

23 octobre 2013

Modification

- **de l'ordonnance sur le service de l'emploi (OSE)**
- **de l'ordonnance sur les émoluments LSE (OEmol-LSE)**

Commentaires détaillés des dispositions

Ordonnance sur le service de l'emploi (OSE)

Art. 6 OSE

L'OSE prévoit une exception à l'obligation d'autorisation pour les écoles et les employeurs qui placent leurs élèves ou leurs employés. Toutefois, de nombreuses écoles commercialisent aujourd'hui ce genre de placement et leur présence sur le marché vient concurrencer les placeurs ordinaires, voire même les dominer. Dans ces cas, l'égalité de traitement ne doit pas servir à justifier une dérogation à l'obligation d'autorisation. En pratique, cette disposition est dès lors interprétée et mise en œuvre de manière restrictive. La proposition de modification vise à refléter la pratique actuelle.

Art. 8, al. 3, OSE

L'art. 3, al. 1, let. c, LSE prévoit qu'une autorisation est accordée uniquement aux entreprises qui n'exercent pas d'autre activité professionnelle pouvant nuire aux intérêts des demandeurs d'emploi ou des employeurs. L'article 8 de l'ordonnance précise cette disposition légale : il prévoit qu'aucune autorisation de placement ne peut être accordée à une entreprise qui exerce parallèlement d'autres affaires qui entravent la liberté de décision des demandeurs d'emploi ou des employeurs ou peuvent accroître leur dépendance à l'égard du placeur en leur imposant des obligations supplémentaires. Aux termes de l'alinéa 2, les entreprises de divertissement, les agences matrimoniales, les établissements de crédit ou les personnes qui dirigent un établissement de ce genre ou y travaillent ne peuvent notamment obtenir d'autorisation. En pratique, il arrive toutefois que cette interdiction soit contournée, par exemple lorsqu'un membre de la famille ou une personne liée contractuellement ou d'une autre manière (par exemple sous la forme d'une collaboration entre amis, partenaires commerciaux ou par le biais d'intermédiaires) exerce l'activité de placement et que l'autre personne dirige l'entreprise. Cette situation peut mettre le demandeur d'emploi ou l'employeur dans une situation de dépendance illégale. Cela ne saurait être permis, par exemple, entre époux, dans une fratrie, ou entre partenaires commerciaux. En complétant l'article 8 OSE, le transfert à une autre personne devrait ainsi être évité et la protection des demandeurs d'emplois améliorée. C'est pourquoi, le nouvel alinéa 3 prévoit qu'une autorisation peut faire l'objet d'un refus lorsque le placeur collabore avec des personnes dont il n'est pas indépendant. Sous le terme « indépendant » peuvent être incluses toutes les constellations susmentionnées, ainsi que d'autres constellations concevables. Le nouvel alinéa étant une disposition optionnelle, l'autorité compétente en matière d'autorisation est libre de décider à sa convenance. La même disposition est proposée pour la location de services à l'art. 32, al. 2, OSE.

Art. 10a OSE

Conformément à l'art. 8, al. 1, LSE, les entreprises de placement doivent impérativement conclure un contrat écrit avec le demandeur d'emploi si elles exigent une rémunération de ce dernier. Cette rémunération peut prendre la forme d'une commission de placement ou d'une taxe d'inscription. 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 ; ce point s'est pourtant révélé indispensable dans la pratique. On a en effet constaté que les contrats de placement de nombreuses entreprises transgressaient des prescriptions obligatoires. Par ailleurs, en vertu de l'article 6 LSE, les autorités ont le droit d'exiger des placeurs certains documents de travail, dont les contrats, et de les examiner.

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.

Les demandeurs acceptent cette pratique de longue date sans problème. En règle générale, les placeurs 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'article 10a permettrait d'inscrire cette pratique reconnue de longue date et soutenue par la jurisprudence dans le droit écrit également.

Une modification similaire est prévue pour la location de services à l'art. 34a OSE.

Art. 11, al. 1^{bis} OSE

Ce nouvel alinéa explique que le modèle du contrat de placement est à joindre à la demande d'autorisation, lorsque l'auteur de la demande exige une taxe d'inscription ou une commission de placement des demandeurs d'emploi.

