

# Notice

## Distinction entre location de services et mandat

État: 12 août 2021

**Les unités administratives qui recourent à des collaborateurs externes pour exécuter des tâches publiques ont la possibilité de conclure deux types de contrat:**

- des contrats de location de services;
- des contrats de services, tels que des mandats ou des contrats d'entreprise.

**La distinction entre ces deux types de contrat n'est pas évidente et la question de savoir si un contrat donné relève de la première ou de la seconde catégorie nécessite un examen attentif. Les contrats de location de services et les contrats de services reposent sur des procédures d'acquisition différentes. De plus, les contrats de location de services sont régis par une législation spéciale. En vertu de celle-ci, les collaborateurs d'un service adjudicateur qui a conclu un contrat de location de services avec un bailleur de services ne possédant pas les autorisations nécessaires sont passibles de sanctions pénales. Il est donc recommandé de consulter en temps utile un conseiller juridique lorsqu'on prévoit de faire appel à des collaborateurs externes.**

### Qu'est-ce que la location de services?

Il y a location de services lorsqu'un employeur (bailleur de services) met pour une durée déterminée un travailleur à la disposition d'une entreprise locataire de services (par ex. l'administration fédérale) en vue de la fourniture d'une prestation de travail, en cédant à l'entreprise locataire de services l'essentiel de ses pouvoirs de direction à l'égard de ce travailleur<sup>1</sup>. L'entreprise locataire de services supporte le risque économique. Les conditions-cadres de la location de services sont définies dans la loi fédérale sur le service de l'emploi et la location de services (LSE) ainsi que dans l'ordonnance sur le service de l'emploi (OSE)<sup>2</sup>. Par

<sup>1</sup> Pour plus de détails, voir les directives et commentaires du SECO, qui sont disponibles sous

<https://www.arbeit.swiss/secoalv/fr/home/menue/arbeitsvermittler/private-arbeitsvermittlung-und-personalverleih.html>

<sup>2</sup> LSE, RS 823.11; OSE, RS 823.111.

<sup>3</sup> Voir communiqué du Conseil fédéral du 19.8.2015, «Définition des critères relatifs aux contrats de location de services dans l'administration fédérale»,

ailleurs, les directives du Conseil fédéral sur la conclusion de contrats de location de services dans l'administration fédérale sont entrées en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2016<sup>3</sup>.

### Activités soumises à autorisation

Toutes les formes de location de services ne sont pas soumises à autorisation<sup>4</sup>.

**Travail temporaire:** le travailleur est engagé exclusivement pour être mis à la disposition d'une entreprise locataire. Il est employé pour la durée d'une seule mission.

**Mise à disposition de travailleurs à titre principal (travail en régie):** le travailleur est engagé notamment pour être mis à la disposition d'entreprises locataires. La durée de son engagement est indépendante de ses missions.

**Mise à disposition occasionnelle de travailleurs:** le travailleur est mis à la disposition d'une entreprise locataire pour une courte durée, sans que cela ait été spécialement planifié.

*Seuls le travail temporaire et la mise à disposition de travailleurs à titre principal (travail en régie) sont soumis à autorisation*, car eux seuls relèvent du commerce de location de services<sup>5</sup>. Sont nécessaires une autorisation de l'office cantonal du travail et éventuellement une autorisation fédérale. Ainsi, la location de services vers l'étranger requiert une autorisation du SECO.

### Délimitation de la notion de mandat

Un mandat est un contrat par lequel le mandataire s'oblige à gérer l'affaire dont il s'est chargé ou à rendre les services qu'il a promis. Le mandataire est soumis non pas à l'obligation d'atteindre un résultat donné, mais à une obligation de diligence<sup>6</sup>. Il supporte lui-même le risque économique et n'est pas intégré dans

[https://www.admin.ch/gov/fr/accueil/documentation/communiqués\\_msg-id-58385.html](https://www.admin.ch/gov/fr/accueil/documentation/communiqués_msg-id-58385.html) / FF 2015 5773 - Directives du Conseil fédéral sur la conclusion de contrats de location de services dans l'administration fédérale (admin.ch).

<sup>4</sup> Voir art. 28, OSE pour la délimitation.

<sup>5</sup> Définition de la notion de commerce de location de services: art. 29, al. 1, OSE.

<sup>6</sup> Cf. art. 394, ss CO.

l'organisation du mandat. Celui-ci peut exercer un pouvoir de direction à l'égard du mandataire uniquement dans le cadre du mandat qu'il lui a confié.

### **Droit des marchés publics / voies de droit**

Du point de vue du droit des marchés publics, il est important de distinguer la location de services de l'acquisition de services (cf. tableau ci-après): la location de services entre dans le champ d'application de la loi fédérale sur les marchés publics (LMP) en tant que marché *non soumis aux accords internationaux*<sup>7</sup>. Ces marchés doivent également faire l'objet d'un appel d'offres public lorsque la valeur seuil pour la procédure ouverte ou sélective est atteinte.

