

L'application des CCT au contrat de travail temporaire

Véronique PÉROUD

Plan

I.	Remarques introductives.....	380
II.	Définition, champ d'application et extension d'une convention collective de travail.....	381
1.	Définition.....	381
2.	Champ d'application.....	381
2.1	Champ d'application professionnel et personnel.....	381
2.2	Champ d'application géographique ou territorial.....	382
2.3	Champ d'application temporel.....	382
2.4	Personnes liées par la CCT.....	382
3.	Notion de CCT étendue.....	383
III.	L'article 20 LSE.....	384
1.	Introduction.....	384
2.	Application d'une CCT non étendue au contrat de travail temporaire.....	384
3.	Application d'une CCT étendue au contrat de travail temporaire.....	385
3.1	Portée et limites de l'article 20 LSE.....	386
3.2	Existence et application d'une CCT étendue à un contrat de travail temporaire.....	387
3.2.1	Existence d'une CCT étendue.....	387
3.2.2	Champ d'application temporel.....	388
3.2.3	Champ d'application territorial.....	388
3.2.4	Champ d'application personnel.....	390
3.2.5	Champ d'application professionnel.....	391
3.3	Primauté de la source de droit applicable en cas de conflit de CCT.....	392
3.3.1	Introduction.....	392
3.3.2	Conflit entre les dispositions d'une CCT sectorielle et celles d'une CCT professionnelle.....	393
3.3.3	Conflit entre les dispositions de deux CCT sectorielles.....	394
3.4	Contrôle du respect de l'article 20 LSE.....	395
IV.	Convention collective de la branche du travail temporaire.....	396
1.	Introduction.....	396
2.	Contenu de la CCT de la branche du travail temporaire.....	397
V.	Conclusion.....	398

I. Remarques introductives

Selon un article paru dans Bilan le 16 février 2011, entre 250'000 et 270'000 personnes ont été, sur l'ensemble de l'année 2010, embauchées par les entreprises de travail temporaire, ce qui correspond à environ 5% de la population active occupée dans notre pays.

Le retour de la croissance profite donc largement à ce secteur d'activité qui avait déjà, avant la crise, connu un essor particulier dans le cadre de la libre circulation des personnes avec l'Union européenne. Il devrait, à terme, continuer à se développer, la tendance à la flexibilisation ayant vocation à s'accroître et les ressources professionnelles qualifiées à diminuer.

Or, le travail temporaire est, de par sa nature, précaire et souvent l'objet de dumping social et salarial. Le besoin de protection de cette catégorie particulière de travailleurs est donc fondamental.

Dans cette perspective, les conventions collectives de travail, qui permettent aux employés temporaires de bénéficier de conditions de travail plus stables et favorables et qui jouent également un rôle de police sociale de la concurrence lorsqu'elles sont conclues au niveau d'une branche économique, apparaissent comme un instrument efficace.

Le système actuel est régi, en droit suisse, par l'article 20 de la loi fédérale du 6 octobre 1989 sur le service de l'emploi et la location de services (ci-après : LSE)¹, qui prévoit l'application, par le bailleur de services, de certaines dispositions d'une convention collective de travail étendue à laquelle est soumise l'entreprise locataire de services.

La présente étude propose une analyse de cette disposition et des difficultés pratiques résultant de son application (III). La perspective que constitue l'entrée en vigueur espérée prochaine d'une convention collective indépendante pour le travail temporaire sera abordée dans un second temps (IV). Pour débiter toutefois, il semble utile de rappeler quelques principes généraux régissant l'application des conventions collectives de travail (II).

¹ BUCHS Jean-Philippe, Les entreprises de travail temporaire se surpassent, *in* : Bilan du 16 février 2011.

² RS 823.11.

II. Définition, champ d'application et extension d'une convention collective de travail

1. Définition

La convention collective de travail (ci-après : CCT) est un accord passé entre une association d'employeurs et une association de travailleurs, afin de définir le contenu des relations que noueront leurs membres dans des contrats individuels de travail (art. 356 al. 1 CO).

La CCT est régie par les articles 356 à 358 du Code des obligations suisse du 30 mars 1911 (ci-après : CO)³.

2. Champ d'application

Pour que les dispositions normatives d'une CCT, soit celles qui règlent directement les rapports entre employeurs et travailleurs (art. 356 al. 1 CO), s'appliquent de manière impérative, les conditions cumulatives suivantes doivent être réalisées⁴ :

- la relation de travail doit entrer dans le champ d'application matériel, personnel, géographique et temporel de la CCT ;
- l'employé et l'employeur doivent tous deux être liés par la CCT.

2.1 Champ d'application professionnel et personnel

L'effet direct de la CCT ne s'applique qu'aux entreprises d'une profession déterminée (conventions de métier), à une ou plusieurs entreprises déterminées (conventions d'entreprises) ou aux entreprises d'une même branche économique (conventions de branche). Pour définir l'appartenance d'une entreprise à une branche économique, il convient de considérer l'*activité caractéristique*⁵.

Le champ d'application personnel vise les personnes dont les droits et obligations sont définis par la CCT, soit en vertu de la qualité de membre d'une association contractante, d'un acte d'adhésion individuel ou en

³ RS 220.

⁴ BRUCHEZ Christian, Droit collectif du travail, Bâle 2010, Art. 356 CO, p.180 (cité) ; BRUCHEZ, Droit collectif du travail).

⁵ BRUCHEZ, Droit collectif du travail, p. 182.

application, comme nous le verrons ci-dessous, d'un acte administratif si la CCT en question a fait l'objet d'une décision d'extension⁶.

