15

Extrait de l'arrêt de la Cour II
dans la cause X. S.A. contre Secrétariat d'Etat à l'économie
B-3381/2008 du 11 mars 2009

Location de services. Prolongation des contrats de travail de durée déterminée. Clause disposant que le contrat est conclu pour une durée déterminée, mais qu'il peut être prolongé tacitement à son échéance. Protection des travailleurs.

Art. 19 LSE. Art. 48 OSE. Art. 11 et art. 12 CO.

1. **Exigence de la forme écrite prévue à l'art. 19 al. 1 LSE pour les contrats de travail dans le domaine de la location de services. L'art. 19 LSE constitue une lex specialis par rapport au CO. Compétence de régler les exceptions au principe de la forme écrite laissée au seul Conseil fédéral. L'expression « en règle générale » n'ouvre pas la voie à d'autres exceptions que celles prévues à l'art. 48 OSE. Lorsqu'il est question de prolongations de contrats préalablement conclus par écrit, le régime d'exceptions prévues à l'art. 48 OSE ne trouve pas application. Un contrat passé en la forme écrite doit être prolongé en respectant la même forme, conformément à l'art. 12 CO (consid. 5).**
2. **On ne peut inférer ni de la systématique de l'art. 19 LSE ni du fait que la forme écrite ne constitue pas, en droit civil, une condition de validité du contrat que le législateur a voulu instituer la possibilité de déroger systématiquement à l'exigence de cette forme en cas de prolongation d'un contrat lui-même passé par écrit et qu'il a ainsi voulu renoncer à la protection particulière accordée au travailleur dans la location de services. Une prolongation des rapports de travail constitue une modification importante du contrat justifiant le respect de la forme écrite, conformément à l'art. 12 CO. Au terme de la mission, le seul principe d'une reconduction tacite n'est pas de nature à lever l'incertitude pour le travailleur quant au sort du contrat de travail (consid. 6).**

Personalverleih. Verlängerung von befristeten Arbeitsverträgen. Vertragsklausel, wonach der Arbeitsvertrag auf bestimmte Zeit abgeschlossen wurde, jedoch bei Ablauf der Vertragsdauer stillschweigend verlängert werden kann. Arbeitnehmerschutz.

Art. 19 AVG. Art. 48 AVV. Art. 11 und Art. 12 OR.

1. **Erfordernis der Schriftform des Arbeitsvertrages gemäss Art. 19 Abs. 1 AVG im Gebiet des Personalverleihs. Art. 19 AVG stellt im Verhältnis zum OR eine lex specialis dar. Kompetenz des Bundesrats allein zur Regelung der Ausnahmen vom Erfordernis der Schriftform. Der Begriff « in der Regel » ermöglicht keine über die in Art. 48 AVV hinaus gehenden Ausnahmen. Werden ursprünglich schriftlich abgeschlossene Verträge verlängert, finden die Ausnahmebestimmungen von Art. 48 AVV keine Anwendung. Ein schriftlich abgeschlossener Vertrag muss entsprechend Art. 12 OR auch in Schriftform verlängert werden (E. 5).**
2. **Weder aus der Systematik von Art. 19 AVG noch aus der Tatsache, dass die Schriftform im Zivilrecht kein Gültigkeitserfordernis bei Verträgen darstellt, kann abgeleitet werden, dass der Gesetzgeber vom Erfordernis der Schriftform bei der Verlängerung eines ursprünglich schriftlich abgeschlossenen Vertrages generell absehen und damit auf den besonderen Schutz des Arbeitnehmers beim Personalverleih verzichten wollte. Eine Verlängerung der Arbeitsbeziehungen stellt eine wichtige Vertragsänderung dar, welche – entsprechend Art. 12 OR – der Schriftform bedarf. Der Grundsatz der stillschweigenden Verlängerung des Arbeitsvertrags alleine kann die Ungewissheit des Arbeitnehmers über den Weiterbestand des Arbeitsverhältnisses nicht beheben (E. 6).**

Personale a prestito. Prolungamento dei contratti di lavoro di durata determinata. Clausola secondo cui il contratto è concluso per una durata determinata, ma che lo stesso può essere prolungato tacitamente alla scadenza del termine. Protezione dei lavoratori.

Art. 19 LC. Art. 48 OC. Art. 11 e art. 12 CO.

1. **Esigenza della forma scritta prevista all'art. 19 cpv. 1 LC per i contratti di lavoro conclusi nel campo del personale a prestito. L'art. 19 LC costituisce una lex specialis rispetto al CO. La competenza di regolare le eccezioni al principio della forma scritta spetta unicamente al Consiglio federale. L'espressione**

« di regola » non apre la via ad altre eccezioni oltre a quelle previste all'art. 48 OC. In caso di prolungamento di contratti precedentemente conclusi nella forma scritta, le eccezioni previste all'art. 48 OC non sono applicabili. Un contratto concluso nella forma scritta deve essere prolungato nel rispetto della stessa forma, conformemente all'art. 12 CO (consid. 5).