Art. 11, al. 4, OSE

Le délai pour le traitement des demandes d'autorisation doit être fixé par voie d'ordonnance dans la loi sur la base de l'ordonnance sur les principes et les délais d'ordre relatifs aux procédures d'autorisation (ordonnance sur les délais d'ordre, OdelO, RS 172.010.14), en vigueur depuis le 1^{er} septembre 2011. Le délai prévu pour le traitement des demandes ordinaires d'autorisations de placement est fixé à 40 jours (civils) conformément à l'art. 4, al. 1, let. b, OdelO. Pour les demandeurs plus complexes, l'art. 4, al. 1, let. c, OdelO demeure réservé. Ensuite, délai de traitement est de trois mois. Les délais prévus par l'OdelO s'appliquent aussi bien aux autorités d'exécution cantonales qu'au SECO.

Art. 15, al. 1, let. b, OSE

L'article 5 LSE prévoit qu'une autorisation est retirée lorsque le placeur ne s'est pas comporté correctement ou qu'il ne remplit plus les conditions requises pour l'octroi de l'autorisation. L'art. 15 de l'ordonnance précise cette disposition légale. L'al. 1, let. b prévoit en effet qu'il peut être arrêté dans la décision de retrait que l'entreprise n'aura le droit de déposer une nouvelle demande d'autorisation qu'après échéance d'un délai d'attente de deux ans au plus. Le problème de cette disposition est qu'elle mentionne uniquement l'entreprise, mais pas le responsable. Or, dans la pratique, il arrive que le responsable d'une entreprise ou l'ayant droit économique dépose simplement une demande pour une nouvelle entreprise après le retrait de l'autorisation. Dans certains cas, il désigne même une autre personne comme responsable de cette nouvelle entreprise, alors qu'il participe aussi aux activités de cette dernière. Le retrait de l'autorisation perd donc de son pouvoir de dissuasion. Ce problème pourrait être résolu en étoffant cette disposition.

Une modification similaire est prévue pour la location de services à l'art. 44, al. 1b, OSE.

Art. 24, let. a, OSE

L'art. 24 OSE mentionne les institutions qui ont droit à des aides financières. Or, le Service suisse de placement pour les musiciennes et musiciens (SFM) ne reçoit en réalité plus d'aide

financière car il ne fournit plus de prestations pour les pouvoirs publics et agit désormais uniquement comme une entreprise privée de placement.

Art. 26, al. 2, OSE

Actuellement, l'article 26, al. 2, OSE distingue la location de services d'un mandat ou d'un contrat d'entreprise en fonction des pouvoirs de direction uniquement alors que d'autres éléments distinguent l'activité de location de services. Enumérer ces éléments dans un deuxième alinéa permettrait de clarifier la situation, et d'éviter confusions et erreurs de jugement.

Art. 26, al. 3, OSE

La législation considère la location de services comme une relation triangulaire. Juridiquement, la location de services n'est autorisée que dans ce cadre. Une entreprise intermédiaire ne peut être considérée comme bailleur au sens de la loi, étant donné qu'aucun contrat de travail ne la lie au travailleur. Les dispositions légales interdisent aussi clairement la sous-location et la location intermédiaire de services. Aux termes de l'art. 19, al. 2, LSE le bailleur de services est tenu de définir avec l'employé, impérativement par écrit dans le contrat de travail et avant la prise du travail, le genre de travail à fournir, le lieu de travail ou l'horaire de travail de l'employé. Dans le cas d'une sous-location ou d'une location intermédiaire de services, le bailleur de services n'est pas en mesure de le faire puisqu'il n'a pas connaissance de ces informations en raison de l'absence de relation contractuelle avec l'entreprise locataire de services.

Le simple contrôle d'un cas normal de location de services s'avère déjà difficile et les travailleurs y sont davantage exposés aux risques. Par conséquent, cette activité est soumise à l'obligation d'autorisation. Une sous-location de services ou une location intermédiaire de services compliquerait, voire empêcherait tout contrôle.