2.2 Champ d'application géographique ou territorial

Les CCT de métier ou de branche s'appliquent sur un territoire défini, qui peut notamment être une région, un canton, plusieurs cantons ou tout le pays, ce champ d'application étant toutefois limité par le territoire d'activité des parties à la CCT. Le lieu de travail habituel du travailleur est le critère permettant de déterminer si une relation de travail entre dans le champ d'application d'une CCT ou non⁷.

2.3 Champ d'application temporel

Une CCT ne produit un effet juridique direct et impératif sur les rapports entre employés et employeurs que pendant sa durée de validité, son entrée en vigueur étant en principe immédiate. Elle peut être de durée déterminée ou indéterminée et peut continuer à produire des effets au-delà de son extinction s'il est établi que les parties au rapport de travail ont inclus le contenu de la CCT à leur contrat⁸.

2.4 Personnes liées par la CCT

Sont liés par une CCT l'employeur partie ou membre d'un groupement lui-même partie à une CCT, l'employeur soumis à une telle convention, le travailleur membre d'un groupement partie à une CCT ou soumis à une telle convention ainsi que l'employeur et le travailleur d'une branche économique visée par une décision d'extension⁹.

⁶ AUBERT Maurice, Les conflits de conventions collectives du travail, Lausanne 1957, p. 16 (cité : AUBERT, Conflits).

⁷ BRUCHEZ, Droit collectif du travail, p. 183.

⁸ BRUCHEZ, Droit collectif du travail, p. 184.

⁹ BOIS Philippe, Le champ d'application des conventions collectives de travail, in : Erhaltung und Entfaltung des Rechts in der Rechtsprechung des Schweizerischen Bundesgerichts, Bâle 1975, p. 443.

3. Notion de CCT étendue

Selon l'article 1 de la loi fédérale du 28 septembre 1956 permettant d'étendre le champ d'application de la convention collective de travail (ci-après : LECCT)¹⁰ :

« ¹ A la requête de toutes les parties contractantes, l'autorité compétente peut, par une décision spéciale (décision d'extension), étendre le champ d'application d'une convention collective conclue par des associations aux employeurs et aux travailleurs qui appartiennent à la branche économique ou à la profession visée et ne sont pas liés par cette convention.

² La décision d'extension ne peut porter que sur les clauses qui lient les employeurs et travailleurs conformément à l'art. 323 du code des obligations ou qui obligent les employeurs et travailleurs envers la communauté conventionnelle, conformément à l'art. 323ter du code des obligations.

³ Les clauses qui soumettent le règlement des litiges à des tribunaux arbitraux ne peuvent être l'objet d'une décision d'extension ».

Une CCT étendue est donc une convention dont les règles, notamment normatives (ou partie d'entre elles), sont rendues directement et impérativement applicables à tous les employeurs et employés d'une branche économique ou d'une profession visée. Lors du prononcé de la décision d'extension, l'autorité compétente (Conseil fédéral ou autorité cantonale) fixe le champ d'application quant au territoire, à la profession et aux entreprises de même que la date d'entrée en vigueur et la durée de validité de sa décision (art. 12 al. 2 LECCT)¹¹.

En d'autres termes, la décision d'extension est un moyen de rendre obligatoire les règles étendues d'une CCT à l'égard de personnes non parties à cette convention, étant précisé qu'en application de l'article 4 al. 2 LECCT, les clauses d'une CCT étendue l'emportent sur les clauses d'une CCT non étendue, sauf dispositions contraires stipulées en faveur des employés¹².

¹⁰ RS 221.215.311.

¹¹ Sur l'extension d'une CCT voir notamment WYLER Rémy, Droit du travail, Berne 2008, pp. 685-691 (cité : WYLER, Droit du travail).

¹² MATHIS-ZWYGART Estelle, Application des conventions collectives de travail aux entreprises de travail temporaire, in : Jusletter du 19 mai 2008, p. 11 (cité : MATHIS-ZWYGART, Application).

III. L'article 20 LSE

1. Introduction

L'article 20 LSE est libellé comme suit:

«¹ *Lorsqu'une entreprise locataire de services est soumise à une convention collective de travail étendue, le bailleur de services doit appliquer au travailleur celles des dispositions de la convention qui concernent le salaire et la durée du travail. Si une convention collective de travail étendue prévoit une contribution obligatoire aux frais de formation continue et aux frais d'exécution, les dispositions concernées s'appliquent aussi au bailleur de services, auquel cas les contributions doivent être versées au prorata de la durée de l'engagement. Le Conseil fédéral règle les modalités.*

² *L'organe paritaire de contrôle prévu par la convention collective de travail étendue est habilité à contrôler le bailleur de services. En cas d'infraction grave, il doit en informer l'office cantonal du travail et peut :*
Infliger au bailleur de services une peine prévue par la convention collective de travail ;

Imputer au bailleur de services tout ou partie des frais de contrôle.

³ *Lorsqu'une entreprise locataire de services est soumise à une convention collective de travail avec déclaration d'extension instituant un régime de retraite anticipée, le bailleur de service est également tenu de respecter ce régime de retraite anticipée, le bailleur de services est également tenu de respecter ce régime envers le travailleur. Le Conseil fédéral peut fixer la durée minimale d'engagement à partir de laquelle le travailleur doit être mis au bénéfice de ce régime ».*

Seules les CCT étendues étant visées par l'article 20 LSE, il convient de distinguer ci-après l'analyse de l'application au contrat de travail temporaire d'une CCT non étendue (2) de celle d'une CCT étendue (3).