2. **Non è possibile dedurre né dalla sistematica dell'art. 19 LC né dal fatto che la forma scritta non costituisce, nel diritto civile, una condizione di validità del contratto, che il legislatore abbia voluto istituire la possibilità di derogare sistematicamente all'esigenza della forma scritta in caso di prolungamento di un contratto concluso in tal forma e che abbia così voluto rinunciare alla protezione particolare accordata al lavoratore nel campo del personale a prestito. Un prolungamento del rapporto di lavoro costituisce una modifica importante del contratto, che giustifica il rispetto della forma scritta, conformemente all'art. 12 CO. Il solo principio della riconduzione tacita del contratto non basta a togliere l'incertezza del lavoratore riguardo alla fine del rapporto contrattuale (consid. 6).**

Le 21 mai 2007, le Secrétariat d'Etat à l'économie (SECO) a arrêté et adressé aux responsables cantonaux de la loi sur le service de l'emploi une directive 2007/2, intitulée « Prolongation des contrats de durée déterminée » (ci-après: directive 2007/2), précisant les directives et commentaires de janvier 2003 relatifs à la loi fédérale du 6 octobre 1989 sur le service de l'emploi et la location de services (LSE, RS 823.11), à l'ordonnance sur le service de l'emploi du 16 janvier 1991 (OSE, RS 823.111) et à l'ordonnance sur les émoluments LSE du 16 janvier 1991 (OEmol-LSE, RS 823.113). Dans cette directive 2007/2, le SECO releva s'être heurté à plusieurs reprises, dans le cadre de l'examen des contrats, à une clause contractuelle ayant la teneur suivante ou une teneur analogue:

> « Cet emploi débutera le ... pour une durée maximale de trois mois. Pendant cette période, le contrat peut être résilié par les deux parties en observant un délai de congé d'au moins deux jours ouvrables (art. 19 LSE). Si le contrat n'est pas résilié, il expire au bout de trois mois. S'il est ensuite renouvelé par accord tacite, il sera considéré comme étant prolongé pour une durée indéterminée ».

Le SECO exposa en substance que, de manière générale, l'art. 19 al. 2 LSE, en relation avec l'art. 48 OSE, prescrivait que certains points du contrat de travail devaient être réglés par écrit dans le but d'assurer la

protection des travailleurs dont les services sont loués, afin qu'ils soient informés par écrit de leurs conditions de travail avant le début de la mission et qu'ils puissent prouver leurs droits contractuels en cas de litige. Or, avec une clause formulée telle que ci-dessus, le travailleur ne savait pas, avant la prise de l'emploi, quelle serait la durée effective de sa mission (au maximum trois mois ou plus longtemps?) et il pourrait de surcroît avoir des difficultés à produire des preuves en cas de litige portant notamment sur le point de savoir si le rapport contractuel était terminé au terme des trois mois ou s'il se poursuivait par accord tacite. Se référant également à l'art. 12 du code des obligations du 30 mars 1991 (CO, RS 220), le SECO ajouta que le respect de la forme écrite était également prescrit en cas de modifications du contrat, soit en particulier en cas de prolongation de la durée du contrat. Concluant qu'un contrat de durée déterminée prolongé tacitement à l'expiration de la durée convenue allait à l'encontre du but de protection des travailleurs visé à l'art. 19 LSE et contredisait l'art. 12 CO, le SECO fit savoir aux autorités cantonales compétentes que « les contrats-cadres de travail et les contrats de mission ne pourraient désormais être agréés que s'ils ne contenaient pas de clause disposant que le contrat était conclu pour une durée déterminée, mais qu'il pouvait être prolongé tacitement à son échéance ».

A la demande de X. S.A. (ci-après: la recourante), le SECO a rendu une décision formelle le 23 avril 2008 avec le dispositif suivant:

> « 1. X. SA ne peut user dans son contrat de travail temporaire d'une clause telle que: ‹ le contrat de mission est conclu pour une durée de trois mois et peut être résilié par les deux parties en observant un délai de congé d'au moins deux jours ouvrables, puis au-delà de cette période de trois mois, le contrat est reconduit tacitement pour une durée indéterminée et peut être résilié conformément aux dispositions pertinentes du contrat de travail ›.
>
> 2. Dans la mesure où X. SA devait faire apparaître dans son contrat de travail temporaire des clauses disposant que le contrat est conclu pour une durée déterminée mais qu'il peut être prolongé tacitement à son échéance, nous serions alors contraints de retirer les autorisations fédérales de pratiquer la location de services de toutes les succursales X. SA ».

Dans ses considérants, le SECO rappela la teneur de l'art. 19 al. 1 LSE et de l'art. 48 OSE, souligna que, selon l'art. 19 al. 2 let. d LSE, le contrat de travail devait mentionner l'horaire de travail et renvoya aux motifs contenus dans la directive 2007/2 s'agissant des principes applicables à la prolongation des contrats de durée déterminée. Le SECO releva en particulier que, avec une clause prévoyant qu'un contrat est conclu pour une période

déterminée, mais qu'il peut être prolongé tacitement, le travailleur ne savait pas, avant la prise de l'emploi, quelle serait la durée effective de sa mission et qu'il pourrait avoir des difficultés à produire des preuves en cas de litige portant notamment sur le point de savoir si le rapport contractuel était terminé au terme des trois mois ou s'il se poursuivait par accord tacite. Il ajouta que cette problématique était aggravée en matière de location de services par le rapport triangulaire existant entre les parties. Il était ainsi possible qu'un bailleur de services considère que le rapport de travail était arrivé à son terme et qu'il n'était plus obligé de payer le salaire, alors que, de son côté, le travailleur, pensant que le rapport de travail avait été prolongé par accord tacite, poursuivait son travail dans l'entreprise de mission. Selon le SECO, même si l'entreprise de mission acceptait la continuation du travail, il était très improbable que la poursuite de la mission résulte d'un accord tacite de l'employeur, de sorte que le travailleur risquait alors de travailler sans être rémunéré.

