

Pour une approche nouvelle du rapport de subordination en droit privé suisse du travail

Thèse présentée à la Faculté de Droit
de l'Université de Neuchâtel le 15 octobre 2019

pour l'obtention du titre de docteur en droit

Par

Julien BILLARANT

Sous la direction du Prof. Jean-Philippe DUNAND
Directeur de thèse

Jury de thèse :

Professeur Olivier HARI, président

Professeur Jean-Philippe DUNAND, directeur de thèse

Professeure Anne-Sylvie DUPONT, rapporteur interne

Professeur Aurélien WITZIG, rapporteur interne

Professeure Karine LEMPEN, rapporteur externe

Professeur David CABRELLI, rapporteur externe

IMPRIMATUR POUR LA THESE

**POUR UNE APPROCHE NOUVELLE DU RAPPORT DE SUBORDINATION
EN DROIT SUISSE**

Julien BILLARANT

UNIVERSITE DE NEUCHATEL
FACULTE DE DROIT

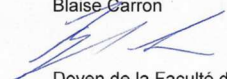
La Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel,
sur le rapport des membres du jury

- M. Olivier Hari (président)
- M. Jean-Philippe Dunand (directeur de thèse)
- Mme Anne-Sylvie Dupont (rapporteur interne)
- M. Aurélien Witzig (rapporteur interne)
- Mme Karine Lempen (Professeure à l'Université de Genève,
rapporteur externe)
- M. David Cabrelli (Professeur à l'Université d'Edimbourg, rappor-
teur externe)

autorise l'impression de la présente thèse.

Neuchâtel, le 10 décembre 2019

Blaise Carron


Doyen de la Faculté de droit

Résumé

Le monde du travail est entré dans une ère nouvelle : l'ère du désormais populaire monde du travail 4.0. Celle des télétravailleurs, des travailleurs de plateforme (*Uber*, *Airbnb*, *Deliveroo*, etc.) et de la robotisation. Autant de formes d'emplois innovantes qui, poussées par une avancée technologique toujours plus importante et une recherche accrue de flexibilité des travailleurs, ne cessent de perturber le droit du travail suisse.

Le rapport de subordination, élément caractéristique du contrat de travail en droit suisse, ne semble plus adapté, au sens de sa définition actuelle, pour qualifier les nouvelles formes de relations de travail modernes en contrat de travail (art. 319 al. 1^{er} CO).

Dans ce contexte juridique et social, la présente thèse cherchera, au travers d'une analyse légale approfondie de diverses formes de relations de travail (contrat ordinaire de travail, contrats de travail de caractère spécial, contrat de télétravail, location de services), à présenter la véritable définition du rapport de subordination telle qu'originellement et implicitement voulue par le législateur.

Cette étude tentera par là même de relever les multiples faiblesses de la définition actuelle du rapport de subordination afin de trouver des solutions permettant d'améliorer sa capacité à qualifier ou non des relations de travail modernes en contrat de travail.

Dite contribution s'efforcera aussi de catégoriser les nombreux types de plateformes de travail envahissant notre marché et d'en qualifier juridiquement les relations nouées entre les différentes parties les composants.

Enfin, sur base de ces différentes analyses, ce travail de recherche proposera une réforme législative du rapport de subordination dont il pourrait, à tout le moins et face à l'évolution de notre monde du travail, être opportun de s'inspirer en vu d'une modernisation de notre ordre juridique suisse.

Summary

The world of work has entered a new era: the era of the now popular World of Work 4.0. That of teleworkers, platform workers (Uber, Airbnb, Deliveroo, etc.) and robotization. These are all innovative forms of employment which, driven by ever-increasing technological progress and a growing search for worker flexibility, are constantly disrupting Swiss labour law.

The relationship of subordination, a characteristic element of the employment contract under Swiss law, no longer seems appropriate, in the sense of its current definition, to qualify new forms of modern employment relationships as employment contracts (Art. 319 para. 1 CO).

In this legal and social context, the present thesis will seek, through an in-depth legal analysis of various forms of employment relationships (ordinary employment contracts, special individual employment contracts, teleworking contracts, rental of services), to present the true definition of the relationship of subordination as originally and implicitly intended by the legislator.

This study will also attempt to identify the many weaknesses of the current definition of the subordination relationship in order to find solutions to improve its capacity to qualify or not to qualify modern employment relationships as employment contracts.

This contribution will also attempt to categorize the many types of work platforms invading our market and to legally qualify the relationships established between the various parties and components.

Finally, on the basis of these various analyses, this research work will propose a legislative reform of the subordination relationship from which, at the very least and in view of the evolution of our world of work, it could be appropriate to draw inspiration in view of a modernisation of our Swiss legal system.

Mots Clefs

Rapport de subordination ; Contrat de travail ; Contrats de travail de caractère spécial ; Plateformes de travail ; Uber ; Airbnb ; Deliveroo ; Télétravail ; Location de services ; Contrat de travail britannique ; Droit comparé ; Contrat d'engagement des voyageurs de commerce ; Contrat de travail à domicile.

Keywords

Link of Subordination ; Employment Contract ; Special individual employment contracts ; Employment platforms ; Uber ; Airbnb ; Deliveroo ; Telework ; Rental of services ; Employment Agencies ; British employment contract ; Comparative law ; Commercial Traveller's Contract ; Homeworker's contract.

Sommaire

Sommaire	IX
Table des abréviations.....	XI
Introduction	1
Première partie : Le concept de rapport de subordination en droit suisse.....	7
Chapitre 1 : Le cadre juridique du rapport de subordination : Le contrat de travail ordinaire.....	11
Chapitre 2 : La notion de rapport de subordination	27
Chapitre 3 : Les éléments constitutifs du rapport de subordination	31
Deuxième partie : Analyse critique du rapport de subordination au sens large	53
Chapitre 4 : Faiblesses du rapport de subordination au sens large.....	57
Chapitre 5 : Conséquences des faiblesses du rapport de subordination au sens large.....	73
Troisième partie : Étude du rapport de subordination au sens large dans les relations de travail spéciales.....	85
Chapitre 6 : Les relations de travail spéciales.....	89
Chapitre 7 : Le contrat d'engagement des voyageurs de commerce.....	107
Chapitre 8 : Le contrat de travail à domicile	139
Chapitre 9 : Le télétravail dans le cadre du contrat de travail ordinaire.....	161
Chapitre 10 : La location de services.....	207
Chapitre 11 : Synthèse.....	257
Quatrième partie : La conclusion du contrat de travail en droit britannique.....	261
Chapitre 12 : La notion de contrat en droit britannique.....	267
Chapitre 13 : Les types de contrats de travail	273
Chapitre 14 : « <i>Atypical employments</i> »	299
Chapitre 15 : La conclusion du contrat de travail britannique comme inspiration ?	311
Cinquième partie : Les plateformes de travail pour la fourniture de services payants en droit suisse.....	325
Chapitre 16 : Notion.....	331

Chapitre 17 : Analyse au sens du droit suisse	341
Sixième partie : Proposition d'une réforme législative admissible	
du rapport de subordination au sens large.....	415
Chapitre 18 : Une réforme législative	419
Chapitre 19 : Une réforme admissible.....	425
Conclusion	439
Bibliographie	443
Conditions générales de plateformes.....	461
Table des matières	463

Remerciements

Mes premières pensées vont à la personne sans qui ce projet n'aurait jamais fleuri, mon directeur de Thèse, le Professeur Jean-Philippe Dunand. Je tiens à saluer son intelligence, sa finesse d'esprit, sa bienveillance et sa disponibilité. Bien que ses indubitables talents m'aient permis d'avancer et de terminer ce travail de longue haleine dans d'excellentes conditions, c'est peut-être plus encore nos discussions passionnantes et variées qui me resteront à jamais de ces quatre années de doctorat passées à ses côtés.

Des discussions riches qu'il m'a aussi été donné de partager avec le Professeur David Cabrelli lors de ma dernière année de recherche à l'Université d'Édimbourg. Son accueil exceptionnel dans sa prestigieuse institution et sa constante disponibilité m'ont offert l'opportunité de conclure mon travail dans un merveilleux cadre professionnel.

J'ai maintenant un immense plaisir d'adresser de doux remerciements à ma collègue et amie Audrey Voutat. Son soutien moral, sa collaboration juridique et nos échanges passionnés sont une des clefs de l'achèvement de ce long projet. [je propose de supprimer : et du maintien de ma santé mentale]. Qui aurait imaginé que deux personnes aussi opposées, et pas seulement géographiquement, puissent si bien se compléter dans le travail et l'amitié ?

Cette amitié, puisque si précieuse, me permet d'en remercier ses plus grands représentants à mes yeux, Nicolas Jayet et Lou Pascal, qui sont là pour moi depuis maintenant douze ans et avec qui j'ai tellement partagé.

Je tiens aussi à remercier le plus chaleureusement possible la famille Leboucq qui m'a accueilli chez elle comme un des leurs et particulièrement leur fille, Isaure, qui m'a soutenu quotidiennement pendant mes quatre années de thèse et qui a été là pour moi, dans les meilleurs comme dans les moins bons moments.

Je souhaite par ici même remercier tous mes relecteurs qui m'ont permis de soumettre une thèse finement corrigée au jury : mon ami Mikael Clerc, mon ami et collègue Jonathan Jenny et là encore Lou Pascal et Nicolas Jayet.

De profonds remerciements vont à ma Carolane, qui m'a permis de trouver les dernières forces pour achever ce projet et m'a aidé à le conclure alors que nous nous connaissions encore à peine. Elle n'a plus cessé depuis lors de me soutenir.

Une attention très amicale va également à mon jury de thèse pour son formidable travail de lecture et de corrections, soit les Professeurs Anne-Sylvie Dupont, Jean-Philippe Dunand, Karine Lempen, David Cabrelli, son président Olivier Hari et Aurélien Witzig.

Un remerciement spécial va à Monsieur Jean Perrenoud pour son excellent travail de relecture finale et d'édition du document définitif en vue de la présente publication.

Mes dernières pensées vont à ma famille qui m'a toujours poussé et encouragé à poursuivre mes études là où mes envies d'ailleurs étaient parfois oppressantes et plus particulièrement à ma mère et mes frères qui ont été là pour moi tout au long de ma thèse et encore aujourd'hui bien au-delà.

Table des abréviations

A

AAAI	Association for the Advancement of Artificial Intelligence
A-C	Accord-cadre
AC	Appeal Cases
AHV	Alters- und Hinterlassenenversicherung
AI	Assurance-invalidité
al.	alinéa
All ER	All England Reports
API	Application programming interface
ArbR	Mitteilungen des Instituts für Schweizerisches Arbeitsrecht
art.	article
arts.	articles
ARV	Zeitschrift für Arbeitsrecht und Arbeitslosenversicherung
ATF	Arrêt du Tribunal fédéral
AVS	Assurance-vieillesse et survivant
AWR	Agency Workers Regulations 2010

B

BE	Berne
BK	Berner Kommentar
BSK	Basler Kommentar
BYOD	Bring your own device

C

c.	considérant(s)
c.	contre
CBI	Confederation of British Industry
CC	Code civil suisse
CCT	Convention collective de travail
CEDH	Convention européenne des droits de l'homme/Cour européenne des droits de l'homme
CEEP	Centre européen des employeurs et entreprises fournissant des services publics
CEJ	Cour européenne de justice
CEPLIS	Conseil Européen des Professions Libérales
CEPS	Centre for European Policy Studies
CES	Confédération européenne des syndicats
cf.	<i>confer</i>
CFDT	Confédération française démocratique du travail
CHK	Handkommentar zum Schweizer Privatrecht
CJUE	Cour de justice de l'Union européenne
CO	Code des obligations suisse
Cst	Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999

D

DARES	Direction de l'animation de la recherche, des études et des statistiques
DFF	Département fédéral des Finances
DTA	Revue de droit du travail et d'assurance-chômage
DTC	Directives sur le télétravail dans l'administration cantonale
DTF	Directives sur le télétravail dans l'administration fédérale

E

Ed.	Éditeur
Eds	Éditeurs
ERA	Employment Rights Act 1996
etc.	<i>et cetera</i>
EUR	Européen
ex	exemple
Exch.	Exchequer Reports

F

FEPS	Foundation for european progressive studies
FF	Feuille Fédérale
FR	Fribourg

G

GE	Genève
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GPS	Global Positioning System

H

HIT	Human intelligence tasks

I

ICR	Industrial Cases Reports
i.e.	<i>id est</i>
INSEE	Institut national de la statistique et des études économiques
IPRG	Schweizerisches Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht
IRLR	Industrial Relations Law Reports

J

JAR	Jahrbuch des schweizerischen Arbeitsrechts
JdT	Journal des Tribunaux
JU-TRAV	Recueil de jugements du droit du travail

Q

QB	Queen's Bench Division

L

LAA	Loi fédérale sur l'assurance-accidents du 20 mars 1981
LACI	Loi fédérale sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité du 25 juin 1982
LAVS	Loi fédérale sur l'assurance-vieillesse et survivants du 20 décembre 1946
LDIP	Loi fédérale sur le droit international privé du 18 décembre 1987
LEg	Loi fédérale sur l'égalité du 24 mars 1995
lit.	<i>littera</i> (lettre)
Lpers	Loi fédérale sur le personnel de la Confédération du 24 mars 2000
LPGA	Loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales du 6 octobre 2000
LPP	Loi fédérale sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité du 25 juin 1982
LR	Law Report
LSE	Loi fédérale sur le service de l'emploi et la location de services du 6 octobre 1989
LTN	Loi fédérale concernant des mesures en matière de lutte contre le travail au noir du 17 juin 2005
LTr	Loi fédérale sur le travail dans l'industrie, l'artisanat et le commerce du 13 mars 1964
LTrD	Loi fédérale sur le travail à domicile du 20 mars 1981

M

MCNCI	Mensuel de la Chambre neuchâteloise du commerce et de l'industrie
mp	mietrechtspraxis

N

n°	numéro(s)
NE	Neuchâtel

O

OECD	Organisation for Economic Co-operation and Development
OEmol-LSE	Ordonnance sur les émoluments, commissions et sûretés prévus par la loi sur le service de l'emploi du 16 janvier 1991
OFS	Office fédéral de la statistique
OIT	Organisation internationale du travail
OLT 3	Ordonnance 3 relative à la loi sur le travail du 18 août 1993
O-OPers	Ordonnance du DFF concernant l'ordonnance sur le personnel de la Confédération du 6 décembre 2001
OPA	Ordonnance sur la prévention des accidents du 19 décembre 1983
OPers	Ordonnance sur le personnel de la Confédération du 3 juillet 2001
OR	Schweizerische Obligationenrecht
OSE	Ordonnance sur le service de l'emploi et la location de services du 16 janvier 1991
OTrD	Ordonnance concernant le travail à domicile du 20 décembre 1982

P

p.	page
PECO	Pays d'Europe Centrale et Orientale

PJA	Pratique juridique Actuelle
pp.	pages
Prof.	Professeur
PTT	Postes, télégraphes et téléphones

R

RCC	Revue à l'intention des caisses de compensation
REP	Repertorio di giurisprudenza patria
Rep	Reports
RJN	Recueil de jurisprudence neuchâteloise
RO	Recueil officiel
RS	Recueil systématique
RSJ	Revue Suisse de Jurisprudence
RTt	Règlement sur le télétravail

S

s.	section
SARB	Schweizerisches Arbeitsrecht : Rechtsprechung, Bâle
SECO	Secrétariat d'État à l'économie
SG	Saint-Gall
SJ	Semaine Judiciaire
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung
ss	et suivants
SZS	Revue suisse des assurances sociales et de la prévoyance professionnelle

T

TAF	Tribunal administratif fédéral
TC	Tribunal cantonal

TCE	Traité instituant la communauté européenne
TIC	Technologies de l'information et de la communication
TF	Tribunal fédéral
TFA	Tribunal fédéral des assurances
TFUE	Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne
TLR	The Times Law Reports
TPH	Tribunal des Prud'hommes
TUC	Trades Union Congress
TULRCA	Trade Union and Labour Relations (Consolidation) Act 1992

U

UEAPME	Union Européenne de l'Artisanat et des Petites et Moyennes Entreprises
UK	United Kingdom
UKEAT	United Kingdom Employment Appeal Tribunal
UNICE	Union des Confédérations de l'Industrie et des Employeurs d'Europe
US	United States

V

v	versus
VD	Vaud
Vol.	Volume
VS	Valais
VRP	Voyageur, représentant et placier

W

WES	Work, Employment and Society
WLR	The Weekly Law Reports

Z

ZK	Zürcher Kommentar
ZSR	Zeitschrift für Schweizerisches Recht

Introduction

Le rapport de subordination constitue, en droit suisse, l'élément le plus caractéristique et le plus fondamental du contrat de travail. Il est le critère déterminant, lorsqu'il s'agit de distinguer le contrat de travail d'autres contrats, notamment de celui de mandat ou d'entreprise. Seul le contrat de travail possède un tel rapport, en plus des trois autres éléments moins représentatifs et non exclusifs à ce type de contrat que sont une prestation de travail, un salaire et une durée. Retenons, à titre de présentation préliminaire, que le rapport de subordination place le travailleur sous la dépendance hiérarchique, organisationnelle (d'un point de vue spatial et temporel) et économique de l'employeur. En d'autres termes et de manière respectivement schématisée, le travailleur obéirait aux ordres de l'employeur, respecterait un lieu de travail et des horaires imposés, et dépendrait pour vivre d'une rémunération versée par l'employeur. 1

Notons le conditionnel. Que traduit-il ? Le malheureux fossé séparant la théorie juridique actuelle des réalités modernes de notre monde du travail en pleine révolution. À l'aune des désormais renommées plateformes de travail (*Uber*, *Airbnb*, *Deliveroo*, etc.) et des formes infiniment variées de relations de travail découlant des technologies de l'information et de la communication, peut-on se satisfaire d'une telle définition, dirions-nous caricaturale, du salarié ? Une définition traduisant la vision du travailleur d'un autre temps qui n'est plus, en partie et pour de nombreux salariés, celle d'aujourd'hui ? Non, assurément pas. 2

Prenons le cas des chauffeurs Uber, un exemple qui illustre parfaitement nos propos. Ne choisissent-ils pas leurs horaires ? Ne travaillent-ils pas depuis leur voiture personnelle ? Sont-ils vraiment soumis à des ordres et ne possèdent-ils pas parfois un autre travail en parallèle pour subvenir à leurs besoins ? L'objectif n'est pas là d'avancer une quelconque conclusion, mais de susciter le doute quant à l'actualité d'une telle définition du rapport de subordination. 3

Aussi, dans ce contexte, notre thèse cherchera à proposer une nouvelle approche du rapport de subordination qui puisse non seulement s'appliquer aux travailleurs classiques, mais également s'adapter aux nouvelles formes d'emploi de notre monde du travail moderne et de celui de demain. Nous choisirons de la présenter sous la forme d'une réforme législative, de manière à posséder un 4

texte potentiellement directement adoptable par le législateur ou exhibant tout du moins des axes directeurs extrêmement précis dont tout un chacun pourrait s'inspirer. En cela, nous offrons la possibilité au fruit de notre travail d'être d'une utilité pratique. Mais nous souhaitons cette réforme législative admissible. Entendons par là qu'elle doit être efficace et légitime, soit respectivement apte à remplir avec une certaine facilité son rôle de qualificateur d'un contrat en contrat de travail et fidèle à la réelle identité du rapport de subordination. Mais comment garantir un tel résultat ?

- 5 À commencer par l'efficacité, il est essentiel de relever toutes les faiblesses actuelles du concept de rapport de subordination en s'assurant de les corriger et de ne pas les reproduire. À dire vrai, l'inadaptabilité de la définition du rapport de subordination aux relations de travail modernes n'est que la conséquence d'un grand nombre de ses défauts et dont il faut traiter le mal à la racine. Ainsi, à l'étude de ses diverses faiblesses, nous remarquerons que si l'inefficacité du rapport de subordination à qualifier des relations de travail issues du monde des plateformes a été notre motivateur originel pour soumettre une réforme de son mécanisme, il n'en est aucunement l'unique raison, tant nous pourrions améliorer de multiples autres défauts, liés ou distincts. Nous pourrions par exemple déjà mentionner la proximité difficilement délimitable du rapport de subordination du droit du travail et de la notion d'activité dépendante du droit des assurances, pouvant pourtant classer chacun un travailleur comme salarié ou non selon son régime juridique, indépendamment de la décision prise par l'autre régime. Nous pourrions aussi, à titre de second exemple, soulever le manque d'intérêt de notre ordre juridique pour les diverses recommandations émises par le droit de l'OIT à l'adresse de ses États membres, dont la Suisse fait pourtant partie. Assurément, nos motivations de réforme se multiplieront à l'issue de cette étude.
- 6 Mais est-ce tout ce que l'on puisse faire pour rendre notre réforme efficace ? Nous n'en sommes pas convaincu et notre étude, entreprise au sein de l'Université d'Édimbourg, en est la raison. C'est au cœur d'un droit étranger, scrupuleusement choisi, que des solutions d'efficacité encore non envisagées par notre ordre juridique surgiront. En effet, là où de nombreux grands auteurs suisses traitent de la notion de rapport de subordination et tentent de l'approprier, aucun ne s'est semble-t-il inspiré des solutions fournies par des droits étrangers après une étude comparative poussée du droit sélectionné, en particulier, par nos soins soit le droit britannique. Il n'existe à l'heure actuelle, et à notre connaissance, aucun écrit poussé de comparaison entre le mécanisme du rapport de subordination suisse et plus largement de la qualification d'un contrat de travail en droit suisse et en droit britannique. Mais pourquoi le droit britannique ? Qu'a-t-il de plus ? Qu'offre-t-il que notre droit ne sache fournir ? Tant de choses. Il est un droit de « *Common law* » et, de fait, celui qui l'a inventé, alors

que notre droit suisse est un droit de « *Civil law* ». Les rouages d'un tel système y sont fondamentalement différents. Puis, le droit britannique ne consacre pas, comme le fait le droit suisse, un mais trois contrats de travail, possédant chacun leurs propres éléments objectivement essentiels. Enfin, il est un droit qui n'a rencontré et appréhendé la notion de subordination que récemment. Qu'utilise-t-il à la place ? Une simple question qui motiverait à elle seule l'étude comparative d'un tel droit avec le droit suisse qui n'admet, à l'inverse, le rapport de subordination qu'à titre de qualificatif suprême d'un contrat en contrat de travail.

Notre souci d'efficacité ne s'arrête toutefois pas tout à fait là. Quelle réforme qui ne pourrait garantir une aptitude certaine à qualifier les travailleurs de plateformes numériques en salariés ou non pourrait se vanter d'être efficace au vu de l'ampleur et de l'importance du phénomène dans notre monde du travail actuel ? Aucune. C'est en cela qu'une étude approfondie du modèle économique et juridique des différents types de plateformes numériques existantes est nécessaire afin de pouvoir tenir compte de ses spécificités dans notre proposition de réforme du rapport de subordination au sens large. Et, nous pouvons déjà le préciser, ce sont ce que nous appellerons les plateformes de travail pour la fourniture de services payants qui feront l'objet de notre recherche, celles-ci englobant la quasi-totalité des plateformes créant une structure triangulaire entre elles-mêmes, un travailleur au statut flou ou non de salarié, et un client. Ces plateformes qui perturbent et envahissent notre droit et marché du travail contemporain.

Voilà notre souci d'efficacité relativement garanti. Mais qu'en est-il de celui de légitimité ? Nous ne pouvons décemment pas proposer n'importe quelle réforme du rapport de subordination sans le moindre égard à la vision que notre droit positif a de celui-ci. Il est essentiel de conserver une cohérence avec notre droit national et international. Mais celui-ci nous offre-t-il suffisamment de matière sur le sujet ? Bien sûr, serions-nous tenté de dire. Ou peut-être trop ? Ou en somme pas assez... Explications.

La loi, la jurisprudence et la doctrine suisse ne s'accordent aucunement sur une définition claire et précise du rapport de subordination. Si la loi et plus particulièrement les arts. 319ss CO restent muets quant à l'explicitation même de la notion, la jurisprudence nous a délivré, au travers des années, une importante quantité d'approches fluctuantes, là où la doctrine s'est efforcée de promouvoir des définitions qui, sans se dissocier totalement les unes des autres, peinent encore et toujours à s'accorder avec harmonie. Aussi, la multitude d'hypothèses doctrinales et propositions jurisprudentielles existantes à ce jour et grandissantes, ne font que renforcer le chaos régnant autour de la compréhension de ce que représente réellement ce rapport de subordination. Certes, nous serons bien

capable de révéler, comme amorcé au début de cette introduction, mais non sans mal, que le rapport de subordination se composerait d'un élément hiérarchique, organisationnel (constitué de sous-éléments spatial et temporel) et économique. Oui, mais comment ceux-ci s'articulent-ils entre eux ? Sont-ils tous indispensables ? Certains devraient-ils disposer d'une plus forte valeur décisionnelle dans le processus de qualification d'un contrat ? Si la jurisprudence et la doctrine nous affirment que non, cela nous assure-t-il d'établir avec certitude le statut d'un travailleur alors même que l'outil le permettant possède une silhouette indéfinie par la loi et à l'image mouvante dans la jurisprudence et la doctrine, n'étant ainsi que difficilement identifiable ? Malgré la déférence que nous devons au Tribunal fédéral et à son autorité incontestable, nous sommes d'avis que non.

- 10 C'est à notre sens dans la loi que l'essence du rapport de subordination se révélera. Au cœur même du droit suisse, au sommet de la hiérarchie des normes, sous réserve de la Constitution fédérale non concernée directement par la matière, oilà où notre recherche de l'identité de ce rapport s'effectuera. Une recherche qui ne peut se réaliser dans le dédale touffu et sombre d'une doctrine hétérogène, ni d'une jurisprudence aux courants changeants et imprévisibles. Une recherche qui doit prendre lieu dans la loi. Non pas dans les arts. 319ss CO du contrat de travail ordinaire, tantôt trop silencieux s'agissant de son art. 319 al. 1^{er} CO, tantôt s'appliquant à des situations de travail trop généralement observées, communes et banales. Non. Mais dans ce que nous définirons comme des relations de travail spéciales : le télétravail, la location de service, le travail à domicile... Tant de relations de travail où le rapport de subordination est mis à mal par leurs formes particulières et où son authentique nature est forcée de se révéler afin de permettre à celui-ci de subsister. Lequel des éléments hiérarchique, spatial, temporel et économique est le plus présent au sein de ces relations de travail spéciales et avec quelle intensité ? Voilà à quel prix trouver la véritable essence du rapport de subordination.
- 11 Ainsi, tout est en place pour présenter une réforme législative du rapport de subordination qui soit admissible, soit à la fois efficace et légitime. Afin de résoudre ces problématiques, nous diviserons notre travail en six parties. Nous spécifions déjà, à ce stade, que si les parties ne sont certes pas égales en nombre de pages, cela n'est que la conséquence d'une thèse qui s'essaye à rester la plus cohérente et paradoxalement la plus équilibrée possible, en suivant un schéma de résolution précis. Un phénomène par comparaison commun au diagnostic médical où la compréhension des symptômes peut parfois être claire et véloce, là où la reconnaissance de la maladie et du traitement approprié s'avère compliquée et demande un long travail de recherche. Une fois encore, de la cohérence du raisonnement naîtra l'équilibre de ce travail et non de la taille de ses parties.

Notre **première partie** présentera la clef de voûte de notre thèse, soit s'attardera en profondeur sur le concept de rapport de subordination en droit suisse. En **deuxième partie**, nous réaliserons une analyse critique de ce rapport censée relever ses différentes faiblesses et leurs conséquences. En **troisième partie**, nous effectuerons une étude du rapport de subordination au sein de relations de travail spéciales de manière à le placer dans des situations inconfortables et voir par là ses principales et véritables caractéristiques, forcées de s'exprimer pour lui permettre d'exister. À la suite et en **quatrième partie**, nous étudierons la conclusion du contrat de travail en droit britannique afin d'y chercher de potentielles inspirations à notre réforme. La **cinquième partie** sera réservée à l'examen des spécificités juridiques et économiques des plateformes de travail pour la fourniture de services payants dont notre réforme devra tenir compte. Enfin, la **sixième partie** répondra directement à notre problématique et sera consacrée au développement d'une réforme législative du rapport de subordination qui soit admissible, soit légitime et efficace.

