à la prise de jour de vacances.

L'impossibilité peut n'être imputable – à faute – à aucune des parties. L'impossibilité de l'exécution est réglée à l'art. 119 CO. Selon cette disposition, dans une telle hypothèse, l'obligation de travailler s'éteint. Il en va de même de l'obligation de payer le salaire (cf. art. 119 al. 1 CO), à moins que la loi ou le contrat ne mette ces risques à la charge de l'employeur (cf. art. 119 al. 3 CO). Or, l'art. 324 al. 1 CO prévoit justement que, lorsque l'impossibilité est due à la réalisation d'un risque d'entreprise, tel que prévu à l'art. 15 par. 3 du contrat-cadre, l'employeur est tenu de payer le salaire sans que le travailleur doive encore fournir son travail. L'art. 324 al. 1 CO l'emporte ainsi sur la règle générale de l'art. 119 al. 1 CO (cf. ATF 124 III 346 consid. 2a ; WYLER, op. cit., p. 204 ; REHBINDER/STÖCKLI, op. cit., N^{os} 38 ss ad art. 324 ; PORTMANN in : Honsell/Vogt/Wiegand, op. cit., N^o 2 ad art. 324 ; STAEHELIN/VISCHER, op. cit., N^o 13 ad art. 324).

5.8. La recourante soutient également être en droit de prévoir un horaire de travail pouvant être amené à varier. Elle relève en effet voir mal en quoi un horaire de travail flexible, tel que celui prévu par l'art. 15 par. 3 du contrat-cadre, pourrait être proscrit alors même que la pratique de l'horaire mobile est autorisée par l'art. 11 LTr ; celui-ci entrant en effet dans la catégorie des "circonstances analogues" contenues dans ladite disposition (cf. consid. 5.1.).

Par temps de travail mobile au sens de l'art. 11 LTr, on entend le temps qui précède ou suit le temps de travail arrêté (par ex. 9h00-11h00 et 14h00-16h00), durant lequel tous les travailleurs doivent être actifs à leur place de travail. Pendant le temps mobile, chaque travailleur peut fixer individuellement et de manière différente pour chaque jour le début du travail, les pauses et la fin du travail, ainsi que la durée du travail. Ce faisant, il doit seulement fournir un certain nombre d'heures de travail déterminé. Si ce quota est calculé d'après des unités de temps, qui s'étendent sur plus d'une semaine (p. ex. par mois), il se peut alors que la durée maximale du travail hebdomadaire soit dépassée et par ce fait l'art. 11 LTr est appliqué (cf. MÜLLER (LÜTHI) in : Geiser/von Kaenel/Wyler, op. cit., N^o 21 ad art. 11).

Or, l'art. 15 par. 3 du contrat-cadre de travail temporaire de la recourante, prévoyant la possibilité de modifier l'horaire de travail en vue de rattraper des heures perdues en raison notamment de pénurie de travail, d'intempéries ou de pannes techniques, ne tombe à l'évidence pas sous le coup de la définition de l'horaire mobile envisagé par l'art. 11 LTr. En outre, comme déjà dit, l'art. 11 LTr n'autorise quoi qu'il en soit pas l'employeur à compenser. La compensation doit être autorisée par le contrat individuel de travail ou la convention collective de travail pour être possible (cf. consid. 5.1. et 5.2.).

Nonobstant les termes employés par la recourante, celle-ci semble, à la lecture de ses écritures, se référer davantage à un horaire pouvant être amené à varier en fonction de la charge de travail dans l'entreprise. Or, l'art. 15 par. 2 du contrat-cadre, qui prévoit que l'horaire indiqué dans le contrat de mission est toujours un horaire approximatif et moyen, permet précisément une telle flexibilité. L'art. 15 par. 3 du contrat-cadre règle un cas de figure sensiblement différent, dans le sens où il prévoit la possibilité de modifier l'horaire de travail non pas en fonction de la quantité de travail disponible mais dans le but de rattraper des heures non effectuées en raison de la réalisation d'un risque d'entreprise. Or, l'art. 324 al. 1 CO prévoit expressément que, lorsque l'employeur est en demeure pour ce motif, une compensation du temps perdu n'est pas due (cf. consid. 5.4.).

5.9. Sur le vu de ce qui précède, il y a lieu de retenir que l'art. 15 par. 3 du contrat-cadre de travail temporaire de la recourante contrevient au caractère relativement impératif de l'art. 324 al. 1 CO.