Par mémoire du 23 mai 2008, X. S.A. a recouru contre cette décision auprès du Tribunal administratif fédéral (TAF) en concluant, sous suite de dépens, à son annulation ainsi qu'à l'annulation de la directive 2007/2. A l'appui de ses conclusions, la recourante relève pour l'essentiel que le contenu minimal du contrat de travail n'est réglé que par la loi et que la délégation de compétence accordée au Conseil fédéral (CF) ne porte que sur les exceptions relatives à des contrats de brève durée. Elle allègue que le SECO n'est pas compétent pour interpréter la loi, voire étendre son champ d'application ou les conditions posées par le législateur. Dès lors que la forme écrite ne constitue pas une condition de validité du contrat de mission, mais seulement un moyen de preuve, la recourante dit ne pas comprendre pourquoi le SECO exigerait qu'une prolongation du contrat revête la forme écrite lorsque la loi ne l'exige pas et règle la question. La recourante fait valoir que l'art. 12 CO n'interdit pas une clause évolutive dans un contrat écrit et n'empêche pas de prévoir une condition dans le contrat, ni une modification à un terme précis. Comme la LSE n'interdirait pas la présence d'une condition, la modification d'un contrat soumis à un terme serait elle aussi licite. Il serait ainsi faux de prétendre que la prolongation du rapport contractuel au terme du contrat doit obligatoirement être écrite; le contrat pouvant être conclu oralement ou résulter d'actes concluants, sa prolongation le pourrait également. La recourante soutient ensuite que la clause contenue dans son contrat de mission correspond précisément à l'expression de la loi, que la mention de l'art. 334 al. 2 CO a notamment pour but d'éviter qu'un deuxième contrat de durée déterminée soit convenu avec un travailleur et que dite clause l'avertit qu'en acceptant une prolongation des rapports de travail au-delà du troisième mois, son contrat sera alors réputé

de durée indéterminée, offrant ainsi davantage de sécurité juridique. Elle soutient également que, dans les faits, chaque travailleur arrivant au terme de ses trois mois s'inquiète de savoir si sa mission se poursuit et sait également s'il a terminé le travail pour lequel il a été engagé. Si son ouvrage n'est pas terminé, c'est en premier lieu le client de l'entreprise de travail intérimaire qui s'adressera à lui pour savoir s'il est prêt à continuer sa mission, avant même d'appeler sa cocontractante et lui demander de prolonger le contrat. Arguant du fait que la reconduction d'autres types de contrats se fait sans qu'un nouvel accord ne soit signé, la recourante considère qu'au vu du nombre de missions effectuées annuellement pour son compte, le coût de cette exigence de conclure un deuxième contrat ou un avenant serait disproportionné par rapport au bénéfice qu'en retireraient les travailleurs. Elle relève enfin ne pas avoir d'objection à préciser dans le contrat que les deux jours du délai de congé sont des jours ouvrables.

Invité à se prononcer sur le recours, le SECO en a proposé le rejet au terme de sa réponse du 15 août 2008.

Le TAF a rejeté le recours.

Extrait des considérants:

3. La décision attaquée se fonde sur la directive 2007/2 édictée par le SECO le 21 mai 2007. Dans cette directive, le SECO considère que, au terme d'un contrat de durée déterminée fondé sur la LSE, une prolongation du rapport contractuel doit toujours être constatée dans un document écrit (avenant au contrat) qui fixe explicitement la nouvelle durée du contrat. Un contrat de durée déterminée prolongé tacitement à l'expiration de la durée convenue irait selon lui à l'encontre du but de protection des travailleurs visé à l'art. 19 LSE qui tend à instituer une situation juridique claire et prouvable et contredirait l'art. 12 CO. Le SECO conclut ainsi que les contrats-cadres de travail et les contrats de mission ne peuvent désormais être agréés que s'ils ne contiennent pas de clause disposant que le contrat est conclu pour une durée déterminée, mais qu'il peut être prolongé tacitement à son échéance.

4. La recourante allègue pour l'essentiel que les dispositions de la LSE prévalent sur celles du CO, que le contenu minimal du contrat de travail n'est réglé que par la loi et que la délégation de compétence accordée au CF ne porte que sur les exceptions relatives à des contrats de brève durée. Le SECO ne serait ainsi pas formellement compétent pour interpréter la loi, voire étendre son champ d'application ou les conditions posées par le législateur. Arguant du fait que le SECO se substitue au législateur, elle re-

lève que c'est au juge que revient la liberté de compléter la loi face à une lacune proprement dite et que, en l'absence d'une telle lacune, la loi n'a pas à être complétée.