**Première partie : Le concept de
rapport de subordination en droit
suisse**

Le rapport de subordination, élément central de notre problématique, fera l'objet de notre première partie de thèse. Celle-ci aura pour objectif d'en présenter les contours et le contenu. Où se trouve-t-il ? Qu'est-il ? À quoi sert-il ? Cette partie doit pouvoir nous permettre d'identifier la nature et l'anatomie juridiques du rapport de subordination, ainsi que son rôle en droit du travail.	13
C'est ainsi que nous présenterons, pour commencer, le cadre juridique dans lequel évolue le rapport de subordination, à savoir le contrat de travail ordinaire (Chapitre 1). Nous développerons ensuite la notion juridique de ce rapport si particulier (Chapitre 2), puis nous examinerons les différents éléments caractéristiques le constituant (Chapitre 3).	14

Chapitre 1 : Le cadre juridique du rapport de subordination : Le contrat de travail ordinaire

Le rapport de subordination évolue au sein d'une relation juridique grandement réglementée qu'est le contrat de travail ordinaire (régulièrement abrégé dans cet ouvrage en « *contrat de travail* ») et pour lequel il en constitue l'un de ses éléments objectivement essentiels et son élément caractéristique. Il convient donc, afin de mieux comprendre sa position et son rôle dans le contrat qui l'accueille, d'en exposer ses fondements et sa structure juridique. 15

Nous présenterons en premier lieu un aperçu historique de l'évolution du contrat de travail ordinaire (§1), puis nous examinerons la notion en droit positif (§2). Enfin, nous détaillerons ses différents éléments objectivement essentiels (§3). 16

§ 1 Historique

Afin de mieux situer les origines et comprendre l'évolution du contrat de travail ordinaire comme nous le connaissons aujourd'hui, nous observerons l'avènement du code des obligations du 14 juin 1881 (A), sa révision générale du 30 mars 1911 (B) et la révision de ses titres dixième et dixième bis du 25 juin 1971 (C). 17

A. Code des obligations du 14 juin 1881

Le droit du travail s'unifie à l'occasion de l'élaboration du code fédéral des obligations du 14 juin 1881.¹ Le contrat de travail, alors appelé « *louage de* 18

¹ Code fédéral des obligations du 14 juin 1881 in : FF 1981 III, Titre onzième ; Message (1967), p. 249, n° 1.

services », y est traité au titre onzième.² Il ne contient que douze articles (arts. 338 à 349 CO 1881), l'accent étant mis sur la liberté contractuelle.³ L'art. 338 CO 1881 définit le louage de services comme : « *un contrat par lequel l'une des parties s'oblige envers l'autre à certains services personnels moyennant une rémunération* ». Nous soulignons qu'il n'existe alors aucune disposition particulière concernant les contrats de travail à caractère spécial, si ce n'est une disposition relative au temps d'essai des ouvriers et des domestiques (art. 344 CO 1881).⁴

B. Révision générale du 30 mars 1911

- 19 La Loi fédérale du 30 mars 1911, arrêtant la révision générale du code des obligations, offre quarante-quatre nouveaux articles à son titre onzième, remplaçant par là intégralement les douze articles précédents et n'en conservant aucunement leur teneur.⁵ La définition du contrat de travail y évolue : « *Le contrat de travail est la convention par laquelle une personne (l'employé) promet à une autre (l'employeur) son travail pour un temps déterminé ou indéterminé, contre paiement d'un salaire* » (art. 319 al. 1^{er} CO). Nous remarquons que la notion de temps, soit de durée, est insérée.⁶ Aussi, de premières dispositions sur les contrats de travail à caractère spécial, comme le contrat d'apprentissage, voient le jour.⁷ Le contrat-type de travail apparaît également.⁸

C. Révision du titre dixième et dixième bis du 25 juin 1971

- 20 Le 25 août 1967, le Conseil fédéral adresse un message à l'Assemblée fédérale concernant la révision des titres dixième et dixième bis du code des obligations.⁹ Le 25 juin 1971 est édictée la Loi fédérale révisant les titres dixième et dixième

² Code fédéral des obligations du 14 juin 1881 in : FF 1981 III, Titre onzième ; DUNAND in : DUNAND/MAHON (2013), n° 23 *ad* art. 319 CO, p. 7.

³ Message (1967), p. 249, n° 1.

⁴ *Idem*, p. 250, n° 1.

⁵ *Idem*, p. 250, n° 2.

⁶ DUNAND in : DUNAND/MAHON (2013), n° 7 *ad* art. 319 CO, p. 3.

⁷ Message (1967), p. 250, n° 2.

⁸ *Ibid.*

⁹ Message (1967), p. 249.

bis du code des obligations.¹⁰ Celle-ci entre en vigueur le 1^{er} janvier 1972.¹¹ Cent douze articles sont alors remplacés par cent quatorze nouveaux.¹² L'art. 319 CO se voit offrir la teneur qu'est la sienne aujourd'hui :¹³ « *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)* ».

§ 2 Notion

Le contrat de travail est régi par les arts. 319ss CO. Après un aperçu de sa définition au sens de l'art. 319 al. 1^{er} CO (**A**), nous présenterons un certain nombre de ses caractéristiques (**B**). 21

A. Définition

La définition du contrat de travail se trouve à l'art. 319 al. 1^{er} 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)* ». 22

B. Caractéristiques

Le contrat de travail est un contrat de droit privé (**I**), individuel (**II**), synallagmatique (**III**), de durée (**IV**) et « *impératif* » (**V**). 23

I. Un contrat de droit privé

Le contrat de travail est un contrat dit de droit privé et cela a son importance. En effet, le droit du travail présente une particularité étrangère à de nombreux 24

¹⁰ RO 1971 1461.

¹¹ RO 1971 1503.

¹² STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (2012), *ad* Einführung, p. 3.

¹³ DUNAND in : DUNAND/MAHON (2013), n° 7 *ad* art. 319, p. 3.

domaines du droit. Non content de naviguer sur les eaux du droit privé (1), il sillonne aussi le droit collectif (2) et plus largement le droit public (3).¹⁴

1. Droit privé du travail

- 25 Le droit privé du travail traite des rapports juridiques entre un employeur en principe soumis au droit privé (CC et CO) et un employé.¹⁵ Il est régi en grande partie par le code des obligations aux arts. 319 à 362 CO.¹⁶ Celui-ci aborde notamment la conclusion du contrat de travail, les obligations inhérentes au travailleur et à l'employeur, ainsi que la fin des rapports de travail.¹⁷
- 26 Il doit cependant être précisé que les règles du CO sur le contrat de travail sont éventuellement à même de s'appliquer à une relation de travail entre l'administration et l'un de ses employés, à la condition toutefois d'un renvoi clair des statuts en question aux dispositions du contrat de travail.¹⁸

2. Droit collectif du travail

- 27 Le droit collectif du travail concerne les relations juridiques établies entre et par les partenaires sociaux, à savoir les associations d'employeurs et de travailleurs.¹⁹ Il est essentiellement régi par les conventions collectives de travail, soit les arts. 356 à 358 CO.²⁰ S'applique également la Loi fédérale permettant d'étendre le champ d'application de la convention collective de travail du 28 septembre 1956, la Loi fédérale concernant l'Office fédéral de conciliation en matière de conflits collectifs du travail du 12 février 1949, ou encore la Loi

¹⁴ SUBILIA/DUC (2010), n° 1 *ad* législation du droit du travail, p. 65 ; TERCIER/BIERI/CARRON (2016), pp. 362-365.

¹⁵ DUNAND in : DUNAND/MAHON (2013), n° 4 *ad* art. 319 CO, p. 3 ; SUBILIA/DUC (2010), n° 1 *ad* législation du droit du travail, p. 65.

¹⁶ GEISER/MÜLLER (2015), p. 6, n° 15.

¹⁷ *Ibid.*

¹⁸ DUNAND in : DUNAND/MAHON (2013), n° 4 *ad* art. 319 CO, p. 3 ; WYLER/HEINZER (2019), pp. 54ss.

¹⁹ ENGEL (2000), p. 423, n° 2 ; SUBILIA/DUC (2010), n° 1 *ad* législation du droit du travail, p. 65.

²⁰ SUBILIA/DUC (2010), n° 3 *ad* législation du droit du travail, p. 66.

fédérale sur l'information et la consultation des travailleurs dans les entreprises du 17 décembre 1993 (Loi sur la participation).²¹

Cette artère du droit du travail ne devrait toutefois que très peu faire l'objet d'un éclairage de notre part dans notre résolution de problématique. Celle-ci est en effet bien trop ancrée dans le fondement même du contrat de travail de droit privé et de ses règles le plus souvent impératives dont aucune partie ne saurait donc se soustraire. 28

3. Droit public du travail

Le droit public du travail impose des responsabilités et des obligations d'ordre public entre l'état et le secteur privé, i.e. les employeurs.²² Ces obligations ont pour objectif de protéger la santé physique et psychique du travailleur dans le cadre de l'activité même de travail, ainsi qu'en dehors.²³ 29

Si ce pôle de droit du travail ne constitue en aucun cas un axe de travail pour notre recherche, il sera ponctuellement fait appel à lui dans la résolution de certaines questions, notamment lors de l'analyse des différentes relations de travail spéciales. 30

Les sources légales principales de protection du travailleur, soit dans le cadre de son travail, sont la Loi fédérale sur l'assurance-accidents du 20 mars 1981 (LAA) (a) et la Loi fédérale sur le travail dans l'industrie, l'artisanat et le commerce du 13 mars 1964 (Loi sur le travail, LTr) (b). Un certain nombre d'autres lois garantissent également la sécurité et la santé du travailleur (c). 31

²¹ ENGEL (2000), p. 423, n° 2 ; GEISER/MÜLLER (2015), p. 8, n° 17 ; SUBILIA/DUC (2010), n° 3 *ad* législation du droit du travail, p. 66.

²² GEISER/MÜLLER (2015), p. 16, n° 41 ; BSK-PORTMANN/RUDOLPH in : HONSELL/VOGT/WIEGAND (2015), n° 14 *ad* Einleitung vor art. 319ss, p. 1780 ; TSCHUDI/GEISER/WYLER in : GEISER/VON KAENEL/WYLER (2005), n° 32 *ad* introduction, p. 11.

²³ SUBILIA/DUC (2010), n° 1 et 4 *ad* législation du droit du travail, pp. 65 et 66.

a. Loi fédérale sur l'assurance-accidents du 20 mars 1981 (LAA)

- 32 La protection de la santé du travailleur est en premier lieu assurée par la Loi fédérale sur l'assurance-accidents du 20 mars 1981 (LAA).²⁴ La LAA représente l'unique base légale en matière de normes de préventions d'accidents et de maladies professionnelles²⁵ et régit parallèlement la prévention d'accidents non professionnels.²⁶ Son objectif est de garantir, pour les travailleurs ayant subi des dommages corporels, un salaire de substitution à leur revenu normalement et actuellement perçu.²⁷ L'affiliation y est obligatoire pour les travailleurs occupés en Suisse (art. 1a LAA).²⁸

b. Loi fédérale sur le travail dans l'industrie, l'artisanat et le commerce du 13 mars 1964 (Loi sur le travail, LTr)

- 33 La sécurité et la santé du travailleur sont également garanties par la Loi fédérale sur le travail dans l'industrie, l'artisanat et le commerce du 13 mars 1964 (Loi sur le travail, LTr) et les différentes ordonnances qui la mettent en œuvre.²⁹ Le but de cette loi est à la fois de protéger l'activité du travailleur, soit la durée de travail ou les temps de repos et en même temps de garantir sa santé physique et psychique (art. 6 LTr), les deux objectifs se trouvant inévitablement rattachés par un jeu de cause à effet.³⁰
- 34 Toutefois, à l'inverse de la LAA, la loi s'offre de prévenir des atteintes physiques ou psychiques de tout genre et de toutes intensités liées à l'activité, et pas uniquement de véritables maladies ou accidents professionnels ou non au sens juridique du terme comme traités par cette première.³¹

²⁴ *Idem*, n° 6 *ad* législation du droit du travail, p. 69.

²⁵ SUBILIA/DUC (2010), n° 6 *ad* législation du droit du travail, p. 69.

²⁶ FRÉSARD-FELLAY/KAHIL-WOLFF/PERRENOUD (2015), p. 320, n° 12.

²⁷ *Idem*, p. 319, n° 10.

²⁸ FRÉSARD-FELLAY/KAHIL-WOLFF/PERRENOUD (2015), p. 321, n° 15.

²⁹ SUBILIA/DUC (2010), n° 4 *ad* législation du droit du travail, p. 66 ; TSCHUDI/GEISER/WYLER in : : GEISER/VON KAENEL/WYLER (2005), n° 72 *ad* introduction, p. 21.

³⁰ SCHEIDEGGER/PITTELOUD in : GEISER/VON KAENEL/WYLER (2005), n° 11 *ad* art. 6 LTr, p. 117.

³¹ *Idem*, n° 14 *ad* art. 6 LTr, p. 118.

c. Autres lois fédérales

En sus de la LAA et la LTr, de nombreuses autres lois publiques garantissant la sécurité et la santé du travailleur tout en régissant des domaines précis viennent les compléter. À ce titre, nous pourrions évoquer la Loi fédérale sur le travail à domicile du 20 mars 1981 (Loi sur le travail à domicile, LTrD) ou encore la Loi fédérale concernant des mesures en matière de lutte contre le travail au noir du 17 juin 2005 (Loi sur le travail au noir, LTN).³² Nous pourrions également citer la Loi fédérale sur l'égalité du 24 mars 1995 (Loi sur l'égalité, LEg) ou la Loi fédérale sur le personnel de la Confédération du 24 mars 2000 (LPers).³³

II. Un contrat individuel

Le contrat de travail est un contrat individuel, en cela qu'il lie juridiquement un travailleur seul et son employeur.³⁴ Il s'oppose aux contrats collectifs que sont les conventions collectives de travail qui présentent un certain nombre de clauses régissant le contenu des contrats individuels de travail dans un domaine donné et qui se concluent entre employeurs et associations de travailleurs.³⁵

La définition englobe à la fois le contrat de travail « *général* » au sens des arts. 319 à 342 CO et les contrats de travail à « *caractère spécial* » des arts. 344 à 354 CO.³⁶

III. Un contrat synallagmatique

Le contrat de travail est un contrat synallagmatique.³⁷ Autrement dit, il s'agit d'un contrat bilatéral parfait,³⁸ i.e. un contrat dans lequel les parties ont chacune une obligation principale à remplir en contrepartie de la prestation de l'autre

³² SUBILIA/DUC (2010), n° 3 *ad* législation du droit du travail, p. 66.

³³ *Ibid.*

³⁴ TERCIER/BIERI/CARRON (2016), p. 369, n° 2743.

³⁵ *Ibid.*

³⁶ DUNAND in : DUNAND/MAHON (2013), n° 3 *ad* art. 319, p. 3.

³⁷ WYLER/HEINZER (2019), p. 22.

³⁸ TERCIER/PICHONNAZ (2012), p. 61, n° 244.

partie.³⁹ En effet, il existe dans le contrat de travail une réciprocité directe entre le salaire et le service, ces deux prestations se positionnant dans un rapport d'échange.⁴⁰

IV. Un contrat de durée

- 39 Le contrat de travail est un contrat de durée, en ce sens qu'une des prestations que doit accomplir l'une des parties se doit de l'être « *de manière durable* », « *dont l'exécution se prolonge dans le temps* ». ⁴¹ Il s'agit là précisément de la prestation qui incombe à l'employé, soit celle de mettre son temps à disposition de l'employeur pendant la durée du contrat. ⁴²

V. Un contrat « *impératif* »

- 40 La définition de l'art. 319 al. 1^{er} CO, et par extension le contrat de travail, arbore un caractère impératif.⁴³ Cela signifie qu'il est impossible pour les parties d'y déroger et d'éviter de se soustraire à l'application de ses règles si la relation juridique qu'elles ont créée revêt les éléments objectivement essentiels du contrat de travail contenus dans la définition et que nous sommes sur le point de découvrir ci-après.⁴⁴

§ 3 Les éléments objectivement essentiels

- 41 Au sens de l'art. 319 al. 1^{er} CO et en sus du rapport de subordination qui fait l'office d'une analyse détaillée aux chapitres suivants, le contrat de travail ordinaire se compose de trois autres éléments objectivement essentiels que sont : une prestation de travail (**A**), une durée (**B**) et un salaire (**C**).⁴⁵

³⁹ *Ibid.*

⁴⁰ WYLER/HEINZER (2019), p. 22.

⁴¹ TERCIER/BIERI/CARRON (2016), pp. 51 et 52, n° 366 et 368.

⁴² *Idem*, p. 52, n° 368.

⁴³ SUBILIA/DUC (2010), n° 1 *ad* art. 319 CO, p. 78.

⁴⁴ TC/GE du 9 avril 2010, c. 3.6.1 in : JAR 2011, p. 459 ; DUNAND in : DUNAND/MAHON (2013), n° 6 *ad* art. 319 CO, p. 3.

⁴⁵ TF du 3 septembre 2015, 4A_200/2015, c. 4.2.1 ; TF du 21 mars 2006, 4P.337/2005, c. 3.3.2 ; VISCHER/MÜLLER (2014), pp. 2-6.

A. Une prestation de travail

La prestation de travail, premier élément objectivement essentiel du contrat de travail, est à la fois un élément personnel (I), une prestation positive (II) et une obligation de moyen (III). 42

I. Un élément personnel

La prestation de travail est l'élément dit « *personnel* » du contrat de travail.⁴⁶ L'employé doit effectuer personnellement le travail qui lui est confié (art. 321 CO).⁴⁷ Toutefois, peuvent résulter de la loi, d'un accord entre les parties ou usages, voire de circonstances particulières bien que celles-ci semblent correspondre en pratique aux usages, des exceptions à ce principe.⁴⁸ 43

Au niveau de la loi, nous pourrions par exemple citer le travail à domicile, où le travailleur concerné sera parfois assisté par un auxiliaire, tel un membre de sa famille.⁴⁹ Malgré tout, la responsabilité de l'exécution même de la prestation de travail est toujours placée en la personne du travailleur.⁵⁰ 44

Au niveau de l'accord entre parties ou usages, le contrat de conciergerie est un exemple.⁵¹ Il résulte du contrat ou tout simplement de l'usage de la profession que le conjoint de l'employé-conciergerie peut appuyer ce dernier dans l'exécution de sa prestation.⁵² Dans les contrats afférents au domaine des travaux ménagers également, lorsque de grands ménages sont d'actualité, il est communément admis pour l'employé de se faire aider par un auxiliaire.⁵³ 45

⁴⁶ CARRUZO (2009), n° 1-2 *ad* art. 319 CO, p. 1.

⁴⁷ *Idem*, n° 2 *ad* art. 319 CO, p. 1.

⁴⁸ DUNAND in : DUNAND/MAHON (2013), n° 12 et 22 *ad* art. 321 CO, pp. 48 et 51.

⁴⁹ AUBERT in : DUNAND/MAHON (2013), n° 17 *ad* art. 351 CO, p. 1060.

⁵⁰ CARRUZO (2009), n° 2 *ad* art. 319 CO, p. 1.

⁵¹ DUNAND in : DUNAND/MAHON (2013), n° 18 *ad* art. 321 CO, p. 50.

⁵² *Ibid.*

⁵³ TF du 20 juin 2002, 4P.87/2002, c. 2.3.

II. Une prestation positive

- 46 La prestation de travail se présente comme une prestation positive, soit une activité humaine de forme physique ou intellectuelle qui vise la satisfaction d'un besoin.⁵⁴ Si celle-ci se présente généralement de manière active, elle peut aussi s'exercer de manière passive.⁵⁵ En effet, le seul fait de se tenir à disposition de son employeur est assimilé à une prestation de travail.⁵⁶ En revanche, il n'en sera pas de même d'une obligation d'abstention.⁵⁷ Celle-ci sera considérée comme une prestation négative.

III. Une obligation de moyen

- 47 La prestation de travail que réalise le travailleur consiste à mettre son temps à disposition de l'employeur pendant une certaine durée, afin d'exercer une ou plusieurs activités.⁵⁸ Ainsi, à l'inverse d'un entrepreneur soumis à une obligation de résultat par la conception d'un ouvrage (art. 363 CO), le travailleur n'a, à l'instar d'un mandataire, qu'une obligation de moyen, soit cette obligation d'activité.⁵⁹
- 48 Nous pourrions toutefois nous interroger sur la réelle valeur actuelle d'un tel critère à l'aune notamment des travailleurs de plateforme. En se basant exclusivement sur ce critère, il serait possible d'avancer que la quasi-totalité des travailleurs de plateforme ne peut être qualifiée de salariés au sens du droit du travail, ce qui mettrait en péril l'accès aux protections légales de ces travailleurs. En effet, ces travailleurs ont en réalité très souvent, derrière l'apparente indépendance dont ils semblent disposer, des obligations cachées de résultats au travers souvent de standards de notes données par le client à maintenir (cf. **cinquième partie**). Si celles-ci descendent sous un certain seuil, soit par exemple dans le cas des chauffeurs Uber, si la note moyenne sanctionnant la qualité de leur course est jugée insuffisante par la plateforme, ils ne sont plus contactés ou

⁵⁴ ATF 124 III 249, c. 3, lit. b = JdT 1999 I 275 ; WYLER/HEINZER (2019), p. 22 et 23, lit. a.

⁵⁵ WYLER/HEINZER (2019), p. 22 et 23, lit. a.

⁵⁶ ATF 124 III 249, c. 3, lit. b = JdT 1999 I 275 ; BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ (2010), n° 2 *ad* art. 319 CO, p. 37.

⁵⁷ WYLER/HEINZER (2019), p. 22 et 23, lit. a.

⁵⁸ AUBERT in : THEVENOZ/WERRO (2012), n° 3 et 5 *ad* art. 319 CO, p. 1966.

⁵⁹ DUNAND in : DUNAND/MAHON (2013), n° 10 et 11 *ad* art. 319 CO, p. 4.

proposés aux clients pour réaliser des courses au profit de chauffeurs mieux notés.⁶⁰

B. Une durée

Avant la révision générale du Code des obligations du 30 mars 1911, la définition du contrat de travail ne comprenait pas l'élément de durée.⁶¹ Aujourd'hui, deuxième élément objectivement essentiel du contrat de travail de notre démonstration, sa portée opère à deux niveaux différents. Il faut distinguer la durée comme longueur des rapports de travail (art. 319 al. 1^{er} CO) (I) et la durée comme répartition du temps de travail (art. 319 al. 2 CO) (II).

I. La durée comme longueur des rapports de travail (art. 319 al. 1^{er} CO)

L'élément de durée trouve tout d'abord application dans la longévité juridique du contrat, soit le temps convenu avant que les rapports de travail ne s'éteignent.⁶² Un contrat de travail peut prendre fin de deux manières distinctes : soit par le simple écoulement du temps, soit par sa résiliation par l'une des parties.⁶³ Dans le premier cas, la loi parle de contrat de durée déterminée (arts. 319 al. 1^{er} et 334 al. 1^{er} CO) et dans le second de contrat de durée indéterminée (arts. 319 al. 1^{er} et 335 al. 1^{er} CO).⁶⁴

Cet élément permet déjà au contrat de travail de clairement se démarquer du contrat de mandat ou d'entreprise, en ce sens que ces derniers demandent respectivement un échange ou la réalisation d'une prestation pour prendre fin et non l'arrivée d'un terme.⁶⁵

⁶⁰ DUPONT in : DUNAND/MAHON (2019), p. 301 ; KAHIL-WOLFF (2017), p. 4 ; LUBIAN (2018), p. 282 ; PÄRLI (2016), p. 15, n° 45.

⁶¹ DUNAND in : DUNAND/MAHON (2013), n° 7 *ad* art. 319 CO, p. 3.

⁶² BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ (2010), n° 4 *ad* art. 319 CO, p. 38.

⁶³ VISCHER/MÜLLER (2014), p. 4, n° 9.

⁶⁴ CARRUZO (2009), n° 3 *ad* art. 319 CO, p. 2.

⁶⁵ VISCHER/MÜLLER (2014), p. 4, n° 9.

II. La durée comme répartition du temps de travail (art. 319 al. 2 CO)

- 52 En second lieu, l'élément temporel trouve aussi sa place au sein même du contrat de travail. Il permet « *l'aménagement du temps de travail* ». ⁶⁶ Le travailleur n'est pas obligé de s'engager à temps complet, soit à 100%, mais peut s'engager à temps partiel, réalisant sa prestation certains jours ou à certaines heures en particulier (art. 319 al. 2 CO). ⁶⁷
- 53 Bien que l'élément de durée ne représente pas un élément décisif à la détermination de l'existence d'un contrat de travail comme peut l'être le rapport de subordination que nous aborderons ci-après, ⁶⁸ face à des rapports contractuels à la nature juridique difficilement identifiable, mais présentant une certaine intensité et institués depuis de longues années, cet élément pourrait constituer un indice nous permettant d'opter pour la qualification en contrat de travail, au détriment du contrat de mandat par exemple. ⁶⁹

C. Un salaire

- 54 Le salaire est le troisième élément objectivement essentiel que nous présentons. Nous verrons tout d'abord en quoi il s'agit de l'élément dit « *matériel* », du contrat de travail (**I**). Nous observerons ensuite les différents types de salaires existants (**II**), puis nous nous pencherons sur la question du travail à titre gratuit (**III**) et enfin soulèverons la problématique du stage (**IV**).

I. Un élément matériel

- 55 Le salaire est l'élément matériel du contrat de travail. ⁷⁰ Le salaire constitue la contrepartie première de l'employeur à la prestation de travail de l'employé. ⁷¹ Ni le montant du salaire, ni même la notion de rémunération n'ont besoin

⁶⁶ BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ (2010), n° 4 *ad* art. 319 CO, p. 38.

⁶⁷ CARRUZO (2009), n° 3 *ad* art. 319 CO, p. 2.

⁶⁸ VISCHER/MÜLLER (2014), p. 5, n° 11.

⁶⁹ TF du 8 juin 1993, REP 1994, p. 240 ; FAVRE/MUNOZ/TOBLER (2010), n° 1.4 *ad* art. 319 CO, p. 17.

⁷⁰ CARRUZO (2009), n° 5 *ad* art. 319 CO, p. 5.

⁷¹ DUNAND in : DUNAND/MAHON (2013), n° 23 *ad* art. 319 CO, p. 7.

d'avoir été prévus dans le contrat pour que naisse l'obligation de versement de cette prestation de l'employeur à l'employé.⁷² Ce principe découle de l'art. 320 al. 2 CO qui pose la présomption irréfragable qu'un contrat de travail est considéré comme conclu à partir du moment où un « *employeur accepte, pour un temps donné, l'exécution d'un travail qui, d'après les circonstances, ne doit être fourni que contre un salaire (art. 320 al. 2 CO)* ». ⁷³

II. Les types de salaires

Nous verrons pour commencer le salaire en espèce qui s'oppose au salaire en nature (1), puis le salaire au temps qui s'oppose au salaire à la tâche (2). 56

1. Le salaire en espèce et le salaire en nature

Le salaire peut se présenter sous forme de prestations en espèce ou en nature.⁷⁴ 57
Nous parlerons de prestations en espèces pour des versements de salaire en argent et en nature pour des contreparties tels la mise à disposition d'un logement ou l'usage d'un véhicule.⁷⁵ Il est même possible d'imaginer que l'entier du salaire soit versé en nature, ce qui pourrait notamment être le cas dans le cadre d'un contrat de conciergerie et la mise à disposition, pour seule rémunération, d'un logement au profit du concierge.⁷⁶

2. Le salaire au temps et le salaire à la tâche

Le salaire peut être délivré au temps ou à la tâche.⁷⁷ Dans la majorité des cas, il s'agira d'un salaire au temps.⁷⁸ Il implique que le travailleur soit payé pour le 58

⁷² DUNAND in : DUNAND/MAHON (2013), n° 24 *ad* art. 319 CO, p. 7 ; WYLER/HEINZER (2019), p. 24 et 25, lit. c.

⁷³ BK-REHBINDER/STÖCKLI (2010), n° 17 *ad* art. 320 CO, p. 78.

⁷⁴ DUNAND in : DUNAND/MAHON (2013), n° 25 *ad* art. 319 CO, p. 8 ; VISCHER/MÜLLER (2014), p. 5, n° 13.

⁷⁵ ATF 131 III 615, c. 5.1 = SJ 2006 I 45 ; DUNAND in : DUNAND/MAHON (2013), n° 25 *ad* art. 319 CO, p. 8.

⁷⁶ WYLER/HEINZER (2019), p. 228 et 229, n° 1.9.

⁷⁷ DUNAND in : DUNAND/MAHON (2013), n° 26 *ad* art. 319 CO, p. 8.

⁷⁸ WYLER/HEINZER (2019), p. 202, n° 1.2.

temps qu'il passe au service de l'employeur.⁷⁹ Celui-ci peut se calculer à l'heure, à la semaine, au mois ou à l'année.⁸⁰ Mais il est également possible de verser un salaire à la tâche ou à la pièce. Ici, le critère déterminant à la fixation du salaire est la « *quantité de travail fournie (par opposition à la durée)* ».⁸¹

- 59 Il convient cependant de différencier ce mode de calcul du salaire avec la rémunération due à l'entrepreneur dans le cadre du contrat d'entreprise, en ce sens qu'il existe bien un rapport de subordination dans le contrat de travail et aucune obligation de résultat, soit tout l'inverse de ce premier.⁸²

III. Le travail à titre gratuit

- 60 Un travail réalisé à titre gratuit, comme dans le cadre du bénévolat, c'est-à-dire sans versement aucun de rémunération, ne saurait permettre l'existence d'un contrat de travail.⁸³ Il est nécessaire d'observer une volonté chez les parties de bâtir entre eux un rapport d'obligations.⁸⁴
- 61 Le travail à titre gratuit doit être distingué des simples actes dits de complaisances, bien que tous deux s'écartent du cadre du contrat de travail, en cela que ceux-ci ne présentent aucun rapport de subordination ni d'échange de prestations entre les personnes.⁸⁵ Il n'y a même pas à proprement parler de prestation de travail, ce qui n'est pas le cas du bénévolat, qui peut également exhiber, d'une certaine manière, un rapport de subordination. Il s'agit d'actes purement désintéressés.⁸⁶
- 62 Ainsi, le fait, dans la vie de tous les jours, de surveiller ou de garder des enfants d'amis, pour une durée n'excédant pas deux heures, rentre par exemple dans cette catégorie.⁸⁷ Nous pouvons aussi, à notre sens, considérer que la surveillance par un étudiant d'un sac de cours pour le compte d'un autre étudiant dans

⁷⁹ DUNAND in : DUNAND/MAHON (2013), n° 26 *ad* art. 319 CO, p. 8.

⁸⁰ WYLER/HEINZER (2019), p. 202, n° 1.2.

⁸¹ *Idem*, p. 202, n° 1.3.

⁸² *Idem*, p. 202, n° 1.3.

⁸³ SUBILIA/DUC (2010), n° 10 *ad* art. 319 CO, p. 80.

⁸⁴ CARRUZO (2009), n° 5 *ad* art. 319 CO, p. 5.

⁸⁵ WYLER/HEINZER (2019), p. 24 et 25, lit. c.