À partir de la valeur seuil en vigueur pour la procédure sur invitation, les marchés qui concernent la location de services sont soumis à protection juridique dite secondaire prévue par la LMP, c'est-à-dire qu'il existe un droit de recours. Cependant, le recours ne peut tendre qu'à faire constater l'illicéité de la décision attaquant, respectivement la violation du droit fédéral. Le recours n'a pas d'effet suspensif et n'empêche pas le service adjudicateur de conclure un contrat avec l'adjudicataire. Les éventuels dommages-intérêts se limitent aux coûts entraînés par la préparation et la remise de l'offre.

Les principes généraux d'adjudication des marchés, tels que l'utilisation des deniers publics qui soit économique et qui ait des effets économiques, écologiques et sociaux durables, tels que l'égalité de traitement et la non-discrimination des soumissionnaires, la transparence, la rentabilité, la promotion d'une concurrence efficace et équitable, en particulier par des mesures contre les accords illicites affectant la concurrence et contre la corruption, s'appliquent également aux marchés qui concernent la location de services (voir art. 2, LMP).

### **Points à observer lors de l'acquisition de services**

Lorsqu'on lance un appel d'offres en vue d'acquérir les services de collaborateurs externes et qu'on veut procéder à cette acquisition en concluant un contrat de services et non un contrat de location de services, il est recommandé d'observer les points suivants.

- Les exigences relatives aux objectifs à atteindre ou aux prestations à fournir doivent faire l'objet d'une description aussi détaillée que possible. Des exigences concernant les personnes qui exécuteront les prestations attendues (description des rôles) ne devraient être formulées que si elles découlent des prestations à fournir.

- Les exigences (concernant par exemple l'expérience) doivent s'adresser essentiellement au soumissionnaire, et non uniquement aux personnes auxquelles celui-ci fera appel pour l'exécution des prestations.
- Le service demandeur laisse aux soumissionnaires, dans les limites prévues par le droit des mandats et le droit des contrats d'entreprise, la liberté de choisir de quelle manière ils entendent atteindre les objectifs fixés ou fournir les prestations demandées.

Par ailleurs, aucun rapport de subordination de fait ne doit naître entre la Confédération et les collaborateurs externes. Aussi le service demandeur doit-il veiller autant que possible à ce que:

- les membres de l'entreprise soumissionnaire qui, en tant que supérieurs directs, dirigent et conseillent les collaborateurs externes appelés à exécuter les prestations attendues soient associés de manière appropriée à la fourniture de ces prestations;
- les collaborateurs externes utilisent les outils de travail (ordinateur, smartphone, système de saisie du temps de travail, connexion Internet, etc.) du soumissionnaire et non ceux de la Confédération;
- les collaborateurs externes utilisent les locaux du soumissionnaire, sauf s'il est nécessaire qu'ils travaillent dans les locaux de la Confédération et durant l'horaire de travail en usage dans l'administration fédérale;
- en cas de mauvaise exécution des prestations, le soumissionnaire remédie gratuitement à cette dernière, réduit le prix ou verse des dommages-intérêts à la Confédération.

Il est recommandé d'utiliser la formule suivante dans le cahier des charges pour signaler aux entreprises faisant uniquement commerce de location de services que l'appel d'offres porte sur un mandat et non sur la location de services:

*«L'adjudicataire devra assumer les responsabilités qui sont liées aux contrats conclus avec la Confédération et qui sont définies en particulier dans le droit des mandats ou le droit des contrats d'entreprise. Les offres portant sur la location de services seront donc exclues.»*

### **Dispositions pénales**

En vertu de l'art. 39, LSE, tant le soumissionnaire qui loue des services sans posséder l'autorisation nécessaire que les collaborateurs agissant pour le compte de la Confédération qui ont connaissance de cette situation sont passibles de sanctions pénales.

<sup>7</sup> LMP, RS 172.056.1, notamment les art. 52, al. 2 et art. 58, al. 3 et 4, LMP.

Ces dispositions pénales peuvent s'appliquer si un contrat conclu en tant que mandat est qualifié de contrat de location de services par un tribunal. Ce n'est en effet pas la désignation du contrat qui permet de déterminer sa nature, mais son contenu, notamment sur la base des critères énumérés dans le tableau ci-après. Il faut donc éviter de conclure des contrats de location de services «déguisés».

### Informations complémentaires

Centre de compétence des marchés publics de la Confédération: [rechtsdienst.kbb@bbl.admin.ch](mailto:rechtsdienst.kbb@bbl.admin.ch)

### Recommandations

- Avant toute acquisition, le service demandeur doit déterminer avec le service juridique compétent s'il a besoin d'un contrat de services ou d'un contrat de location de services. Il faut éviter de lancer un appel d'offres portant sur un contrat de mandat lorsqu'en réalité on a besoin de louer des services (location de services «déguisée»).
- Si l'objet du besoin peut être décrit comme consistant en un contrat de services, il s'agit, avant de lancer un appel d'offres portant sur la location de services, d'examiner, en considérant la question de la répartition des risques, la possibilité de réaliser l'acquisition en concluant un contrat de mandat ou un contrat d'entreprise<sup>8</sup>.
- Si le besoin correspond à une location de services, il faut procéder à une procédure d'appel d'offres avec les particularités prévues à cet effet; il faut notamment tenir compte de la limitation de la durée des marchés concernant la location de services prévue dans les directives du Conseil fédéral.