5. Dans le cas d'espèce, en tant qu'il est chargé de la surveillance de l'exécution de la LSE par les cantons et de l'OSE (...), le SECO est habilité à édicter des directives. Il s'agit dès lors d'examiner si, comme le fait valoir la recourante, l'obligation que lui impose la décision attaquée, fondée sur la directive précitée, est contraire à la loi, la directive en question étant elle-même tenue pour illicite car dépassant le cadre légal.

5.1 Afin d'assurer l'application uniforme de certaines dispositions légales, l'administration peut expliciter l'interprétation qu'elle leur donne dans des ordonnances administratives (directives, circulaires, instructions; Pierre Moor, Droit administratif, vol. I, 2e éd., Berne 1994, ch. 3.3.5.1 et 3.3.5.2, p. 264 s.; ATF 121 II 473 consid. 2b). La fonction principale de ces ordonnances est de garantir l'unification et la rationalisation de la pratique; ce faisant, elles permettent aussi d'assurer l'égalité de traitement et la prévisibilité administrative et facilite aussi le contrôle juridictionnel (Moor, op. cit., ch. 3.3.5.3, p. 268; Ulrich Häfelin/Georg Müller/Felix Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5e éd., Zurich/Bâle/Genève 2006, n° 124; Giovanni Biaggini, Die vollzugslenkende Verwaltungsverordnung: Rechtsnorm oder Faktum? in: Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht 1997 p. 4). Les ordonnances administratives n'ont pas force de loi et ne lient ni les administrés, ni les tribunaux, ni même l'administration. Par ailleurs, elles ne peuvent sortir du cadre fixé par la norme supérieure ni restreindre ou étendre son champ d'application. En d'autres termes, à défaut de lacune, elles ne peuvent prévoir autre chose que ce qui découle de la législation ou de la jurisprudence (ATF 133 II 305 consid. 8.1, ATF 123 II 16 consid. 7, ATF 121 II 473 consid. 2b; Moor, op. cit., ch. 3.3.5.2 et 3.3.5.3, p. 266–271). S'il est vrai que les ordonnances administratives interprétatives ne lient en principe ni les tribunaux ni les administrés, il n'en reste pas moins que les uns et les autres en tiennent largement compte. Dans la mesure où ces directives assurent une interprétation correcte et équitable des règles de droit, le juge les prendra en considération (ATF 132 V 121 consid. 4.4; Blaise Knapp, Précis de droit administratif, 4e éd., Bâle/Francfort-sur-le-Main 1991, n° 371). Ne contenant aucune règle de droit « stricto sensu », les ordonnances administratives sont en principe applicables dans le temps de la même manière que les dispositions qu'elles interprètent, notamment en ce qui concerne un éventuel effet rétroactif (arrêt du Tribunal fédéral 2A.555/1999 du 15 mai 2000 consid. 5a). Elles ne sont toutefois pas immuables et des motifs sérieux et objectifs, soit une connaissance plus approfondie de l'intention du légis-

lateur, un changement de circonstances extérieures ou l'évolution des conceptions juridiques, permettent à l'autorité de les modifier sans violer les principes de l'égalité de traitement et de la sécurité du droit (arrêt précité et les réf. ATF 125 II 152 consid. 4c/aa, ATF 102 Ib 45 consid. 1).

5.2 Le contrat de travail est réglé par le titre dixième du CO. Par le contrat individuel de travail, le travailleur s'engage, pour une durée déterminée ou indéterminée, à travailler au service de l'employeur et celui-ci à payer un salaire fixé d'après le temps ou le travail fourni (salaire aux pièces ou à la tâche). Est aussi réputé contrat individuel de travail le contrat par lequel un travailleur s'engage à travailler régulièrement au service de l'employeur par heures, demi-journées ou journées (travail à temps partiel) (art. 319 al. 1 et 2 CO). Sauf disposition contraire de la loi, le contrat individuel de travail n'est soumis à aucune forme spéciale (art. 320 al. 1 CO). Le contrat de durée déterminée prend fin sans qu'il soit nécessaire de donner congé (art. 334 al. 1 CO). Si, après l'expiration de la période convenue, le contrat de durée déterminée est reconduit tacitement, il est réputé être un contrat de durée indéterminée (art. 334 al. 2 CO).

La validité des contrats n'est subordonnée à l'observation d'une forme particulière qu'en vertu d'une prescription spéciale de la loi. A défaut d'une disposition contraire sur la portée et les effets de la forme prescrite, le contrat n'est valable que si cette forme a été observée (art. 11 al. 1 et 2 CO). En vertu de l'art. 12 CO, lorsque la loi exige qu'un contrat soit fait en la forme écrite, cette règle s'applique également à toutes les modifications du contrat, hormis les stipulations complémentaires et accessoires qui ne sont pas en contradiction avec l'acte.