Partant, c'est également en vain que la recourante se fonde sur la Convention nationale du secteur principal de la construction en Suisse pour démontrer la légalité de l'art. 15 par. 3 de son contrat-cadre de travail temporaire. Il y a en effet lieu de rappeler que le droit impératif de la Confédération et des cantons l'emporte sur la convention (art. 358 CO). Le Tribunal n'a donc pas à examiner la conformité de la clause litigieuse avec la Convention nationale du secteur principal de la construction en Suisse.

6.

L'art. 15 par. 7 du contrat-cadre de travail temporaire de la recourante, également litigieux, prévoit que, si l'horaire de travail effectué est inférieur à l'horaire convenu pour des raisons imputables à l'entreprise de mission et si le collaborateur veut rattraper les heures non effectuées par rapport

à l'horaire convenu, il doit en informer par écrit la recourante dans un délai maximum de 7 jours à compter de la fin de la semaine au cours de laquelle l'horaire convenu n'a pas été effectué.

La recourante précise dans sa réplique que cette clause du contrat-cadre ne concerne pas la demeure de l'entreprise locataire de services liée aux risques économiques ou d'entreprise mais vise l'hypothèse selon laquelle l'horaire de travail effectué est inférieur à celui convenu pour des raisons imputables à faute à l'entreprise de mission. L'autorité inférieure rétorque que cette disposition ne se réfère aucunement à la faute de l'entreprise locataire de services mais à des raisons imputables à celle-ci. Or, elle indique que les cas de pénurie de travail, d'intempéries et de pannes techniques sont imputables à l'entreprise de mission, respectivement à l'employeur, dans la mesure où ils relèvent du risque d'entreprise. En outre, elle indique que, l'art. 15 par. 8 se référant uniquement aux "heures non effectuées", l'obligation de demander par écrit à rattraper les heures négatives s'appliquent bien à tous les cas de demeure de l'employeur. Elle estime également que, d'un point de vue pratique, si le travailleur temporaire devait effectivement distinguer ces deux paragraphes, la tâche s'avérerait impossible ; il n'est en effet bien souvent pas donné d'explications au travailleur lorsqu'il est renvoyé à la maison ou invité à ne pas se présenter, si ce n'est qu'il n'y a pas suffisamment de travail.

6.1. La recourante expose que le devoir d'annonce du travailleur lui permet d'avoir connaissance de la cause de la diminution de l'horaire de travail et ainsi de déterminer les cas dans lesquels ces variations sont imputables à faute à l'entreprise locataire de services et, partant, justifient le paiement du salaire. Le délai d'annonce doit ainsi être interprété comme une mesure permettant à la recourante d'être informée du comportement fautif de l'entreprise de mission. De plus, l'annonce permet également de démontrer la mise à disposition du travailleur. La recourante relève en effet que, selon la jurisprudence, la demeure de l'employeur suppose que le travailleur ait clairement offert ses services, en vain. En accordant au collaborateur un délai de 7 jours pour manifester sa volonté de rattraper des heures non effectuées, elle considère donc agir de manière tout à fait conforme à celle-ci. On ne saurait en effet, dit-elle, considérer que l'employeur se trouve en demeure dès lors que l'horaire de travail n'est pas respecté, sans que le collaborateur ne doive manifester sa volonté à cet égard. Enfin, elle ajoute que le travailleur intérimaire peut, au moyen de cette clause, décider s'il entend ou non rattraper ces heures.

6.2. La demeure d'acceptation visée par l'art. 324 al. 1 CO résulte également du refus sans motif légitime de recevoir la prestation régulièrement offerte ou d'accomplir les actes préparatoires nécessaires à l'exécution de cette prestation (cf. THÉVENOZ, op. cit., N° 785).

Contrairement à ce que considère la recourante, l'obligation faite au travailleur temporaire, ancrée à l'art. 15 par. 7 de son contrat-cadre de travail temporaire, d'annoncer par écrit à l'employeur, dans un délai fixé, sa volonté de rattraper les heures négatives, ne saurait avoir pour effet de mettre l'employeur en demeure de payer le salaire en application de l'art. 324 al. 1 CO. En effet, la demeure suppose que le travailleur ait offert, en vain, sa prestation de travail conformément à son contrat de travail, soit notamment quant à la période (cf. REHBINDER/STÖCKLI, op. cit., N° 5 ad art. 324). Aussi, offrir, après coup, de rattraper, soit en dehors du cadre temporel fixé par le contrat de travail, des heures qui n'ont pas été effectuées durant l'horaire de travail convenu contractuellement par la faute de l'employeur, ne constitue pas une mise en demeure – laquelle n'est en outre soumise à aucune forme particulière et n'est dirigée, en cas de location de services, non pas contre le bailleur de services mais contre l'entreprise locataire de services (cf. consid. 5.4.) – mais une compensation, précisément interdite, des heures perdues en raison de la demeure. Il convient de rappeler à cet égard que seule une compensation des futures heures de travail perdues peut être convenue entre les parties (cf. consid. 5.6.1.).