---

<sup>8</sup> Voir art. 394, et 364, ss CO.

## Critères de distinction entre location de services et mandat

La jurisprudence (voir notamment l'arrêt du Tribunal fédéral 2C\_356/2012 du 11 février 2013 et l'arrêt du Tribunal administratif fédéral B-1687/2010 du 21 juin 2011) s'appuie sur les critères ci-dessous pour distinguer les contrats de location de services des autres formes de contrat, tels que les mandats:

Critères	Location de services	Mandat
<b>Principe</b>	<p><b>Description des rôles / profils</b></p> <p>Acquisition d'heures de travail de spécialistes (rôles).</p> <p>Il existe un rapport de subordination de fait entre les collaborateurs externes et la Confédération. Cela signifie que la Confédération fait appel aux services des collaborateurs externes de la même manière qu'elle fait appel aux services de ses employés, mais sans conclure de contrat de travail avec lesdits collaborateurs.</p>	<p><b>Services</b></p> <p>Acquisition de services déterminés.</p> <p>Le soumissionnaire agit comme une entreprise. Cela signifie qu'il offre des services, fournit ceux-ci de manière autonome en utilisant ses propres méthodes et ses propres outils informatiques et est indépendant de la Confédération sur le plan organisationnel.</p>
<b>Critère 1:</b> <b>Quelle est l'étendue des pouvoirs de direction?</b>	<p><b>Larges pouvoirs de direction</b></p> <p>Le service adjudicateur possède tous les pouvoirs de direction, qu'il exerce directement et qui sont plus étendus que dans le cas d'un mandat.</p>	<p><b>Pouvoirs de direction limités au cadre du mandat</b></p> <p>Les pouvoirs de direction du service adjudicateur ne concernent que les modalités d'exécution du mandat.</p>
<b>Critère 2:</b> <b>Les collaborateurs externes sont-ils intégrés au sein du service demandeur et travaillent-ils dans les locaux de ce dernier?</b>	<p><b>Oui, dans une large mesure</b></p> <p>Les collaborateurs externes sont, dans une large mesure, intégrés à l'organisation du service demandeur de la même manière que les collaborateurs internes (par exemple en étant soumis aux mêmes réglementations concernant le temps de travail, la compensation des heures supplémentaires, les vacances et les jours fériés) et travaillent en général dans les locaux du service demandeur.</p>	<p><b>Non</b></p> <p>Les collaborateurs externes ne sont pas intégrés au sein du service demandeur et ne travaillent en principe pas dans les locaux de ce dernier. En règle générale, le soumissionnaire met à leur disposition ses propres locaux ainsi que l'infrastructure et les outils de travail nécessaires.</p>
<b>Critère 3:</b> <b>Qui met à disposition les outils, les appareils et tout autre matériel?</b>	<p><b>Confédération</b></p> <p>Les collaborateurs externes travaillent avec les outils informatiques et selon les méthodes de la Confédération. Ils utilisent l'infrastructure du service demandeur (ordinateur, smartphone, système de saisie du temps de travail, connexion Internet, etc.).</p>	<p><b>Soumissionnaire</b></p> <p>En règle générale, le soumissionnaire utilise ses propres outils informatiques et méthodes et met à la disposition de son personnel l'infrastructure nécessaire (ordinateur, smartphone, système de saisie du temps de travail, connexion Internet, etc.).</p>
<b>Critère 4:</b> <b>Qui supporte le risque économique?</b>	<p><b>Confédération</b></p> <p>Le bailleur de services est tenu uniquement de choisir avec soin les collaborateurs qu'il met à la disposition de la Confédération (indices: cahier des charges, réglementation concernant la résiliation des rapports de travail). Il ne répond pas (!) envers la Confédération:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- de la bonne exécution des prestations (en cas de mauvaise exécution des prestations, il ne doit pas remédier à cette dernière ni réduire le prix);</li> <li>- de l'absence, sans faute de sa part, des collaborateurs qu'il met à disposition.</li> </ul>	<p><b>Mandataire</b></p> <p>Le mandataire est tenu d'agir avec diligence (indice: description des prestations). Il répond donc:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- de la qualité des prestations fournies;</li> <li>- de l'absence, sans faute de sa part, des collaborateurs qu'il met à disposition de la Confédération.</li> </ul>
<b>Critère 5:</b> <b>Les profils des collaborateurs externes peuvent-ils être rattachés à un projet spécifique?</b>	<p><b>Non</b></p> <p>Les profils des collaborateurs externes ne peuvent être rattachés à un projet spécifique. Ils permettent de répondre à de larges besoins de l'entreprise locataire.</p>	<p><b>Oui</b></p> <p>Les profils des collaborateurs externes peuvent être rattachés à un projet spécifique.</p>