5.3 A son art. 19 al. 1, la LSE introduit précisément une exigence de forme en prévoyant que, en règle générale, le bailleur de service doit conclure un contrat de travail écrit avec le travailleur et que le CF règle les exceptions. Dans ses directives et commentaires de 2003, le SECO relève que le contrat de travail entre le bailleur de services et le travailleur visé à l'art. 19 LSE est régi fondamentalement par les art. 319 ss CO sur le contrat de travail, que s'y ajoutent les prescriptions de l'art. 19 LSE ainsi que les dispositions d'application y relatives de l'OSE et que les dispositions de droit du travail de la LSE prévalent sur celles du CO. L'art. 19 LSE apparaît ainsi comme une lex specialis par rapport au CO dont les dispositions ne s'appliquent qu'à titre subsidiaire pour autant que la LSE et l'OSE ne prévoient pas de réglementation particulière (Andreas Ritter, Das revidierte Arbeitsvermittlungsgesetz, thèse Berne 1994, p. 136). L'application subsidiaire des règles du CO a d'ailleurs été soulignée par le Conseil national lorsque, contrairement à ce que lui proposait le Conseil

des Etats, il a refusé d'insérer à l'art. 19 al. 2bis du projet de loi (actuel art. 19 al. 4 LSE) une disposition prévoyant qu'un contrat de durée indéterminée pouvait être résilié quatorze jours d'avance entre le septième et le douzième mois d'un emploi ininterrompu et renvoyé au délai d'un mois prévu par le CO, soit à la réglementation contenue à l'art. 335c CO (Bulletin Officiel [BO] 1989 N 251). Ainsi, on ne peut d'emblée faire grief au SECO de se fonder sur l'art. 12 CO pour exiger que la prolongation d'un contrat de durée déterminée au sens de l'art. 19 LSE revête également la forme écrite.

5.4 Il s'agit dès lors d'examiner ci-après si, au vu de l'emploi des termes « en règle générale », on peut déduire de l'art. 19 LSE que le législateur a renoncé à l'exigence de la forme écrite en cas de prolongation d'un contrat de travail lui-même passé dans cette forme. La recourante le soutient en se fondant sur une déclaration du conseiller fédéral Delamuraz faite devant le Conseil des Etats (BO 1988 E 581) et en alléguant que l'introduction des termes « en règle générale » au début de l'art. 19 al. 1 LSE démontre le souci de réalisme du législateur en direction d'une solution plus souple que la seule forme écrite. Se fondant par ailleurs sur le message du Conseil fédéral concernant la révision de la loi fédérale sur le service de l'emploi et la location de services du 27 novembre 1985 relatif à cette disposition (FF 1985 III 586; ci-après: message du CF concernant la révision de la LSE), la recourante constate que, après avoir rappelé d'une part que les entreprises de travail temporaire règlent fréquemment les conditions générales d'emploi dans un contrat cadre qui est suivi d'un contrat de travail stipulant les conditions concrètes de chaque engagement et, d'autre part, que les entreprises en régie concluent généralement un seul contrat contenant les indications générales sur les différents engagements, le CF a précisé que l'art. 19 LSE du projet n'entendait pas empêcher ces différentes pratiques. Constatant que le législateur n'a ainsi pas combattu le fait que les entreprises de travail temporaire concluent généralement un seul contrat valant pour différents engagements, la recourante conclut qu'il est peu vraisemblable que le législateur ait voulu que, dans le cas d'une seule mission qui se prolonge, l'entreprise soumise à la LSE doive conclure plusieurs contrats écrits.

La loi s'interprète pour elle-même, c'est-à-dire selon sa lettre, son esprit et son but, ainsi que selon les valeurs sur lesquelles elle repose, conformément à la méthode téléologique. Le juge s'appuiera sur la ratio legis, qu'il déterminera non pas d'après ses propres conceptions subjectives, mais à la lumière des intentions du législateur. Le but de l'interprétation est de rendre une décision juste d'un point de vue objectif, compte tenu de la structure normative, et doit aboutir à un résultat satisfaisant fondé sur la ratio legis.

Si la prise en compte d'éléments historiques n'est pas déterminante pour l'interprétation, cette dernière doit néanmoins s'appuyer en principe sur la volonté du législateur et sur les jugements de valeur qui la sous-tendent de manière reconnaissable, tant il est vrai que l'interprétation des normes légales selon leur finalité ne peut se justifier par elle-même, mais doit au contraire être déduite des intentions du législateur qu'il s'agit d'établir à l'aide des méthodes d'interprétation habituelles (ATF 129 III 656 consid. 4.1 et les arrêts cités).

5.4.1 L'art. 19 al. 1 LSE a la teneur suivante: « En règle générale, le bailleur doit conclure un contrat écrit avec le travailleur. Le Conseil fédéral règle les exceptions ». L'interprétation littérale de cette disposition ne permet pas d'apporter une réponse définitive à la question de savoir si les termes « en règle générale » ouvrent la porte à des exceptions autres que celles que le CF est chargé de réglementer ou s'il s'agit d'une simple redondance.