Partant, il y a lieu de retenir que l'art. 15 par. 7 du contrat-cadre de travail temporaire de la recourante viole l'art. 324 al. 1 CO, et ce qu'il se rapporte à une impossibilité imputable à faute à l'entreprise de mission, respectivement à l'employeur, comme le soutient la recourante, ou au risque d'entreprise, comme l'interprète l'autorité inférieure, attendu que l'une comme l'autre hypothèse tombe sous le champ d'application de la norme impérative.

7.

L'art. 15 par. 2 du contrat-cadre litigieux mentionne que l'horaire indiqué dans le contrat de mission est toujours un horaire hebdomadaire approximatif et moyen, qui est considéré respecté si, pendant la durée totale de la mission, il ne varie pas de plus de 5% en moyenne. L'art. 15 par. 8, contesté en l'espèce, prévoit que, si l'horaire moyen de travail est inférieur à celui indiqué dans le contrat de mission et si le collaborateur n'a pas demandé par écrit à rattraper les heures non effectuées, la limite de 5% fixée ci-dessus ne doit pas être respectée.

La recourante expose que cette dernière clause vise à éviter que le travailleur ne vienne, plusieurs mois après, faire valoir des prétentions relatives à un horaire moyen de travail inférieur à celui indiqué dans le contrat de mission. En effet, dans cette hypothèse, il sera particulièrement difficile de démontrer si la diminution du volume de travail est due au travailleur ou à l'entreprise locataire de services.

7.1. Il ressort de l'art. 6 du contrat-cadre de travail temporaire de la recourante que le travailleur est salarié sur la base des heures de travail effectives. Dans sa directive 2009/2 précitée (cf. consid. 4.), l'autorité inférieure a indiqué que, lorsque le salaire est calculé sur la base du rapport des heures ou de travail, soit sur un nombre d'heures variant par rapport à l'horaire de travail convenu contractuellement, des fluctuations journalières ou hebdomadaires de l'horaire de travail sont acceptables tant que le travail accompli et rémunéré correspond en moyenne mensuelle – ou hebdomadaire pour les missions de courte durée – au moins à l'horaire de travail prévu. Dans ces cas, l'employeur peut se fonder sur le rapport des heures ou de travail. Dans le cas contraire, soit si le rapport des heures ou de travail fait état d'un nombre d'heures inférieur au volume prévu par le contrat de mission, le bailleur de services est en principe tenu, en vertu de l'art. 324 al. 1 CO, de rémunérer le travailleur pour les heures prévues contractuellement et ne peut simplement se fonder sur le rapport des heures ou de travail. Il ressort en l'espèce des échanges de courriers antérieurs à la procédure de recours que l'autorité inférieure avait admis, respectivement toléré, que l'horaire de travail moyen puisse être déterminé sur la durée totale de la mission et non pas sur un seul mois et qu'un horaire hebdomadaire moyen et approximatif, permettant une variation de 5% en moyenne sur la durée totale de la mission, puisse être convenu, pour autant toutefois que le volume de travail, par prolongement le salaire, fluctuent de manière raisonnable.

7.2. Il résulte ainsi de ce qui précède qu'en l'espèce, si l'horaire de travail hebdomadaire approximatif et moyen fixé dans le contrat de mission n'a pour la durée totale de la mission pas été atteint en raison de perturbations dans l'entreprise ou par la faute de l'entreprise locataire de services, respectivement de l'employeur, ce dernier est tenu de payer au travailleur, et pour autant que celui-ci ait offert ses services conformément au contrat, le salaire correspondant à l'horaire hebdomadaire moyen convenu dans le contrat de travail, en application de l'art. 324 al. 1 CO, sans que le travailleur doive rattraper les heures perdues. Aussi, en subordonnant, dans cette hypothèse, le paiement du salaire

correspondant à l'horaire hebdomadaire moyen convenu dans le contrat de mission, à l'obligation – contraire au droit impératif – prévue au par. 7 précité, de demander à rattraper les heures manquantes, l'art. 15 par. 8 du contrat-cadre de la recourante contrevient l'évidence à l'art. 324 al. 1 CO, et ce même si, comme elle l'expose, dite disposition ne trouve application qu'en cas de demeure fautive de l'employeur. Pareille clause a ainsi pour effet de vider purement et simplement l'art. 324 al. 1 CO de sa substance.