⁸⁶ ATF 137 III 539, c. 4.1 = SJ 2012 I 329.

⁸⁷ *Ibid.*

une bibliothèque, ou la garde d'une valise d'un voyageur de train en faveur d'un autre voyageur dans un wagon, ne constitue pas un contrat de travail.

IV. La problématique du stage

Certains stages ne sauraient justifier une obligation de verser un salaire.⁸⁸ Nous pensons là au cas d'un étudiant s'engageant pour un stage non rémunéré d'une semaine en entreprise dans un but de découverte et afin de potentiellement orienter son avenir professionnel.⁸⁹ En vertu de son intérêt à effectuer un stage largement supérieur et très fortement prépondérant par rapport à l'intérêt de son employeur de le lui offrir, il est juste de considérer qu'aucun salaire ne doit être versé au stagiaire.⁹⁰ En revanche, s'il réside dans le travail du stagiaire un véritable intérêt pour l'employeur quant à son exécution, le stagiaire est en droit de demander le versement d'un salaire, sa relation constituant dès lors probablement un contrat de travail en raison d'un échange de prestations profitable aux deux parties.⁹¹

63

⁸⁸ CARRUZO (2009), n° 5 *ad art.* 319 CO, p. 5.

⁸⁹ *Ibid.*

⁹⁰ DUNAND in : DUNAND/MAHON (2013), n° 30 *ad art.* 319 CO, p. 8.

⁹¹ BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ (2010), n° 8 *ad art.* 319 CO, p. 42.

Chapitre 2 : La notion de rapport de subordination

Le rapport⁹² ou lien de subordination,⁹³ *das Unterordnungsverhältnis*,⁹⁴ *das Subordinationsverhältnis*⁹⁵ ou encore *das Abhängigkeitsverhältnis*,⁹⁶ constitue l'élément le plus caractéristique et le plus fondamental du contrat de travail.⁹⁷ Il est le critère déterminant lorsqu'il est question de distinguer le contrat de travail d'autres contrats, notamment de celui de mandat ou d'entreprise.⁹⁸ Son importance est telle qu'il pourrait permettre à un contrat, s'étendant sur une durée extrêmement courte, d'être qualifié de contrat de travail.⁹⁹ 64

Malgré son rôle fondamental incarné au sein du contrat de travail, le rapport de subordination n'est paradoxalement pas explicitement nommé dans la définition du contrat de travail au sens de l'art. 319 al. 1^{er} CO si tant est qu'il le soit réellement implicitement.¹⁰⁰ En effet, sa triste et faible présence ne découle que du 65

⁹² CARRUZO (2009), n° 4 *ad* art. 319 CO, p. 3.

⁹³ TF du 3 septembre 2015, 4A_200/2015, c. 4.2.1.

⁹⁴ TF du 25 janvier 2007, 4C_276/2006, c. 4 ; BRÜHWILER (2014), n° 5, lit. a *ad* art. 319 CO, p. 24.

⁹⁵ TAF du 18 mai 2016, B-434/2015, c. 4.2 ; VISCHER/MÜLLER (2014), p. 6, n° 14.

⁹⁶ BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ (2010), n° 3 *ad* art. 319 CO, p. 37 ; GEISER/MÜLLER (2015), p. 39, n° 108.

⁹⁷ TF du 27 mars 2014, 4A_602/2013, c. 3.1 ; ATF 121 I 259, c. 3, lit. a = SJ 1996 93 ; AUBERT in : THEVENOZ/WERRO (2012), n° 6 *ad* art. 319 CO, p. 1966.

⁹⁸ ATF 130 III 213, c. 2.1 = JdT 2004 I 223 ; ATF 121 I 259, c. 3, lit. a = SJ 1996 93 ; TC/GE du 9 avril 2010, c. 2.4 in : JAR 2011, p. 459.

⁹⁹ TF du 3 septembre 2015, 4A_200/2015, c. 4.2.1 ; BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ (2010), n° 4 *ad* art. 319 CO, p. 38.

¹⁰⁰ AUBERT in : THEVENOZ/WERRO (2012), n° 13 *ad* art. 319 CO, p. 1967 ; WITZIG (2015), p. 40.

simple fait que le travailleur agit « *au service* ». ¹⁰¹ Il s'agit, à notre sens, d'une lacune volontaire, le législateur laissant consciemment le soin au juge de définir précisément la notion. Malheureusement, la solution s'est avérée peu judicieuse, le rapport de subordination se voyant prêter au fil des années, tantôt par la jurisprudence et tantôt par la doctrine, un grand nombre de définitions et d'éléments différents le caractérisant.

- 66 Nous verrons donc en premier les définitions du rapport de subordination selon la jurisprudence (§1), puis selon la doctrine (§2).

§ 1 Les définitions du rapport de subordination selon la jurisprudence

- 67 La jurisprudence du Tribunal fédéral n'a cessé de rebondir sur différentes définitions du rapport de subordination. Si les éléments retenus respectent depuis un temps maintenant une certaine logique, les termes qui leur sont associés varient d'un arrêt à l'autre.
- 68 Le Tribunal fédéral a tout d'abord considéré que le rapport de subordination se caractérisait par le fait que le travailleur se trouvait placé dans une situation de « *dépendance* », vis-à-vis de l'employeur, sous l'angle « *personnel, organisationnel et temporel* ». ¹⁰² Le Tribunal fédéral a ensuite retenu les éléments : « *temporel* » (*temporale*), « *spatial* » (*spaziale*) et « *hiérarchique* » (*gerarchico*). ¹⁰³ Ont suivi, dans une décision toujours subséquente, les éléments :

¹⁰¹ TF du 9 mars 2004, 4P.83/2003, c. 3.2 ; AUBERT in : THEVENOZ/WERRO (2012), n° 1 *ad art.* 319 CO, p. 1966 ; BRÜHWILER (2014), n° 5, lit. a *ad art.* 319 CO, p. 24 ; CARRUZO (2009), n° 4 *ad art.* 319 CO, p. 3.

¹⁰² ATF 121 I 259, c. 3, lit. a.

¹⁰³ TF du 20 avril 2005, 4C.462/2004, c. 4.3.3.

« personnel » (*persönlicher*), « fonctionnel » (*betrieblich*), et « économique » (*wirtschaftlichen*).¹⁰⁴ Plus tard se sont concrétisés les éléments : « personnel, fonctionnel, temporel et dans une certaine mesure économique ».¹⁰⁵ Enfin, de plus récentes décisions ont finalement promu les éléments : « personnel, organisationnel, temporel et dans une certaine mesure économique ».¹⁰⁶

§ 2 Les définitions du rapport de subordination selon la doctrine

Tout comme dans la jurisprudence, les caractéristiques essentielles du rapport de subordination retenues par les auteurs diffèrent. 69

À l'instar de la dernière définition du Tribunal fédéral, Geiser/Müller, Portmann et Wyler/Heinzer parlent d'éléments « personnel » (*persönlich*), « organisationnel » (*organisatorisch*), « économique » (*wirtschaftlich*) et « temporel » (*zeitlich*).¹⁰⁷ Carruzzo, tout comme Aubert, invoquent les éléments « temporel, spatial et hiérarchique ».¹⁰⁸ Dunand, lui, distingue une « subordination fonctionnelle », plaçant l'employeur dans une « dépendance temporelle, spatiale, personnelle et hiérarchique », et une « subordination organisationnelle », censée représenter le degré d'intégration du travailleur dans l'entreprise et qui doit être observée à travers une image globale de sa situation.¹⁰⁹ Enfin, évoquons Witzig qui suit exactement les dernières décisions du Tribunal fédéral et parle de « dépendance de l'employeur sous l'angle personnel, organisationnel et temporel, et dans une certaine mesure économique. ».¹¹⁰ 70

¹⁰⁴ TF du 9 février 2009, 4A_553/2008, c. 4.1 ; TF du 25 janvier 2007, 4C_276/2006, c. 4.3.1.

¹⁰⁵ TF du 27 mars 2014, 4A_602/2013, c. 3.1.

¹⁰⁶ TF du 19 juillet 2017, 4A_10/2017, c. 3.1 ; TF du 3 septembre 2015, 4A_200/2015, c. 4.2.1.

¹⁰⁷ GEISER/MÜLLER (2015), p. 39, n° 108 ; BSK-PORTMANN/RUDOLPH in : HONSELL/VOGT/WIEGAND (2015), n° 14 *ad art.* 319 CO, p. 1811 ; WYLER/HEINZER (2019), p. 23 et 24, lit. b.

¹⁰⁸ AUBERT in : THEVENOZ/WERRO (2012), n° 7 *ad art.* 319 CO, p. 1967 ; CARRUZO (2009), n° 4 *ad art.* 319 CO, p. 3.

¹⁰⁹ DUNAND in : DUNAND/MAHON (2013), n° 16 et 17 *ad art.* 319 CO, p. 6 ; SUPLOT (2019), Chapitre 5, lit. 1, n° 2 (pour une vision doctrinale similaire du rapport de subordination en droit français qui distingue une « subordination fonctionnelle, résultant de l'intégration à une organisation ; [et] une subordination personnelle, résultant de la soumission à autrui »).

¹¹⁰ WITZIG (2018), p. 86.

Chapitre 3 : Les éléments constitutifs du rapport de subordination

Suite à cette somme de définitions aux tons très proches et aux termes pourtant souvent divers, il n'est pas chose aisée que de parvenir à extraire de dénominateurs communs précis et ainsi des éléments constitutifs. Toutefois, si les termes peuvent différer, nous le verrons, la notion qu'ils représentent, elle, ne saurait dépendre d'une appellation en particulier. 71

Aussi, et afin de pouvoir en étudier les concepts, nous proposons de retenir les éléments hiérarchique (§1), organisationnel (§2) (comprenant les éléments spatial et temporel) et économique (§3). Une fois ces éléments présentés, nous mettrons en avant leur caractère alternatif et non cumulatif dans la détermination de l'existence d'un rapport de subordination (§4). 72

§ 1 L'élément hiérarchique

Nous commencerons par développer la notion d'élément hiérarchique (**A**), puis nous verrons en quoi il incarne ce que nous proposerons d'appeler le rapport de subordination au sens strict (**B**). Nous constaterons ensuite le double rôle de l'élément hiérarchique (**C**), puis nous conclurons par une présentation d'un certain nombre d'indices penchant vers la reconnaissance de son existence dans le cadre d'une relation de travail (**D**). 73

A. Notion

- 74 L'élément hiérarchique peut se définir par le fait, pour le travailleur, de se trouver subordonné au pouvoir de direction de l'employeur.¹¹¹
- 75 L'élément hiérarchique est concrétisé par l'art. 321d CO,¹¹² qui permet à l'employeur d'émettre des ordres de deux types différents. Il peut s'agir de directives générales et d'instructions particulières.¹¹³
- 76 Les travailleurs n'ont pas la possibilité de refuser d'exécuter les ordres donnés, quand bien même ils se trouveraient être en désaccord avec leur teneur.¹¹⁴ Cela découle, à notre sens, en partie de l'art. 321d al. 2 CO, qui impose au travailleur de respecter les instructions et directives qui lui sont délivrées par l'employeur. C'est bien ce dernier qui décide de quelle manière sera exploité le temps de travail de son employé.¹¹⁵ Toutefois, l'employeur ne pourra pas opposer au travailleur des directives ou instructions inopportunes ou contraires au droit. En effet, le travailleur est en droit de refuser d'exécuter des directives illicites ou contraires aux mœurs qui le seraient en vertu de la loi, du contrat de travail, d'une convention collective de travail, d'un contrat type ou seulement par le fait qu'elles portent atteinte aux droits de tiers.¹¹⁶
- 77 L'art. 321d étant de nature dispositive, les parties peuvent y déroger, prenant soin tout de même de ne pas outrepasser les règles absolument et relativement impératives (art. 361 et 362 CO) régissant le contrat de travail.¹¹⁷ En effet, il convient de préciser que si l'art. 321d CO offre un droit à l'employeur d'user d'instructions ou de directives, il est par ailleurs obligé, en vertu de l'art. 6 LTr

¹¹¹ TF du 27 mars 2014, 4A_602/2013, c. 3.1 ; CARRUZO (2009), n° 4 *ad* art. 319 CO, p. 3 ; GEISER/MÜLLER (2015), p. 39, n° 108.

¹¹² GEISER/MÜLLER (2015), p. 39, n° 108 ; WITZIG (2015), p. 51.

¹¹³ TF du 28 juin 2016, 4A_659/2015, c. 2.2 ; TF du 3 septembre 2015, 4A_200/2015, c. 4.2.1 ; TC/FR du 22 août 2016, 605 2014 200, c. 2.a.

¹¹⁴ TF du 6 octobre 2008, 4A_325/2008, c. 3 ; DUNAND in : DUNAND/MAHON (2013), n° 16 *ad* art. 319 CO, p. 6 ; WITZIG (2015), p. 51.

¹¹⁵ AUBERT in : THEVENOZ/WERRO (2012), n° 10 *ad* art. 319 CO, p. 1967.

¹¹⁶ DUNAND in : DUNAND/MAHON (2013), n° 26 *ad* art. 321d CO, pp. 112 et 113.

¹¹⁷ *Idem*, n° 3 *ad* art. 321d CO, p. 106.

et 328 CO, de donner les consignes nécessaires à la protection de la santé et de la personnalité du travailleur. ¹¹⁸	
Enfin, l'employeur est autorisé à délivrer des instructions ou directives que directement liées à l'activité même de l'entreprise et seulement en lien avec le travail à effectuer. ¹¹⁹	78
Il convient maintenant d'examiner plus précisément les deux types d'ordres que sont les directives générales (I) et les instructions particulières (II)	79

I. Les directives générales

Nous avancerons en premier lieu la notion de directives générales (1), puis nous en donnerons des exemples (2). Enfin, nous la distinguerons du règlement d'entreprise (3).	80

1. Notion

Les dénominations utilisées pour les directives générales varient d'une entreprise à une autre. On parlera parfois de « <i>règlement du personnel</i> », ¹²⁰ ou « <i>directives ad hoc</i> » ¹²¹ . Leur rôle est de régler un certain nombre d'éléments étroitement liés à l'activité du travailleur ou à la vie au sein de l'entreprise, qu'ils soient essentiels ou secondaires et qui n'auraient pas été prévus dans le contrat de travail. ¹²²	81
Malheureusement, la délimitation avec les instructions particulières n'est pas toujours évidente. On estime, à notre sens, que les directives générales normalisent des situations susceptibles de toucher l'ensemble de l'entreprise, là où les instructions particulières visent un groupe déterminé de travailleurs. ¹²³ Elles	82

¹¹⁸ TF du 5 septembre 2006, 4C.186/2006, c. 2.3 ; DUNAND in : DUNAND/MAHON (2013), n° 5 *ad art.* 321d CO, p. 106.

¹¹⁹ TF du 30 juin 2008, 2C_103/2008, c. 6.2.

¹²⁰ DUNAND in : DUNAND/MAHON (2013), n° 3 *ad art.* 321d CO, p. 106.

¹²¹ CARRUZO (2009), n° 1 *ad art.* 321d CO, p. 79.

¹²² *Idem*, n° 6 *ad art.* 321d CO, p. 87.

¹²³ DUNAND in : DUNAND/MAHON (2013), n° 13 *ad art.* 321d CO, p. 108.

permettent au travailleur de pouvoir structurer quotidiennement son activité dans le respect du cadre professionnel et de l'intégrité des autres employés.¹²⁴

- 83 Il est à noter que les directives générales peuvent être établies par l'employeur seul, sans consultation des travailleurs et sans subir de contrôle de la part de l'autorité compétente.¹²⁵

2. Exemples de directives

- 84 Voici quelques exemples de directives que nous pourrions donner :¹²⁶
- la manière dont le travail devra être effectué soit l'utilisation encadrée des us-tensiles et machines,
 - le comportement à adopter au sein de l'entreprise et face à la clientèle,
 - l'aménagement des horaires et des pauses,
 - l'utilisation d'internet.

3. Distinction avec le règlement d'entreprise

- 85 Il est essentiel de ne pas confondre les directives générales au sens de l'art. 321d CO avec le règlement d'entreprise des arts. 37 à 39 LTr.¹²⁷ Au sens de l'art. 37 al. 1^{er} LTr, les entreprises industrielles sont tenues d'avoir un règlement d'entreprise. D'après l'art. 38 al. 1^{er} LTr, celui-ci doit obligatoirement contenir des dispositions sur la protection de la santé et la prévention des accidents du travailleur. Ce même article précise qu'un règlement d'entreprise peut accueillir des règles sur l'ordre intérieur et le comportement des travailleurs dans l'entreprise, mais uniquement si cela est nécessaire. Ce ne sera en outre pas le cas si

¹²⁴ TF du 5 septembre 2006, 4C.186/2006, c. 2.3 (le Tribunal fédéral définit par « *instructions particulières* » ce qui semble, à notre sens et au vu des exemples doctrinaux présentés ci-dessus ainsi que de la définition qu'il produit dans cet arrêt, être des directives générales).

¹²⁵ DUNAND in : DUNAND/MAHON (2013), n° 14 *ad* art. 321d CO, p. 108.

¹²⁶ CARRUZO (2009), n° 1 *ad* art. 321d CO, pp. 79 et 80 ; DUNAND in : DUNAND/MAHON (2013), n° 14 *ad* art. 321d CO, p. 108.

¹²⁷ TC/VD du 4 décembre 2013, c. 4, lit.c in : JAR 2014, p. 512; WYLER/HEINZER (2019), p. 160 et 161.

l'employeur a préalablement traité ces questions dans le cadre d'une directive générale.¹²⁸

À l'inverse d'une directive générale, le règlement d'entreprise ne peut être institué par l'employeur seul.¹²⁹ Celui-ci peut le réaliser en partenariat avec une délégation représentant et choisie par les travailleurs (règlement établi par convention) ou seul, après audition du personnel (règlement unilatéral).¹³⁰ 86

II. Les instructions particulières

Au contraire des directives générales, les instructions particulières visent des employés définis et précisent en détail leur activité journalière.¹³¹ Celles-ci sont intrinsèquement et étroitement liées à la prestation attendue du ou des travailleurs désignés.¹³² 87

Elles tendront donc, par leur nature particulièrement individuelle, à être dispensées oralement par l'employeur, plutôt que transmises par écrit. La loi ne soumettant pas la délivrance d'instructions, ni de directives générales également, à la forme écrite, une communication orale de celles-ci n'est en rien contraire au droit, si tant est qu'elles soient données avec clarté.¹³³ 88

La transmission par acte concluant est pareillement envisageable s'il découle lumineusement des circonstances que le travailleur devait y inférer de limpides instructions¹³⁴, mais reste bien possible, à notre sens, uniquement dans le cadre d'instructions particulières et non de directives. Cela est dû au caractère général 89

¹²⁸ CARRUZO (2009), n° 7 *ad art.* 321d CO, p. 88.

¹²⁹ *Ibid.*

¹³⁰ CARRUZO (2009), n° 7 *ad art.* 321d CO, p. 88 ; VISCHER in : GEISER/VON KAENEL/WYLER (2005), n° 14-28 *ad art.* 37 LTr, pp. 474-477.

¹³¹ TF du 14 décembre 2010, 2C_714/2010, c. 3.4.2 ; BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ (2010), n° 4 *ad art.* 321d CO, p. 73 ; DUNAND in : DUNAND/MAHON (2013), n° 13 *ad art.* 319 CO, p. 108.

¹³² TF du 21 mars 1995, c. 1, lit. a in : JAR 1996, p. 95 ; TC/VD du 19 mars 2012, c. 3a/aa in : JAR 2013, p. 549.

¹³³ TC/VD du 4 décembre 2013, c. 4, lit. c in : JAR 2014, p. 512.

¹³⁴ *Ibid.*

de ces dernières jurant avec le caractère cristallin et précis requis pour la reconnaissance d'un ordre dûment transmis à l'employé sous forme de comportement tacite.

B. Une subordination au sens strict

- 90 Nous constatons que, dans leur quête de dénonciation du critère de subordination comme élément qualificatif essentiel du contrat de travail, certains auteurs tendent à assimiler, injustement à notre sens, la notion de subordination comme définie par le Tribunal fédéral avec son simple élément hiérarchique.
- 91 À ce propos, Meier estime qu'il n'est pas justifié que soit utilisé en droit suisse le critère de pouvoir de direction comme élément essentiel et caractéristique du contrat de travail.¹³⁵ Or, ce n'est pas ce que semble avancer le Tribunal fédéral. Selon lui, le pouvoir de direction, i.e. l'élément hiérarchique ou personnel, n'est que l'un des éléments composant le rapport de subordination.¹³⁶ Ainsi, quand il précise que le rapport de subordination est l'élément caractéristique du contrat de travail, il implique certes l'élément hiérarchique, mais également les éléments spatial, temporel et économique. Le critère de pouvoir de direction n'est donc pas à lui seul l'élément essentiel du contrat de travail, bien que, nous le verrons en **troisième partie** de thèse, il pourrait dans certaines relations contractuelles justifier en partie, en l'absence de certains des autres éléments du rapport de subordination, la présence de ce même rapport et de la sorte d'un contrat de travail.
- 92 Aussi, Meier soutient que le Tribunal fédéral use de temps à autre de « *la notion d'intégration pour qualifier le contrat, même en l'absence de lien de subordination* ». ¹³⁷ Or, l'arrêt cité par cette dernière précise que les personnes concernées ont « *exercé leur activité dans le cadre organisationnel mis à disposition par le recourant, soit dans ses locaux, avec le matériel fourni par celui-ci, qui facturait en son nom les prestations des intimés* ». ¹³⁸ Contrairement à ce qui est avancé par l'auteur, le Tribunal fédéral emploie bel et bien le lien de subordination pour justifier l'existence d'un contrat de travail, mais en invoquant à ces

¹³⁵ MEIER (2013), p. 102.

¹³⁶ TF du 25 janvier 2007, 4C_276/2006, c. 4.3.1.

¹³⁷ MEIER (2013), p. 103.

¹³⁸ TF du 5 juillet 2011, 4A_194/2011, 5.6.2.

fins l'élément organisationnel et non son élément hiérarchique. Meier considère donc l'absence de l'élément hiérarchique comme une absence de rapport de subordination, assimilant par là, de manière à notre sens erronée, ce premier à ce dernier.

De même, Witzig, aux écrits au demeurant brillants, définit la notion de rapport de subordination par le seul fait qu'une partie puisse donner des ordres à une autre.¹³⁹ Encore une fois, il ne s'agit là, selon le Tribunal fédéral, que de son élément hiérarchique, soit celui permettant de délivrer des instructions, et non le rapport de subordination dans sa globalité, imposant une dépendance certes hiérarchique, mais également spatiale, temporelle et économique. 93

Ainsi, à des fins de clarification, nous proposons une appellation accessoire qui aiderait à délimiter nettement ces deux notions. Nous estimons qu'il pourrait être judicieux de parler de rapport de subordination au sens large pour évoquer le rapport de subordination et ses éléments hiérarchique, organisationnel et économique, et de rapport de subordination au sens strict s'agissant de son élément purement hiérarchique, soit le pouvoir de direction de l'employeur, i.e. les directives générales et instructions données à l'employé au sens de l'art. 321d CO. 94

Cette précision permettrait à la fois de protéger la notion de subordination comme définie par le Tribunal fédéral de diverses critiques infondées et également de la préciser afin d'éviter toutes confusions, même lorsque celle-ci est employée à bon escient. À titre d'exemple, lorsque Brühwiler précise qu'il n'y a pas de contrat de travail en l'absence de lien de subordination,¹⁴⁰ celui-ci invoque la subordination au sens large. En effet, comme nous le verrons avec les professions libérales exercées dans le cadre d'un contrat de travail (cf. 274ss), avec le travail temporaire ou la mise à disposition à titre principal (cf 666ss), la subordination au sens strict peut parfaitement être absente ou quasiment inexistante dans un contrat sans que celui-ci ne puisse plus être qualifié de contrat de travail. 95

¹³⁹ WITZIG (2015), p. 59.

¹⁴⁰ BRÜHWILER (2014), n° 5, lit. b *ad* art. 319 CO, p. 25.

C. Un double rôle

- 96 L'élément hiérarchique, ou subordination au sens strict, possède une double fonction. Il sert à la fois à qualifier, en partie, un contrat comme contrat de travail (**I**) et constitue un régime en tant que tel (**II**), réglementant le pouvoir de direction de l'employeur.¹⁴¹

I. En matière de qualification de contrat

- 97 Le raisonnement à adopter pour l'utilisation du rapport de subordination au sens strict, à des fins de qualification de contrat, est un raisonnement dit déductif.¹⁴² Il tient d'emblée de préciser que ce raisonnement devrait pouvoir s'appliquer à l'utilisation de l'élément organisationnel et économique en vue de qualifier un contrat de travail. Un raisonnement déductif part d'une idée générale, d'un principe ou d'une loi pour en tirer une conséquence particulière. À noter qu'il s'agit là d'une forme de raisonnement adopté par le Tribunal fédéral en matière d'interprétation des contrats. En effet, dans le cadre de l'interprétation subjective, celui-ci tient compte du contexte général de la situation, des déclarations et de l'attitude des parties avant, lors et après la conclusion du contrat pour en déduire leur réelle et commune intention.¹⁴³
- 98 En respect de ce raisonnement déductif et s'agissant de l'élément hiérarchique, Brühwiler avance, à juste titre selon nous, que : « *Die persönliche Abhängigkeit des Arbeitnehmers entsteht dadurch, dass der Arbeitnehmer den Anordnungen, Weisungen und der Aufsicht des Arbeitgebers unterstellt und ihm damit rechtlich untergeordnet ist* ». ¹⁴⁴ Ainsi, s'il est constaté, au sein d'un contrat, la présence d'instructions ou directives générales, soit l'idée générale, une subordination au sens strict en est déduite, soit l'élément plus particulier. Un élément de la subordination au sens large est alors établi et celle-ci pourrait donc potentiellement être reconnue. Si elle l'était, l'existence d'un contrat de travail en serait sans aucun doute arguée. Nous constatons dès lors que plus nous avançons dans le raisonnement, plus la solution trouvée se spécialise et non se généralise.

¹⁴¹ SUPLOT (2015), Chapitre III, lit. A ; WITZIG (2015), p. 53.

¹⁴² *Idem*, p. 59.

¹⁴³ TF du 3 septembre 2015, 4A_200/2015, c. 4.1.1.

¹⁴⁴ BRÜHWILER (2014), n° 5, lit. c *ad* art. 319 CO, p. 25.

Malheureusement, certains auteurs considèrent, à tort selon nous, l'élément hiérarchique, soit le pouvoir de direction de l'employeur, comme étant la conséquence d'une dépendance préexistante, sous forme d'intégration dans l'entreprise, entre un employeur et un employé.¹⁴⁵ Cependant, comme nous le verrons ci-après, le critère d'intégration fait partie de l'élément organisationnel.¹⁴⁶ Il ne devrait donc pas entrer en ligne de compte dans l'analyse indépendante de la présence ou non de l'élément hiérarchique dans un contrat et devrait faire l'objet d'un développement isolé pour juger ou non de son existence dans cette même relation contractuelle. 99

Nous concédons toutefois que certaines jurisprudences du Tribunal fédéral pourraient prêter à confusion lorsque celle-ci considère que le travailleur est intégré au sein d'une structure hiérarchique (*hierarchische Struktur eingebettet*).¹⁴⁷ Malgré la présence du terme « *hierarchische* » qui ne fait que qualifier le terme « *Struktur* », il faut plutôt retenir cette précision dans le cadre de l'élément organisationnel, la notion d'intégration ou « *eingebettet* » n'étant pas liée, comme nous l'avons vu, à l'existence d'un rapport de subordination au sens strict. En effet, celui-ci dépend seulement de la constatation d'instructions ou directives générales et se trouve concrétisé à l'art. 321d CO.¹⁴⁸ 100

II. En matière de régime

Le rôle de l'art. 321d en tant que régime¹⁴⁹ n'intervient que dans le cadre d'un contrat de travail préalablement reconnu en droit, soit subséquent à son rôle permettant de potentiellement qualifier un contrat en contrat de travail. L'art. 321d ne sert qu'à poser un cadre ou base légale aux instructions et directives et non à faire naître un lien de subordination dans un contrat. Son application suivra là aussi un raisonnement déductif, en application pur du syllogisme 101

¹⁴⁵ MEIER (2013), p. 102 ; WITZIG (2015), pp. 50 et 51.

¹⁴⁶ MEIER (2013), p. 100.

¹⁴⁷ TF du 9 février 2009, 4A_553/2008, c. 4.1 ; TF du 25 janvier 2007, 4C_276/2006, c. 4.3.1.

¹⁴⁸ GEISER/MÜLLER (2015), p. 39, n° 108 ; WITZIG (2015), p. 51.

¹⁴⁹ WITZIG (2015), p. 59.

juridique. Cependant, il faudra pour ce faire, que nous soyons lors de son analyse, déjà au sein d'un contrat légalement reconnu comme étant un contrat de travail.

D. Indices de présence

102 Afin de retenir l'existence d'un rapport de subordination au sein d'une relation de travail donnée, la jurisprudence utilise un certain nombre d'indices caractéristiques de sa présence. S'agissant de son élément hiérarchique, les indices récurrents retenus sont les suivants:¹⁵⁰

- L'intensité de la soumission aux instructions et directives de l'employeur,
- La marge de liberté dans l'obligation d'application des instructions,
- La position hiérarchique du travailleur,
- L'obligation de rendre des comptes,
- L'opportunité de choisir ou de refuser des dossiers et des clients.

103 Si des indices contraires à ceux-ci devaient émerger d'une relation de travail, bien que la jurisprudence ne le précise pas explicitement s'agissant de la reconnaissance de chacun des éléments du rapport de subordination au sens large pris indépendamment les uns des autres, il serait bien évidemment effectué une balance des intérêts entre les différents indices pour décider de l'existence de l'élément hiérarchique.