5.4.2 Dans son projet de loi, le CF prévoyait la teneur suivante pour l'art. 19 LSE: « Le bailleur de services doit conclure un contrat écrit avec le travailleur. Il y indiquera (...) » (al. 1). « A défaut de contrat écrit, le contenu du contrat est déterminé par les dispositions légales et par les conditions usuelles du lieu et de la profession » (al. 2) (message du CF concernant la révision de la LSE [FF 1985 III 524, spéc. 624]). Commentant le 1er alinéa de cette disposition, il a, comme le relève la recourante, relevé ce qui suit: « Le contrat de travail écrit est généralement utilisé dans la location de services et les entreprises de travail temporaire règlent fréquemment les conditions générales d'emploi dans un ‹ contrat-cadre › qui est suivi d'un contrat de travail stipulant les conditions concrètes de chaque engagement. C'est à ce contrat de travail que se réfère la prescription quant à la forme (« écrit ») du premier alinéa. Les entreprises en régie concluent généralement un seul contrat contenant des indications générales sur les différents engagements. L'art. 19 LSE n'entend pas empêcher ces différentes pratiques ». Mais le CF ajoutait: « Les principales conditions du contrat doivent cependant être remises par écrit au travailleur; une grande partie des contrats examinés jusqu'à présent sont en effet peu clairs et comportent des lacunes » (message du CF concernant la révision LSE, FF 1985 III 586). Ainsi, contrairement à ce que soutient la recourante, on ne peut déduire de ce texte qu'il est peu vraisemblable que le législateur ait voulu que, dans le cas d'une seule mission qui se prolonge, l'entreprise soumise à la LSE doive conclure plusieurs contrats écrits. Au contraire, si le CF n'entendait pas empêcher la pratique des contrats-cadre, il voulait néanmoins que le travailleur ait clairement connaissance, sous la forme d'un document écrit,

des principales conditions du contrat le liant au bailleur de services, et ce dans le souci de protéger les travailleurs recourant à la location de services.

Lors des débats au Parlement, la proposition du CF concernant l'art. 19 LSE a été modifiée. Si le Conseil national l'a acceptée sans grands commentaires en première lecture (BO 1987 N 205), le Conseil des Etats a suivi sa commission qui, dans sa majorité, a émis la proposition suivante: « Le contrat de travail conclu entre le bailleur de services et le travailleur doit stipuler les points suivants: (...) » (al. 1). « En règle générale, le bailleur de services doit conclure un contrat écrit avec le travailleur. Le Conseil fédéral règle les exceptions. Si les exigences relatives à la forme ou au contenu ne sont pas remplies, les conditions de travail usuelles du lieu et de sa profession ou les dispositions légales en la matière sont applicables, à moins que... » (al. 2) (BO 1988 E 579). Le rapporteur de la commission a exposé les points de vue divergents au sein de la commission. Alors que la majorité de la commission était convaincue qu'il convenait de laisser la place à un rapport contractuel le plus informel possible et que les travailleurs eux-mêmes en profiteraient, une minorité y voyait au contraire une réduction (Abbau) de la protection des travailleurs (BO 1988 E 580 Carl Miville). Les débats se sont ensuite concentrés sur les délais de résiliation du contrat et la question du caractère écrit ou non du contrat n'a plus été abordée. Traitant à son tour cette question, le conseiller fédéral Delamuraz a relevé que l'exigence du contrat écrit se justifiait et qu'elle participait d'une volonté d'une protection aussi large que possible du travailleur. Il a toutefois ajouté que dans les relations concrètes et quotidiennes, plusieurs exemples avaient montré durant les travaux de la commission que cette exigence absolue allait sans doute trop loin, que les faits de la pratique se plieraient peu à la théorie de la loi et que, comme le souligne la recourante, dans une appréciation plus réaliste des choses, la commission pouvait aller en direction d'une solution plus souple, en introduisant le deuxième alinéa par les mots « en règle générale » (BO 1988 E 581). En deuxième lecture, le Conseil national s'est rapproché du Conseil des Etats en acceptant d'introduire la phrase « le Conseil fédéral règle les exceptions ». Rappelant que la forme écrite impérative du contrat était motivée par le fait que l'art. 19 al. 1 LSE exigeait qu'un certain nombre de points soient réglés dans le contrat et qu'ainsi la forme écrite ne pouvait être contournée, il a cependant ajouté que le CF devait avoir la compétence de prévoir des exceptions pour les cas les plus urgents d'engagements de courte durée, d'un demi-jour par exemple, pour lesquels on devait ou pouvait renoncer à la forme écrite pour des raisons de temps (BO 1989 N 251 Fritz Reimann). Le Conseil national a par contre refusé de faire débuter l'art. 19 al. 2 par les termes « en règle générale ». S'exprimant particulièrement sur cette divergence, qualifiée

« de très légère » le rapporteur francophone de la commission a relevé que le fait de prévoir que le CF réglait les exceptions signifiait bien qu'il pouvait y avoir des exceptions et que les termes « en règle générale » pouvaient donc être biffés (BO 1989 N 251 Christophe Darbellay). Quant au conseiller fédéral Delamuraz, il a constaté que l'al. 2 n'était plus combattu et n'a plus soutenu, comme il l'avait fait au Conseil des Etats, l'introduction de ces termes dans la disposition. Le Conseil des Etats a pour sa part maintenu ces termes en suivant l'opinion émise par le rapporteur de la commission. Rappelant l'opinion du Conseil national selon laquelle les termes « en règle générale » étaient « superflus », il a relevé que, pour la commission du Conseil des Etats, cette formulation n'avait pas d'autre signification (gleichbedeutend) qu'une claire délégation de compétence au CF pour la réglementation des exceptions (BO 1989 E 355 Carl Miville). Enfin, au stade de l'élimination des divergences, le Conseil national s'est finalement rallié à la proposition du Conseil des Etats d'introduire la mention « en règle générale » (BO 1989 N 1248).

