

BVGer B-7596/2010 vom 27. April 2012

Bundesverwaltungsgericht, 2012-04-27, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_B-7596_2010

FR: TAF B-7596/2010 du 27 avril 2012

IT: TAF B-7596/2010 del 27 aprile 2012

Regeste

Placement

Erwägungen

E. 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 2ème paragraphe de la clause proposée] ne doit pas être respectée ».

E. 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, 2e 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).

E. 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.

E. 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.

E. 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, Nos 5 et 41 ad art. 11 et No 20 ad art. 20a ; Ullin Streiff/Adrian von Kaenel, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319-362 OR, 6e éd., Zurich/Bâle/Genève 2006, No 10 ad art. 324).

E. 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., No 20 ad art. 20a).

E. 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, 3e éd., Lausanne 2004, No 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.

E. 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, 2e éd., Berne 2008, p. 199 ; Manfred Rehbinder/Jean-Fritz Stöckli, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, vol. VI, Das Obligationenrecht, Berne 2010, No 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, 5e éd., Bâle 2011, No 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., No 10 ad art. 324 ; Adrian Staehelin/Frank Vischer, Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, vol. V 2c, Der Arbeitsvertrag Art. 319-362 OR, 3e éd., Zurich 1996, No 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, No 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., No 40 ad art. 324 ; Carruzzo, op. cit., No 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, Nos 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., No 4 ad art. 324).

E. 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., Nos 12 ss ad art. 324 ; Rehbinder/Stöckli, op. cit., No 39 ad art. 324 ; Wyler, op. cit., p. 200 ; Wolfgang Portmann, Individualarbeitsrecht, Zurich 2000, Nos 432 ss ; Carruzzo, op. cit., No 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.).

E. 5.6

Néanmoins, une compensation des heures perdues peut exceptionnellement exister.

E. 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*, 15e éd., Berne 2002, No 209 ; Rehbinder/Stöckli, op. cit., No 19 ad art. 324 ; Portmann in : Honsell/Vogt/Wiegand, op. cit., No 17 ad art. 324 ; Streiff/von Kaenel, op. cit., No 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.

E. 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. Staehelin/Vischer, op. cit., Nos 19 ss et 25 ad art. 324 ; Müller (Lüthi) in : Geiser/von Kaenel/Wyler, op. cit., No 42 ad art. 11 ; Portmann, op. cit., No 442 ; Streiff/von Kaenel, op. cit., Nos 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.

E. 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 ; Rehbindler/Stöckli, op. cit., Nos 38 ss ad art. 324 ; Portmann in : Honsell/Vogt/Wiegand, op. cit., No 2 ad art. 324 ; Staehelin/Vischer, op. cit., No 13 ad art. 324).

E. 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., No 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.).

E. 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.

E. 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.

E. 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.

E. 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., No 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. Rehbindler/Stöckli, op. cit., No 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.

E. 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.

E. 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.

E. 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.

E. 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.

E. 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.

E. 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.

E. 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.

E. 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 1ère 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.

E. 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).

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.