2. Application d'une CCT non étendue au contrat de travail temporaire

A teneur de l'article 20 LSE, le bailleur de services n'est pas tenu d'appliquer au travailleur temporaire les dispositions d'une CCT non étendue d'une branche donnée applicable à l'entreprise locataire de

services¹³. Cette première restriction résulte expressément du Message du Conseil fédéral, dont la teneur est notamment la suivante : « *La limitation aux conventions collectives de travail avec déclaration d'extension est due à des raisons de publicité. Même si le bailleur de services connaît les conventions collectives existantes, on ne peut tout de même pas s'attendre à ce qu'il étudie, avant la conclusion du contrat, l'affiliation à une association de chaque entreprise locataire de services* »¹⁴.

Une telle imposition peut toutefois être rendue possible par l'introduction, dans la CCT, d'une *clause semi-normative* (soit d'une clause imposant des obligations à l'une des parties au contrat de travail vis-à-vis de sa propre organisation, de la communauté conventionnelle ou d'institutions créées par les parties à la CCT¹⁵). Une telle clause aura pour objectif d'obliger les employeurs liés par la convention à s'assurer que les entreprises temporaires auxquelles ils recourent respectent la convention¹⁶.

L'incorporation volontaire des clauses normatives d'une CCT dans un contrat de travail temporaire est également possible à condition que les parties, soit le bailleur de services et le travailleur temporaire, aient clairement manifesté une telle volonté¹⁷.

3. Application d'une CCT étendue au contrat de travail temporaire

En application de l'article 20 LSE, lorsqu'une entreprise de travail temporaire signe un contrat de travail avec un travailleur et que l'entreprise locataire de services à laquelle le travailleur est loué est soumise à une CCT ayant fait l'objet d'une décision d'extension, l'entreprise de travail temporaire devra appliquer au travailleur les dispositions relatives au *salaire* et à la *durée de travail*, aux *contributions aux frais de formation continue* et aux *frais d'exécution* ainsi qu'à la *retraite anticipée* de la CCT étendue.

- ¹³ MATILE Pierre/ZILLA José, *Travail temporaire*, Commentaire pratique des dispositions fédérales sur la location de services (art. 12-39 LSE), Genève Zurich Bâle 2010, ad art. 20, p. 167 (cité : MATILE/ZILLA, *Travail temporaire*).
- ¹⁴ FF 1985 III 589 s.
- ¹⁵ BRUCHEZ, *Droit collectif du travail*, p. 175.
- ¹⁶ BRUCHEZ, *Droit collectif du travail*, p. 186 et la référence citée.
- ¹⁷ ATF 123 III 129 consid. 3c = JT 1998 I 30.

L'application concrète de cette disposition légale est source de nombreuses difficultés. Les questions choisies suivantes seront examinées ci-après :

- Portée et limites de l'article 20 LSE (3.1) ;
- Existence et application d'une CCT étendue à un contrat de travail temporaire (3.2) ;
- Primauté de la source de droit applicable en cas de concours (3.3) ;
- Contrôle du respect de l'article 20 LSE (survol) (3.4).

3.1 Portée et limites de l'article 20 LSE

L'article 20 LSE, entré en vigueur le 1^{er} juillet 1991, prévoyait, dans sa version initiale, le respect des seules règles relatives au salaire et à la durée du travail contenues dans une CCT étendue, conformément à la teneur du Message du Conseil fédéral: « *Selon la pratique actuelle, la convention collective à laquelle est soumise une entreprise locataire de services n'est pas applicable aux travailleurs qui louent leurs services. (...) Dans certaines branches, en particulier dans la construction, cette situation provoque un climat de concurrence qui n'est favorable ni à l'employeur concerné ni aux associations de travailleurs. C'est pourquoi le projet oblige l'entreprise de location de services à respecter envers le travailleur les dispositions de la convention collective concernant les services du travailleur à une entreprise soumise à convention collective avec déclaration d'extension. La restriction aux conditions de salaire et à la durée du travail se justifie par le fait que dans les conventions collectives les partenaires sociaux conviennent souvent de prestations inhabituelles pour la location de services en raison de la structure particulière du contrat de travail* »¹⁸.

La couverture conventionnelle a toutefois été étendue dans le cadre des mesures d'accompagnement à l'élargissement de l'accord sur la libre circulation des personnes. L'article 20 LSE, dans sa nouvelle teneur, est entrée en vigueur le 1^{er} avril 2006 avec l'introduction des articles 48b, 48c, 48d et 48e de l'ordonnance du 16 janvier 1991 sur le service de l'emploi et la location de services (ci-après : OSE)¹⁹.

Un plus grand nombre de dispositions d'une CCT étendue sont désormais applicables au travail temporaire, à savoir, en application des articles 48b et

¹⁸ FF 1985 III 589.

¹⁹ RS 823.111.

48c OSE, les dispositions prévoyant une contribution obligatoire aux frais de formation continue et aux frais d'exécution et celles relatives au régime de retraite anticipée, sauf exceptions prévues à l'article 48c al. 2 OSE. Par ailleurs, selon les articles 20 al. 2 LSE et 48d OSE, les organes paritaires peuvent désormais infliger aux entreprises fautives des amendes s'additionnant aux coûts des contrôles et sont tenus d'informer en tout temps le Secrétariat d'Etat à l'économie (ci-après : SECO) de la situation en matière de formation continue des travailleurs temporaires, d'application des régimes de retraite anticipée à ces travailleurs ainsi que des peines conventionnelles et frais de contrôle imposés aux bailleurs de services fautifs (art. 48c al. 1 OSE).