Sur la base de la législation en vigueur et après de longues années d'expérience, il apparaît que seule cette relation triangulaire est considérée comme une relation de location autorisée. Il est toutefois toujours plus courant que les services de travailleurs ignorant le contexte juridique soient loués dans le cadre d'autres relations (sous-location de services, location intermédiaire de services). Ces situations rendent les contrôles encore plus difficiles et augmentent les risques pour les travailleurs de manière exponentielle. De nombreux travailleurs en ont déjà fait les frais. Impliqués dans ce genre de contrats de location multiples, ils n'ont pas remarqué, en raison de la distance qui les séparait du véritable employeur, que ce dernier n'était plus en mesure de les payer. Finalement, ils ne pouvaient plus revendiquer leur salaire auprès de personne. Dans ces cas, les employeurs partent aussi souvent du principe qu'ils ne sont absolument pas soumis à l'obligation légale d'autorisation. Ces situations multiples augmentent le risque de voir ces entreprises de placement intermédiaires procéder à des activités de placement illégales en Suisse, violant ainsi l'interdiction prévue par l'art. 12, al. 2, LSE.

Eu égard à ces réflexions, le nouvel alinéa 3 inscrit explicitement dans la législation l'interdiction de la sous-location et de la location intermédiaire de services, et améliore la protection des travailleurs dont les services sont loués. Il ne s'agit pas d'une nouvelle interdiction, puisqu'elle existe déjà clairement dans les dispositions légales et se trouve matérialisée dans la pratique d'exécution reconnue de longue date.

Toutefois, cette interdiction peut être « contournée » de deux manières dans le respect des dispositions juridiques. Dans la pratique, une forme de sous-location à l'intérieur de trois entreprises est tolérée (cf. Directives et commentaire relatifs à la LSE, p. 146, bas de la page) si :

- a) la deuxième entreprise assume le rôle d'employeur de la première entreprise pendant la durée de l'engagement (le contrat de travail original avec le véritable employeur est

suspendu) et loue les services de l'employé à une troisième entreprise en tant que bailleur en possession de l'autorisation de location de services ; ou si

- b) la première entreprise reste l'employeur et loue le travailleur à la troisième entreprise, la deuxième entreprise joue par conséquent uniquement le rôle d'intermédiaire dans la relation de location.

Dans un souci de clarification et de transparence, le nouvel alinéa 4 reflète ces deux formes de sous-location et de location intermédiaire de services tolérées dans la pratique. Il permet de maintenir différentes possibilités répondant aux besoins de l'économie dans le respect de la législation.

Art. 26, al. 4, OSE

Dans un souci de clarté et de transparence, le nouvel alinéa 4 inscrit également dans la législation la longue pratique d'exécution voulant que la mise à disposition de travailleurs actifs pour différents employeurs qui collaborent au sein d'une communauté de travail n'est pas considérée comme de la location de services, car aucune part essentielle des pouvoirs de direction n'est entièrement cédée. Cette modification maintient la possibilité pour des entreprises de collaborer, répondant ainsi aux besoins de l'économie dans le respect de la législation.

Art. 28, al. 2, OSE

Aux termes de l'art. 12, al. 1, LSE, est réputé bailleur de services celui qui fait commerce de céder à des tiers les services des travailleurs. Par voie de conséquence, les entreprises individuelles dans lesquelles une personne est simultanément employeur et travailleur sont également soumises à autorisation. Depuis quelques années, certains cantons dérogent à cette pratique, contrevenant à la directive clairement formulée par le SECO. Selon eux, les propriétaires d'entreprises unipersonnelles n'ont pas besoin d'être protégés par la LSE. L'égalité de traitement en termes de droit des personnes concernées n'était dès lors plus assurée. Le nouvel article 2 prévoit de ne plus soumettre à autorisation les entreprises qui louent exclusivement les services du propriétaire ou du copropriétaire. En effet, une grande majorité des cantons s'est prononcé en faveur de cette proposition lors de la consultation.