§ 2 L'élément organisationnel

104 Au sens de l'élément organisationnel, le travailleur doit, par son activité, s'intégrer à l'organisation de l'entreprise,¹⁵¹ ou encore être intégré au sein d'une structure hiérarchique (*hierarchische Struktur eingebettet*).¹⁵² Il s'agit, à notre

¹⁵⁰ TF du 14 décembre 2010, 2C_714/2010, c. 3.4.2 ; TC/GE du 9 avril 2010, c. 3.2.2 in : JAR 2011, p. 459 ; TC/VD du 28 janvier 2009, c. II, lit. b in : JAR 2010, p. 617 ; WITZIG (2015), p. 47.

¹⁵¹ TF du 3 septembre 2015, 4A_200/2015, c. 4.2.1 ; TF du 27 mars 2014, 4A_602/2013, c. 3.1 ; DUNAND in : DUNAND/MAHON (2013), n° 17 *ad* art. 319 CO, p. 6 ; HARDER (2001), p. 985, n° 3.

¹⁵² TF du 9 février 2009, 4A_553/2008, c. 4.1 ; TF du 25 janvier 2007, 4C_276/2006, c. 4.3.1.

sens, de « *la thèse de l'intégration dans l'entreprise* », ¹⁵³ qui implique d'analyser l'idée « *d'intégration dans une structure de travail extérieure (Eingliederung in eine fremde Arbeitsorganisation)* ». ¹⁵⁴

Cette thèse ou idée s'inscrit dans le rapport de subordination au sens large et plus précisément au travers de son élément organisationnel. ¹⁵⁵ En effet, il s'agit bien d'une dépendance ¹⁵⁶ de l'employé vis-à-vis de son employeur, mais ici d'un point de vue structurel et liée aux ordres qu'indirectement, malgré la présence du terme « *hierarchische* » dans « *hierarchische Struktur eingebettet* », comme vu précédemment (cf. 97ss). 105

Aussi, afin de déterminer si un employé est soumis d'un point de vue organisationnel à une entreprise, il conviendra d'examiner son intégration au travers des deux sous-éléments constitutifs de l'élément organisationnel, que sont, selon nous, ses éléments spatial (**A**) et temporel (**B**). Ces deux sous-éléments doivent par ailleurs être examinés indépendamment l'un de l'autre, de sorte que l'élément organisationnel qui les regroupe n'a pour objectif que d'apporter une cohérence vis-à-vis de la jurisprudence et la doctrine actuelle en les liant entre eux. Ceux-ci existent toutefois pour eux-mêmes et ne sauraient se prêter à un jeu de pesée d'éléments entre eux deux pour déterminer de l'existence d'un élément organisationnel supérieur. 106

Nous rappelons toutefois et à l'inverse de ce que défendent certains auteurs, ¹⁵⁷ que le rapport de subordination au sens strict n'est pas nécessairement la conséquence, s'il est reconnu au sein d'un contrat, d'une intégration. L'existence de l'élément hiérarchique ne dépend aucunement de l'existence de l'élément organisationnel. 107

A. L'élément spatial

108

¹⁵³ WITZIG (2015), pp. 56 et 57.

¹⁵⁴ TF du 9 février 2009, 4A_553/2008, c. 4.1 ; GEISER/MÜLLER (2015), p. 39, n° 108 ; WITZIG (2015), p. 56.

¹⁵⁵ MEIER (2013), p. 100.

¹⁵⁶ TF du 3 septembre 2015, 4A_200/2015, c. 4.2.1 ; TF du 27 mars 2014, 4A_602/2013, c. 3.1.

¹⁵⁷ MEIER (2013), p. 101 ; WITZIG (2015), pp. 56 et 57.

Nous verrons en premier lieu la notion de l'élément spatial (I), puis nous avançons un certain nombre d'indices justifiant sa présence dans une relation de travail donnée (II).

I. Notion

- 109 En vertu de l'élément spatial, l'employé est astreint à travailler dans un lieu déterminé par le contrat, qu'il soit interne ou externe à l'entreprise.¹⁵⁸ En effet, selon la jurisprudence, la présence physique dans les locaux de l'entreprise n'est pas nécessaire à la conclusion de l'existence d'une dépendance spatiale.¹⁵⁹ Il n'est même pas obligatoire que soit décidé le lieu d'exécution par l'employeur lui-même, le choix pouvant être fait par l'employé, de sorte qu'il importe peu qui est le décisionnaire.¹⁶⁰
- 110 Cependant, il est clair, selon nous, que la dépendance organisationnelle de l'employé souffre d'un certain affaiblissement lorsque son poste de travail est situé en dehors des locaux de son employeur. En effet, l'employé est censé recevoir une place de travail qui lui permettra de s'intégrer à l'organisation de l'entreprise.¹⁶¹ À l'inverse, un éloignement géographique avec l'entreprise ne saurait qu'altérer cette intégration, quand bien même, nous le verrons avec le télétravail (cf. 484ss), les moyens actuels de communication parviendront dans une certaine mesure à le tempérer.
- 111 Néanmoins, en vertu de la thèse d'intégration, nous estimons que l'élément spatial ne devrait pas se cantonner à analyser l'espace de travail en tant que tel de l'employé, mais devrait également se pencher sur l'environnement général de travail de l'entreprise, englobant l'ensemble des éléments s'y rapportant de près ou de loin. Nous pourrions citer, à titre d'exemple, la voiture de fonction. Sans être un bureau ou un lieu de travail proprement dit, elle représente une extension de l'espace de travail de l'entreprise, soit un pont spatial et matériel entre l'entreprise et l'employé, favorisant l'intégration de ce dernier dans cette première.

¹⁵⁸ CARRUZO (2009), n° 4 *ad* art. 319 CO, p. 3.

¹⁵⁹ TC/GE du 9 avril 2010, c. 2.5.2.4 in : JAR 2011, p. 459.

¹⁶⁰ TF du 25 janvier 2007, 4C_276/2006, c. 4.4.1 ; TF du 2 mai 2006, 4C_390/2005, c. 2.5.

¹⁶¹ TF du 27 mars 2014, 4A_602/2013, c. 3.2.

II. Indices de présence

Afin de déterminer la présence de l'élément spatial dans une relation de travail donné, et donc par là même l'intégration de l'employé dans l'entreprise d'un point de vue spatial, il s'agira d'user des indices suivants : 112

- Une place de travail fixe dans un bureau situé au sein de locaux appartenant à l'entreprise,
- La participation à des réunions d'entreprises,¹⁶²
- Le devoir de se présenter aux tiers comme élément de cette entreprise¹⁶³ ou encore le port imposé d'une tenue réglementaire ou uniforme assimilable à l'entreprise (l'employé n'apparaît plus pour lui-même comme un indépendant, mais comme un élément physique détaché de l'entreprise à laquelle on finit toutefois par le relier spatialement, grâce à une tenue ou une manière de se présenter),
- La dénomination de l'employé comme « *salarie* » par l'administration de l'entreprise,¹⁶⁴
- L'octroi d'une voiture de fonction,
- L'utilisation de courriels ou de cartes de visite portant le nom de l'entreprise employeuse,¹⁶⁵
- L'utilisation d'outils et de matériaux appartenant à l'entreprise.

Là encore, si des indices contraires à ceux-ci devaient émerger d'une relation de travail, bien que la jurisprudence ne le précise pas explicitement s'agissant de la reconnaissance de chacun des éléments du rapport de subordination au sens large pris indépendamment les uns des autres, il serait bien évidemment effectué une balance des intérêts entre les différents indices pour déterminer de l'existence de l'élément spatial. 113

¹⁶² TC/GE du 9 avril 2010, c. 3.2.2 in : JAR 2011, p. 459 ; TC/VD du 28 janvier 2009, c. II, lit. b in : JAR 2010, p. 617.

¹⁶³ TC/GE du 9 avril 2010, c. 3.2.2 in : JAR 2011, p. 459.

¹⁶⁴ *Ibid.*

¹⁶⁵ TC/GE du 9 avril 2010, c. 2.5.6.1 in : JAR 2011, p. 459 (bien que le Tribunal cantonal semble classer ce critère comme indice de l'élément économique, nous considérons qu'il est tout autant représentatif, voire plus encore, de l'élément organisationnel).

B. L'élément temporel

- 114 Nous introduirons l'élément temporel par sa notion (I), puis nous présenterons des indices justifiant sa présence dans une relation de travail donnée (II).

I. Notion

- 115 Nous pourrions définir l'élément temporel comme le fait, pour le travailleur, de mettre une partie de son temps, que l'on nommera « *temps d'obéissance (fremdbestimmte)* », ¹⁶⁶ au service de son employeur. C'est par ces fractions de son temps de vie qu'il soumet et donne à l'entreprise que le travailleur s'intégrera à cette dernière d'un point de vue temporel.
- 116 Il n'est pas chose aisée que de délimiter la notion d'élément temporel du rapport de subordination au sens large avec celle de l'élément objectivement essentiel du contrat de travail qu'est celui de durée, notamment lorsque celle-ci sert à définir l'aménagement du temps de travail, soit les heures hebdomadaires réalisées, et non seulement la durée des rapports de travail. Toutefois, nous considérons que l'élément temporel est une notion plus large qui fait appel à un certain nombre d'indices pour attester de son existence comme nous le verrons ci-après, et dont l'élément de durée en tant qu'aménagement du temps de travail peut faire partie. Ainsi, un taux de travail très élevé pourrait, à l'inverse d'un taux très bas, constituer un indice en faveur d'une présence de l'élément temporel dans une relation de travail.

II. Indices de présence

- 117 Nous retenons un certain nombre d'indices justifiant la présence de l'élément temporel dans une relation de travail donnée et donc par là même l'intégration de l'employé dans l'entreprise d'un point de vue temporel : ¹⁶⁷
- La mise en place d'horaires de travail imposés par l'employeur,
 - L'existence de délais pour rendre des travaux ou conclure un dossier,
 - L'obligation de se tenir en tout temps à disposition de l'employeur, notamment depuis son domicile (permanence ou service de piquet),
 - Des temps de pauses pendant les journées de travail,
 - Des droits aux congés.

¹⁶⁶ TC/GE du 9 avril 2010, c. 2.5.3 in : JAR 2011, p. 459.

¹⁶⁷ TC/GE du 9 avril 2010, c. 3.2.2 in : JAR 2011, p. 459 ; TC/VD du 28 janvier 2009, c. II, lit. b in : JAR 2010, p. 617 ; CARRUZO (2009), n° 4 *ad* art. 319 CO, p. 3.

Une fois de plus, si des indices contraires à ceux-ci devaient émerger d'une relation de travail, bien que la jurisprudence ne le précise pas explicitement s'agissant de la reconnaissance de chacun des éléments du rapport de subordination au sens large pris indépendamment les uns des autres, il serait bien évidemment effectué une balance des intérêts entre les différents indices pour déterminer de l'existence de l'élément hiérarchique. 118

§ 3 L'élément économique

L'élément économique, plus couramment appelé « *wirtschaftlichen Abhängigkeit* » ou dépendance économique,¹⁶⁸ se définit au travers de cinq critères ou éléments constitutifs.¹⁶⁹ La notion implique pour le travailleur un renoncement à une activité entrepreneuriale propre (A), une dépendance à une seule ou peu de sources de revenus (B),¹⁷⁰ l'absence de risque d'entreprendre (C),¹⁷¹ des rémunérations périodiques et constantes (D)¹⁷² et des restrictions à des activités économiques (E).¹⁷³ 119

Nous ne parlons volontairement pas d'indices, car ces éléments sont là pour définir les contours de la notion et justement accueillir des indices en leur faveur ou non, qui permettront de trancher quant à la présence de ces mêmes éléments dans une relation de travail. Ces critères ne sont pas non plus à proprement parler cumulatifs, ne nécessitant pas d'être tous présents pour conclure à l'existence de l'élément économique dans une relation de travail. 120

En pratique, il devrait être effectué une première balance d'intérêts entre les divers indices penchant ou non pour l'existence de chacun des critères, puis une 121

¹⁶⁸ TF du 9 février 2009, 4A_553/2008, c. 4.2 ; TF du 25 janvier 2007, 4C_276/2006, c. 4.6.1 ; BK-REHBINDER/STÖCKLI (2010), n° 69 *ad art.* 319 CO, p. 54 ; ZK-STAEHELIN (2006), n° 46 *ad art.* 319 CO, p. 36.

¹⁶⁹ BK-REHBINDER/STÖCKLI (2010), n° 69 *ad art.* 319 CO, p. 54.

¹⁷⁰ TC/GE du 9 avril 2010, c. 2.5.6 in : JAR 2011, p. 459 ; BK-REHBINDER/STÖCKLI (2010), n° 69 *ad art.* 319 CO, pp. 54 et 55.

¹⁷¹ BK-REHBINDER/STÖCKLI (2010), n° 69 *ad art.* 319 CO, pp. 54-56.

¹⁷² TF du 25 janvier 2007, 4C_276/2006, c. 4.6.1 ; BK-REHBINDER/STÖCKLI (2010), n° 69 *ad art.* 319 CO, pp. 54-56.

¹⁷³ *Ibid.*

seconde balance d'intérêts entre la présence et l'absence retenue pour les différents critères, afin de juger ou non d'une dépendance économique dans un cas d'espèce.

A. Un renoncement à une activité entrepreneuriale propre

- 122 La dépendance économique implique que le travailleur, se trouvant alors au service de l'employeur, abandonne tout esprit d'entreprise.¹⁷⁴ Il lui est précisé où, comment et quand il doit interagir avec les acteurs du marché, ne pouvant plus négocier avec eux et pour lui-même la contrepartie des prestations qu'il effectue.¹⁷⁵ Il ne possède « *plus de prise sur la valorisation de ses produits et services* ». ¹⁷⁶ Le travailleur est en somme prisonnier économique d'un employeur et de son système de revenu duquel il ne peut s'écarter pour offrir librement et indépendamment ses services au prix qu'il souhaite leur attribuer.

B. Une dépendance à une seule ou peu de sources de revenus

- 123 Celui qui reçoit une rémunération pour ses prestations de la part d'une seule ou de peu de parties contractuelles est considéré comme dépendant économiquement de ces personnes.¹⁷⁷ Toutefois, dans le cas d'une pluralité de sources de revenus, soit une situation de travail à temps partiel, il tient tout de même de comparer la valeur d'un salaire d'une relation de travail à la valeur des salaires provenant d'autres relations de travail afin de déterminer si le travailleur se trouve réellement, dans cette première relation, soumis à une dépendance économique.¹⁷⁸ Si le temps et les salaires restants permettent d'assurer à eux seuls

¹⁷⁴ TC/GE du 9 avril 2010, c. 2.5.6 in : JAR 2011, p. 459 ; BK-REHBINDER/STÖCKLI (2010), n° 69 *ad art.* 319 CO, p. 54 ; SUPLOT (2000), p. 140.

¹⁷⁵ BK-REHBINDER/STÖCKLI (2010), n° 69 *ad art.* 319 CO, p. 54 ; ZK-STAEHELIN (2006), n° 46 *ad art.* 319 CO, p. 36.

¹⁷⁶ TC/GE du 9 avril 2010, c. 2.5.6 in : JAR 2011, p. 459.

¹⁷⁷ TF du 25 janvier 2007, 4C_276/2006, c. 4.6.1 ; HARDER (2000), p. 138, n° 3 ; BK-REHBINDER/STÖCKLI (2010), n° 69 *ad art.* 319 CO, p. 55 ; ZK-STAEHELIN (2006), n° 46 *ad art.* 319 CO, p. 36 ; SUPLOT (2000), p. 140.

¹⁷⁸ BK-REHBINDER/STÖCKLI (2010), n° 69 *ad art.* 319 CO, p. 55.

l'entretien quotidien du travailleur, celui-ci n'est pas dans une dépendance économique s'agissant de ce premier travail.¹⁷⁹

Ce critère n'est malheureusement pas sans faille, en ce sens qu'il est possible de n'être aucunement dépendant de son ou ses salaires pour vivre et cela en raison de la présence d'une importante fortune personnelle ou d'une situation financière familiale particulièrement aisée.¹⁸⁰ 124

C. Une absence de risque d'entreprendre

Celui qui n'assume pas de risque d'entreprendre devrait être considéré comme dépendant économiquement de son employeur.¹⁸¹ Cependant, il est possible d'observer, dans le cas même d'une dépendance économique totale, un travailleur assumant un risque d'entreprendre.¹⁸² Le fait pour le travailleur de participer aux bénéfices de l'entreprise en est un exemple.¹⁸³ En effet, le risque d'entreprendre apparaît là où le travailleur, malgré la dépense d'un temps et d'une force de travail, n'est pas assuré d'être rémunéré pour sa prestation, en tout cas dans sa globalité, et effectue alors un sacrifice de sa garantie financière, soit une forme d'investissement, s'imposant là une obligation de résultat et non plus de seul temps de travail. Il convient toutefois de préciser qu'une faible participation influencera la décision en faveur d'une reconnaissance d'une dépendance économique, quasiment au même titre qu'une absence totale de participation.¹⁸⁴ 125

Nous pensons également que le fait pour un travailleur d'acquérir son propre matériel de travail et de l'installer, lorsque cela est nécessaire, à ses frais, constitue un risque d'entreprendre en raison de l'absence de garantie de rendement de cet investissement financier.

¹⁷⁹ TF du 25 janvier 2007, 4C_276/2006, c. 4.6.1.

¹⁸⁰ *Ibid.*

¹⁸¹ TC/GE du 9 avril 2010, c. 2.5.6 in : JAR 2011, p. 459.

¹⁸² BK-REHBINDER/STÖCKLI (2010), n° 69 *ad art.* 319 CO, p. 55.

¹⁸³ *Ibid.*

¹⁸⁴ TC/GE du 9 avril 2010, c. 2.5.6 in : JAR 2011, p. 459.

D. Des rémunérations périodiques et constantes

- 126 Le fait pour un travailleur de recevoir régulièrement, plus précisément mensuellement et sans interruption, une rémunération pour les services qu'il effectue, est constitutif d'une situation de dépendance économique vis-à-vis de celui qui la délivre.¹⁸⁵ C'est encore plus clair lorsque des sources de revenus autres que le salaire sont exclues au sein d'une même relation contractuelle et qu'il n'est pas possible pour l'entreprise d'influencer le revenu par une propre décision unilatérale de sa part.¹⁸⁶ À ce propos, nous estimons que lorsqu'une rémunération dépend du résultat d'un travail, comme dans le cas d'un risque d'entreprendre de l'employé et non de la seule mise à disposition de son temps de travail, une rémunération périodique et constante au sens entendu ici pourrait ne pas être retenue alors que constatable dans les faits. En effet, même si régulière et constante dans un cas d'espèce, elle ne l'est que par l'efficacité du travailleur et non par une garantie d'un revenu, faisant qu'un travailleur régulier et assidu dans ses heures de travail pourrait soudainement ne plus recevoir de rémunération alors même que son train d'activité est resté le même.
- 127 En somme, un travailleur organisant sa vie quotidienne en se basant sur le revenu qu'il reçoit, seule la régularité et le caractère identique des montants perçus sur lesquels il compte lui garantissent une sécurité minimum dans son rythme de vie,¹⁸⁷ et bien plus encore si ceux-ci sont assurés. À cela devrions-nous ajouter, selon nous, qu'un montant minimum doit être perçu afin d'être considéré comme rémunération périodique et constante et donc comme ayant un potentiel impact sur la vie quotidienne. À ce titre, un revenu d'une dizaine de francs par semaine pour des tâches remplies sur des applications comme Streetspotr, que nous verrons en **cinquième partie**, n'entre pas dans cette catégorie.

E. Des restrictions à l'activité économique

- 128 Toute interdiction contractuelle pour un travailleur d'exercer une activité économique de même nature auprès d'autres employeurs ou pour son propre compte, qu'il s'agisse d'un engagement d'exclusivité ou d'une interdiction de

¹⁸⁵ BK-REHBINDER/STÖCKLI (2010), n° 69 *ad* art. 319 CO, p. 55.

¹⁸⁶ TF du 25 janvier 2007, 4C_276/2006, c. 4.6.1.

¹⁸⁷ BK-REHBINDER/STÖCKLI (2010), n° 69 *ad* art. 319 CO, p. 55.

concurrence, incluant ou pas des peines conventionnelles, est caractéristique d'une dépendance économique vis-à-vis de l'employeur émetteur de telles clauses.¹⁸⁸

Un exemple très fréquemment observé dans le cadre des plateformes de travail pour la fourniture de services payants sont les clauses de non-contournement (*non-circumvention clause*) imposant aux utilisateurs d'utiliser exclusivement la plateforme dans le cadre de différents échanges entre eux et celles restreignant l'utilisation par les utilisateurs des commentaires et notations les concernant. Toutes deux seront bien évidemment détaillées en **cinquième partie**. 129

§ 4 Le caractère alternatif des éléments du rapport de subordination au sens large

L'existence des trois éléments que sont l'élément hiérarchique, organisationnel et économique dans une relation de travail donnée est-elle nécessaire à la reconnaissance d'un rapport de subordination au sens large et donc d'un contrat de travail ou la présence d'un d'entre eux suffit-elle ? Autrement dit, les éléments du rapport de subordination au sens large sont-ils des critères cumulatifs dans la reconnaissance de ce même rapport ou des critères alternatifs ? 130

La détermination de l'existence d'un contrat de travail devrait être appréciée selon l'« *image globale* » que rend la relation de travail,¹⁸⁹ soit en effectuant une sorte de pesée entre les indices en faveur d'une relation salariée et ceux en faveur d'une relation indépendante, impliquant là que la reconnaissance d'un tel contrat de travail n'est pas soumise à la présence égalitaire de tous les éléments du rapport de subordination au sens large,¹⁹⁰ voire et nous le verrons en **troisième partie** de thèse, à la présence tout simplement de tous ces éléments. En effet, l'élément organisationnel, dont l'étude de ses deux sous-éléments devrait être effectuée séparément, ne constitue pas une condition *sine qua non* de 131

¹⁸⁸ TF du 25 janvier 2007, 4C_276/2006, c. 4.6.1 ; BK-REHBINDER/STÖCKLI (2010), n° 69 *ad art.* 319 CO, p. 56.

¹⁸⁹ TF du 24 mai 2005, 4P.36/2005, c. 2.4.1 ; TF du 9 mars 2004, 4P.83/2003, c. 3.2 ; TC/GE du 23 mai 1989 in : SJ 1999 185, c. 4d ; AUBERT in : THEVENOZ/WERRO (2012), n° 12 *ad art.* 319 CO, p. 1967.

¹⁹⁰ TF du 9 mars 2004, 4P.83/2003, c. 3.2.

l'existence d'un rapport de subordination au sens large,¹⁹¹ tout comme la présence d'une dépendance économique,¹⁹² et cela devrait être le cas pour l'élément hiérarchique. Nombre de relations de travail obéissant pourtant aux règles sur le contrat de travail ne comportent pas toutes les éléments du rapport de subordination au sens large. À titre d'exemple et comme il sera observé ci-après (cf. 274ss), les professions libérales exercées en la forme de salariat justifient leur application des règles sur le contrat de travail en vertu de l'élément organisationnel et également économique, mais non hiérarchique.

- 132 Cela étant dit, les deux jurisprudences fédérales, tout comme la jurisprudence genevoise, qui mentionnent cette notion d' « *image globale* » n'incorporent pas la notion d'élément économique dans leur définition du rapport de subordination au sens large. Cela ne devrait toutefois pas nous empêcher d'appliquer cette notion à la définition moderne du rapport de subordination au sens large retenue ci-avant et comportant cet élément économique, la jurisprudence constante et récente du Tribunal fédéral qui prône cette dernière définition reprenant le principe au travers de l'idée que « *seul l'examen de l'ensemble des circonstances du cas concret permet de déterminer si l'activité en cause est exercée de manière dépendante ou indépendante* ». ¹⁹³ Il pourrait même être avancé, s'agissant des deux jurisprudences fédérales en question, ¹⁹⁴ que celles-ci évoquent déjà cette idée de dépendance économique qui ne sera consacrée concrètement par le Tribunal fédéral que très peu de temps plus tard, ¹⁹⁵ et cela par le biais de la notion de « *travailleur libre* ».
- 133 Les travailleurs libres seraient « *des personnes indépendantes agissant seules et mettant à disposition d'un autre entrepreneur leur activité personnelle et sans l'aide d'un tiers, pendant un temps plus ou moins long, de manière exclusive ou presque, étant précisé qu'ils demeurent autonomes dans l'organisation de leur travail, tant d'un point de vue temporel que matériel* ». ¹⁹⁶ Ils seraient au bénéfice d'un contrat de travail *sui generis*, dont une partie seulement des règles

¹⁹¹ HARDER (2001), p. 985, n° 3.

¹⁹² TF du 25 janvier 2007, 4C_276/2006, c. 4.6.1 ; ZK-STAEHELIN (2006), n° 29 ad art. 319 CO, p. 27.

¹⁹³ TF du 19 juillet 2017, 4A_10/2017, c. 3.1 ; voir aussi TF du 24 mai 2005, 4P.36/2005, c. 2.3 ; ATF 130 III 213, c. 2.1.

¹⁹⁴ TF du 24 mai 2005, 4P.36/2005, c. 2.3 ; TF du 9 mars 2004, 4P.83/2003, c. 3.2.

¹⁹⁵ TF du 25 janvier 2007, 4C_276/2006, c. 4.3.1

¹⁹⁶ TF du 9 mars 2004, 4P.83/2003, c. 3.2.

protectrices du contrat de travail leur serait appliquée¹⁹⁷ (ex : art. 328 CO ou art. 321e CO),¹⁹⁸ ne constituant ni des salariés, ni des indépendants,¹⁹⁹ mais une sorte d'entre-deux, formant là une troisième catégorie de travailleur.

Les travailleurs libres incarneraient donc, à la lecture de cette définition jurisprudentielle et selon le créateur originel de cette notion Wolfgang Harder dont le Tribunal fédéral s'inspire ici, des travailleurs indépendants d'un point de vue organisationnel, soit spatial et temporel,²⁰⁰ ainsi que hiérarchique, mais indépendant au niveau économique. Cette dépendance économique s'observe dans la définition par la nécessité pour le travailleur de ne dépendre que d'un ou peu d'employeurs, soit peu de sources de revenus, ce qui constitue un critère de l'élément économique en droit du travail. Harder précise également que ces travailleurs renoncent aux succès économiques que produirait leur force de travail en la mettant au profit d'un employeur/mandataire, ce qui représente là encore un critère de cet élément économique, soit un renoncement à une activité entrepreneuriale propre.

134

Cette notion de travailleur libre n'a jamais été reprise depuis par la jurisprudence du Tribunal fédéral qui a préféré incorporer dans le principe de rapport de subordination au sens large cette notion d'élément économique,²⁰¹ plutôt que d'insister à la création d'une troisième forme hybride de travailleur. Celle-ci a en somme constituée la prémisse de l'élément économique. C'est en cela qu'il n'y aurait aujourd'hui de toute manière plus aucun intérêt à invoquer cette notion, celle-ci étant d'une certaine manière prise en compte dans l'actuelle définition du rapport de subordination au sens large. Mais surtout, cela serait inacceptable, car il serait injustifiable, et cela l'était déjà à l'époque de la création de cette notion, de n'octroyer qu'une partie des protections du contrat de travail à des travailleurs qui ne posséderaient qu'une dépendance économique avec leur employeur. En effet, comme nous le verrons en **troisième partie** de thèse, notamment dans le cadre du travail temporaire et de la mise à disposition à titre principal, les travailleurs issus de ces relations de travail ne possèdent aussi qu'une dépendance économique avec leur employeur, mais ont à l'inverse toujours été considérés comme des travailleurs normaux à part entière ayant accès à tous les droits offerts par le contrat de travail.

135

¹⁹⁷ TF du 24 mai 2005, 4P.36/2005, c. 2.3 ; TF du 9 mars 2004, 4P.83/2003, c. 3.2.

¹⁹⁸ HARDER (2001), p. 988, n° 2 et 3.

¹⁹⁹ TF du 9 mars 2004, 4P.83/2003, c. 3.2.

²⁰⁰ HARDER (2000), p. 137, lit. C.

²⁰¹ TF du 9 février 2009, 4A_553/2008, c. 4.1 ; TF du 25 janvier 2007, 4C_276/2006, c. 4.3.1.

**Deuxième partie : Analyse critique
du rapport de subordination au sens
large**

Le rapport de subordination au sens large souffre, en droit suisse, d'un paradoxe bien malvenu. Il est à la fois l'élément caractéristique du contrat de travail, soit l'outil essentiel à sa qualification en tant que tel, et en même temps son élément présentant le plus grand nombre de ce que nous appellerons des « *faiblesses* ». Des faiblesses qui sont susceptibles de mettre en danger le fonctionnement juridique et pratique du monde du travail dans lequel nous évoluons et celui de demain que nous nous apprêtons à embrasser.

136

Cette partie nous permettra, dans un premier temps, d'éclairer ces différentes faiblesses du rapport de subordination au sens large, sous l'angle principalement de son rôle de qualificateur juridique (**Chapitre 4**). Puis, dans un second temps, nous observerons les conséquences de ces faiblesses sur et dans l'ordre juridique suisse et plus généralement le monde du travail (**Chapitre 5**).