A noter que, selon le Tribunal fédéral²⁰, les notions de salaire et de durée du travail prévues à l'article 20 LSE, dont le contenu est précisé par l'article 48a OSE, doivent être entendues largement²¹, le salaire visant toutes les dispositions conventionnelles sur la rémunération, soit également celles sur le treizième salaire, sur les suppléments de salaire (portant sur les heures supplémentaires, le travail du soir, de nuit, du dimanche, etc.) et sur les prestations en cas d'empêchement de travailler. La notion de durée du travail comprend quant à elle les dispositions conventionnelles sur la durée maximale du travail mais aussi celles sur l'aménagement du temps de travail (temps de repos, pauses, etc.), sur le temps de déplacement et d'attente ainsi que sur la durée des vacances, les jours de congés et les jours fériés²².

3.2 Existence et application d'une CCT étendue à un contrat de travail temporaire

3.2.1 Existence d'une CCT étendue

Il incombe au bailleur de services de se renseigner sur l'existence d'une CCT étendue applicable à l'entreprise locataire de services pour l'activité déployée par le travailleur temporaire²³. Institué organe de contrôle par l'article 31 LSE, le SECO fournit une liste des CCT étendues au niveau cantonal ou fédéral²⁴.

²⁰ ATF 124 III 126 consid. 1 b bb.

²¹ Sur ces questions voir notamment MATILE/ZILIA, Travail temporaire, ad art. 20 LSE, pp. 169-205.

²² BRUCHEZ, Droit collectif du travail, p. 187.

²³ WYLER, Droit du travail, p. 690.

²⁴ <http://www.seco.admin.ch/themen/00385/00420/00430/index.html?lang=fr>.

3.2.2 Champ d'application temporel

Concernant le champ d'application temporel, deux questions méritent réflexion :

- Les effets d'une CCT étendue en vigueur au moment de la conclusion d'un contrat de travail temporaire perdurent-ils après l'expiration de la durée de validité de la CCT ?
- Une CCT étendue entrée en vigueur après la conclusion d'un contrat de travail temporaire s'applique-t-elle à ce contrat ?

Le Tribunal fédéral a retenu, dans une décision du 2 octobre 2003, qu'une CCT continue en principe à produire un effet indirect après son extinction dès lors qu'il est, en règle générale, possible d'admettre que les parties au contrat de travail ont inclus, expressément ou par actes concluants, le contenu de la CCT à leur contrat²⁵. Une entreprise de travail temporaire peut par contre décider de ne plus appliquer la CCT du fait que l'extension n'est plus en vigueur en procédant à une modification du contrat de travail, voire à un congé modification si le travailleur s'oppose à dite modification. A noter encore que si la loi exige que des dérogations à des dispositions légales soient prévues par accord écrit ou par CCT (art. 321c al. 3, 324a al. 4, 335b al. 2 CO, etc.), la CCT doit être en vigueur pour que la dérogation soit valable. Les règles légales remplacent donc, dans un tel cas de figure, les dispositions conventionnelles dérogeant aux dispositions légales à l'extinction de la CCT, sauf accord écrit prévoyant le contraire²⁶.

Concernant la seconde hypothèse, à savoir celle d'une CCT entrée en vigueur après la conclusion d'un contrat de travail, une CCT fixant des conditions minimales, il y a lieu de retenir que si le contrat de travail intérimaire prévoit des conditions plus favorables au travailleur, notamment en relation avec le salaire et la durée du travail, celui-ci l'emporte sur la CCT étendue²⁷.

3.2.3 Champ d'application territorial

En application de l'article 12 al. 2 LECCT : « *Lorsqu'elle prononce l'extension, l'autorité compétente doit en fixer le champ d'application* »

quant au territoire, à la profession et aux entreprises, ainsi que la date d'entrée en vigueur et la durée de validité de sa décision ».

La détermination du champ d'application territorial d'une CCT étendue en matière de contrat de travail temporaire est problématique dans la pratique. Comme il a été exposé ci-dessus (II.2.2), c'est le *lieu de travail usuel* du travailleur qui constitue le critère permettant de déterminer si une relation de travail entre dans le champ d'application d'une CCT ou non. Or, le lieu de travail du travailleur temporaire est-il le lieu du siège de l'entreprise locataire de services dans laquelle il est en mission ou faut-il considérer le lieu du travail effectif, soit, par exemple, le lieu de situation du chantier sur lequel il travaille ?

MATHIS-ZWYGART illustre la difficulté au moyen de l'exemple suivant : « *Une ETT (entreprise de travail temporaire) ayant son siège à Fribourg conclut un contrat de travail avec Monsieur X, maçon habitant à Payerne (VD). Ce dernier devra effectuer sa première mission auprès d'un chantier se trouvant à Gampelen (BE). Quel lieu sera retenu pour définir la CCT étendue qui s'appliquera en cas de conflit de CCT ?* ». Cet auteur propose de retenir comme point de rattachement pour déterminer la CCT étendue applicable celui du lieu de mission²⁸.

Selon GEISER également, le lieu de chantier est déterminant, avec pour conséquence que si le travail doit être accompli à l'extérieur de l'entreprise locataire, la CCT étendue applicable sera celle du lieu d'accomplissement du travail et non celle du lieu de l'engagement²⁹.

Selon une directive du SECO datée du 6 juillet 2009, il y a lieu, en principe, d'appliquer les dispositions de la CCT étendue en vigueur au lieu de mission (lieu de travail effectif), qui doit être consigné tant dans le contrat de travail que dans celui de location de services en application des articles 19 al. 2 lit. b et 22 al. 1 lit. c LSE. Si un travailleur change de lieu de travail fréquemment et rapidement, il conviendra d'appliquer la CCT étendue en vigueur au lieu de travail principal, à moins que les CCT en vigueur aux autres lieux de mission prévoient des conditions de salaire ou de durée du travail nettement plus avantageuses que celles de la CCT étendue du lieu de travail principal. Concernant les dispositions liées aux contributions pour les frais d'exécution, de formation continue ou aux

²⁵ ATF 130 III 19, consid. 3.1.