Art. 32, al. 2, OSE

L'art. 13, al. 1, let. c, LSE prévoit qu'une autorisation peut être octroyée uniquement aux entreprises n'exerçant pas d'autres activités professionnelles susceptibles de nuire aux intérêts des travailleurs ou des entreprises locataires de services. L'art. 32 de l'ordonnance précise cette disposition légale, dans le sens où une autorisation ne pourra pas être délivrée à une entreprise si elle effectue simultanément d'autres affaires qui entraveraient la liberté de décision des travailleurs ou de l'entreprise de location de services ou qui accroîtraient leur dépendance à l'égard du bailleur de services en leur imposant des obligations supplémentaires. En pratique, il arrive toutefois que cette interdiction soit contournée, par exemple lorsqu'un membre de la famille ou une personne liée contractuellement ou d'une autre manière (par exemple sous la forme d'une collaboration entre amis, partenaires commerciaux ou par le biais d'intermédiaires) est avancée et gère une des deux entreprises ; elle peut donc mettre le demandeur d'emploi ou l'entreprise locataire de services dans une situation de dépendance illégale. Ce type de configurations ne doit pas être toléré, par exemple, entre époux, dans une fratrie, ou entre partenaires commerciaux. Ce problème peut être évité en étoffant l'art. 32 OSE. C'est pourquoi le nouvel alinéa 2 prévoit qu'une autorisation peut faire l'objet d'un refus lorsque le bailleur collabore avec des personnes dont il n'est pas

indépendant. Sous le terme « indépendant » peuvent être incluses toutes les constellations susmentionnées ainsi que d'autres constellations concevables. Le nouvel alinéa étant une disposition optionnelle, l'autorité compétente en matière d'autorisation est libre de décider à sa convenance. La même disposition est proposée à l'art. 8, al. 3, OSE pour le placement privé.

Art. 34a OSE

Les entreprises de location de services doivent impérativement conclure par écrit des contrats de travail avec leurs employés, de même que des contrats de location de services avec les entreprises locataires. L'art. 19 LSE énumère les points que doit au minimum contenir le contrat de travail ; l'art. 22 LSE en fait de même en ce qui concerne le contrat de location de services. 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. Par ailleurs, en vertu de l'article 17 LSE, les autorités ont le droit d'exiger des bailleurs de service certains documents de travail, dont les contrats, et de les examiner. Finalement, l'art. 19, al. 1, let. b, LSE prévoit un retrait de l'autorisation dans le cas où les prescriptions obligatoires relatives à la protection des travailleurs, à la LSE et à ses ordonnances feraient l'objet d'une infraction. Cet état de fait pourrait constituer une violation en cas d'utilisation de contrats viciés dans certaines clauses. L'art. 39, al. 2, let. c, LSE prévoit qu'un bailleur de services concluant un arrangement illicite sera puni d'une amende de 40 000 francs au plus. 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. Le SECO propose aussi des modèles de contrats.

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).

Une modification similaire est prévue pour le placement à l'art. 10a OSE.

Art. 38, al. 2, OSE

Afin d'identifier d'éventuelles créances de salaire, l'énoncé prévoit de bloquer les sûretés durant une année uniquement en cas de retrait ou de suppression de l'autorisation. En réalité, il arrive fréquemment que la personne ayant versé les sûretés change et que l'ancienne personne demande la libération immédiate des sûretés. Dans la pratique actuelle, cette demande lui sera accordée uniquement si la nouvelle personne qui fournit les sûretés paie également les éventuelles créances de la période précédente. Une modification de l'énoncé pourrait permettre de transmettre cette pratique, qui a également été soutenue par les autorités judiciaires.

Art. 39, al. 1^{bis} OSE

L'énoncé prévoit que les sûretés peuvent uniquement être employées si l'entreprise est déclarée en faillite. Dans la pratique, il peut arriver que l'autorisation ait été retirée au vu de l'article 44 OSE (p.ex. parce que l'entreprise a gravement enfreint la loi) ou supprimée au vu de l'article 45 OSE (p.ex. parce que les sûretés ont été supprimées ou parce que l'entreprise a cessé ses activités), mais qu'il existe encore des créances de salaire à faire valoir contre le bailleur de services. Dans de tels cas, les sûretés devraient également pouvoir être utilisées par les autorités cantonales, comme c'est d'ailleurs le cas aujourd'hui. Dès lors, cette pratique doit également figurer dans l'énoncé.

Art. 40, al. 1^{bis} OSE

Ce nouvel alinéa explique que les modèles du contrat de travail et du contrat de location de services sont à joindre à la demande .