137

Chapitre 4 : Faiblesses du rapport de subordination au sens large

Le rapport de subordination au sens large présente un grand nombre de faiblesses, que nous pourrions tout aussi bien appeler « *défauts* », inhérents à sa définition, aux éléments qui le caractérisent, à sa place et son rôle dans le droit social et, plus largement, l'ordre juridique suisse. 138

Nous commencerons par examiner la faible présence de la notion de rapport de subordination au sens large dans la loi (§1), puis le caractère fluctuant de sa définition (§2). Nous mettrons ensuite en exergue l'absence de méthode claire et précise quant à l'utilisation de ses éléments caractéristiques (§3), la présence d'indices en faveur de ses mêmes éléments dans d'autres contrats (§4) et son incapacité à fournir une présomption légale d'existence d'un contrat de travail (§5). Enfin, nous conclurons en soulevant les divergences qu'il présente avec le droit des assurances sociales quant à la manière de qualifier une partie de travailleur dépendant, soit de salarié, ou non (§6). 139

§ 1 Faible présence dans la loi

La première faiblesse à laquelle nous pensons, s'agissant du rapport de subordination au sens large, est sa maigre, ou plutôt, infime présence dans la loi. Nous l'avons vu, la notion de rapport de subordination au sens large ne découle de la loi, soit de l'art. 319 al. 1^{er} CO, que du fait que l'employé agit « *au service* » de l'employeur. 140

Il s'agit là d'un renvoi très peu marqué, faible et aucunement clair à la notion de rapport de subordination au sens large. Alors même que ce dernier est l'élément caractéristique du contrat de travail, la référence qu'il en est fait dans la définition de son contrat hôte est quasiment nulle. 141

- 142 Le soin est donc laissé à la jurisprudence, pourtant inférieure à la loi en vertu de la hiérarchie des normes (art. 1^{er} CC),²⁰² de définir une notion capitale du droit du travail, ci ce n'est la notion la plus importante. Le rapport de subordination au sens large n'est dès lors pas solidement ancré dans l'ordre juridique suisse et son niveau de norme le plus élevé.
- 143 À ce titre, le Conseil fédéral s'est prononcé sur la question, mais en matière d'assurances sociales, suite au Postulat Nantermod du 16 mars 2017, qui invitait celui-ci à examiner l'opportunité d'utiliser des critères du droit du travail pour distinguer la notion de travailleur indépendant et salarié en lieu et place de ceux utilisés en droit des assurances sociales et de l'inscrire dans la loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales plutôt que d'abandonner cette tâche à la jurisprudence.²⁰³ Le Conseil fédéral a estimé, en sus du fait que les critères du droit des assurances sociales (voir analyse ci-après, cf. 161ss) étaient légitimement différents et que cela était adéquat, que de conserver une définition jurisprudentielle était plus satisfaisant en cela que les critères pourraient plus facilement et rapidement être changés et adaptés à l'évolution du monde du travail que s'ils étaient prévus dans la loi.²⁰⁴ Nous pensons, au contraire, et en accord avec le postulat Nantermod, que cela crée, comme nous l'examinerons en détail ci-après dans les conséquences des différentes faiblesses, une insécurité juridique importante,²⁰⁵ permettant certes au droit de s'adapter aux évolutions du monde du travail, mais sans que les individus n'aient eux la possibilité de le prévoir ni de l'anticiper. La stabilité de la loi devrait être préférée à la vitesse imprévisible de la jurisprudence.
- 144 Il convient aussi de rappeler que le droit suisse est un droit de « *Civil law* » et que l'utilisation de la jurisprudence ne devrait servir qu'à préciser la loi et à lui donner un sens en vue de l'appliquer²⁰⁶ et non à la remplacer.

²⁰² LE ROY/SCHÖENENBERGER (2015), pp. 89 et 192.

²⁰³ NANTERMOD (Mar. 2017), p. 1.

²⁰⁴ Avis du Conseil fédéral du 24 mai 2017.

²⁰⁵ ADLER/SALVI (2017), p. 52.

²⁰⁶ LE ROY/SCHÖENENBERGER (2015), pp. 190 et 191.

§ 2 Définition fluctuante

La seconde faiblesse que nous pourrions soulever s'agissant du rapport de subordination au sens large est le caractère fluctuant de sa définition. Si la loi ne définit quasiment pas le rapport de subordination au sens large, la jurisprudence lui a attribué un grand nombre de définitions évoluant au fil du temps, et auxquelles nos auteurs se sont brillamment adaptés en proposant leur propre définition à eux. Or, en théorie, la jurisprudence est tenue d'instiguer une forme de sécurité du droit en appliquant avec continuité et unité la loi.²⁰⁷ 145

Il est vrai cependant que si les termes de la définition changent, le fond reste fondamentalement le même, ne rendant pas la tâche impossible pour les autorités judiciaires de conserver une pratique uniforme en usant d'appellations différentes. Toutefois, cela présente un risque non négligeable. Lorsque les termes changent, se mélangent et s'interchangent, ils tendent à se confondre ; et c'est là la définition entière du rapport de subordination au sens large qui est en péril. 146

Il est à noter néanmoins que malgré ce caractère instable de la définition de l'élément le plus fondamental du contrat de travail qui affaiblit sa position dans son rôle de qualificateur d'une relation donnée en un contrat du type de ce dernier, une certaine systématique et stabilité semble s'être installée dans la présentation de sa notion ces dernières années dans la jurisprudence. 147

§ 3 Absence de méthode d'utilisation de ses éléments caractéristiques

Il s'agit là de l'une des plus grosses faiblesses de notre rapport de subordination au sens large. La jurisprudence, pas plus que la doctrine, n'offre une méthode satisfaisante du maniement des éléments du rapport de subordination au sens large (hiérarchique, organisationnel et économique) dans la qualification d'un contrat en contrat de travail.²⁰⁸ En d'autres termes, nous détenons les outils nécessaires à la réalisation de cette tâche qu'est la qualification d'un contrat en contrat de travail, mais nous ne saurions réellement dire comment utiliser ces mêmes outils pour mener à bien cette mission. 148

Certes, la jurisprudence avance l'idée qu'il faudrait se fier à l'« *image globale* » (cf. 131ss) que rendrait une relation contractuelle donnée, comme si, et cela n'est qu'interprétation de notre part, bien que peu hasardeuse, il fallait effectuer 149

²⁰⁷ *Idem*, p. 190.

²⁰⁸ Harder (2001), p. 986, n° 4.

une balance des éléments en présence. Malheureusement, en plus de n'être pratiquement jamais rappelée par la jurisprudence, cette notion d'image globale ne nous donne pas de véritable méthode d'utilisations des différents éléments. Si celle-ci semble permettre, dans le cadre d'une relation de travail, la reconnaissance de ce rapport de subordination au sens large, et donc d'un contrat de travail, en l'absence même d'un ou plusieurs de ses éléments caractéristiques,²⁰⁹ rien ne nous est précisé sur le poids de ces éléments. Ont-ils tous la même force juridique ? Un seul élément si grandement représenté dans une relation contractuelle peut-il faire pencher la balance pour la reconnaissance d'un rapport de subordination au sens large et ainsi l'application des règles du contrat de travail malgré l'absence des autres éléments ?

- 150 Si cette faiblesse apporte son lot de conséquences que nous étudierons après, elle n'est pas non plus sans contrevenir aux recommandations de l'OIT. La recommandation n° 198 sur la relation de travail du 15 juin 2006 à laquelle la Suisse est partie, invite les états membres signataires à « *fournir aux intéressés, en particulier aux employeurs et travailleurs, des orientations sur la manière de déterminer efficacement l'existence d'une relation de travail* », ²¹⁰ ainsi qu'à « *promouvoir des méthodes claires pour orienter les travailleurs et les employeurs sur la manière de déterminer l'existence d'une relation de travail* ». ²¹¹ Il serait présomptueux, en l'espèce, de considérer que le droit du travail suisse fournisse des méthodes claires et efficaces pour arrêter l'existence d'un contrat de travail et satisfasse aux recommandations de l'OIT par lesquelles il est lié.
- 151 Il convient toutefois de préciser que les recommandations de l'OIT n'imposent pas d'obligations aux États membres et ne sont par ailleurs pas soumises à ratifications. ²¹² À l'inverse, les conventions de l'OIT, également adoptées par l'OIT, sont soumises à ratification des États membres et imposent à ces derniers de mettre en oeuvre les mesures nécessaires afin de respecter et faire respecter les obligations qui en découlent. ²¹³

²⁰⁹ TF du 9 mars 2004, 4P.83/2003, c. 3.2.

²¹⁰ Recommandation n° 198 de l'OIT sur la relation de travail (2006), art. 4 lit. a.

²¹¹ *Idem*, art. 10.

²¹² AUBERT (2019), p. 262.

²¹³ *Ibid.*

§ 4 Indices de présence de ses éléments caractéristiques émanant d'autres contrats

Le contrat de travail est l'unique contrat en droit suisse qui possède le rapport de subordination au sens large comme élément objectivement essentiel. Toutefois, il n'est pas le seul contrat qui présente des indices de présences de l'un ou plusieurs de ses éléments constitutifs (hiérarchique, organisationnel et économique), dans son système juridique. 152

S'agissant de l'élément hiérarchique, on trouve trace de caractéristiques et d'indices en faveur de son existence dans le contrat de mandat et dans le contrat d'entreprise. Nous pensons là à la délivrance d'instructions, respectivement du mandant au mandataire et du maître de l'ouvrage à l'entrepreneur, bien que ceux-ci conservent, il est vrai, une certaine marge de manœuvre et liberté quant à celles-ci.²¹⁴ En effet, les instructions dans le contrat de travail se différencient de celles du contrat de mandat en ce sens qu'elles « *ne se limitent pas à de simples directives générales sur la manière d'exécuter la tâche, mais {...} influent sur l'objet et l'organisation du travail et instaurent un droit de contrôle de l'ayant droit* ». ²¹⁵ Dans le contrat d'entreprise, la distinction est plus compliquée à établir car les instructions peuvent directement concerner la méthode précise de travail et l'organisation de leur réalisation (art. 369 CO),²¹⁶ même si celles-ci ne sauraient être imposées à l'entrepreneur après la conclusion du contrat que si une telle réserve quant à la possibilité pour le maître de diriger les travaux et de donner des ordres en tout temps y a été prévue.²¹⁷ 153

Concernant l'élément organisationnel, nous pensons au contrat de franchise qui présente, en tout cas pour son élément spatial, des indices. En effet, le franchisé utilise le nom et le matériel du franchiseur,²¹⁸ comme un travailleur porterait un costume, une carte de visite, et userait d'outils de son entreprise, le rattachant spatialement à celle-ci. S'agissant de l'élément temporel, en raison du fait que 154

²¹⁴ BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ (2010), n° 6 *ad* art. 319 CO, p. 38 ; TERCIER/BIERI/CARRON (2016), p. 481, n° 3546.

²¹⁵ TF du 19 juillet 2017, 4A_10/2017, c. 3.1.

²¹⁶ GAUCH (1999), p. 532, n° 1928.

²¹⁷ *Idem*, p. 532, n° 1932 et 1933.

²¹⁸ ATF 134 I 303, c. 3.2 ; TF du 11 octobre 2000, 4C.228/2000, c. 3.

le franchisé doit suivre le concept de vente du franchiseur,²¹⁹ il n'est pas non plus impossible qu'il soit obligé de respecter, pour le cas d'un magasin par exemple, certaines heures et certains jours d'ouverture, exposant là des indices en sa faveur.

- 155 Enfin, concernant l'élément économique, la jurisprudence considère clairement que celui-ci pourrait se trouver dans un contrat sans qu'il ne s'agisse d'un contrat de travail.²²⁰ Nous préférons ici tempérer ces propos et préciser que l'existence d'indices de certains de ses critères constitutifs au sein d'un contrat qui ne serait pas de travail est possible, mais que cela n'implique pas pour autant la reconnaissance de ces critères et encore moins l'existence d'une dépendance économique. Nous pourrions mentionner l'exemple de l'art. 418 d al. 2 CO concernant le contrat d'agence. En vertu de cet article, et comme dans le cadre du contrat de travail dont les dispositions y relatives s'appliquent ici, l'agent a la possibilité de contracter avec son mandant une clause de prohibition de concurrence en faveur de ce dernier, lui permettant toutefois le gain en échange d'un droit lui offrant une indemnité obligatoire à laquelle il ne peut renoncer.²²¹ Les restrictions à l'activité économique constituent, nous l'avons vu, l'un des cinq critères de présence d'une dépendance économique.
- 156 Si ces différents exemples de présences d'indices d'éléments du rapport de subordination au sens large dans des relations contractuelles autres que le contrat de travail ne devraient pas nous amener à conclure forcément à leur présence, ils permettent de nous indiquer la fragilité des barrières contractuelles et des critères qui s'affairent à les maintenir. Ces critères sont-ils finalement caractéristiques du contrat de travail et du contrat de travail seulement ?
- 157 Bien sûr, nous possédons d'autres critères que le rapport de subordination au sens large pour distinguer le contrat de travail d'autres contrats, comme la durée de l'engagement, l'obligation de résultat ou le mode de rémunération pour le différencier par exemple du contrat de mandat et du contrat d'entreprise.²²²

²¹⁹ *Ibid.*

²²⁰ TF du 25 janvier 2007, 4C_276/2006, c. 4.6.1.

²²¹ TERCIER/BIERI/CARRON (2016), p. 744, n° 5090.

²²² TF du 3 septembre 2015, 4A_200/2015, c. 4.2.2 ; TF du 9 mars 2004, 4P.83/2003, c. 3.2 ; WYLER/HEINZER (2019), pp. 22-24, lit. a et b.

Pourtant, n'oublions pas que c'est normalement bien ce rapport de subordination au sens large qui reste le critère décisif dans cette tentative de distinction.²²³

§ 5 Absence de présomption légale

La recommandation n° 198 de l'OIT sur la relation de travail du 15 juin 2006 à laquelle la Suisse est partie invite les états membres à « *établir une présomption légale d'existence d'une relation de travail lorsqu'on est en présence d'un ou de plusieurs indices pertinents* ». ²²⁴ L'objectif serait de pouvoir automatiquement classer une relation de travail comme soumise aux règles du contrat de travail en présence de certains indices, de manière à favoriser la sécurité juridique, soit permettre aux individus de plus facilement prévoir l'impact juridique de leurs actions. 158

Le droit suisse comprend un art. 320 al. 2 CO qui avance qu'un contrat de travail « *est réputé conclu lorsque l'employeur accepte pour un temps donné l'exécution d'un travail qui, d'après les circonstances, ne doit être fourni que contre un salaire* ». L'art. 320 al. 2 CO offre là une présomption irréfragable de l'existence d'un contrat de travail lorsque la rémunération apparaît, au regard des circonstances objectives du cas d'espèce, la raison principale pour laquelle une partie exécute sa prestation en faveur d'une autre. ²²⁵ Cette présomption permet de s'absoudre de la volonté des parties, se contentant d'évaluer la qualification juridique d'une relation de travail en se basant sur des faits objectifs, et cela tant que l'employeur a donné son consentement quant à l'accomplissement de la prestation de travail, que cette dernière a déjà été entamée par le travailleur, et que bien sûr les éléments objectivement essentiels du contrat de travail sont remplis. ²²⁶ 159

Mais s'agit-il du même type de présomption légale que celle prônée par la convention de l'OIT ? À notre sens, non. Les indices dont il est question, au sens 160

²²³ WYLER/HEINZER (2019), pp. 22-25, lit. a et b.

²²⁴ Recommandation n° 198 de l'OIT sur la relation de travail (2006), art. 11, lit. b.

²²⁵ BK-REHBINDER/STÖCKLI (2010), n° 17 *ad* art. 320 CO, p. 78 ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (2012), n° 6 *ad* art. 320 CO, p. 139 ; WYLER in : DUNAND/MAHON (2013), n° 21 *ad* art. 320 CO, p. 35.

²²⁶ WYLER in : DUNAND/MAHON (2013), n° 21 *ad* art. 320 CO, pp. 35 et 36.

de la présomption avancée par l'OIT sont, à titre d'exemple, un nombre minimum d'heures et de jours réalisés par semaines ou l'obligation de visiter une certaine catégorie de client dans une région déterminée.²²⁷ Il s'agit donc d'indices factuels précis et non de critères juridiques dont l'existence dépendra d'une balance entre des faits d'un cas d'espèce. En effet, l'art. 320 al. 2 CO garantit l'existence d'un contrat de travail sous certaines conditions auxquelles s'additionne la présence nécessaire des éléments objectivement essentiels du contrat de travail, mais ne donne aucun indice quant à la détermination de ces éléments et plus exactement du rapport de subordination au sens large. Il n'existe donc pas, en droit suisse, une telle présomption légale au sens de l'OIT quant à l'existence d'un contrat de travail. En aucun cas les acteurs du monde du travail en Suisse ne peuvent, ne serait-ce même que dans certains cas forts clairs, être mis au bénéfice d'une présomption légale d'un contrat de travail. Ils ne peuvent, là encore, pour déterminer l'existence d'un rapport de subordination au sens large, que se fier à l'idée vague « *d'image globale* ».

§ 6 Non-conformité avec le droit des assurances sociales

- 161 Malgré, comme nous le verrons (cf. 206ss), la subsistance d'un lien fort entre le droit des assurances sociales et le droit du travail au travers de leur but social et protecteur commun du salariat, ceux-ci n'offrent pas d'approche uniforme quant à qualification d'une partie en statut de salarié. Nous examinerons donc la notion de salarié en droit des assurances sociales (**A**), son analyse comparative vis-à-vis de la notion en droit du travail (**B**), la différence qu'il peut y avoir entre subordination et dépendance (**C**), et l'effet d'une qualification en droit des assurances sociales d'un individu comme salarié ou indépendant sur le droit du travail et inversement (**D**).

²²⁷ Guide annoté sur la Recommandation n° 198 de l'OIT sur la relation de travail (2006), pp. 28 et 29.

A. Notion de salarié en droit des assurances sociales

Pour qu'une partie soit considérée comme salariée au regard du droit des assurances sociales, celle-ci doit toucher une rémunération dans le cadre d'une activité lucrative dépendante (art. 5 al. 2 LAVS),²²⁸ à l'inverse d'une activité lucrative indépendante (art. 9 al. 1^{er} LAVS). L'activité lucrative dépendante comporte, comme la notion de contrat de travail, quatre éléments objectivement essentiels nécessaires à sa reconnaissance et par ailleurs semblables à ceux de ce même contrat de travail. Elle requiert l'exécution d'un travail, pour une certaine durée, contre rémunération, et dans le cadre d'une activité dépendante.²²⁹ Si les trois premiers éléments correspondent quasiment à l'identique aux trois premiers éléments du contrat de travail que sont respectivement une prestation de travail, une durée, et un salaire, il n'en est rien de la notion d'activité dépendante en comparaison avec la notion de rapport de subordination au sens large.²³⁰

La jurisprudence précise que la reconnaissance d'une activité dépendante dépend de l'existence, entre deux parties, d'un rapport économique,²³¹ ou subordination économique,²³² qui implique l'observation de l'ensemble des circonstances ou conditions économiques (*wirtschaftlichen Gegebenheiten*)²³³ d'un cas d'espèce. Est au bénéfice d'une subordination économique, « celui qui dépend d'un employeur quant à l'organisation du travail et à l'économie de l'entreprise et ne supporte pas le risque économique encouru par l'entrepreneur »,²³⁴ ou pour une définition jumelle en allemand, « wer von einem Arbeitgeber in betriebswirtschaftlicher bzw. arbeitsorganisatorischer Hinsicht abhängig ist und kein spezifisches Unternehmerrisiko trägt ». ²³⁵ Afin de déterminer cela, sont

²²⁸ TF du 26 janvier 2018, 9C_601/2017, c. 4.1 ; VALTERIO (2011), p. 74, n° 217.

²²⁹ ROUSSELLE-RUFFIEUX in : WYLER (2012), p. 188, n° 1.2.

²³⁰ *Idem*, p. 188, n° 1.2.

²³¹ TFA du 30 août 1966, c. 1 in : RCC 1966, p. 570.

²³² *Idem*, c. 2.

²³³ TF du 26 janvier 2018, 9C_601/2017, c. 4.1 ; TFA du 15 janvier 1992, c. 3 in : RCC 1992, p. 173 ; ATF 110 V 72, c. 4, lit. a.

²³⁴ TF du 23 août 2017, C-3593, c. 7.1 ; TFA du 15 janvier 1992, c. 3 in : RCC 1992, p. 173.

²³⁵ TF du 26 janvier 2018, 9C_601/2017, c. 4.1.

décisifs « *le droit de l'employeur de donner des instructions, le rapport de subordination du travailleur à l'égard de celui-ci, ainsi que l'obligation de ce dernier d'exécuter personnellement la tâche qui lui est confiée.* »²³⁶

- 164 La jurisprudence retient donc que serait au bénéfice d'un rapport économique et donc exercerait une activité dépendante, une partie qui serait, vis-à-vis d'une autre partie, soumise à un pouvoir d'instruction qui participe à l'élaboration de l'économie d'une entreprise,²³⁷ à une dépendance économique, à une subordination à l'égard de son organisation du travail et de son emploi du temps, et qui serait au bénéfice d'une absence de risque économique quant à l'activité qu'elle réalise pour cette même partie.²³⁸
- 165 La jurisprudence avance enfin que la notion d'activité dépendante engloberait les rapports créés par un contrat de travail tout en les dépassant, la notion se voulant plus large que celle du rapport de subordination au sens large.²³⁹
- 166 Cette définition de la notion d'activité lucrative dépendante au sens de l'art. 5 al. 2 LAVS, tout comme celle d'activité lucrative indépendante (art. 9 al. 1^{er} LAVS), s'applique à l'ensemble du droit des assurances sociales.²⁴⁰ En effet, lorsque ces notions sont explicitées par des dispositions de la LPP (art. 2 LPP) ou la LACI (art. 2 LACI) pour ne citer qu'elles, celles-ci renvoient tacitement aux articles susnommés de la LAVS et à sa pratique générale pour en déterminer le fond.²⁴¹

B. Analyse et comparaison avec le droit du travail

- 167 Pour rappel, en droit du travail, afin qu'une partie soit considérée comme salariée, celle-ci doit être au bénéfice d'un contrat de travail et donc, *a priori*, être soumise à un rapport de subordination au sens large vis-à-vis d'une deuxième partie, son employeur.

²³⁶ TF du 23 août 2017, C-3593, c. 7.2 ; TF du 19 mai 2006, H 6/05, c. 2.3 (l'arrêt ne contient pas ici, bien que cela n'ait aucune importance, la partie « *ainsi que* » de la citation).

²³⁷ VALTERIO (2011), p. 75, n° 220.

²³⁸ TF du 26 janvier 2018, 9C_601/2017, c. 4.1 ; TFA du 15 janvier 1992, c. 3 in : RCC 1992, p. 173 ; TFA du 30 août 1966, c. 1 in : RCC 1966, p. 570.

²³⁹ TF du 19 mai 2006, H 6/05, c. 2.3.

²⁴⁰ GREBER/KAHIL-WOLFF/FRÉSARD-FELLAY/MOLO (2010), p. 109, n° 75.

²⁴¹ *Idem*, p. 109, n° 75.

À première vue, la notion du rapport de subordination au sens large et celle d'activité dépendante ne paraissent pas tant éloignées. La définition d'activité dépendante par le principe de « *rapport économique* » ou « *subordination économique* » semble reprendre à la fois certains aspects des éléments spatial, temporel et hiérarchique du rapport de subordination au sens large, mais également l'un des critères de son élément économique qu'est l'absence de risque d'entreprendre. Tous ces éléments constitueraient en réalité ces fameuses « *circonstances économiques* » du cas d'espèce. 168

C'est ainsi qu'il nous semble retrouver, de prime abord toujours, de forts aspects ou peut-être les éléments du rapport de subordination au sens large eux-mêmes, mais présentés comme des indices d'une subordination économique, témoin unique de l'existence d'une activité dépendante. En quoi cette conception s'opposerait-elle finalement tant que cela au droit du travail, si ce n'est qu'elle serait plus large ? Ce que nous y appelons rapport de subordination au sens large est certes appelé activité dépendante, mais les éléments la constituant sont apparemment tout ou en partie les mêmes. Oui, apparemment. 169

En effet, une première hypothèse serait de considérer que si le droit des assurances sociales semble requérir les mêmes éléments au fond que ceux du droit du travail pour déterminer le caractère de salarié d'une partie, ils servent, dans le cadre des assurances sociales, à démontrer un rapport économique, les indices au service de l'élément économique au sens du droit du travail possédant donc un poids forcément plus important. Cela se vérifie à la lecture des éléments permettant de pencher pour une activité indépendante au sens de l'art. 9 al. 1^{er} LAVS et dès lors pour l'absence d'une subordination économique, qui correspondent essentiellement à des indices en faveur de l'élément économique au sens du droit du travail. En effet, l'on retiendra en priorité, et typiquement, l'existence d'une activité indépendante lorsqu'une partie, par sa force de travail et son capital engagé au service d'une structure économique qui lui appartient, travaille à l'élaboration de produits et de service en vue de les aliéner en échange d'une contre-prestation financière.²⁴² Cela se concrétise principalement quand la partie concernée encourt un risque économique à l'accomplissement de sa prestation en réalisant des investissements conséquents et en assumant le paiement des frais généraux de son activité et de la location de ses locaux.²⁴³ On constate bien là l'aspect économique, de la définition de rapport économique ou subordination économique examiné précédemment, ressortir. Ainsi, et assez logiquement, vu que l'objectif est de démontrer l'existence d'un rapport économique, le droit des assurances sociales placerait donc les indices touchant à ce 170

²⁴² ATF 125 V 383, c. 2, lit. a ; ATF 115 V 161, c. 9, lit. a ; VALTERIO (2011), p. 76, n° 22.

²⁴³ VALTERIO (2011), p. 76, n° 22-23.

qui serait l'élément économique du rapport de subordination au sens large en droit du travail, de manière implicite, au-dessus des indices liés aux deux autres éléments (hiérarchique et organisationnel). Toutefois, cette hypothèse ne nous semble pas encore tout à fait juste.

- 171 La seconde, que nous soutenons et qui se situe dans le prolongement de la précédente, consiste à considérer qu'en réalité, tous les critères de l'activité dépendante et donc ces indices ou éléments de subordination économiques qui la définissent, relèvent, selon nous, uniquement de l'élément économique au sens du droit du travail. En effet, quand la jurisprudence parle d'organisation du travail, il faut l'entendre d'un point de vue économique. Ainsi il n'est pas décisif de savoir si l'employé évolue dans un bâtiment extérieur à l'entreprise, caractéristique d'une absence de l'élément spatial, mais de savoir si l'employé paye son propre loyer dans ce bâtiment extérieur, caractéristique de l'élément économique. Là où le droit du travail pourrait classer sous deux éléments un même indice, le droit des assurances sociales n'en retient que l'aspect économique. Quant aux pouvoirs de donner des instructions, ce n'est pas tant le fait d'être soumis à un pouvoir décisionnel tiers que la soumission de son libre arbitre économique et la renonciation à mener une activité économique propre qui est déterminante. Encore une fois, cela est dû au fait qu'il faille démontrer un rapport économique et pas un rattachement hiérarchique, spatial et temporel à une entreprise. Ce n'est pas tant l'aspect personnel du travailleur et son rapport humain avec l'entreprise que ses aspirations, son comportement et ses activités liés à ses finances et ses économies vis-à-vis d'elle qui sont déterminantes.
- 172 C'est en cela aussi qu'il devient plus facile pour la jurisprudence en droit des assurances sociales, à l'inverse du droit du travail, d'exprimer qu'il doit être effectué une balance des intérêts entre les indices penchant pour une subordination économique et ceux penchant pour une activité indépendante dans un cas concret afin de déterminer les caractéristiques prépondérantes et donc la nature de l'activité concernée.²⁴⁴ En effet, le droit des assurances sociales ne cherche en réalité qu'à démontrer, si transposé en droit du travail, l'existence d'un seul élément, soit l'élément économique. Le droit du travail, lui, présente deux autres éléments totalement différents que sont les éléments hiérarchique et organisationnel pour qualifier un individu de salarié. C'est donc une balance entre ces trois éléments qui serait nécessaire et que l'idée d'« *image globale* » seule n'aide pas à éclaircir. Comment décider si l'aspect économique devrait peser plus que l'aspect organisationnel ou hiérarchique, ou l'inverse ? Les critères

²⁴⁴ TF du 23 août 2017, C-3593, c. 7.1 ; TFA du 15 janvier 1992, c. 3 in : RCC 1992, p. 174.

d'existence de chacun sont bien trop différents pour être comparés sans méthode plus précise.

Nous voyons ainsi bien que la notion d'activité dépendante ne dépasse finalement pas, ni n'englobe les rapports de droit privé, soit la notion de rapport de subordination au sens large qui rassemble déjà l'élément économique dans la jurisprudence récente, et qu'elle est donc à l'inverse plus restrictive en cela qu'elle ne concerne que les indices qui rentreraient, en droit du travail, dans l'élément économique. La notion est en somme plus large en droit du travail qu'en droit des assurances sociales, celle-ci s'attardant à la fois sur le rapport humain et personnel entre un travailleur et son entreprise, mais également son rapport économique et financier. C'est en cela continûment et bien évidemment que nous ne sommes pas d'accord avec la thèse qui avancerait qu'un salarié au sens du droit du travail serait forcément un salarié au sens du droit des assurances sociales.²⁴⁵ L'inverse ne serait d'ailleurs pas nécessairement vrai, l'élément économique du droit du travail et la notion de subordination économique des assurances sociales n'étant tout d'abord pas identique, puis le droit du travail faisant appel à trois autres critères que sont l'élément hiérarchique, temporel et spatial que le droit des assurances sociales n'examine en réalité pas au sens de ce dernier droit.