8.

Compte tenu de ce qui précède, il reste désormais à examiner si l'autorité inférieure était fondée à rendre une décision interdisant l'usage des par. 3, 7 et 8 de l'art. 15 dans le contrat-cadre de travail temporaire de la recourante, faute de quoi l'autorisation de pratiquer la location de services lui serait retirée.

La recourante fait grief à l'autorité inférieure d'avoir violé sa liberté économique en procédant à un contrôle exhaustif de son contrat-cadre de travail temporaire, alors qu'il n'existe aucune base légale suffisante obligeant le bailleur de services à faire approuver ses conditions-cadres de travail temporaire par l'autorité. Elle fait valoir que l'art. 16 LSE donne uniquement la compétence à l'autorité inférieure (ou aux autorités cantonales) de retirer l'autorisation au bailleur de services lorsque ce dernier a violé de manière grave et répétée des dispositions impératives relevant de la protection des travailleurs, de sorte qu'elle n'a pas la faculté de prononcer d'autres sanctions. L'autorité inférieure rétorque que, de pratique constante, depuis une quinzaine d'années, elle-même ainsi que les autorités cantonales compétentes en matière LSE procèdent, dans un souci de prévention et de sécurité juridique, à l'examen des contrats dans le cadre de la procédure d'autorisation, puis à l'occasion de leur modification. Cette pratique repose sur le constat que les contrats utilisés par les entreprises de travail temporaire contreviennent souvent aux prescriptions légales telles que la LSE, le CO, la LTr, de même que les diverses lois sociales. De surcroît, elle indique que le principe de l'approbation des contrats par les autorités est admis par les entreprises de travail temporaire et relève qu'en l'espèce, c'est la recourante elle-même qui lui a spontanément soumis ses nouveaux contrats pour examen et validation et que c'est elle qui a exigé une décision formelle.

8.1. Dans son message précité concernant la révision de la LSE, le Conseil fédéral a indiqué, en regard de l'art. 19 al. 2 LSE, avoir "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. Néanmoins, 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'entreprise de location de services qui omet à plusieurs reprises de communiquer par écrit l'essentiel du contenu d'un contrat de travail peut se voir retirer l'autorisation en vertu de l'article 16, lettre b" (cf. FF 1985 III 587).

L'art. 17 al. 1 LSE dispose que, 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. Dans son message y relatif, le Conseil fédéral a relevé en substance qu'une fois l'autorisation accordée, les autorités doivent aussi pouvoir consulter les registres et les pièces concernant les opérations de placement (cf. FF 1985 III 585 en relation avec 575). Lors des débats parlementaires – alors qu'une minorité de la Commission du Conseil des Etats souhaitait limiter l'obligation de renseigner du bailleur de services à la seule procédure d'octroi de l'autorisation, au motif que l'autorité qui est compétente pour délivrer, respectivement retirer l'autorisation n'a pas à contrôler la location de services –, il a été relevé que, pour satisfaire à son devoir de surveillance, l'autorité doit aussi avoir la possibilité après la délivrance de l'autorisation de contrôler si les conditions d'octroi sont encore remplies (cf. Bulletin officiel de l'Assemblée fédérale [BO] CE 1988 III 564, spéc. 578, *Miville*).

Il résulte de ce qui précède que l'art. 17 LSE constitue une base légale suffisante autorisant l'autorité inférieure à contrôler les contrats de travail des bailleurs de services, en dehors de la procédure d'octroi des autorisations.