²⁶ BRUCHEZ, *Droit collectif du travail*, p. 184.

²⁷ MATILE/ZILLA, *Travail temporaire*, ad art. 20 LSE, p. 162.

²⁸ MATHIS-ZWYGART, *Application*, p. 9.

²⁹ GEISER Thomas, *Gesamtarbeitsvertrag im Bereich des Arbeitsverleihs – Möglichkeiten und Grenzen*, DTA 2007, pp. 213-229.

régimes de retraite anticipée, les dispositions de la CCT étendue en vigueur au lieu de l'activité principale sont applicables. Lorsqu'il n'est pas possible de déterminer un lieu de travail principal, les dispositions de la CCT étendue relative au premier lieu de travail inscrit dans le contrat sont déterminantes³⁰.

MATILE et ZILLA critiquent cette solution jugée contraire à l'article 20 LSE ainsi qu'à la loi fédérale du 6 octobre 1995 sur le marché intérieur (ci-après : LMI)³¹ et susceptible de poser de nombreuses difficultés en pratique. Selon ces auteurs, l'article 20 LSE fait référence à la CCT applicable à l'entreprise locataire de services et non à celle applicable au lieu de chantier ou de mission. Se référant au Message du Conseil fédéral du 27 novembre 1985 concernant la révision de la LSE³², aux principes régissant la LMI ainsi qu'à un avis sollicité auprès du responsable LMI de la Commission de la concurrence, ils posent le principe selon lequel le bailleur de services doit appliquer au travailleur temporaire la CCT applicable au lieu du siège de l'entreprise locataires de services (principe du lieu de provenance) et non celle applicable au lieu du chantier (principe du lieu d'exécution de la prestation)³³.

Cette seconde opinion nous semble préférable dans la mesure où elle est de nature à offrir une plus grande stabilité au travailleur temporaire qui doit, notamment en termes de rémunération, avoir connaissance de ses perspectives et pouvoir escompter un revenu linéaire.

3.2.4 Champ d'application personnel

Le champ d'application personnel d'une CCT a été défini ci-dessus (II.2.1), ses clauses normatives n'ayant d'effet qu'envers les employeurs personnellement parties à la convention, les employeurs et les travailleurs

³⁰ SECO, Directive 2009/1 du 6 juillet 2009 : Précisions des directives et commentaires relatifs à la LSE, Berne 2009.

³¹ RS 943.02.

³² FF 1985 III 589 s.

³³ MATILE/ZILLA, Travail temporaire, ad art. 20 LSE, pp. 163-167 ; sur cette question, voir aussi WYLER Rémy, Les conditions de travail, la libre circulation et le détachement des travailleurs - Les législations et les questions qu'elles posent, *Marchés Publics* 2008, p. 277, selon lequel en matière de détachement intranational de travailleurs pour l'exécution d'un marché dans un autre canton, il suffit que l'adjudicataire respecte les conditions de travail applicables dans le canton de provenance, sous la seule exception du risque de dumping social permettant d'exiger, s'il est réalisé, l'application des CCT en vigueur au lieu de destination.

qui sont membres d'une association contractante (art. 356 al. 1 CO) ou les employeurs et travailleurs ayant déclaré s'y soumettre individuellement (art. 356b al. 1 CO). En cas d'extension, les clauses normatives s'appliquent aussi aux employés et employeurs auxquels la CCT est étendue³⁴.

En pratique, certaines CCT prévoient une application généralisée à tous les travailleurs d'une entreprise d'un domaine donné alors que d'autres opèrent une distinction entre les collaborateurs soumis et ceux qui ne le sont pas³⁵.

En relation avec un travailleur temporaire susceptible d'être occupé à divers genres d'activités, le champ d'application d'une CCT étendue doit être déterminé, à l'instar de ce qui prévaut pour une CCT ordinaire, en application du principe de l'unité du contrat de travail, l'activité principale du travailleur étant déterminante³⁶. Selon le Tribunal fédéral en effet, un travailleur ne peut être soumis qu'à une seule CCT (application du principe de l'unité du contrat de travail)³⁷. La question du conflit de CCT fera l'objet d'une analyse plus détaillée ci-dessous (III.3.3).

3.2.5 Champ d'application professionnel

La question de l'assujettissement d'une entreprise locataire de service à une CCT étendue est complexe et dépend notamment du champ d'application de l'arrêté d'extension, régi par l'article 12 al. 2 LECCT: « *Lorsqu'elle prononce l'extension, l'autorité compétente doit en fixer le champ d'application quant au territoire, à la profession et aux entreprises, ainsi que la date d'entrée en vigueur et la durée de validité de sa décision* ».

L'autorité d'extension doit donc, à teneur de cette disposition, tenir compte tant du genre d'activité du travailleur que de la production de l'entreprise afin d'établir l'assujettissement d'une entreprise à une CCT étendue. Sa liberté d'appréciation reste toutefois entière et elle est libre d'étendre une

³⁴ MATHIS-ZWYGART, Application, p. 11.

³⁵ MATHIS-ZWYGART, Application, p. 11, qui cite deux exemples : celui de la CCT nationale des coiffeurs dont le champ d'application personnel est large et vise tous les coiffeurs (qualifiés, semi-qualifiés) ainsi que, en cas d'accord, tous les employés de la branche tels que réceptionniste, caissiers, esthéticiennes, etc. et celui de la convention nationale du secteur principal de la construction dont l'article 3 définit précisément le champ d'application personnel.

³⁶ AUBERT, Conflits, p. 127.

³⁷ TF, 27 février 1996, JAR 1997, p. 269 *in*: WYLER, Droit du travail, p. 700.