173

C. Subordination = dépendance ?

Nous remarquons qu'en droit des assurances sociales, mais également en droit du travail, dans la jurisprudence et la doctrine, les termes « *subordination* » et « *dépendance* » sont utilisés sans distinction, se présentant comme des synonymes parfaits, ou l'un comme cause et conséquence de l'autre, créant par ailleurs des enchevêtrements entre les deux domaines du droit. Cet exemple en droit du travail illustre particulièrement bien le propos lorsque le Tribunal fédéral déclare : « *Le critère de la subordination doit être examiné à l'aune de l'ensemble des circonstances du cas particulier pour déterminer si un travail est effectué de manière dépendante ou indépendante* ». ²⁴⁶

174

Pourtant, si la subordination ne devait impliquer qu'un élément de contrôle, soit à notre sens de soumission personnel de l'employé, la dépendance ne devrait être que d'ordre économique.²⁴⁷ Nous devrions donc parler de dépendance pour

175

²⁴⁵ ROUSSELLE-RUFFIEUX in : WYLER (2012), p. 199, lit. V.

²⁴⁶ TF du 3 septembre 2015, 4A_200/2015, c. 4.2.2.

²⁴⁷ Guide annoté sur la recommandation n° 198 de l'OIT sur la relation de travail (2006), p. 34, n° 1.

l'élément économique et de subordination pour les autres éléments. Cela permettrait de mettre en exergue la divergence entre les trois premiers éléments du rapport de subordination au sens large qui s'attardent à analyser le rapport « *humain* » et « *physique* » du travailleur avec l'entreprise et l'élément économique qui s'intéresse au rapport purement économique et financier entre ces deux derniers. Toutefois, tant que les différents éléments sont nettement démarqués les uns des autres, le terme utilisé à leur encontre n'a pas le moindre effet sur le raisonnement juridique, si ce n'est celui de nous perturber quelque peu dans notre compréhension des notions. C'est en cela que nous adoubons une fois de plus, si tant est que cela soit possible, la notion de rapport de subordination au sens large, qui a le mérite de délimiter clairement l'élément hiérarchique des trois autres, sans pour autant exclure lexicalement parlant l'élément économique, qui peut très bien se comprendre comme une subordination économique, soit une soumission au contrôle et pouvoir économique de l'employeur.

D. Effets d'une qualification en droit des assurances sociales d'un individu comme salarié ou indépendant sur le droit du travail et inversement

- 176 En droit des assurances sociales, n'est pas déterminante pour qualifier une partie de salarié la qualification retenue en droit du travail quant à sa relation de travail avec son employeur.²⁴⁸ En d'autres termes, les rapports d'obligations de droit privé n'affectent pas la nature juridique d'une relation de travail en droit des assurances sociales. Elle ne constitue tout au plus qu'un indice en faveur ou défaveur d'une activité dépendante ou indépendante.²⁴⁹ Ainsi, si une relation présente bien, au sens du droit du travail, une partie subordonnée à un employeur et donc un salarié au bénéfice d'un contrat de travail, ce même travailleur ne sera pas obligatoirement considéré comme salarié au sens du droit des assurances sociales.

²⁴⁸ TFA du 15 janvier 1992, c. 3 in : RCC 1992, p. 173 ; ATF 110 V 72, c. 4, lit. a ; TFA du 30 août 1966, c. 1 in : RCC 1966, p. 570 ; VALTERIO (2011), p. 74, n° 218.

²⁴⁹ TFA du 15 janvier 1992, c. 3 in : RCC 1992, p. 173.

À l'inverse, un individu cotisant aux assurances sociales n'est pas obligatoirement au bénéfice d'un contrat de travail,²⁵⁰ la qualification juridique d'un contrat en contrat de travail ne dépendant pas de la nature juridique de l'activité lucrative en droit des assurances sociales. Là encore, cette dernière ne peut constituer qu'un indice penchant pour l'existence ou non d'un rapport de subordination au sens large et donc d'un contrat de travail.²⁵¹ 177

Un travailleur pourrait dès lors être salarié au sens du droit du travail, mais pas au sens du droit des assurances sociales et inversement. S'il n'a toutefois, à l'heure actuelle, encore jamais été constaté l'existence de deux décisions, l'une émanant du droit du travail et l'autre des assurances sociales, qui s'opposeraient quant à la qualification d'une même partie en salarié ou non et pour la même activité, toujours est-il que la décision d'un des domaines ne lie pas l'autre, et que dans la pratique, une partie restera soumise à un contrat de travail alors même qu'une décision a qualifié la relation d'indépendante au sens du droit des assurances sociales; l'inverse est bien évidemment possible. 178

À noter que lorsqu'une personne exerce plusieurs activités lucratives donnant donc lieu à plusieurs revenus, il doit être examiné la nature de chacune de ces activités indépendamment de toutes les autres, un même individu pouvant à la fois se trouver au bénéfice d'une activité dépendante auprès d'un employeur et entreprendre en même temps une activité indépendante (art. 12 al. 2 LPGa).²⁵² 179

²⁵⁰ TF du 3 septembre 2015, 4A_200/2015, c. 4.2.2.

²⁵¹ TF du 27 mars 2014, 4A_602/2013, c. 3.1.

²⁵² DUNAND in : DUPONT/MOSER-SZELESS (2018), n° 25 *ad* art. 12 LPGa, p.171 ; VALTERIO (2011), p. 74, n° 215.

Chapitre 5 : Conséquences des faiblesses du rapport de subordination au sens large

Après avoir constaté les différentes faiblesses du rapport de subordination au sens large, nous pouvons désormais nous tourner vers les conséquences qu'elles amènent dans le cadre du droit et du monde du travail. Notre volonté de traiter des conséquences, séparément des faiblesses dont elles sont issues, est motivée par le fait que plusieurs d'entre ces dernières provoquent parfois les mêmes conséquences. 180

La première grande conséquence de tout ou partie des faiblesses du rapport de subordination au sens large est la difficulté à qualifier une relation de travail en contrat de travail (§1), la seconde est l'insécurité juridique (§2), et la dernière l'anéantissement des buts et objectifs principaux communs du droit du travail et des assurances sociales (§3). 181

§ 1 La difficulté à qualifier une relation de travail en contrat de travail

Tous les défauts et faiblesses du rapport de subordination au sens large étudiés, mais plus particulièrement l'absence de méthode dans l'utilisation de ses éléments (cf. 148ss), la présence d'indices en faveur de ces derniers dans des contrats autres que le contrat de travail (cf. 152ss) et l'absence de présomption légale (cf. 158ss), provoquent des difficultés à qualifier une relation de travail de contrat de travail. 182

Afin de prendre la réelle mesure de cette difficulté dans la qualification, nous proposons de plonger en pleine fiction ; en plein cas virtuel. Nous sommes témoins d'une relation de travail. Celle-ci présente de larges indices en faveur de deux des trois éléments du rapport de subordination au sens large. L'élément hiérarchique est faiblement présent, l'élément économique est grandement représenté, mais l'élément organisationnel est clairement absent. Là, deux possibilités se présentent. Nous sommes dans le cas d'une forme de relation de travail connue (A) ou inconnue (B). 183

A. Face à une forme de relation de travail connue

- 184 Il s'agit là du cas le plus fréquent. Nous sommes face à une forme de relation de travail connue soit qui présente des caractéristiques ou indices, autres que le rapport de subordination au sens large, inhérents au contrat de travail ou d'autres contrats nommés ou innommés reconnus. On parle de contrat innommé pour désigner un contrat non réglementé par la législation suisse.²⁵³ Ceux-ci peuvent être mixtes ou « *sui generis* ».²⁵⁴ Un contrat innommé mixte reprend les éléments caractéristiques de deux ou plusieurs contrats nommés, soit des contrats spécifiquement régis par la loi, comme le contrat de conciergerie qui mélange le contrat de bail et le contrat de travail.²⁵⁵ Un contrat innommé « *sui generis* » présente lui des prestations et caractéristiques essentielles prévues par aucun contrat ni loi existante.²⁵⁶ Nous parlons de contrats innommés « *reconnus* » en référence surtout aux contrats « *sui generis* », pour englober de tels contrats qui seraient admis par la jurisprudence et auxquels celle-ci aurait attribué des éléments objectivement essentiels et un cadre légal, comme c'est le cas pour le contrat de location de service.²⁵⁷
- 185 En somme, une forme de relation de travail connue implique, à notre sens, qu'il soit possible de se rattacher à l'ordre juridique suisse dans son ensemble pour en déterminer la qualification, par un jeu de comparaison et surtout d'assimilations de ses caractéristiques avec celles issues de relations contractuelles reconnues en droit suisse.
- 186 C'est dans ces cas que l'on pourra utiliser d'autres critères que le rapport de subordination au sens large pour tenter de qualifier le contrat en contrat de travail, soit des indices ou caractéristiques issues d'autres contrats reconnus par le droit suisse. Ainsi, pour différencier le contrat de travail du mandat ou du contrat d'entreprise, il pourra être utilisé des critères tels la durée de l'engagement,

²⁵³ ENGEL (2000), p. 733, lit. A ; TERCIER/BIERI/CARRON (2016), p. 44, n° 311.

²⁵⁴ TERCIER/BIERI/CARRON (2016), pp. 44 et 45, n° 314 et 318.

²⁵⁵ ENGEL (2000), p. 740, n° 2.

²⁵⁶ *Idem*, p. 739, n° 1.

²⁵⁷ TC/BE du 18 octobre 2013, c. B, n° 1 in : JAR 2014, p. 390 ; TC/GE du 19 janvier 2007, c. 2.2 in : JAR 2008, p. 370.

l'obligation de résultat ou le mode de rémunération,²⁵⁸ soit autant d'éléments intrinsèques à ces contrats.

Il devient alors facile de reporter la qualification de la relation sur un contrat autre que le contrat de travail, nommé ou innommé reconnu, en présence d'indices inhérents à un autre contrat, bien que le rapport de subordination au sens large devrait, dans le meilleur des mondes, rester le critère décisif.²⁵⁹ 187

B. Face à une forme de relation de travail inconnue

La seconde possibilité est la plus problématique, mais l'une des raisons d'être de cette thèse. Nous sommes face à une relation de travail qui ne présente pas ou infiniment peu de caractéristiques de contrats nommés ou innommés reconnus par le droit suisse, et donc un nombre important de caractéristiques rattachables à aucun de ces types de contrats. 188

Dans ce cas-là, et en absence de critères permettant de suppléer le rapport de subordination au sens large insuffisant pour qualifier la relation de travail en un contrat nommé ou innommé reconnu, que fait-on ? Si l'on reprend notre bref cas d'espèce ci-dessus (cf. 183) et que l'on considère qu'il s'agit d'une forme inconnue, comment évaluer la force et la portée juridique des divers éléments présents du rapport de subordination au sens large ? L'intensité de l'élément économique devrait-elle faire la différence sur l'absence d'élément organisationnel et permettre la reconnaissance d'un rapport de subordination au sens large ? Sans méthode claire de pesée des éléments, comment y répondre ? Comment procéder ? Aussi, sans présomption légale, il n'est pas possible de trancher aisément en se basant sur le système actuel. 189

Nous sommes là dans le cas des formes de travail telle qu'incarnées par les plateformes de travail dont on ne connaît pour la plupart pas la nature juridique en Suisse à ce jour et qui présentent des caractéristiques encore inconnues de notre droit. Et c'est précisément confronté à ces formes de relations de travail que la difficulté à qualifier un contrat en contrat de travail est particulièrement visible. 190

Nous voyons ici toute la limite du rapport de subordination au sens large dans son rôle de qualificateur d'un contrat en contrat de travail. 191

²⁵⁸ TF du 3 septembre 2015, 4A_200/2015, c. 4.2.2 ; TF du 9 mars 2004, 4P.83/2003, c. 3.2 ; WYLER/HEINZER (2019), pp. 22-24, lit. a et b.

²⁵⁹ WYLER/HEINZER (2019), pp. 22-24, lit. a et b.

§ 2 L'insécurité juridique

- 192 Un grand nombre de faiblesses du rapport de subordination au sens large mènent vers une insécurité juridique dont les principaux acteurs du monde du travail, employeurs et salariés, sont aussi les principales victimes. Cette conséquence est liée intrinsèquement à la précédente, mais se place là aux niveaux des protagonistes plutôt qu'au niveau des « *régulateurs* » comme vus précédemment. Si les tribunaux ne peuvent correctement, soit en raison des faiblesses du rapport de subordination au sens large, qualifier non sans difficulté un contrat en contrat de travail, les individus ne peuvent eux de leur côté évidemment pas prévoir le résultat et anticiper la nature juridique des actes qu'ils réalisent entre eux. À l'inverse, un système juridique parfaitement coordonné et limpide clair et efficace ne laisserait que très peu de place à l'imprévisibilité.
- 193 La notion de sécurité juridique poursuit deux objectifs : la prévisibilité du droit objectif et la stabilité du droit objectif et subjectif.²⁶⁰ Ses objectifs sont de permettre aux personnes physiques, morales, de droit public, privé et international de prévoir, d'anticiper, d'adapter et de projeter leur comportement et leurs conséquences sur la scène économique, sociale et pénale en se basant sur un ordre juridique clairement établi et connu.²⁶¹ La sécurité juridique ne possède pas de consécration juridique en tant que telle, mais se trouve mise en œuvre par un certain nombre de principes. À l'objectif de la prévisibilité se rattachent les principes de la légalité, de l'égalité de traitement et de l'interdiction de l'arbitraire.²⁶² À l'objectif de la stabilité se rattachent les principes de l'interdiction de la rétroactivité des actes étatiques et du respect de la bonne foi.²⁶³ Dans notre cas, nous nous intéresserons aux principes de la légalité (**A**) et de l'interdiction de l'arbitraire (**B**) que les faiblesses du rapport de subordination au sens large impactent, ne permettant pas à celui-ci de les respecter.
- 194 Nous souhaitons préciser qu'il ne s'agit pas tant là d'invoquer l'inconstitutionnalité du rapport de subordination au sens large, problématique qui pourrait, à elle seule, faire l'objet d'une unique thèse, mais de soulever certaines incohérences et absurdités au regard de diverses dispositions constitutionnelles afin de

²⁶⁰ KNAPP (1999), p. 261, n° 2.

²⁶¹ *Idem*, p. 261, n° 3.

²⁶² *Idem*, p. 267, n° 64, lit. a.

²⁶³ *Idem*, p. 267, n° 64, lit. b.

mettre en exergue l'insécurité juridique causée par ce rapport de subordination au sens large.

A. Le principe de la légalité

Le principe de la légalité trouve sa source, à l'instar d'autres principes, dans l'art. 5 al. 1^{er} Cst., sous la forme de « *maximes juridiques fondamentales* » ayant pour objectif de limiter le pouvoir étatique.²⁶⁴ Le principe de la légalité n'est pas directement invocable par les individus au travers de l'art. 5 Cst., celui-ci ne constituant pas un droit constitutionnel.²⁶⁵ Il trouve application, et de ce fait se concrétise aux arts. 36, 163 à 165²⁶⁶ et 127 Cst.²⁶⁷ en droit suisse et 7 CEDH pour ce qui est du droit international.²⁶⁸ Au regard de ces dispositions, il est essentiel de préciser qu'en matière de droit pénal et de droit fiscal, le principe de la légalité est un droit fondamental.²⁶⁹ 195

Le principe de la légalité peut se subdiviser en trois sous principes que sont la hiérarchie des normes qui implique que « *l'ensemble des normes est structuré hiérarchiquement* » et que « *les normes de rang inférieur doivent respecter celles qui sont de rang supérieur* », la suprématie de la loi qui implique que « *toute autorité doit respecter dans ses activités concrètes l'ensemble de l'ordre juridique* », et la réserve de la loi qui va nous intéresser tout particulièrement.²⁷⁰ 196

Au sens de l'art. 5 Cst.,²⁷¹ le principe de la réserve de la loi ou base légale commande que « *les tâches de l'état et les modalités dans lesquelles elles s'exercent soient prévues dans des lois, plus précisément des normes juridiques, c'est-à-* 197

²⁶⁴ AUER/MALINVERNI/HOTTELIER (2013), p. 468, n° 1005 ; MOOR in : THÜRER/AUBERT/MÜLLER (2001), p. 265, lit. A.

²⁶⁵ TF du 31 janvier 2017, 2C_739/2016, c. 4.3 ; FF 1997 I, p. 135.

²⁶⁶ AUBERT/MAHON (2003), c. 6, lit. b ; AUER/MALINVERNI/HOTTELIER (2013), p. 469, n° 1006.

²⁶⁷ TF du 20 octobre 2017, 2C_309/2017, c. 5.1 ; AUBERT/MAHON (2003), c. 6, lit. b.

²⁶⁸ TF du 16 novembre 2017, 6B_395/2017, c. 3.1.

²⁶⁹ AUBERT/MAHON (2003), p. 42, n° 6, lit. b.

²⁷⁰ MOOR in : THÜRER/AUBERT/MÜLLER (2001), pp. 265 et 266, n° 1.

²⁷¹ *Idem*, p. 265, n° 1.

dire générales et abstraites ». ²⁷² L'art. 164 Cst. consacre l'application du principe de la base légale ou de la réserve de la loi à la législation en général ²⁷³ et impose que « *toutes les dispositions importantes qui fixent des règles de droit doivent être édictées sous la forme d'une loi fédérale* » ; « *appartiennent en particulier à cette catégorie les dispositions fondamentales relatives aux droits et aux obligations des personnes* » (art. 164 al. 1^{er} lit. C Cst.). ²⁷⁴ Ces lois en questions doivent être assez précises et comprendre des concepts juridiques clairs pour permettre à un administré de s'y conformer, d'adapter son comportement en fonction et d'en prévoir les conséquences avec un certain degré de certitude en prenant en compte les circonstances du cas d'espèce. ²⁷⁵

- 198 Aussi, la notion de rapport de subordination au sens large est une notion essentielle et fondamentale permettant de décider de l'existence même de droits et obligations des travailleurs et des employeurs et doit ainsi être protégée par l'art. 164 Cst. Aussi, le fait que la notion de rapport de subordination au sens large ne soit pas retranscrite dans la loi, qu'elle ne soit aucunement explicitée et détaillée par l'art. 319 al. 1^{er} CO, pourrait contrevenir au principe de la légalité et à l'art. 164 al. 1^{er} lit. c Cst. Même s'il est important de préciser que les lois se doivent de rester générales et abstraites pour permettre au juge de les appliquer à des cas individuels et concrets, il ne peut être abandonné à la jurisprudence seule le soin d'évoquer la notion et de la définir, d'autant plus lorsque les définitions proposées sont fluctuantes et avancées sans méthode rigoureuse d'utilisation de ses éléments caractéristiques.
- 199 Toutefois, si, encore une fois, l'objectif n'est pas, en premier lieu, de démontrer, ce qui paraîtrait présomptueux en si peu de lignes, l'inconstitutionnalité du rapport de subordination au sens large, on voit nettement la mise à mal par celui-ci

²⁷² *Idem*, p. 269, n° 18.

²⁷³ AUBERT/MAHON (2003), p. 44, n° 9.

²⁷⁴ TF du 31 janvier 2017, 2C_739/2016, c. 4.3.

²⁷⁵ CEDH, *Affaire Sunday Times c. Royaume-Uni*, c. 49 ; TF du 16 novembre 2017, 6B_395/2017, c. 3.1 (bien que le principe de la légalité soit ici développé dans le cas d'une jurisprudence de droit pénal, le fait que l'arrêt fasse expressément référence à l'art. 164 al. 1^{er} lit. C en développant sa notion permet d'affirmer que la définition qu'elle offre de ce dernier vaut pour le principe de la légalité, quel que soit le domaine dans lequel il est invoqué).

de la sécurité juridique et son rôle de garant d'une certaine forme de prévisibilité du droit émanant de la constitution fédérale au travers du principe de la légalité.

B. L'interdiction de l'arbitraire

L'interdiction de l'arbitraire est érigée en droit fondamental par l'art. 9 Cst.²⁷⁶ 200

De manière générale, est considérée comme arbitraire « *une mesure injustifiée, incompréhensible, impossible à mettre en œuvre, ou déraisonnable* ». ²⁷⁷ Ce caractère arbitraire, soit cette absence de motifs raisonnables ou justifiés, peut émaner d'une décision prise en application de la loi, ou directement de la loi,²⁷⁸ ce qui implique que ne sont pas seulement soumises au respect de ce droit fondamental les autorités judiciaires qui appliquent le droit, mais également les autorités législatives qui le créent.²⁷⁹ 201

Une décision sera considérée comme arbitraire si elle est « *manifestement insoutenable, méconnaît gravement une norme ou un principe juridique clair et indiscuté, ou encore heurte de manière choquante le sentiment de la justice et de l'équité* ». ²⁸⁰ 202

De son côté, et c'est le cas qui nous concerne ici, la loi sera considérée comme arbitraire si son existence ne repose pas sur des motifs objectifs sérieux ou est sans intérêt, inutile, dénuée de sens et de but.²⁸¹ Aussi, et surtout, des règles offrant « *aux autorités un grand pouvoir d'appréciation dans leur interprétation voire un pouvoir discrétionnaire dans leur application* » devraient être considérées comme arbitraires.²⁸² 203

Aussi, le rapport de subordination au sens large comporte certaines faiblesses qui pourraient bien s'opposer à cette dernière situation, soit notamment sa très faible présence et définition dans la loi, et l'absence de méthode d'utilisation de ses éléments caractéristiques seulement décrits par une jurisprudence fluctuante 204

²⁷⁶ ROUILLER in : THÜRER/AUBERT/MÜLLER (2001), p. 679, n° 4.

²⁷⁷ AUER/MALINVERNI/HOTTELIER (2013), p. 533, n° 1141.

²⁷⁸ AUER/MALINVERNI/HOTTELIER (2013), pp. 531 et 534, n° 1137 et 1144 ; ROUILLER in : THÜRER/AUBERT/MÜLLER (2001), p. 679, n° 4-6.

²⁷⁹ AUER/MALINVERNI/HOTTELIER (2013), pp. 533 et 534, n° 1143 et 1144.

²⁸⁰ TF du 24 mai 2005, 4P.36/2005, c. 2.1.

²⁸¹ ATF 136 I 241, c. 3.1 ; ATF 127 I 185, c. 5 ; AUER/MALINVERNI/HOTTELIER (2013), p. 534, n° 1144 ; Rouiller in : THÜRER/AUBERT/MÜLLER (2001), p. 679, n° 5.

²⁸² KNAPP (1999), p. 266, n° 49.

et offrant une trop grande marge de manœuvre aux tribunaux, rendant par la même occasion les décisions bien trop imprévisibles pour les justiciables.

- 205 Une fois de plus, si l'objectif n'est avant tout pas de démontrer, ce qui paraîtrait prétentieux en un si bref développement, l'inconstitutionnalité du rapport de subordination au sens large, on voit clairement la mise à mal par celui-ci de la sécurité juridique et son rôle de garant d'une certaine forme de prévisibilité du droit émergeant ici de la constitution fédérale au travers du principe de l'interdiction de l'arbitraire.

§ 3 L'anéantissement des buts communs du droit du travail et du droit des assurances sociales

- 206 Le droit du travail et le droit des assurances sociales poursuivent des buts communs, soit celui « *d'améliorer les conditions économiques et sociales de la grande masse des travailleurs* ». ²⁸³ On parle de « *but de droit social partagé* » ²⁸⁴ ou de « *Sozialpolitik* ». ²⁸⁵
- 207 Pour ce faire, ces deux domaines du droit mettent en œuvre des stratégies complémentaires. ²⁸⁶ Le droit du travail cherche, en partie, et notamment au travers de sa législation publique, à garantir la sécurité du travailleur, notamment sa santé et sa vie dans l'exécution de ses tâches professionnelles et s'assure de conditions de travail acceptables pour le travailleur, dont l'accès à une rémunération convenable, soit à notre sens régulière et équitable, fait partie. ²⁸⁷ Le droit des assurances sociales, lui, tente de préserver la survie économique du travailleur et de sa famille en lui promettant un revenu en cas de mise à mal de sa

²⁸³ Département fédéral de l'économie publique (1926), p. 615 ; SUBILIA/DUC (2010), n° 1 *ad* Politique sociale, droit du travail et assurances sociales, p. 58.

²⁸⁴ WITZIG (2018), p. 71, n° 140 et 156 (Selon WITZIG, le « *droit social* » doit être compris comme le droit régissant les buts sociaux que l'État s'est fixés, à savoir notamment, mais pas seulement, les soins nécessaires à la santé, la sécurité sociale, le droit à une formation (initiale et continue), etc.).

²⁸⁵ EICHENHOFER (2014), pp. 1 et 2.

²⁸⁶ TSCHUDI (1987), p. 23, n° 3.

²⁸⁷ Département fédéral de l'économie publique (1926), p. 615 ; TSCHUDI (1987), pp. 2 et 4, n° 1 et 3.

capacité de travail.²⁸⁸ En somme, le droit du travail protège le salarié au sein de la relation de travail quand le droit des assurances sociales s'affaire à couvrir les risques sociaux.²⁸⁹

Les arts. 331 à 331f CO constituent un exemple concret de ce but commun entre assurances sociales et droit du travail.²⁹⁰ En effet, il s'agit de dispositions de droit du travail concernant le régime de prévoyance en faveur du personnel, soit : « *l'ensemble des mesures prises sur une base collective pour permettre aux travailleurs de maintenir leur niveau de vie de manière appropriée lors de la réalisation d'un cas d'assurance* ». ²⁹¹ Le droit du travail est donc bien ici étroitement lié à celui des assurances sociales en ce sens qu'ils poursuivent un but de droit social commun.

D'ailleurs, de manière générale, dans le domaine de la protection de la santé des travailleurs, les rôles attribués au droit du travail et des assurances sociales se recoupent et se complètent au travers de différentes lois de droit public du travail et des assurances (LTr, LAA, etc.).²⁹²

Un autre exemple intéressant est le lien existant entre l'art. 324a al. 1^{er} CO et l'art. 3 LPGa qui parlent et traitent tous deux de la « *maladie* » sans que ce premier n'y apporte de définition à l'inverse de ce second.²⁹³ Il est toutefois considéré, bien qu'issue de deux domaines du droit différents, que la notion telle que définit par l'art. 3 LPGa est la même qu'à l'art. 324a al. 1^{er} CO.²⁹⁴ Une fois de plus on ne peut que constater la relation étroite entre le droit du travail et des assurances.

Aussi, si le droit des assurances doit donc se coordonner avec le droit du travail, il doit plus largement encore se coordonner avec le droit privé en général.²⁹⁵ En

²⁸⁸ Département fédéral de l'économie publique (1926), p. 615.

²⁸⁹ TSCHUDI (1987), p. 23, n° 3.

²⁹⁰ WITZIG (2018), p. 75, n° 156.

²⁹¹ DUPONT in : DUNAND/MAHON (2013), n° 1 ad art. 331 CO, p. 469.

²⁹² NOVIER in : WYLER (2017), pp. 187ss.

²⁹³ SAVIOZ-NICOLE in : WYLER (2017), p. 244.

²⁹⁴ *Ibid.*

²⁹⁵ GREBER/KAHIL-WOLFF/FRÉSARD-FELLAY/MOLO (2010), p. 159, n° 11 et 12 ; KIESER (2018), p. 166 ; KIESER/REICHMUTH (2010), n° 73 ad *Einleitung*, p. 18.

vertu du principe d' « *extrasystemisch koordination* », les systèmes de compensations des assurances sociales doivent se coordonner avec d'autres systèmes de compensations.²⁹⁶ Par exemple, le règlement des créances au titre de la Loi sur les allocations familiales du 24 mars 2006 doit se coordonner avec l'art. 285a CC traitant notamment de l'attribution aux parents des allocations familiales dans le cadre de la détermination de leur contribution d'entretien.²⁹⁷

- 212 Ainsi, si ces deux domaines du droit possèdent des objectifs fondamentaux communs, les méthodes de leurs accomplissements sont dissemblables bien que complémentaires. Aussi paraît-il essentiel, afin de mener à bien ces objectifs communs, de s'assurer de la réalisation simultanée de ces différentes garanties et d'affermir leur coordination.²⁹⁸ En cela il est capital d'accorder les notions fondamentales communes à ces deux domaines, dont celle de salarié fait partie.
- 213 Or, nous l'avons vu, les méthodes de qualification d'un salarié en droit du travail et en droit des assurances sociales divergent et la qualification retenue d'une relation de travail en droit privé n'est pas déterminante à la qualification de cette même activité lucrative en droit des assurances sociales, et inversement. Un individu peut être considéré comme salarié en droit du travail et dans le même temps comme indépendant en droit des assurances sociales. L'inverse est évidemment envisageable. Le travailleur en question bénéficierait donc d'une partie seulement des protections sociales.
- 214 C'est pourquoi nous estimons qu'il n'est pas admissible que ces deux domaines du droit, pourtant si liés, aient chacun leur propre définition de salarié, et que celle-ci ne nécessite pas, afin d'être reconnue dans un cas d'espèce, de tenir compte, si ce n'est sous forme d'indice, d'une qualification préalable potentielle retenue par l'autre domaine dans le même cas.
- 215 Toutefois, il est vrai et nous l'avons vu (cf. 178), nous ne pouvons, à ce jour, constater l'existence de deux décisions, en droit du travail et en droit des assurances sociales, qui se contrediraient quant à la qualification juridique en salarié ou non d'une partie pour la même activité. Cela pourrait tendre à atténuer la faiblesse du rapport de subordination au sens large qu'est son inadéquation avec la notion d'activité dépendante des assurances sociales, si la décision dans l'un des domaines liait l'autre domaine. En effet, et nous l'avons aussi constaté (cf. 176ss), même en présence d'une seule décision qualifiant, par exemple, une

²⁹⁶ KIESER (2018), p. 166.

²⁹⁷ KIESER (2018), p. 166 ; KIESER/REICHMUTH (2010), n° 73 ad *Einleitung*, p. 18.

²⁹⁸ WITZIG (2018), p. 76, n° 156.

partie d'indépendante au sens du droit des assurances sociales, dans la pratique, cette partie pourra rester soumise à un contrat de travail pour la même activité.

