

8 **Gesundheit – Arbeit – Soziale Sicherheit**
Santé – Travail – Sécurité sociale
Sanità – Lavoro – Sicurezza sociale

26

Extrait de l'arrêt de la Cour II
dans la cause X. contre Secrétariat d'Etat à l'économie (SECO)
B-5302/2014 du 15 novembre 2016

Location de services. Contrôle des contrats-cadres des bailleurs de services. Nature et ampleur de ce contrôle.

Art. 17 LSE. Art. 34a OSE.

1. **L'art. 17 LSE est une base légale suffisante pour autoriser le SECO à contrôler les contrats-cadres des bailleurs de services, même en dehors de la procédure d'octroi des autorisations (consid. 3.2).**
2. **L'art. 34a OSE a codifié ce contrôle sans modifier sa nature ou son ampleur (consid. 3.3.2).**
3. **Seule une clause qui constitue une violation du droit flagrante et clairement établie peut être interdite lors de ce contrôle. Sans cela, le SECO excéderait ses pouvoirs en se prononçant sur une question qui relève, de par sa nature, de la juridiction civile (consid. 3.3–3.5).**

Personalverleih. Kontrolle der Rahmenverträge der Verleiher. Art und Umfang dieser Kontrolle.

Art. 17 AVG. Art. 34a AVV.

1. **Art. 17 AVG bildet eine genügende gesetzliche Grundlage für die Befugnis des SECO, die Rahmenverträge der Verleiher auch ausserhalb eines Bewilligungsverfahrens zu kontrollieren (E. 3.2).**
2. **In Art. 34a AVV wurde diese Kontrolle ohne Änderung ihrer Art und ihres Umfangs kodifiziert (E. 3.3.2).**
3. **Bei einer solchen Kontrolle dürfen einzig grob und offensichtlich rechtsverletzende Klauseln verboten werden. Das SECO würde**

ansonsten seine Befugnisse überschreiten und über eine Frage befinden, welche naturgemäss in die Zuständigkeit der Zivilgerichtsbarkeit fällt (E. 3.3–3.5).

Fornitura di personale a prestito. Controllo dei contratti quadro dei prestatori di servizi. Natura e portata del controllo.

Art. 17 LC. Art. 34a OC.

- 1. L'art. 17 LC costituisce una base legale sufficiente per consentire alla SECO di controllare i contratti quadro dei prestatori di servizi anche al di fuori della procedura di rilascio delle autorizzazioni (consid. 3.2).**
- 2. L'art. 34a OC ha codificato questo controllo senza modificarne la natura o la portata (consid. 3.3.2).**
- 3. Nell'ambito di tale controllo la SECO può vietare soltanto una clausola costituente una flagrante e chiaramente comprovata violazione del diritto. Essa travalicherebbe invece i suoi poteri se si pronunciasse su una questione che per sua natura è di pertinenza della giurisdizione civile (consid. 3.3–3.5).**

Le 7 mai 2013, la société X., bailleresse de services, a soumis au Secrétariat d'Etat à l'économie (SECO; ci-après: autorité inférieure) une nouvelle version de son contrat-cadre de travail temporaire.

Par décision du 21 août 2014, l'autorité inférieure a interdit à la société X. d'utiliser dans son contrat-cadre une clause en lien avec l'obligation de l'employeur de verser le salaire en cas d'accident. La mesure était assortie de la menace de retirer les autorisations fédérales de pratiquer la location de services de toutes ses succursales.

Par acte du 18 septembre 2014, la société X. a déposé un recours contre cette décision auprès du Tribunal administratif fédéral.

Le Tribunal administratif fédéral admet le recours, se prononçant uniquement sur la nature et l'ampleur du contrôle exercé par l'autorité inférieure, sans trancher le litige de droit civil qui opposait les parties.

Extrait des considérants:

3.

3.1 La loi fédérale du 6 octobre 1989 sur le service de l'emploi et la location de services (LSE, RS 823.11) 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).

(...)

3.2

3.2.1 Dans l'arrêt B-7596/2010 du 27 avril 2012, le Tribunal administratif fédéral 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 (arrêt B-7596/2010 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 (arrêt B-7596/2010 consid. 8.2 et réf. cit.; voir aussi arrêt du TAF B-434/2015 du 18 mai 2016).

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

(...)

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, Commentaires détaillés des dispositions, 23.10.2013, ad art. 34a OSE, < http://www.espace-emploi.ch/dateien/Private_Arbeitsvermittlung/AVV_Rev_MB_Erlaeuterungen_F.pdf >, consulté le 31.10.2016, ci-après: Commentaire du SECO) 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: Verwaltungsrecht, 2015, n° 18.48 p. 753 s.).

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

27 novembre 1985 concernant la révision de la LSE précisait à ce sujet ce qui suit (FF 1985 III 524, 587, ch. 233.2):

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 (Commentaire du SECO, op. cit., ad art. 34a OSE; consid. 3.2.2) et l'arrêt B-7596/2010 constatait de la même manière l'absence de base légale spécifique (arrêt B-7596/2010 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 LFPr [RS 412.10]; art. 84 CC; ATF 112 II 97 consid. 3).

3.3.2 Le message 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 524, 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 se fondait également sur ce passage du message (arrêt B-7596/2010 consid. 8.1).

Enfin, comme le souligne le commentaire de l'OSE, 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 (Commentaire du SECO, op. cit., ad art. 34a OSE).

Par conséquent, il faut retenir l'idée que ce contrôle, qui ne repose sur aucune base légale spécifique, 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 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, in: 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, in: Arbeitsvermittlungsgesetz [AVG], 2014, art. 16 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 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 Ia 116 consid. 6a; THOMAS SÄGESSER, Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetz [RVOG], 2007, art. 61b 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 (ATF 109 Ia 116 consid. 6a; SÄGESSER, op. cit., art. 61b n° 32).

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^e éd. 2016, n° 1744 ss; KASPAR PLÜSS, in: Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich [VRG], 3^e éd. 2014, § 1 n° 55 ss; FABIENNE HOHL, Procédure civile, vol. I, 2001, n° 40 s.).

3.4.2 En l'espèce cependant, le Tribunal administratif fédéral 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^e éd. 1983, § 11 ch. 7 p. 96; LE ROY/

SCHOENENBERGER, Introduction générale au droit suisse, 2^e 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, 3^e éd. 2013, n^o 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; INGEBORG SCHWENZER, Schweizerisches Obligationenrecht: Allgemeiner Teil, 7^e éd. 2016, n^o 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 administrative, 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, in: Arbeitsvermittlungsgesetz [AVG], op. cit., art. 19 n^o 30 et réf. cit.). C'est ainsi devant la juridiction civile qu'aboutiront les litiges nés de son exécution (art. 34 al. 2 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 administratif fédéral 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 administratif fédéral 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.