CCT à l'ensemble d'une industrie, indépendamment de l'activité individuelle des travailleurs, si besoin est³⁸.

En cas de doute quant au champ d'application de la convention étendue, il incombe au Département fédéral de l'économie ou à l'autorité cantonale compétente pour prononcer l'extension de le délimiter de manière plus précise après avoir consulté les parties (art. 12 al. 4 LECCT).

3.3 Primauté de la source de droit applicable en cas de conflit de CCT

3.3.1 Introduction

Lorsque deux CCT sont applicables directement ou par l'effet d'un arrêté d'extension à un même contrat de travail, seule une de ces CCT est applicable, à l'exclusion de l'autre, sous réserve d'une solution différente prévue par un des deux textes³⁹, par exemple en cas de CCT complémentaires⁴⁰. Par ailleurs, deux CCT ayant des objets différents peuvent aussi s'appliquer concurremment⁴¹.

Sous l'angle particulier de l'article 20 LSE, seul un conflit entre deux CCT étendues est envisageable, étant rappelé que l'article 4 alinéa 2 LECCT prévoit la primauté d'un texte étendu sur un texte non étendu en cas de conflit, sous réserve toutefois du principe de la clause la plus favorable⁴². A noter encore que des règles de conflits peuvent être prévues dans la CCT étendue elle-même⁴³.

A défaut, deux hypothèses, qui seront examinées ci-après, sont envisageables: il peut y avoir conflit entre une CCT sectorielle et une CCT

professionnelle (3.3.2) ou entre deux CCT sectorielles (3.3.3), la convention sectorielle visant tous les travailleurs d'une branche indépendamment de leur activité concrète alors que la CCT professionnelle ne vise que des travailleurs répondant à certaines conditions généralement liées à leur formation⁴⁴.

3.3.2 Conflit entre les dispositions d'une CCT sectorielle et celles d'une CCT professionnelle

Le principe dit de l'unité de tarif s'applique en cas de conflit entre une CCT sectorielle et une CCT professionnelle, consacrant la primauté de la CCT sectorielle de manière à appliquer à tous les travailleurs d'une même entreprise de la branche la même convention⁴⁵.

Selon MATILE/ZILLA, l'application de ce principe de l'unité de tarif revêt une importance particulière sous l'angle de l'article 20 LSE, le droit collectif applicable au travailleur temporaire étant déterminé par la branche d'activité de l'entreprise locataire de services. Selon ces auteurs, « un traitement unitaire, en fonction du locataire, a par conséquent une justification spécifique qui ne s'impose pas nécessairement dans une application directe du droit collectif du travail »⁴⁶.

Cette application est illustrée par un arrêt du 19 octobre 2001 rendu par la Chambre des recours du Tribunal cantonal vaudois ayant retenu, en référence au principe de l'unité de tarif, la primauté d'une CCT sectorielle visant tous les travailleurs d'une branche indépendamment de leur activité concrète, sur une convention professionnelle ne visant que les travailleurs remplissant certaines conditions. Ce litige concernait un travailleur temporaire engagé par une société intérimaire pour effectuer des travaux de machiniste auprès d'un locataire de services essentiellement actif dans le transport routier et accessoirement dans l'exploitation d'une gravière. Rémunéré sur la base de la CCT de l'industrie vaudoise des transports routiers, le travailleur a revendiqué un supplément de salaire fondé sur la Convention nationale pour le secteur principal de la construction en Suisse. Retenant que le caractère accessoire de l'activité liée à l'extraction du gravier s'opposait à l'application de la Convention nationale pour le secteur

³⁸ AUBERT, Conflits, p. 125.

³⁹ MATILE/ZILLA, Travail temporaire, ad art. 20 LSE, p. 159.

⁴⁰ BRUCHEZ, Droit collectif du travail, p. 182, qui cite l'exemple d'une CCT nationale partiellement complétée par une CCT locale ou d'une CCT de branche complétée par une CCT d'entreprise.

⁴¹ BRUCHEZ, Droit collectif du travail, p. 182, qui cite l'exemple d'une CCT générale et d'une CCT sur la retraite anticipée.

⁴² RONCORONI Giacomo, Droit collectif du travail, Bâle 2010. Les art. 1 à 21 LECCT, p. 445, rappelant, dans la note 326, la position critique de STREIFF/VON KAENEL sur cette application du principe de la clause la plus favorable. Ces auteurs jugent en effet le principe « trop permissif » et de nature à engendrer « une insécurité juridique par segmentation des conventions » : STREIFF Ullin/VON KAENEL Adrian, Arbeitsvertrag, Praxiscommentar zu art. 319-362 OR, 6^{ème} édition, Zurich, Bâle, Genève 2006, n° 4 ad art. 356 CO.

⁴³ BRUCHEZ, Droit collectif du travail, p. 182.

⁴⁴ MATILE/ZILLA, Travail temporaire, ad art. 20 LSE, p. 160.

⁴⁵ TF, arrêt 4C.350/2000, consid. 3a ; MATILE/ZILLA, Travail temporaire, ad art. 20 LSE, pp. 159-161.

⁴⁶ MATILE/ZILLA, Travail temporaire, ad art. 20 LSE, p. 161.

principal de la construction en Suisse, le travailleur temporaire a été débouté⁴⁷.

Cette décision, qui nous semble juste quant à son résultat, est critiquable et présente quelques contradictions dans son argumentation. En effet, le Tribunal cantonal a qualifié la Convention nationale pour le secteur principal de la construction de CCT professionnelle alors qu'elle revêt, selon nous, les caractéristiques d'une CCT sectorielle. C'est dès lors en application des principes régissant le conflit de CCT sectorielles qu'aurait dû trancher la Chambre des recours et non sous l'angle du conflit entre une CCT professionnelle et une CCT sectorielle.