5.5 Il résulte de ce qui précède que la formulation proposée par le Conseil des Etats consistant à faire se juxtaposer les termes « en règle générale » et la phrase « le Conseil fédéral règle les exceptions » traduit un compromis entre, d'une part, la tendance libérale de la majorité de la commission qui souhaitait un rapport contractuel le plus informel possible entre le bailleur de services et le travailleur et, d'autre part, le souci de la minorité qui s'opposait à une réduction, voire à une suppression, de la protection des travailleurs et qui n'entendait pas laisser aux partenaires contractuels le soin de décider des exceptions à la règle de la forme écrite. L'évolution des débats montre que si des considérations d'ordre pratique et d'assouplissement d'une règle jugée trop rigide ont amené le législateur à accepter le principe d'exceptions justifiées à l'exigence de la forme écrite, celui-ci a cependant voulu que la compétence de régler ces exceptions soit laissée au seul CF, ce que ce dernier a fait en adoptant l'art. 48 OSE. Force est dès lors de constater que le législateur n'a en définitive pas eu l'intention, par l'emploi des termes « en règle générale », d'ouvrir la voie à d'autres exceptions que celles prévues par le CF. Une interprétation différente serait au demeurant difficilement compatible avec l'objectif consistant à lutter contre les abus et protéger les travailleurs qui recourent à la location de services (art. 1 let. c LSE; voir aussi message du CF concernant la révision de la LSE, FF 1985 III 535 ainsi que BO 1987 N 179 et BO 1988 E 564). Or la lecture de l'art. 48 OSE montre que le régime d'exceptions prévu s'inscrit dans un cadre bien délimité: le contrat de travail écrit doit en principe être conclu avant l'entrée en fonctions, à moins que l'urgence de la situation ne permette plus la conclusion d'un contrat écrit. Dans un tel cas,

le contrat devra être rédigé par écrit dans les plus brefs délais (al. 1). En cas d'urgence, les parties peuvent renoncer définitivement à conclure un contrat écrit si la durée de la mission n'excède pas six heures (al. 2).

En l'occurrence, il est question de prolongations de contrats préalablement conclus par écrit. Le travailleur étant déjà au service de l'employeur depuis un certain temps, une situation d'urgence telle que prévue à l'art. 48 OSE ne peut ainsi pas être admise, pas plus qu'une dérogation concernant une mission n'excédant pas six heures. Ainsi, le régime de l'exception ne peut trouver application. La loi ne réglant pas expressément le régime applicable à la prolongation des contrats, c'est dès lors à juste titre que, conformément a ce qui a été exposé au consid. 5.3 ci-dessus, le SECO exige, en se fondant sur l'art. 12 CO, qu'un contrat passé en la forme écrite soit prolongé en respectant la même forme. Admettre le contraire reviendrait à vider de sa substance la volonté exprimée par le législateur et la conception protectrice qui est à la base de la loi.

6. Il s'agit encore d'examiner si la portée accordée à la forme écrite pour le contrat de travail au sens de l'art. 19 LSE est de nature à modifier cette situation. La recourante soutient à ce propos que, dans la mesure où la forme écrite ne constitue pas une condition de validité du contrat de mission, elle ne voit pas pourquoi le SECO exige qu'une prolongation du contrat revête une telle forme quand la loi ne l'exige pas et règle elle-même la question à l'art. 334 al. 2 CO. Elle considère que la clause évolutive incriminée dans son contrat de mission est conforme à cette dernière disposition et que la LSE n'interdit pas que le contrat initial prévoie une telle évolution. Pour la recourante, le renvoi à l'art. 334 al. 2 CO dans le contrat de mission poursuit un double but: elle évite d'une part qu'un conseiller en personnel ne convienne d'un deuxième contrat de durée déterminée, figure prohibée par la loi qui interdit les contrats en chaîne. Elle avertit d'autre part le travailleur que, au cas où il accepte une prolongation des rapports de travail au-delà du troisième mois, son contrat est alors réputé de durée indéterminée et offre dans ce sens une meilleure protection juridique.

6.1 Dans son message, le CF expose que la forme écrite n'est pas déterminante pour la conclusion du contrat et qu'elle n'a qu'une fonction de preuve et de protection. Relevant que le fait de ne pas reconnaître la validité d'un contrat ne respectant pas cette règle de forme serait absurde et irait à l'encontre de la protection souhaitée par cet article dans la mesure où les travailleurs se verraient alors contraints d'arrêter immédiatement le travail si l'on venait à constater un vice de forme, le CF ajoute que, en l'absence de convention écrite, celle-ci est remplacée par les prescriptions non

impératives du droit en matière de contrat de travail (art. 319 ss CO) et par les conditions de salaire et de travail conformément aux usages locaux et professionnels (message du CF concernant la révision de la LSE, FF 1985 III 587). La doctrine, comme la jurisprudence, admettent également que la forme écrite n'est pas une condition de validité du contrat, mais qu'elle a une fonction de preuve et de protection (voir notamment FRANK VISCHER, Der Arbeitsvertrag, 2e éd., Bâle 1994, p. 231; WOLFGANG PORTMANN in Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1–529 OR, 4e éd., 2007, n° 29 ad art. 319; RITTER, op. cit., p. 138; arrêt du 24 septembre 2007 du Tribunal cantonal de St-Gall, 3e cour civile, VZ.2007.1, consid. 3b).