Enfin, nous estimons tout de même que le risque de coexistence, un jour, de deux décisions contraires en droit du travail et des assurances sociales est plus que jamais d'actualité, et cela en raison de l'arrivée de nouvelles formes de travaux aux critères inconnus de notre droit qui ne sauront que perturber l'équilibre fragile entre ces deux domaines du droit.

216

**Troisième partie : Étude du
rapport de subordination au sens
large dans les relations de travail
spéciales**

Suite à notre **première partie** de thèse où nous sommes parvenu à définir, non sans difficulté, le rapport de subordination au sens large, puis mettre en exergue les faiblesses qu'il présente et les conséquences qu'elles occasionnent, au travers d'une analyse critique dans notre **seconde partie**, nous nous apprêtons désormais à étudier son degré de présence dans les relations de travail spéciales. Un projet contenu dans une **troisième partie** ambitieuse de cette thèse et qui mérite explications.

217

Nous ne saurions prétendre régler les diverses faiblesses du rapport de subordination au sens large, et, plus important encore, ses conséquences néfastes, sur la base d'une analyse, aussi profonde soit-elle, de sa définition telle qu'avancée par la jurisprudence et la doctrine. Apporter une nouvelle définition, une nouvelle appréhension ou interprétation du rapport de subordination au sens large sur les seuls éléments étudiés en **première partie** ne garantirait qu'un échec cuisant, quant au caractère légitime d'une telle solution (cf. **Introduction** ainsi que 221 pour rappel de la définition du caractère légitime). Nous n'en savons pas assez sur ce qu'est ce rapport de subordination au sens large et sur son fonctionnement dans le monde juridique du travail et des différents contrats qu'il régit. Et pourtant, son authentique nature se trouve dans notre loi, exprimée dans les réglementations de nombreuses relations de travail (ex : contrat de travail à domicile, contrat d'engagement des voyageurs de commerce, etc.) pour la quasi-totalité hiérarchiquement supérieures à la jurisprudence et la doctrine.

218

C'est ainsi que nous proposons une étude théorique de ce rapport dans le cadre de différentes relations de travail spéciales, soit, nous le verrons, des relations de travail obéissant en grande partie aux règles sur le contrat de travail, mais présentant des caractéristiques particulières. Ces mêmes caractéristiques spéciales devraient placer le rapport de subordination au sens large dans des situations inconfortables, lorsque ce dernier sera examiné à l'aune de celles-ci dans chaque relation de travail spécial, affaiblissant ou renforçant la présence de ses éléments constitutifs et le forçant à révéler lesquels forgent sa véritable identité. Nous chercherons donc à constater quels éléments de ce rapport (hiérarchique, organisationnel et économique) ressortent, plus ou moins souvent, de cette analyse et lesquels seront les plus intensément représentés et constitueront donc des éléments caractéristiques des relations étudiées.

219

En somme, nous souhaiterions faire émerger le visage réel du rapport de subordination au sens large de la loi dans laquelle il s'enfuit. Il s'agit bien de remettre ce rapport en phase avec sa vérité juridique que nous lui consacrons sans nous en rendre compte. Et si l'élément organisationnel ne s'observait finalement que très rarement ? Et si l'élément économique était le pilier du rapport de subordination au sens large par sa présence accrue et systématique ? De la même manière que nous étudierions le comportement d'un oiseau en milieu naturel

220

pour comprendre ce qu'il est vraiment, nous analyserons le fonctionnement du rapport de subordination au sens large en milieu juridique théorique, dans des relations de travail spéciales.

- 221 Nous verrons ainsi comment s'expriment les différents éléments caractéristiques du rapport, cela nous permettant de mieux cerner ce qu'il est d'après notre droit et non d'après une conception personnelle ou idéaliste de ce qu'il devrait être. En effet, agir de la sorte avec autant de précipitation impliquerait le risque de se positionner sur une question fondamentale de droit du travail sans posséder une vision juste de ce qu'est le rapport de subordination au sens large. C'est seulement après une telle analyse que nous serons à même de déterminer clairement de quoi est constitué ce rapport. Et c'est seulement après une telle analyse que nous pourrons, lors de notre **sixième partie**, proposer une nouvelle appréhension du rapport de subordination au sens large qui soit légitime, cohérente et en phase avec le droit positif, corrigeant ses différentes faiblesses et leurs conséquences examinées ci-devant.
- 222 La **troisième partie** de ce travail se déclinera donc en une analyse du rapport de subordination au sens large au travers de diverses relations de travail spéciales. Nous nous efforcerons, en premier lieu, de définir ce que sont des relations de travail spéciales (**Chapitre 6**), puis nous observerons ensuite et successivement le fonctionnement du rapport de subordination au sein de quatre d'entre elles : le contrat d'engagement des voyageurs de commerce (**Chapitre 7**), le contrat de travail à domicile (**Chapitre 8**), le télétravail dans le cadre du contrat de travail ordinaire (**Chapitre 9**) et la location de services (**Chapitre 10**). Enfin, nous effectuerons une synthèse qui tâchera tout d'abord de constater le degré de présence ou d'absence des différents éléments du rapport de subordination au sens large dans les relations de travail spéciales étudiées, puis qui permettra de mettre en exergue le ou les éléments caractéristiques ou représentatifs de ce rapport, qui se seront révélés comme tels lors de leur analyse, au travers de ces mêmes relations (**Chapitre 11**).

Chapitre 6 : Les relations de travail spéciales

L'expression « *relations de travail spéciales* », que nous soumettons ici et nous apprêtons à développer, n'est avancée, pour l'heure, ni par la doctrine ni par la jurisprudence. Toutefois, elle traduit des situations juridiques pourtant bien réelles, que la classification actuelle des contrats de travail admise par l'ordre juridique ne semble pas englober. Ces termes et la notion qu'ils dégagent devraient servir à éclairer une vérité juridique ignorée de la systématique et la catégorisation de notre droit du travail. 223

Nous observerons, pour commencer, la classification légale des différents genres de contrats de travail (§1). Nous nous pencherons ensuite sur le problème que pose cette classification et les conséquences qu'elle pourrait entraîner (§2). Nous conclurons enfin en exposant ce qui devrait permettre l'ajustement adéquat et la correction du régime actuel, soit la reconnaissance de la notion de relations de travail spéciales (§3). 224

§ 1 La classification légale des contrats de travail

Au regard du droit actuel et en vertu de la sa systématique établie par le code des obligations, les contrats de travail peuvent se répartir en deux catégories. Aussi, les relations de travail peuvent être soumises à un contrat de travail ordinaire (A), ou à des contrats individuels de travail de caractère spécial (B). 225

A. Contrat de travail ordinaire

Le contrat de travail ordinaire est le contrat de travail tel que nous l'avons défini en **première partie** de thèse, soit, d'après l'art. 319 al. 1^{er} CO, un contrat par lequel « *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* 226

*le temps ou le travail fourni (salaire aux pièces ou à la tâche) ».*²⁹⁹ Il se compose donc exactement des quatre éléments objectivement essentiels que sont une prestation, une durée, un salaire et un rapport de subordination.³⁰⁰ Il s'agit, pour rappel, d'un contrat de travail dit « *individuel* », soit un contrat entre un seul employeur et un seul employé,³⁰¹ dont l'accord des volontés réciproques et concordantes suffit à sa conclusion,³⁰² et qui répond aux règles des arts. 319 à 342 CO.³⁰³

B. Contrats individuels de travail de caractère spécial

- 227 Les contrats individuels de travail de caractère spécial, au nombre de trois, sont définis et réglés en suite du contrat de travail ordinaire aux arts. 344ss CO. Il s'agit du contrat d'apprentissage (arts. 344 à 346a CO), du contrat d'engagement des voyageurs de commerce (arts. 347 à 350a CO) et du contrat de travail à domicile (arts. 351 à 355 CO).³⁰⁴
- 228 Chacun présente un régime juridique censé intervenir comme « *lex specialis* » du contrat de travail ordinaire.³⁰⁵ Aussi, en vertu de l'art. 355 CO : « *Les règles générales du contrat individuel de travail s'appliquent à titre supplétif au contrat d'apprentissage, au contrat d'engagement des voyageurs de commerce et au contrat de travail à domicile* ». Cela implique que les règles du contrat de travail ordinaire (arts. 319 à 343 CO) s'appliquent aux contrats individuels de travail de caractère spécial en cas d'absence de règles spéciales les concernant.³⁰⁶
- 229 Ces mêmes contrats présentent, nous le verrons ci-après pour le contrat d'apprentissage (cf. 252), et dans le cadre des chapitres qui leur sont dédiés pour les deux autres (cf. 302 et 425), les éléments objectivement essentiels du contrat de travail ordinaire plus des éléments objectivement essentiels supplémentaires qui leur sont propres.

²⁹⁹ AUBERT in : DUNAND/MAHON (2013), n° 19 *ad* art. 344 CO, p. 922 ; DUNAND in : DUNAND/MAHON (2013), n° 63 *ad* art. 319 CO, p. 16.

³⁰⁰ AUBERT in : DUNAND/MAHON (2013), n° 20 *ad* art. 344 CO, p. 922.

³⁰¹ TERCIER/BIERI/CARRON (2016), p. 366, n° 2721.

³⁰² *Idem*, p. 371, n° 2759.

³⁰³ DUNAND in : DUNAND/MAHON (2013), n° 63 *ad* art. 319 CO, p. 16.

³⁰⁴ ENGEL (2000), p. 402.

³⁰⁵ BK-REHBINDER/STÖCKLI (2014), n° 1 *ad* art. 355 CO, p. 763.

³⁰⁶ ZK-STAEHELIN (2014), n° 1 *ad* art. 355 CO, p. 546.

§ 2 Problème et conséquences de la classification actuelle des contrats de travail

Cette simple classification figée systématiquement, qui consiste à opposer contrat de travail ordinaire et contrats individuels de travail de caractère spécial, n'est pas satisfaisante. En effet, il existe des relations de travail constitutives, tout ou en partie, d'un contrat de travail, et qui ne correspondent ni à la définition du contrat de travail ordinaire ni à celle de contrats individuels de travail de caractère spécial ou tout du moins qui le pourraient, mais qui n'y sont pas incluses. 230

Nous observerons donc en premier lieu le rejet ou l'oubli de ces relations de travail (A). Nous verrons ensuite les conséquences que ce délaissement ou cette exclusion serait en mesure d'occasionner (B). 231

A. Problème : Des relations de travail rejetées par la classification légale

La classification telle que nous l'avons présentée ci-avant présente un problème important. Elle ignore et rejete un certain nombre de relations de travail reconnues par l'ordre juridique suisse qui obéissent, en partie ou grandement, aux règles sur le contrat de travail, mais qui ne constituent pas un contrat de travail ordinaire. De plus, celles-ci ne sont pas incorporées dans la notion ni la liste de contrats individuels de travail de caractère spécial. C'est ainsi que quelques-unes de ces relations de travail se trouvent orphelines de toutes classifications légales. 232

Nous pensons par exemple à la location de services qui sera par ailleurs étudiée en profondeur dans un chapitre suivant (cf. 666ss). La location de services n'est pas régie par le code des obligations, mais par une loi fédérale spéciale et une ordonnance : la Loi fédérale sur le service de l'emploi et la location de services du 6 octobre 1989 (LSE) et l'Ordonnance sur le service de l'emploi et la location de services du 16 janvier 1991 (OSE) (cf. 671ss). Cette loi renvoie à titre supplétif aux règles du contrat de travail ordinaire (cf. 673). 233

- 234 Cette relation de travail a pour particularité qu'elle présente une relation tripartite et triangulaire.³⁰⁷ Elle implique un bailleur de services, un locataire de services et un travailleur.³⁰⁸ Le bailleur de services est l'employeur qui cherche à placer le travailleur, soit son employé, auprès d'un locataire de services, c'est-à-dire une entreprise qui accueillera la prestation de travail de ce dernier.³⁰⁹ S'il est clair que le contrat de travail entre le bailleur de services et le travailleur est un contrat de travail ordinaire, non sans ses spécificités (cf. 709ss), il n'en demeure pas moins qu'il s'inscrit dans une relation tripartite, et que son existence dépend de la conclusion d'un autre contrat conclu entre ce même bailleur et le locataire appelé « *contrat de location de services* ». ³¹⁰
- 235 Les particularités de la relation de travail qu'est la location de services et que nous analyserons en détail au chapitre qui lui est dédié ne nous permettent donc pas d'appréhender son seul contrat de travail à des fins de classification de celle-ci sans tenir compte des autres rapports qui la fondent. C'est la relation dans son ensemble qui devrait être considérée. Cette relation ne constitue dès lors bien ni un contrat de travail ordinaire ni un contrat individuel de travail de caractère spécial.
- 236 En guise de deuxième exemple de relation de travail exclue, nous pourrions citer le télétravail, ou ce que nous appelons contrat de télétravail et qui sera lui aussi source d'un chapitre ci-après (cf. 484ss). Celui-ci, autorisé et réglementé par le biais d'ordonnances fédérales et de directives fédérales et cantonales (cf. 495ss), possède bien des éléments objectivement essentiels supplémentaires au contrat de travail ordinaire en plus de ceux de ce dernier (cf. 534ss), mais n'est pas pour autant incorporé dans la liste de contrats individuels de travail de caractère spécial. Là encore, cette situation est contrariante, le contrat de télétravail en étant un, selon nous. La question de savoir s'il ne s'agit pas plutôt d'un simple aménagement du contrat de travail ordinaire faisant débat, nous prouverons bien sûr

³⁰⁷ TF du 12 décembre 2006, 4C.245/2006, c. 3 ; TC/BE du 18 octobre 2013, c. B, n° 1 in : JAR 2014, p. 390 ; VISCHER/MÜLLER (2014), p. 401, n° 3.

³⁰⁸ TF du 30 avril 2007, 2A_425/2006, c. 3.2 ; BRÜHWILER (2014), n°12 *ad* art. 319 CO, p. 33 ; MATILE/ZILLA (2010), p. 5, lit. D.

³⁰⁹ TF du 26 octobre 2010, 6B_512/2010, c. 2.2.1.1 ; TF du 30 avril 2007, 2A_425/2006, c. 3.2 ; TC/GE du 19 janvier 2007, c. 2.2 in : JAR 2008, p. 370 ; BRÜHWILER (2014), n°12 *ad* art. 319 CO, p. 33.

³¹⁰ TF du 12 décembre 2006, 4C.245/2006, c. 3 ; BRÜHWILER (2014), n°12 *ad* art. 319 CO, p. 33 ; GEISER/MÜLLER (2015), p. 71, n° 192.

en quoi il s'agit bien d'un contrat de travail en tant que tel qui détient ses propres éléments objectivement essentiels originaux (cf. 534ss).

En troisième exemple, nous souhaiterions mentionner le contrat de conciergerie, 237
 « *contrat mixte qui combine des prestations du contrat individuel de travail et du contrat de bail à loyer, en sorte qu'elle [cette convention] est régie par le droit du contrat de travail pour ce qui a trait à l'activité de conciergerie et par le droit du bail pour la cession de l'usage du logement mis à disposition du concierge* ». ³¹¹ Ce contrat mixte répond exclusivement, ou pas du tout selon l'activité visée, aux règles sur le contrat de travail ordinaire ou aux règles sur le contrat de bail, mais présente tout de même les éléments objectivement essentiels de deux contrats distincts liés et unis dans une même relation de travail et qui devrait être appréhendée en tant que telle lorsqu'on essaie de l'attribuer à une classification.

Cette liste de trois relations de travail ne peut se prétendre exhaustive et sera 238
 complétée dans la classification que nous proposerons (cf. 251), mais offre à ce stade un aperçu clair de la lacune dont la catégorisation actuelle fait preuve.

B. Conséquences

Nous voyons là deux conséquences à ce rejet de la classification légale de cer- 239
 taines relations de travail répondant aux règles sur le contrat de travail. Nous pensons tout d'abord au manque d'harmonisation dans la classification (I) et plus grave encore, au risque de ne pas favoriser la reconnaissance de nouvelles formes de relations de travail comme contrat de travail (II).

I. Manque d'harmonisation

Cette première contrariété, à l'impact pratique limité, implique tout de même 240
 que différentes relations de travail non issues des mêmes sources juridiques (code, lois spéciales, ordonnances, directives, etc.), gravitent autour du contrat de travail ordinaire et des contrats individuels de travail de caractère spécial. Cette gravitation s'opère sans qu'il soit possible, dans un souci d'harmonisation, de les rattacher à ces deux catégories ou les unes aux autres. En effet, ces relations de travail sont bien trop éparpillées d'un point de vue systématique. Ainsi, cette situation porte préjudice aux buts de rigueur et d'organisation juridique optimale vers lesquels tous les domaines du droit doivent tendre.

³¹¹ ATF 131 III 566, c. 3.1.

II. Préjudice à l'émergence de nouvelles formes de relation de travail modernes

- 241 Nous voici face à une conséquence plus pratique et dangereuse du rejet par la classification légale d'un certain nombre de relations de travail diagnostiquées juridiquement comme obéissant, en partie du moins, aux règles du contrat de travail. Nous estimons que l'absence de catégorisation de ces contrats pourrait ne pas favoriser la reconnaissance de l'application des règles du contrat de travail à de nouvelles formes de relations de travail.
- 242 Nous l'avons vu, le rapport de subordination au sens large est l'élément déterminant à la qualification d'un contrat en contrat de travail. Or ces nouvelles formes de travail que sont les plateformes de travail et notamment celles pour la fourniture de services payants dont on ne connaît pas encore la nature juridique, possèdent des caractéristiques qui pourraient être utilisées comme indice pour mettre à mal le rapport de subordination au sens large et empêcher leur reconnaissance comme contrat de travail ou leur assujettissement à ses règles.
- 243 Cependant, s'il était démontré, accepté et reconnu clairement que ces types d'indices sont similaires à ceux issus d'autres relations contractuelles considérées comme des « *relations de travail spéciales* » soumises aux règles sur le contrat de travail, alors il serait plus aisé d'admettre qu'ils ne devraient pas impacter le rapport de subordination au sens large, du moins pas jusqu'à en conclure son inexistence. Par exemple, le fait que certains contrats de travail possèdent des éléments objectivement essentiels supplémentaires à celui du contrat de travail ordinaire ne risquerait plus d'être un frein, tout comme le fait que plusieurs parties soient incluses dans une relation de travail impliquant un contrat de travail, à la reconnaissance de ces relations comme obéissant aux règles du contrat de travail.

§ 3 Solution : Les relations de travail spéciales

- 244 La notion de « *relations de travail spéciales* » n'a, pour rappel, pas pour objectif de créer une nouvelle forme ou un nouveau type de contrat de travail, mais de regrouper un certain nombre de relations de travail existantes, et dans un but d'en accueillir de futures nouvelles, qui répondent en partie aux règles sur le contrat de travail ordinaire, mais qui présentent aussi des particularités étrangères. Il s'agit en somme de nous mettre en phase avec notre réalité juridique et non à inventer des catégorisations artificielles, en proposant une solution qui inclut l'ensemble des relations de travail non assimilables au contrat de travail

ordinaire qui lui sont en partie soumises et qui anticipe l'arrivée de futures relations de travail, au vu notamment de l'évolution actuelle du monde du travail.

Les contrats de travail ordinaires devraient donc désormais être mis en parallèle des relations de travail spéciales, constituant à notre sens la seconde catégorie de contrat de travail. Le terme « *relations* » a été préféré à celui de « *contrat* », plus réducteur, certaines présentant plusieurs parties et de multiples relations juridiques. 245

Nous verrons tout d'abord la notion de relation de travail spéciale (**A**) et la délimiterons de celle de ce que nous appellerons des contrats de travail ordinaires particuliers avec lesquelles il tient de ne pas la confondre (**B**). 246

A. Notion

Les relations de travail spéciales se définissent, selon nous, comme des relations de travail possédant ou impliquant l'existence d'éléments objectivement essentiels du contrat de travail ordinaire, mais comportant un nombre supérieur d'éléments objectivement essentiels ou de parties à celui-ci. 247

Les relations de travail spéciales se déclinent donc, conséquemment à cette définition, en deux catégories différentes. Nous choisirons d'appeler la première : relations de travail approfondies (**I**), et la deuxième : relations de travail complexes (**II**). À noter cependant qu'il n'est pas exclu qu'une relation de travail complexe ne puisse constituer dans le même temps une relation de travail approfondie. 248

Nous souhaitons enfin aussi préciser que nous n'aurons la prétention de présenter une liste exhaustive des relations comprises dans ces deux catégories, mais exemplative. En effet, au-delà de la prudence dont nous devons faire preuve quant à l'utilisation d'un « *listing* » exclusif, ce choix est guidé par l'un des objectifs poursuivis par la reconnaissance de la notion de relations de travail spéciales qui est de permettre l'accueil futur, dans sa classification, de relations de travail dont nous ignorons aujourd'hui l'existence ou la nature juridique. 249

I. Les relations de travail approfondies

Nous nommons comme relations de travail approfondies, des relations de travail possédant, en sus des quatre éléments objectivement essentiels du contrat de travail ordinaire, des éléments objectivement essentiels supplémentaires. Ces relations de travail se composent donc bien d'une prestation de travail, d'une durée, d'un salaire et d'un rapport de subordination, mais pas seulement. 250

- 251 Peuvent être considérés comme relations de travail approfondies, et nous le verrons pour certains au travers de cette **troisième partie**, les trois contrats individuels de travail de caractère spécial du CO, soit le contrat d'apprentissage (arts. 344 à 346a CO), le contrat d'engagement des voyageurs de commerce (arts. 347 à 350a CO) et le contrat de travail à domicile (arts. 351 à 355 CO), mais aussi le contrat de télétravail et le contrat de conciergerie (cf. 237).
- 252 En effet, si nous prenons, à titre d'exemple, le contrat d'apprentissage que nous n'étudierons pas ci-après, nous remarquons, qu'en plus des éléments objectivement essentiels du contrat de travail ordinaire,³¹² celui-ci requiert la présence, afin d'être reconnu et d'exister juridiquement, d'une formation professionnelle donnée par l'employeur au profit de son apprenti.³¹³ Si aucune formation professionnelle n'est dispensée au sein d'un contrat de travail, celui-ci doit être requalifié de contrat de travail ordinaire.³¹⁴ Un élément objectivement essentiel supplémentaire est donc bien exigé pour reconnaître l'existence du contrat d'apprentissage, ce contrat individuel de travail de caractère spécial constituant alors une relation de travail approfondie.

II. Les relations de travail complexes

- 253 Les relations de travail complexes constituent l'autre branche des relations de travail spéciales. Une relation de travail complexe est, à notre sens, une relation de travail qui n'implique pas seulement l'occurrence d'un contrat de travail entre un employeur et un ou des employés (ex : « *Jobsharing pure* » à 269), mais dont l'existence juridique est soumise à la présence d'une ou de plusieurs tierces parties avec lesquelles l'employeur et l'employé possèdent chacun, avec au moins l'une d'entre elles, un lien de fait ou juridique de nature généralement différente de celle d'un contrat de travail.
- 254 À ce sujet, le cas « *Uber* », que nous étudierons en **cinquième partie** de thèse et qui constitue une relation de travail quadripartite,³¹⁵ est caractérisé de rapport

³¹² ZK-STAEHELIN (2014), n° 3 *ad* art. 344 CO, p. 419.

³¹³ TF du 30 juin 2006, 2C_103/2008, c. 6.1 ; ZK-STAEHELIN (2014), n° 3 *ad* art. 344 CO, p. 419.

³¹⁴ AUBERT in : DUNAND/MAHON (2013), n° 28 *ad* art. 344 CO, p. 923.

³¹⁵ PÄRLI (2016), p. 4, n° 4-10.

de travail complexe par le professeur Pärli,³¹⁶ sans toutefois que celui-ci ne donne à ce terme la définition que nous proposons ci-dessus. Mais il s'agit bien d'une relation de travail complexe au sens du présent chapitre, tout comme la location de services, et dans certains cas le portage salarial dont la nature juridique n'étant que trop peu clair pour se prononcer sans ambiguïté et mériterait un travail de recherche peu en phase avec nos développements actuels, raison pour laquelle nous ne l'aborderons pas ici.³¹⁷

Si nous prenons la location de services comme exemple pour illustrer la définition, il s'agit bien d'une relation de travail multipartite dont le locataire de services est le tiers, le bailleur de services l'employeur, et le travailleur l'employé. Les trois parties sont reliées par des liens différents puisque le travailleur a une relation analogue à un contrat de travail, mais dit quasi-contractuelle avec le locataire³¹⁸, soit une relation de fait, le bailleur un contrat de location de services avec ce dernier,³¹⁹ soit une relation de droit, et le travailleur un contrat de travail avec le bailleur.³²⁰ Enfin, l'existence de la relation de travail est bien « *de jure* » soumise à la conclusion parallèle d'un contrat de location de services entre l'employeur et un tiers, ainsi que, pour sa réalisation, d'une relation de travail « *de facto* » du travailleur avec ce tiers.

À noter, comme vu précédemment, que les relations de travail complexes peuvent tout à fait comporter une relation de travail approfondie à la place ou en sus d'un contrat de travail ordinaire, de manière à ce que deux relations de travail spéciales s'imbriquent les unes entre elles.

³¹⁶ *Idem* (2016), p. 4, titre 2.

³¹⁷ Voir, pour la question du portage salarial, l'excellente étude Stéphanie Fuld/Jean-Tristan Michel, *Le Portage Salarial : analyse en droit du travail et des assurances sociales suisses*, in : Jusletter du 22 octobre 2012.

³¹⁸ TF du 23 octobre 2006, 4C.155/2006, c. 7.3.1 ; TC/SG du 14 juin 1993, c. 5, lit. a in : RSJ 1995, p. 455.

³¹⁹ TC/GE du 19 Janvier 2007, c. 2.2 in : JAR 2008, p. 370.

³²⁰ ZWYGART (2012), p. 38, n° 127.

B. Contrats de travail ordinaires particuliers

- 257 Il convient de distinguer les relations de travail spéciales des contrats de travail ordinaires particuliers qui se présentent sous deux formes distinctes : les contrats atypiques de travail **(I)** et les contrats de travail ordinaires régissant l'exercice d'une profession libérale **(II)**.

I. Les contrats atypiques de travail

- 258 Les contrats atypiques de travail sont des contrats de travail ordinaires dont l'élément de durée et alternativement ou cumulativement la mise en œuvre de la prestation de travail subissent un aménagement,³²¹ sans pour autant constituer des relations de travail approfondies ou spéciales. C'est notamment le cas du travail occasionnel **(1)**, du travail sur appel **(2)** et du « *Job sharing* » **(3)**.³²²

1. Le travail occasionnel

- 259 On parle de travail occasionnel lorsqu'un employeur fait appel, de manière ponctuelle, à des travailleurs, en raison d'une surcharge momentanée de travail, en période par exemple de fêtes pour les commerçants, ou pour remplacer en urgence un employé malade.³²³ À chaque nouvel engagement, le travailleur conclut un nouveau contrat de durée déterminée.³²⁴ Il a donc le choix d'accepter ou de refuser l'offre de travail ; il ne se tient pas à disposition de l'employeur.³²⁵

³²¹ ENGEL (2000), p. 294, lit. A.

³²² *Idem*, pp. 295 et 296, n° 2 et lit. ii).

³²³ BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ (2010), n° 4 *ad arts* 351-354 CO, p. 359 ; DUNAND in : DUNAND/MAHON (2013), n° 60 *ad art.* 319 CO, p. 15 ; ENGEL (2000), p. 296, lit. ii).

³²⁴ DUNAND in : DUNAND/MAHON (2013), n° 61 *ad art.* 319 CO, p. 15.

³²⁵ TF du 21 mai 2015, 8C_318/2014, c. 3.2 ; BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ (2010), n° 4 *ad Travail à temps partiel*, p. 408 ; DUNAND in : DUNAND/MAHON (2013), n° 61 *ad art.* 319 CO, p. 15.

Il convient ici de préciser qu'une répétition accrue de ces engagements risquerait d'aboutir à une situation interdite de contrats en chaîne.³²⁶ On parle de contrats en chaîne pour caractériser une situation de conclusions répétées de contrats « dont la durée déterminée ne se justifie par aucun motif objectif et qui ont pour but d'éluder l'application des dispositions sur la protection contre les congés ou d'empêcher la naissance de prétentions juridiques dépendant d'une durée minimale des rapports de travail ».³²⁷ Une telle situation pourrait aboutir, en conséquence, à la requalification juridique de l'ensemble des contrats en un seul contrat de durée déterminée³²⁸ ou indéterminée.³²⁹

Nous remarquons ici que si l'élément de durée est touché, en tant que répartition du temps de travail, mais aussi en tant que longueur des rapports de travail, aucun élément objectivement essentiel n'est ajouté au contrat ni aucune partie tierce supplémentaire, de sorte que le travail occasionnel ne constitue pas une relation de travail spéciale.

2. Le travail sur appel

À l'inverse du travail occasionnel, le travail sur appel est un contrat de durée indéterminée.³³⁰ Il en existe deux types : le travail sur appel proprement dit et le travail sur appel improprement dit.³³¹ Le premier contraint l'employé à accepter les missions que lui confie l'employeur et doit de ce fait se tenir à sa disposition dans l'attente d'en recevoir, alors que le second permet à l'employé de refuser les missions qui lui sont attribuées.³³² Le travail sur appel improprement dit se détache pourtant du travail occasionnel, bien qu'il semble lui ressembler, en cela qu'il constitue une relation de travail durable (contrat de durée

³²⁶ DUNAND in : DUNAND/MAHON (2013), n° 62 *ad* art. 319 CO, p. 15.

³²⁷ TF du 13 septembre 2007, 4A_216/2007, c. 1.2.

³²⁸ *Ibid.*

³²⁹ DUNAND in : DUNAND/MAHON (2013), n° 62 *ad* art. 319 CO, p. 15.