3.3.3 Conflit entre les dispositions de deux CCT sectorielles

Un conflit entre deux CCT sectorielles peut se poser en relation avec une entreprise active dans des secteurs d'activité différents, soit une entreprise mixte.

Dans ce cas, il n'existe pas de règle précise permettant de déterminer quelle CCT doit être appliquée. Selon le Tribunal fédéral, la solution ne dépend pas systématiquement du principe de l'unité de tarif⁴⁸.

Il convient de distinguer deux types d'entreprises mixtes⁴⁹ :

- L'entreprise mixte proprement dite est celle dont les secteurs d'activité différents sont clairement distincts à l'interne comme vis-à-vis de l'extérieur. Dans un tel cas, la CCT sectorielle étendue applicable devrait pouvoir être aisément déterminable. En effet, si l'entreprise locataire de services comprend un secteur dédié au carrelage et un à la peinture mais que les deux activités s'exercent dans des locaux séparés, la CCT applicable au travailleur temporaire sera celle du secteur de mission⁵⁰.

Deux CCT sectorielles étendues peuvent donc coexister pour autant encore que les deux textes prévoient une application possible à une partie de l'entreprise seulement. Dans une telle hypothèse, une CCT propre peut donc être appliquée, selon MATILE/ZILLA « à une

⁴⁷ Arrêt rendu par la Chambre des recours du Tribunal cantonal vaudois le 19 octobre 2001, JdT 2003 III 3 *in*: MATILE/ZILLA, Travail temporaire, ad art. 20 LSE, pp. 150-161.

⁴⁸ ATF 4C.350/2000, consid. 3a.

⁴⁹ BRUCHEZ, Droit collectif du travail, p. 182.

⁵⁰ MATHIS-ZWYGART, Application, p. 10.

subdivision de l'entreprise pour autant que cette subdivision forme une unité autonome sur le plan organisationnel, en ce sens que certains travailleurs y sont clairement affectés, que le travail n'y est pas fourni à titre purement auxiliaire et que la subdivision apparaît à l'extérieur comme le véritable producteur de ses marchandises ou services »⁵¹.

- Concernant l'entreprise mixte improprement dite, soit celle dont les secteurs d'activité se confondent, la détermination de la CCT sectorielle étendue applicable est plus compliquée. Dans cette hypothèse, il faut, pour déterminer la CCT applicable au travailleur temporaire en mission dans une telle entité, examiner concrètement l'activité déployée par l'entreprise et c'est l'activité caractéristique ou principale qui constituera le critère de rattachement⁵². Si l'application du principe de la spécialité ne permet pas de trancher la question, la CCT concernant le plus grand nombre d'emplois dans l'entreprise s'applique⁵³.

3.4 Contrôle du respect de l'article 20 LSE

En pratique, la protection effective du travailleur temporaire prévue à l'article 20 LSE dépendra largement, en pratique, du respect, par le bailleur de services, de l'obligation en découlant. Un mécanisme de contrôle a été instauré dans la législation et diverses sanctions de nature civiles, pénales et administratives sont envisageables à l'encontre du bailleur fautif. Le système étant complexe et dépassant le cadre de cette étude, seules quelques généralités seront abordées ci-après.

En application de l'article 20 alinéa 2 LSE, il appartient à l'organe paritaire de contrôle prévu par la CCT étendue de contrôler le bailleur de services. Celui-ci est tenu de présenter à cet organe tous les documents permettant de vérifier que les conditions de travail sont conformes à l'usage local (art. 17 al. 3 LSE). En cas d'infraction grave, la commission paritaire doit en informer l'office cantonal du travail et infliger au bailleur fautif une peine prévue par la CCT et lui imputer les frais de contrôle (art. 20 al. 2 LSE).

A la lecture de cette disposition, seule une *infraction grave dénoncée* à l'autorité cantonale devrait pouvoir être sanctionnée par une amende

⁵¹ MATILE/ZILLA, Travail temporaire, ad art. 20 LSE, p. 160.

⁵² MATHIS-ZWYGART, Application, p. 10.

⁵³ BRUCHEZ, Droit collectif du travail, p. 183.

conventionnelle. Or, les critères permettant de qualifier une infraction de grave ne sont pas définis par la loi.

Selon ZILLA, trois éléments doivent être considérés dans le cadre de cette détermination⁵⁴:

- le correctif sollicité au bailleur fautif;
- la durée et l'étendue de l'infraction;
- le caractère intentionnel du comportement du bailleur de services.

A noter que le recouvrement d'une amende prononcée conformément à l'article 20 al. 2 LSE doit, en cas d'opposition du bailleur de services, faire l'objet d'une procédure devant l'autorité judiciaire ordinaire. La décision d'amende émanant d'une commission paritaire ne constitue en effet pas un jugement permettant d'obtenir la mainlevée définitive au sens des articles 80 et 81 de la loi fédérale du 11 avril 1889 sur la poursuite pour dettes et la faillite (ci-après: LP)⁵⁵. Elle doit être soumise au juge ordinaire qui doit se prononcer sur son bien-fondé et peut la réduire si elle est jugée excessive⁵⁶.

Des sanctions pénales et administratives peuvent également être prononcées à l'encontre d'un bailleur de services ne respectant pas les exigences qui lui sont imposées par l'article 20 LSE. L'article 16 lit. b LSE prévoit notamment le retrait de l'autorisation à un bailleur de services en cas d'infraction grave ou répétées à des prescriptions impératives de protection des travailleurs, à la LSE ou à ses dispositions d'exécution.