8.2. L'art. 16 LSE prévoit que l'autorisation est notamment retirée lorsque le bailleur de services (al. 1) : 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 cantonales relatives à l'admission des étrangers (let. b). L'art. 44 al. 1 let. a OSE dispose que si le bailleur de services se trouve dans la situation d'infraction prévue à l'art. 16 al. 1 let. b LSE notamment,

l'autorité compétente peut lui retirer l'autorisation sans lui impartir de délai pour régulariser sa situation. Dans son message précité, le Conseil fédéral a indiqué en regard de l'art. 16 LSE que, "étant donné que le bailleur de services engage des travailleurs, l'autorité compétente en matière d'autorisation doit, conformément au but visé par la loi, prévenir les infractions aux prescriptions du droit du travail. C'est pourquoi la lettre b prescrit le retrait (temporaire ou durable) de l'autorisation lorsque le bailleur de services enfreint de manière grave et répétée les prescriptions impératives en matière de protection des travailleurs (p. ex. condamnation pour non respect des prescriptions sur le temps de travail et de repos, ou pour imputation injustifiée des créances de salaire). Font notamment partie des prescriptions impératives en matière de protection des travailleurs, les prescriptions du droit du travail, celles du droit en matière de contrat de travail ainsi que celles de la loi sur l'assurance contre les accidents" (cf. FF 1985 III 585).

En l'espèce, il a été établi ci-dessus que l'art. 15 par. 3, 7 et 8 du contrat-cadre de travail temporaire de la recourante viole la prescription relativement impérative contenue à l'art. 324 al. 1 CO. Ce faisant, il contrevient également à l'art. 19 al. 2 let. d LSE (cf. directive 2009/2 précitée, consid. 4. et 7.1.). Partant, comme le relève l'autorité inférieure, il s'agit d'une violation non seulement grave du droit du travail, au vu de ses conséquences non négligeables sur les droits et obligations des travailleurs, en relation avec l'horaire de travail et, par voie de conséquence, le salaire, mais aussi répétée du fait de son introduction dans un contrat-cadre. Dès lors, l'autorité inférieure peut, sur la base de l'art. 16 al. 1 let. b LSE, retirer l'autorisation de la recourante de pratiquer la location de services. Aussi, selon le principe "qui peut le plus peut le moins" (*a maiore minus*), l'autorité qui est compétente pour octroyer une autorisation de pratiquer la location de services et pour en ordonner le retrait, l'est aussi – même en l'absence de spécification légale – pour interdire l'usage dans un contrat-cadre de travail temporaire de clauses contrevenant à des dispositions impératives ressortissant à la protection des travailleurs (cf. dans le même sens arrêt du Tribunal fédéral 2P.169/2004 du 7 février 2005 consid. 3.2.2). En prononçant la décision entreprise, l'autorité inférieure n'a dès lors pas outrepassé ses compétences.

Partant, c'est également à juste titre que, fondée sur les art. 16 al. 1 let. b LSE et 44 al. 1 let. a OSE a contrario, l'autorité inférieure a menacé la recourante de lui retirer son autorisation au cas où elle intégrerait les clauses litigieuses dans son contrat-cadre. La décision dont est recours

ne viole donc pas non plus le principe de la proportionnalité comme l'invoque en vain la recourante.

9.

Il s'ensuit que la décision attaquée ne viole pas le droit fédéral et ne traduit pas un excès ou un abus du pouvoir d'appréciation. Elle ne relève pas non plus d'une constatation incomplète ou inexacte des faits et n'est pas inopportune (cf. art. 49 PA). Mal fondé, le recours doit donc être rejeté.

10.

Vu l'issue de la cause, les frais de procédure, comprenant l'émolument judiciaire et les débours, doivent être mis à la charge de la recourante qui succombe (cf. 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]). 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 1^{ère} phrase et 4 FITAF).

En l'espèce, les frais de procédure doivent être fixés à Fr. 1'500.-. Ils sont compensés par l'avance de frais du même montant déjà versée par la recourante.

11.

Compte tenu de l'issue de la procédure, la recourante n'a pas droit à des dépens (cf. art. 64 al. 1 PA et art. 7 al. 1 FITAF a contrario).

Par ces motifs, le Tribunal administratif fédéral prononce :

1.

Le recours est rejeté.

2.

Les frais de procédure, d'un montant de Fr. 1'500.-, sont mis à la charge de la recourante. Ce montant est compensé par l'avance de frais déjà versée de Fr. 1'500.-.

3.

Il n'est pas alloué de dépens.

4.

Le présent arrêt est adressé :

- à la recourante (acte judiciaire)
- à l'autorité inférieure (acte judiciaire)
- au Département fédéral de l'économie DFE (acte judiciaire)

Le Président du collège :

La Greffière :

Claude Morvant

Muriel Tissot

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 de la loi fédérale du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral [LTF, RS 173.110]). 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 : 2 mai 2012