Il ressort du message que la réglementation contenue à l'art. 19 al. 3 LSE s'explique par la volonté de ne pas pénaliser le travailleur et de le protéger également dans les cas où un contrat n'aurait pas été conclu dans la forme écrite. La compétence accordée au CF, lors des débats parlementaires, de régler des exceptions à l'exigence de cette forme ne change rien à cette conception. L'art. 19 al. 3 LSE apparaît ainsi non pas comme une sanction, comme le soutient la recourante, mais comme une mesure subsidiaire de protection du travailleur lorsque le contrat n'a pas été conclu par écrit. A cela s'ajoute que si la forme écrite n'est pas, en droit civil, une condition de validité du contrat, il n'en reste pas moins que, dans les dispositions pénales de la loi, le législateur a souligné l'importance qu'il accorde à cette forme comme moyen de preuve et de protection en prévoyant que sera puni d'une amende de 40'000 francs au maximum celui qui, intentionnellement, n'aura pas communiqué par écrit, en sa qualité de bailleur de services, la teneur essentielle du contrat de travail ou ne l'aura fait qu'incomplètement (art. 39 al. 2 let. c LSE).

Il est vrai que, à teneur de l'art. 334 al. 2 CO, si, après l'expiration de la période convenue, le contrat de durée déterminée est reconduit tacitement, il est réputé être un contrat de durée indéterminée. Au regard de ce qui a été exposé ci-dessus, on ne peut cependant pas inférer de la systématique de l'art. 19 LSE et du fait que le contrat écrit ne constitue pas, en droit civil, une condition de validité du contrat que le législateur a voulu instituer par là la possibilité de déroger systématiquement à l'exigence de la forme écrite en cas de prolongation d'un contrat lui-même passé par écrit et de renoncer à la protection particulière qu'il a voulu accorder au travailleur dans la location de services. Une prolongation des rapports de travail constitue pour le moins une modification importante du contrat qui justifie également le respect de la forme écrite, conformément à ce que prescrit l'art. 12 CO.

Ceci s'inscrit dans l'idée fondamentale de la LSE d'éviter les abus au détriment des travailleurs. En effet, lorsque la prolongation du contrat de travail est souhaitée, ces derniers doivent pouvoir disposer d'un document écrit attestant expressément que la relation contractuelle est prolongée et ainsi être sécurisés sur leur situation à l'échéance du contrat de durée déterminée. Sinon, le travailleur pourrait se retrouver dans une situation équivoque au terme de sa mission, ne sachant pas si le contrat de durée déterminée a effectivement été reconduit tacitement ou si, au contraire, il a normalement pris fin à l'échéance fixée. Il est possible, comme le fait valoir la recourante, que chaque travailleur arrivant au terme des trois mois s'inquiète de savoir si sa mission se poursuit et que, si l'ouvrage n'est pas terminé, le loueur de services s'adressera d'abord à lui pour savoir s'il est prêt à continuer sa mission avant même d'appeler le bailleur de services et lui demander de prolonger le contrat. Mais la location de services étant caractérisée par le fait que le travailleur n'est lié par aucun contrat avec le loueur de services, mais uniquement avec le bailleur de services, le seul principe d'une reconduction tacite n'est pas de nature à lever l'incertitude.

6.2 Compte tenu de la clause évolutive qu'elle utilise dans ses contrats de mission par référence à l'art. 334 al. 2 CO, la recourante semble avoir pour pratique constante de prolonger les contrats de durée déterminée de trois mois par des contrats de durée indéterminée lorsque le besoin s'en fait sentir. Il est vrai que dans un tel cas, la durée de l'engagement au sens de l'art. 19 al. 1 let. c LSE n'a pas à être fixée puisque, par définition, elle est indéterminée. La situation apparaît toutefois différente en ce qui concerne le délai de congé. S'agissant des contrats de durée indéterminée, l'art. 19 al. 4 LSE introduit, en dérogation aux règles du CO, des délais de congé plus courts au cours des six premiers mois d'activité. Il est donc nécessaire que le travailleur soit clairement renseigné sur cette question, comme l'exige l'art. 19 al. 1 let. c LSE. Cette question est d'autant plus importante que l'on admet en doctrine que, en cas de prolongation du contrat au sens de l'art. 334 al. 2 CO, il s'agit du même contrat, de sorte que le travailleur n'est pas privé des avantages que lui valent les années antérieures de service, notamment en ce qui concerne le délai de congé (Pierre Tercier, Les contrats spéciaux, p. 481, n° 3304; Portmann, op. cit., n° 12 ad art. 334 CO; Manfred Rehbinder, Berner Kommentar, vol. IV, 2e tome, Berne 1992, n° 11 ad art. 334). Le délai de congé constituant l'un des éléments à régler impérativement dans le contrat écrit au sens de l'art. 19 al. 1 let. c LSE, il s'ensuit que le texte même de la loi impose, pour ce motif, la forme écrite en cas de prolongation du contrat.