IV. Convention collective de la branche du travail temporaire

1. Introduction

A l'heure actuelle, seul un tiers environ des travailleurs temporaires bénéficie du système découlant de l'application de l'article 20 LSE et

sont assujettis à une CCT étendue⁵⁷. La portée pratique de cette disposition est donc relativement limitée.

Dans une perspective d'amélioration et de simplification du système, une convention collective de la branche du travail temporaire a été signée en date du 17 mars 2009 entre divers syndicats et Swissstaffing, l'organisation patronale nationale du secteur du travail temporaire qui représente plus de 242 entreprises⁵⁸.

Une demande d'extension de cette CCT pour une durée de trois ans et visant toutes les entreprises au bénéfice d'une autorisation de location de services fédérale ou cantonale découlant de la LSE et dégageant, en relation avec les travailleurs loués, une masse salariale annuelle d'au moins CHF 1'200'000.-, a été publiée dans la Feuille officielle suisse du commerce le 30 juillet 2009⁵⁹.

Cette demande d'extension a fait l'objet de nombreuses oppositions portant principalement sur la prise en compte d'autres CCT dépourvues de portée générale⁶⁰. L'entrée en vigueur de la CCT de la branche du travail intérimaire étant subordonnée au prononcé de son extension, des négociations sont en cours entre Swissstaffing et les opposants. Une proposition prévoyant une intégration facultative des CCT non étendues a été soumise par Swissstaffing. La détermination des opposants est attendue prochainement⁶¹.

2. Contenu de la CCT de la branche du travail temporaire

Le projet actuel de CCT prévoit, en matière de *salaires minimaux*, l'intégration de certaines CCT non étendues figurant dans une liste annexe à la convention. En d'autres termes, diverses CCT importantes mais non étendues deviendront contraignantes et des normes minimales séparées, prescrivant par exemple des salaires minimaux régionalisés et différenciés selon les qualifications, seront fixées pour les travailleurs temporaires actifs

⁵⁷ MATILE/ZILLA, Travail temporaire, ad art. 20 LSE, p. 210.

⁵⁸ BRUCHEZ, Droit collectif du travail, p. 189.

⁵⁹ <https://www.shab.ch/shabforms/COMMON/application/applicationGrid.jsp?templat e=1&view=2&page=/COMMON/search/searchresult.jsp>, pp. 49-51.

⁶⁰ Situation CCT location de services, 14.01.2010, téléchargé sur: http://www.swissstaffing.ch/xml_1/internet/fr/application/476/f159.cfm.

⁶¹ Brèves rétrospectives 2010, Newsletter, 22.12.2010, téléchargé sur: www.swissstaffing.ch/.../20101222_NewsletterRetropective2010_f.pdf.

⁵⁴ ZILLA José, Le régime des sanctions pour les entreprises de travail temporaire, Présentation lors du colloque intitulé : Le droit du travail temporaire, Actualité pratique, 15 février 2011, Université de Neuchâtel.

⁵⁵ RS 281.1.

⁵⁶ MATILE/ZILLA, Travail temporaire, ad art. 20 LSE, pp. 156-159.

dans des branches qui ne sont pas couvertes par des CCT. Les employés au bénéfice d'une formation recevront ainsi un salaire mensuel minimal d'au moins CHF 4'000.- à 4'300.- selon les régions, alors que ce salaire variera entre au moins CHF 2'700.- et 3'200.- pour les salariés sans formation.

Des contributions professionnelles en faveur de la *formation continue* et de *l'application de la CCT* seront prélevées pour les employé(e)s temporaires, les retenues salariales s'élevant à 0,7% pour les salarié(e)s et 0,3% pour les employeurs.

Enfin, le *versement du salaire en cas de maladie* sera réglé de manière uniforme.⁶²

V. Conclusion

A l'aune de l'analyse de l'article 20 LSE, il apparaît que la tâche des entreprises de travail temporaire est actuellement particulièrement ardue. Au vu des difficultés d'application exposées, du fait que la majorité des bailleurs de services sont actifs dans diverses branches professionnelles et régions géographiques, et des quelque 60 CCT étendues applicables, dont le contenu est très différent et dont la durée d'extension est généralement courte, le respect de cette disposition semble relever d'un véritable *challenge*.

Les rapports annuels sur la mise en œuvre des mesures d'accompagnement établis par le SECO se font l'écho de ce constat puisqu'un taux conséquent d'infractions par les entreprises de travail temporaire aux CCT étendues est recensé en relation notamment avec le respect des salaires minimaux (31 % des entreprises contrôlées en 2009)⁶³.

Considérant l'expansion du travail temporaire et la faible proportion d'intérimaires bénéficiant effectivement aujourd'hui de l'application d'une CCT étendue, la CCT de la branche du travail temporaire négociée par les principaux acteurs du secteur répond à une véritable nécessité de protection du travailleur temporaire, qui ne peut intervenir que par une simplification et une uniformisation du système.

⁶² MATILE/ZULLA, Travail temporaire, ad art. 20 LSE, p. 211.

⁶³ Rapport du 27 mai 2010, Mise en œuvre des mesures d'accompagnement à la libre circulation des personnes 1^{er} janvier 2009 au 31 décembre 2009, p. 39, téléchargé sur : <http://www.seco.admin.ch/dokumentation/publikation/00008/00022/04563/index.ht ml?lang=fr>.

Son entrée en vigueur est donc souhaitable. Elle ne répondra cependant pas à toutes les questions en suspens, la problématique des conflits de CCT ne sera notamment pas résolue. Il est donc nécessaire que, parallèlement à cette convention de branche, d'autres mesures soient envisagées. Un renforcement du système de contrôle assorti de sanctions plus sévères et plus fréquentes en cas d'infractions, soit un système au caractère véritablement dissuasif, paraît notamment indispensable.