Art. 40, al. 4, OSE

Le délai pour le traitement des demandes d'autorisation doit être fixé par voie d'ordonnance dans la loi sur la base de l'ordonnance sur les principes et les délais d'ordre relatifs aux procédures d'autorisation (ordonnance sur les délais d'ordre, OdelO, RS 172.010.14), en vigueur depuis le 1^{er} septembre 2011. Le délai prévu pour le traitement des demandes ordinaires d'autorisations de placement est fixé à 40 jours (civils) conformément à l'art. 4, al. 1, let. b, OdelO. Pour les demandeurs plus complexes, l'art. 4, al. 1, let. c, OdelO demeure réservé. Ensuite, délai de traitement est de trois mois. Les délais prévus par l'OdelO s'appliquent aussi bien aux autorités d'exécution cantonales qu'au SECO.

Art. 44, al. 1, let. b, OSE

L'art 16 LSE prévoit qu'une autorisation est retirée lorsque le bailleur de services ne s'est pas comporté correctement ou qu'il ne remplit plus les conditions requises pour l'octroi de l'autorisation. L'art. 44 de l'ordonnance précise cette disposition légale. L'al. 1, let. b prévoit en effet qu'il peut être arrêté dans la décision de retrait que l'entreprise n'aura le droit de déposer une nouvelle demande d'autorisation qu'après échéance d'un délai d'attente de deux ans au plus. Le problème de cette disposition est qu'elle mentionne uniquement l'entreprise, mais pas le responsable ou l'ayant droit économique (le propriétaire de l'entreprise). Or, dans la pratique, il arrive que le responsable d'une entreprise ou l'ayant droit économique dépose simplement une demande pour une nouvelle entreprise après le retrait de l'autorisation. Dans certains cas, il désigne même une autre personne comme responsable de cette nouvelle entreprise, alors qu'il participe aussi aux activités de cette dernière. Le retrait de

l'autorisation perd donc de son pouvoir de dissuasion. Ce problème pourrait être résolu en étoffant cette disposition.

Une modification similaire est prévue pour le placement à l'art. 15, al. 1b, OSE.

Art. 48a, al. 1, let. a^{bis}, OSE

La dernière révision de l'OSE en 1999 a vu l'introduction des dispositions relatives au salaire prévues par une convention collective de travail dont le champ d'application a été étendu (CCT étendue), que les bailleurs de services sont tenus de respecter lorsqu'ils louent les services d'un travailleur à une entreprise locataire soumise à une telle convention. Par erreur, les frais ne figurent pas dans la liste, alors qu'ils ont toujours été comptabilisés et qu'ils continueront de l'être. Cette modification permettrait de corriger cette erreur.

Ordonnance sur les émoluments LSE (OEmol-LSE)

Art. 1, 2, et 7 OEmol-LSE

Une adaptation des montants des émoluments pour l'octroi d'autorisation et pour les taxes d'inscription au renchérissement est justifiée, comme lors de la révision du 20 octobre 1999. Depuis la dernière adaptation, le renchérissement a augmenté de 9,8 %. Les montants concernés par une augmentation seront, à juste titre, arrondis (au chiffre supérieur ou inférieur). Le but d'une administration qui couvre le coût de ses activités devrait, ainsi, fondamentalement être poursuivi.

Art. 1, al. 4 et art. 7, al. 3, OEmol-LSE

Il arrive fréquemment que des entreprises entament une procédure d'autorisation puis retirent leur demande ou qu'elles ne réagissent pas aux lettres des autorités ; la procédure d'autorisation ne peut donc pas être menée à terme. Malgré tout, les autorités ont souvent déjà entrepris de nombreux travaux pour donner suite à la demande (examen des conditions requises, examen des modèles de contrats, lettres de demandes de compléments aux documents d'autorisation ou modification des modèles de contrats). Sur la base de l'ordonnance générale sur les émoluments (OGE mol), il est aujourd'hui déjà possible de percevoir un émolument pour ces tâches administratives. Toutefois, si cette disposition figurait dans l'ordonnance sur les émoluments (OEmol-LSE), les entreprises réfléchiraient peut-être avant de lancer une procédure d'autorisation si elles ne sont pas convaincues de remplir réellement les dispositions fixées ou d'avoir besoin d'une autorisation. Compléter l'énoncé permettrait d'éviter certaines tâches administratives superflues et de réduire le nombre de procédures interrompues facturées aux demandeurs. Une disposition optionnelle permet malgré tout à l'autorité compétente en matière d'autorisation d'agir à sa convenance, sans être tenue d'imposer un émolument dans chaque cas.