³³⁰ *Idem*, n° 56 *ad* art. 319 CO, p. 14.

³³¹ TF du 21 mai 2015, 8C_318/2014, c. 5.1.

³³² *Ibid.*

indéterminée) et non une succession de contrats de travail de durée déterminée.³³³ Afin de décider de la qualification d'un contrat en travail sur appel improprement dit ou de travail occasionnel, il convient d'observer la présence de différents indices objectifs qui justifieraient de pencher en faveur de l'un ou l'autre, à savoir la fréquence d'appels ou le nombre et la régularité des heures hebdomadaires et mensuelles de travail, ainsi que la longévité des rapports de travail.³³⁴ Plus l'intensité des éléments susnommés sera accrue, plus l'on penchera en faveur d'une relation durable et donc du travail sur appel improprement dit.

- 263 Là encore, si l'élément de durée du contrat de travail est atteint, en tant que répartition du temps de travail, mais aussi en tant que longueur des rapports de travail, aucun élément objectivement essentiel n'est ajouté au contrat ni aucune partie tierce supplémentaire, de sorte que le travail sur appel ne constitue pas une relation de travail spéciale.

3. Le « *Jobsharing* »

- 264 La notion de « *Jobsharing* » fait référence à un type d'aménagement du temps de travail et de son organisation qui consiste à partager entre deux ou plusieurs collaborateurs au travers d'emplois à temps partiel, un seul emploi à temps plein ainsi qu'un même poste de travail et des tâches et responsabilités interdépendantes.³³⁵ Il revient généralement aux collaborateurs et non à l'employeur de se répartir les horaires de travail entre eux ainsi que parfois aussi l'attribution des tâches et leur mise en œuvre.³³⁶
- 265 Il existe différents types de « *Jobsharing* » au fonctionnement bien distinct. Les deux catégories principales sont les suivantes : le « *Jobsplitting* » (a) et le « *Jobparing* » (b).³³⁷ En suite de leur analyse, une synthèse sera effectuée quant au fait qu'elles ne peuvent constituer des relations de travail spéciales (c).

³³³ *Ibid.*

³³⁴ *Ibid.*

³³⁵ TC/GE du 9 avril 2010, c. 2.3 et 2.5.1.1 in : JAR 2011, p. 459 ; ATF 122 V 169, c. 6, lit. cc ; Engel (2000), p. 297, n° V ; WILDHABER/GEISER (2016), pp. 2 et 3.

³³⁶ *Ibid.*

³³⁷ DELLEY in : DUNAND/LEMPEN/MAHON (2016), p. 308, n° 1.

a. Le « *Jobsplitting* »

Le « *Jobsplitting* » comprend les situations où deux ou plusieurs travailleurs possèdent chacun un contrat de travail à temps partiel avec un même employeur et doivent se partager un unique poste de travail, mais tout en exécutant des tâches bien distinctes. Le lien entre les salariés n'existe donc que par le partage du poste de travail, les tâches réparties entre eux n'étant tout au plus que complémentaires, mais fondamentalement différentes, de manière à ce que chacun en soit seul responsable et que les rôles des travailleurs ne soient pas interchangeables.³³⁸ 266

b. Le « *Jobparing* »

Le « *Jobparing* », quant à lui, comprend les situations où deux ou plusieurs travailleurs se partagent un poste de travail, mais possèdent là, au contraire du « *Jobsplitting* », en grande majorité les mêmes tâches, de manière à ce que l'employeur puisse s'adresser à l'un ou les autres de ses employés pour exiger de leur exécution.³³⁹ La notion de représentation, qui plus est totale, est ici fondamentale et requise pour l'exécution par un employé de tâches en lieu et place d'un autre employé. Elle doit être acceptée contractuellement par les employés à la conclusion de leur contrat de travail.³⁴⁰ 267

Le « *Jobparing* » se décline en deux sous-catégories. Le « *Jobsharing pur* » (i) et le « *Jobsharing hybride* » (ii).³⁴¹ 268

(i) Le « *Jobsharing pur* »

Le « *Jobsharing pur* » concerne les cas où l'employeur n'a qu'un seul contrat de travail avec l'ensemble de ses salariés qui forment, préalablement à sa conclusion, une société simple, de façon à ce qu'une responsabilité commune de la 269

³³⁸ WILDHABER/GEISER (2016), p. 4.

³³⁹ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (2012), n° 4 *ad* art. 321 CO, p. 161 ; WILDHABER/GEISER (2016), p. 4.

³⁴⁰ WILDHABER/GEISER (2016), p. 4.

³⁴¹ DELLEY in : DUNAND/LEMPEN/MAHON (2016), p. 308, lit. b).

bonne exécution des tâches existe et prenne le pas sur l'obligation d'exécution personnelle de chaque salarié.³⁴²

(ii) *Le « Jobsharing hybride »*

- 270 Le « *Jobsharing hybride* » comprend quant à lui les situations où chaque employé est lié par un contrat individuel de travail à temps partiel avec son employeur, mais où la répartition des horaires de travail et d'un certain nombre de tâches communes pour lesquelles les travailleurs sont solidairement responsables de leur exécution incombent à ces derniers.³⁴³ Les travailleurs n'étant pas liés entre eux par un contrat, l'acceptation individuelle de représentation contractuelle totale de et par leurs collègues, dans leur contrat de travail, est ici fondamentale.

c. Synthèse

- 271 Si le « *Jobsplitting* » ne constitue, à notre sens, qu'un aménagement du temps de travail ainsi que dans une certaine mesure de son organisation ne représentant ainsi aucunement une relation de travail approfondie ou complexe, il pourrait en aller différemment du « *Jobparing* ». En effet, la question doit se poser quant à la possibilité qu'il puisse s'agir d'une relation de travail complexe.
- 272 À cette interrogation, c'est pourtant bien par la négative que nous choisissons d'y répondre. Bien que les travailleurs partagent les mêmes tâches et le même poste de travail, tantôt au travers d'une même relation juridique i.e. un même contrat de travail entre tous les employés et l'employeur (« *Jobsharing pur* »), tantôt au travers d'une relation de fait, les employés collaborant, mais ayant chacun un contrat individuel de travail avec l'employeur (« *Jobsharing hybride* »), aucune de ces formes ne présente de tiers dans leurs rapports de travail.³⁴⁴ L'employeur se trouve certes lié à un ou plusieurs employés en étroite

³⁴² WILDHABER/GEISER (2016), p. 4.

³⁴³ DELLEY in : DUNAND/LEMPEN/MAHON (2016), p. 308, lit. bb) ; WILDHABER/GEISER (2016), p. 4.

³⁴⁴ ZWYGART (2012), p. 38, n° 127.

collaboration, mais ceux-ci restent, en termes de positions structurelle et fonctionnelle, sur un pied d'égalité.³⁴⁵ Chacun ne dépend toujours que du même et unique employeur.³⁴⁶

Ainsi, dans le cadre du « *Jobsharing pur* » aussi, la société simple conclue entre les employés ne représente qu'un aménagement de leur temps et de leur organisation de travail. Le « *Jobparing* » ne constitue donc qu'une forme atypique de contrat de travail ordinaire et non une relation de travail complexe. 273

II. Les contrats de travail ordinaires régissant l'exercice d'une profession libérale

Définir la notion de profession libérale en droit suisse n'est pas chose aisée. En se basant sur la définition du Conseil européen des professions libérales (CEPLIS),³⁴⁷ sur une décision de la Cour européenne de justice (CEJ)³⁴⁸ et sur les définitions des associations libérales suisse, allemande, autrichienne et française, le Conseil fédéral avait, une première fois, au travers d'un message adressé en réponse au postulat Cina du 19 décembre 2003, extrait quatre éléments constitutifs d'une profession libérale.³⁴⁹ Ces mêmes critères se sont finalement trouvés réaffirmés dans un message plus récent et par le biais d'une définition plus claire des professions libérales, mais tout aussi concise : « *La personne qui exerce une profession libérale 1) le fait à titre personnel et sous sa propre responsabilité, 2) offre une prestation de service exigeante, 3) justifie d'une qualification professionnelle élevée et 4) exerce une profession généralement soumise à une réglementation de l'État* ». ³⁵⁰ 274

Au sens du premier critère, la personne pratiquant la profession libérale se trouve intrinsèquement liée à la prestation de service, de sorte qu'elle ne peut 275

³⁴⁵ *Idem*, p. 28, n° 90.

³⁴⁶ *Idem*, p. 28, n° 90.

³⁴⁷ Statuts du CEPLIS (version du 15 mai 1998), art. 5.1.

³⁴⁸ CEJ du 11 octobre 2001, C-267/99, n° 39.

³⁴⁹ CONSEIL FÉDÉRAL (2004), p. 6, n° 3.2.

³⁵⁰ CONSEIL FÉDÉRAL (2014), p. 4.

être remplacée par personne d'autre, une relation de confiance se tissant communément avec le client.³⁵¹ Au sens du second critère, il doit s'agir d'une prestation de service plaçant inévitablement le travail effectué dans le secteur tertiaire et qui soit également de type intellectuel, exigeant par là un certain degré de complexité.³⁵² Selon le troisième critère, pratique une profession libérale une personne au bénéfice d'une formation supérieure, soit universitaire ou équivalente.³⁵³ Enfin, le quatrième critère impose à la profession une soumission à la réglementation de l'État, fédéral ou cantonal, voire à une certaine forme d'auto-réglementation.³⁵⁴ À titre d'exemple de professions libérales, nous pourrions citer les médecins, les architectes, les avocats ou les notaires.³⁵⁵

- 276 Si le Conseil fédéral s'inspire en partie du droit européen, celui-ci s'en écarte sur un point. Le parlement européen et le conseil de l'Union européenne ont, subséquemment au premier rapport du Conseil fédéral et conformément aux statuts du CEPLIS, défini la profession libérale comme une : « *profession exercée sur la base de qualifications professionnelles appropriées, à titre personnel, sous sa propre responsabilité et de façon professionnellement indépendante, en offrant des services intellectuels et conceptuels dans l'intérêt du client et du public* ». ³⁵⁶
- 277 Au sens de la notion d'indépendance, est indépendant « *celui qui exerce son activité selon sa propre organisation librement choisie – reconnaissable de l'extérieur – et à ses propres risques et profits, et qui a engagé des fonds propres dans son affaire* ». ³⁵⁷ L'activité indépendante s'oppose par essence à l'activité dépendante : « *exerce une activité dépendante celui qui s'engage pour une durée déterminée ou indéterminée à fournir des prestations contre rémunération*

³⁵¹ CONSEIL FÉDÉRAL (2004), p. 6, n° 3.2.

³⁵² *Idem*, p. 7, n° 3.2.

³⁵³ *Idem*, p. 7, n° 3.2.

³⁵⁴ *Idem*, p. 7, n° 3.2.

³⁵⁵ TC/GE du 9 avril 2010, c. 2.6 in : JAR 2011, p. 459 ; CONSEIL FÉDÉRAL (2004), p. 7, n° 3.2.

³⁵⁶ Directive 2005/36/CE, c. 43.

³⁵⁷ ATF 121 I 259, c. 3c ; TC/GE du 9 avril 2010, c. 2.5.7.1 in : JAR 2011, p. 459.

*en se soumettant aux instructions de son employeur. »*³⁵⁸ C'est bien évidemment le cas des salariés.³⁵⁹

Fait ainsi partie de la définition de profession libérale, en droit européen, un caractère *indépendant* que le Conseil fédéral a toujours refusé d'inclure dans sa définition, et à juste titre selon nous.³⁶⁰ En effet, le Conseil fédéral et la jurisprudence suisse retiennent qu'une personne exerçant une profession de type libéral peut tout à fait l'exercer de manière dépendante en tant que salariée, de sorte que le critère d'indépendance ne doit servir à définir un tel type de profession.³⁶¹ Un médecin employé en hôpital ou un avocat salarié dans une étude en sont de parfaits exemples. Ainsi, selon nous, que ce critère soit une condition *sine qua non*, ou plutôt un simple élément généralement observé comme c'est le cas en droit européen, d'une profession libérale, il ne devrait jamais figurer dans aucune définition légale.

Malheureusement, au niveau du droit du travail et bien que justifiée, la possibilité d'exercer une profession libérale, au travers d'un salariat impacte profondément l'intégrité du rapport de subordination au sens large. Un fort affaiblissement de ce dernier, et plus particulièrement de son élément hiérarchique, s'en fait conséquemment ressentir. Le travailleur n'est donc plus réellement dépendant de son employeur que d'un point de vue organisationnel et économique uniquement.³⁶²

S'agissant de l'élément organisationnel, soit de l'élément spatial et temporel, cette dépendance s'exprime respectivement et communément au travers de la mise à disposition d'une place et d'outils de travail,³⁶³ ainsi que par l'existence d'horaires à observer.³⁶⁴ La dépendance économique apparaît quant à elle principalement par le renoncement du travailleur au risque d'entreprise, celui-ci confiant l'exploitation de sa prestation à un tiers afin de s'assurer un salaire

³⁵⁸ *Ibid.*

³⁵⁹ TF du 17 octobre 2016, 9C_213/2016, c. 3.1 et 3.2.

³⁶⁰ CONSEIL FÉDÉRAL (2004), p. 7, n° 3.2.

³⁶¹ TC/GE du 9 avril 2010, c. 2.6 in : JAR 2011, p. 459 ; CONSEIL FÉDÉRAL (2004) p. 6, n° 3.2.

³⁶² TF du 3 septembre 2015, 4A_200/2015, c. 4.2.3.

³⁶³ *Ibid.*

³⁶⁴ TC/GE du 9 avril 2010, c. 3.2.2 in : JAR 2011, p. 459.

garanti en échange.³⁶⁵ Enfin, se dresse la problématique de l'élément hiérarchique, pièce du puzzle la plus fortement touchée bien que présente par ailleurs. À ce titre, les travailleurs à la profession typiquement libérale ne peuvent, dans le cadre par exemple de médecins salariés dans un hôpital, se voir dicter par les organes des ressources humaines la manière avec laquelle une opération ou une consultation doit être effectuée en raison de l'incompétence de celle-ci à le faire. Ces travailleurs possèdent donc une grande liberté décisionnelle en matière d'exécution de leur pure prestation de travail. Toutefois, l'organe des ressources humaines conserve la faculté de leur imposer des directives et instructions d'ordre réglementaire, comme celles délivrées à tout personnel de l'hôpital.³⁶⁶

- 281 En conclusion, et au vu de ce qui est explicité ci-dessus, force est de constater que si les contrats de travail pour des professions libérales provoquent des affaiblissements au niveau du rapport de subordination, ils ne créent en rien des éléments objectivement essentiels supplémentaires ni n'impliquent de tierces parties, de manière à ce qu'il n'est pas possible de les qualifier de relations de travail spéciales. Il s'agit tout au plus d'un contrat de travail ordinaire au rapport de subordination affecté en raison de la profession exercée.

³⁶⁵ TF du 3 septembre 2015, 4A_200/2015, c. 4.2.3.

³⁶⁶ TC/GE du 9 avril 2010, c. 3.2.2 in : JAR 2011, p. 459.

Chapitre 7 : Le contrat d'engagement des voyageurs de commerce

Le contrat d'engagement des voyageurs de commerce est la première relation de travail spéciale au sein de laquelle sera examinée la définition actuelle du rapport de subordination au sens large. Si l'appellation du contrat ne laisse guère la possibilité à des néophytes d'en imaginer l'exercice pratique, il s'agit malgré tout d'une relation de travail forte, connue de tous, bien que régulièrement et à tort associée au contrat d'agence comme nous le verrons. 282

La presse non spécialisée et la population en général parlent communément de colporteur, de démarcheur ou de VRP. Des termes si synonymes à des oreilles de non-initiés et qui se rapportent souvent, sans que la plupart ne le sachent, à ces voyageurs de commerce. Aux yeux du grand public, c'est ce représentant, parcourant les cantons par un jeu de porte à porte avec sa valise pleine d'échantillons et cherchant à vendre des produits ménagers.³⁶⁷ Mais finalement, ce voyageur n'est autre qu'un travailleur salarié qui a pour mission principale de conduire des négociations et conclure des contrats pour le compte d'un employeur en se rendant chez différents clients ou les rencontrant en dehors des locaux de l'entreprise. 283

Si la profession est amplement réglementée de nos jours, elle a longtemps et jusqu'au début des années 40 souffert d'une absence de reconnaissance de l'État au travers de lois inexistantes ou très légères. Ces lois, que nous aborderons, ne protégeaient pas assez cette couche de travailleurs alors peu représentés encore par les syndicats dans les années 30.³⁶⁸ 284

Curieusement, et faut-il le mentionner, il n'existe pas en Suisse de statistiques officielles anciennes ou récentes qui auraient attiré au nombre de personnes exerçant cette profession. Peut-être la difficulté à identifier les travailleurs au bénéfice d'un tel contrat de travail en est la cause. 285

³⁶⁷ AUBERT D. (2010), p. 2, n° 2.

³⁶⁸ Nouvelliste valaisan du 5 juillet 1930, p. 1.

- 286 Afin de garantir une certaine systématique et une facilité dans la comparaison, nous appliquerons un plan similaire d'analyse à ce chapitre et aux chapitres suivants examinant le rapport de subordination au sens large au sein d'autres relations de travail spéciales.
- 287 Nous plongerons en premier lieu dans l'historique même du contrat, de ses origines à aujourd'hui (§1). Nous examinerons ensuite sa notion en tant que telle (§2), puis nous analyserons en détail les différents éléments objectivement essentiels le composant (§3). Nous arrêterons enfin la présence ou l'absence des éléments du rapport de subordination au sens large au sein du contrat d'engagement des voyageurs de commerce et évaluerons l'intensité des éléments retenus pour y déterminer éventuellement s'ils constituent des éléments caractéristiques ou représentatifs de cette relation de travail spéciale (§4).

§ 1 Historique

- 288 La naissance du contrat d'engagement des voyageurs de commerce, à défaut de prémisses existentielles au niveau cantonal, est la continuité logique de l'élaboration de deux lois fédérales : la Loi fédérale sur les voyageurs de commerce du 4 octobre 1930 (A) et la Loi fédérale sur les conditions d'engagement des voyageurs de commerce du 13 juin 1941 (B). Ont suivi la création du contrat d'engagement des voyageurs de commerce après la révision de 1971 du titre dixième et dixième bis du code des obligations (C), mais également une nouvelle Loi fédérale sur le commerce itinérant du 23 mars 2001 (D).
- 289 À noter que si la majorité des droits cantonaux ne réglementent aujourd'hui encore aucunement l'activité de voyageurs de commerce, certains cantons tels Genève ou Zurich sont dotés, à l'inverse de la Confédération, d'une convention collective de travail étendue régissant cette même activité.³⁶⁹

A. Loi fédérale sur les voyageurs de commerce du 4 octobre 1930

- 290 La Loi fédérale sur les voyageurs de commerce du 4 octobre 1930 est la première loi fédérale visant l'activité de voyageur de commerce à être promulguée. Il s'agit d'une loi publique cherchant à garantir la protection des particuliers et

³⁶⁹ AUBERT D. in : DUNAND/MAHON (2013), n° 9 *ad* art. 347 CO, p. 967.

des consommateurs.³⁷⁰ Malheureusement, elle ne constitue qu'une simple police du commerce, soit un outil permettant de contrôler les travailleurs agissant comme voyageurs,³⁷¹ mais sans présenter de réglementation exhaustive de la profession. La loi oblige par exemple les voyageurs à acquérir une carte officielle, à titre de permis, leur ouvrant l'accès à l'exercice de leur métier.³⁷²

B. Loi fédérale sur les conditions d'engagement des voyageurs de commerce du 13 juin 1941

La Loi fédérale sur les conditions d'engagement des voyageurs de commerce du 13 juin 1941 est la seconde loi touchant la profession et vient d'une certaine manière compléter la première présentée ci-dessus. À l'inverse de la première loi du 4 octobre 1930 élaborée onze ans plus tôt, celle-ci est de type privé.³⁷³ Elle entre en vigueur le 1^{er} janvier 1942, à la suite de nombreux efforts fournis par les associations de voyageurs de commerce qui luttent pour obtenir une législation spéciale plus conséquente.³⁷⁴

L'objectif de cette loi consiste principalement à régir les rapports entre employeurs et employés, afin notamment de protéger les voyageurs de commerce exposés à l'exploitation disproportionnée de leurs employeurs, d'un point de vue à la fois physique et financier.³⁷⁵

³⁷⁰ AUBERT D. (2010), p. 10, n° 36.

³⁷¹ Message (1940), p. 1342.

³⁷² *Ibid.*

³⁷³ Message (1940), p. 1348.

³⁷⁴ Message (1940), p. 1344 ; AUBERT D. (2010), p. 3, n° 9 et 10.

³⁷⁵ Message (1967), p. 257 ; Message (1940), pp. 1344 et 1345.

C. Contrat d'engagement des voyageurs de commerce de 1971

- 293 Le contrat d'engagement des voyageurs de commerce, sujet de notre chapitre, naît lors de la révision de 1971 du titre dixième et dixième *bis* du code des obligations.³⁷⁶ Comme préalablement envisagé par le Conseil fédéral dans son message du 6 décembre 1944, ce contrat y est ajouté³⁷⁷ en respectant le processus suivant : les dispositions de la Loi fédérale sur les conditions d'engagement des voyageurs de commerce du 13 juin 1941 sont soit incorporées dans la partie sur le contrat de travail ordinaire en raison de leur portée générale, soit supprimées ou alors transférées dans un sous-chapitre appelé « *contrat d'engagement des voyageurs de commerce* » compris dans la partie accueillant les contrats de travail à caractère spécial.³⁷⁸
- 294 À la suite de son démembrement, la Loi fédérale sur les conditions d'engagement des voyageurs de commerce du 13 juin 1941 est en conséquence abrogée au 1^{er} janvier 1972, date d'entrée en vigueur de la révision de 1971 du titre dixième et dixième *bis* du code des obligations.³⁷⁹

D. Loi fédérale sur le commerce itinérant du 23 mars 2001

- 295 La Loi fédérale sur le commerce itinérant du 23 mars 2001, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2003, est une loi publique « *régissant l'exercice du commerce itinérant, qui consiste à offrir aux consommateurs des marchandises ou des services* » (art. 1^{er} al. 1^{er} LCIt).³⁸⁰ Cette loi fédérale reprend le rôle de la Loi fédérale sur les voyageurs de commerce du 4 octobre 1930 à laquelle elle se substitue,³⁸¹ précipitant par là son abrogation (art. 20 LCIt).
- 296 La notion de « *commerce itinérant* » comprend de nombreux métiers et activités professionnelles tels les marchands forains, les colporteurs ou les rémouleurs.³⁸²

³⁷⁶ Message (1967), p. 274.

³⁷⁷ *Ibid.*

³⁷⁸ *Ibid.*

³⁷⁹ Message (1967), p. 479 ; AUBERT D. in : DUNAND/MAHON (2013), n° 2 *ad* art. 351 CO, p. 1056.

³⁸⁰ RS 943.1 ; RO 2002 3080.

³⁸¹ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (2012), n° 3 *ad* art. 347 CO, p. 1357.

³⁸² Message (2000), p. 3851.

Elle incorpore également la notion de voyageur de commerce, mais sous l'angle uniquement des voyageurs de commerce au détail, excluant ainsi le voyageur de commerce en gros.³⁸³

Il convient aussi de signaler l'existence d'une Ordonnance sur le commerce itinérant du 4 septembre 2002, modifiée le 21 janvier 2004, et qui précise la notion de commerce itinérant.³⁸⁴

297

§ 2 Notion

Le contrat d'engagement des voyageurs de commerce est régi par les arts 347ss CO. En suite d'un bref aperçu de sa base légale **(A)**, nous verrons en quoi il constitue une relation de travail approfondie **(B)**. Nous aborderons sa distinction fondamentale avec le contrat d'agence **(C)** et constaterons ou non l'application de la LTr à son rencontre **(D)**.

298

A. Base légale

La notion de contrat d'engagement des voyageurs de commerce est régie par le code des obligations à l'art. 347 al. 1^{er} et 2. L'art. 347 al. 1^{er} CO stipule que « *Par le contrat d'engagement des voyageurs de commerce, le voyageur de commerce s'oblige, contre paiement d'un salaire, à négocier ou à conclure, pour le compte d'un commerçant, d'un industriel ou d'un autre chef d'entreprise exploitée en la forme commerciale, des affaires de n'importe quelle nature hors de l'établissement.* »

299

L'art. 347 al. 2 CO précise que « *[n]'est pas considéré comme voyageur de commerce le travailleur qui n'exerce pas principalement une activité de voyageur ou qui ne travaille qu'occasionnellement ou passagèrement pour l'employeur, de même que le voyageur qui fait des affaires pour son propre compte.* »

300

L'art. 347 al. 1^{er} et 2 CO souffrant d'un manque d'uniformité et de clarté, Hirt en reprend ses éléments objectivement essentiels afin de les rassembler pour nous offrir une définition plus pointue du contrat d'engagement des voyageurs de commerce : « *[l]e contrat d'engagement des voyageurs de commerce est le contrat de travail spécial par lequel le travailleur s'engage, de manière permanente, c'est-à-dire non simplement pour une tâche unique et clairement déter-*

301

³⁸³ Message (2000), pp. 3862 et 3863.

³⁸⁴ AUBERT D. (2010), p. 8 n° 28.

*minée, à négocier ou à conclure des affaires dans le domaine d'activité de l'entreprise, plus de la moitié de son temps de travail durant et, majoritairement, de manière non stationnaire, au nom et pour le compte d'un commerçant, d'un industriel ou d'un autre chef d'entreprise exploitée en la forme commerciale, qui ne doit pas nécessairement être la même personne que l'employeur, sans exécuter immédiatement les affaires ».*³⁸⁵

B. Une relation de travail approfondie

- 302 Le contrat d'engagement des voyageurs de commerce constitue, au sens de notre définition proposée au **Chapitre 6**, une relation de travail approfondie. En effet, il s'agit bien d'un contrat de travail à caractère spécial, soit un contrat contenant les quatre caractéristiques fondamentales du contrat de travail ordinaire que sont une prestation, une durée, un salaire et un rapport de subordination, mais présentant également des éléments objectivement essentiels qui lui sont propres et que nous disséquons en détail ci-après. Il s'agit de la négociation ou la conclusion d'affaires, des voyages, une inscription au registre du commerce de l'entreprise employeuse, une activité non occasionnelle ou passagère, et un travail pour le compte et au nom d'un tiers.³⁸⁶

C. Distinction avec le contrat d'agence

- 303 Il n'est pas chose aisée, en pratique, de distinguer le contrat d'engagement des voyageurs de commerce et le contrat d'agence. La définition du contrat d'agence est prévue à l'art. 418a al. 1^{er} CO. L'art. 418a al. 1^{er} CO précise que : « [l]'agent est celui qui prend à titre permanent l'engagement de négocier la conclusion d'affaires pour un ou plusieurs mandants ou d'en conclure en leur nom et pour leur compte, sans être lié envers eux par un contrat de travail. ».
- 304 Le contrat d'agence est un type particulier de contrat de mandat là où le contrat d'engagement des voyageurs de commerce est un contrat de travail à caractère

³⁸⁵ AUBERT D. (2010), p. 14, n° 51 ; HIRT (1991), p. 78.

³⁸⁶ TF du 29 avril 2015, 4A_86/2015, c. 4 ; ATF 129 III 664, c. 3.2 ; AUBERT D. (2010), p. 14, n° 48 et 49.

spécial.³⁸⁷ À l'inverse de l'agent qui exerce sa profession à titre purement indépendant, le voyageur est un travailleur soumis à l'autorité de son employeur dans le cadre d'un rapport de subordination³⁸⁸ au sens large. Afin de déterminer si un tel rapport est présent, il est question, face à un contrat donné, de retenir toutes les circonstances présentes en l'espèce sans tenir compte d'une éventuelle appellation fautive de la qualification des parties dans ce même contrat.³⁸⁹ Nous verrons ci-après quels indices permettent de pencher en faveur de l'un des deux contrats dans le contexte d'une tentative de qualification d'un contrat.

D. Application de la LTr ?

La Loi fédérale sur le travail dans l'industrie, l'artisanat et le commerce du 13 mars 1964 (Loi sur le travail, LTr) n'est pas applicable aux voyageurs de commerce (art. 3 lit. g LTr).³⁹⁰ Toutefois, il convient de remarquer que cet article a été adopté à une époque où la profession de voyageur de commerce était régie par deux lois spéciales et n'était pas encore incorporée dans le code des obligations comme contrat de travail à caractère spécial.³⁹¹ La non-soumission de la profession de voyageur de commerce à une telle législation n'a aujourd'hui plus aucun sens et crée une faille dans la protection des droits d'un tel travailleur, notamment au niveau des horaires de travail.³⁹²

§ 3 Les éléments objectivement essentiels

Le contrat d'engagement des voyageurs de commerce comporte un certain nombre d'éléments objectivement essentiels supplémentaires au contrat de travail ordinaire.³⁹³ Nous en retenons cinq principaux : la négociation ou la conclusion d'affaires (**A**), des voyages (**B**), une inscription au registre du commerce

³⁸⁷ ENGEL (2000), p. 541, lit. B.

³⁸⁸ TF du 29 avril 2015, 4A_86/2015, c. 4.1 ; ATF 129 III 664, c. 3.2.

³⁸⁹ ATF 129 III 664, c. 3.2.

³⁹⁰ ZK-STAEHELIN (2014), n° 2 *ad* art. 347 CO, p. 451.

³⁹¹ AUBERT D. in : DUNAND/MAHON (2013), n° 7 *ad* art. 347 CO, p. 967.

³⁹² ZK-STAEHELIN (2014), n° 2 *ad* art. 347 CO, p. 451.

³⁹³ AUBERT D. (2010), p. 32, n° 131 ; AUBERT D. in : DUNAND/MAHON (2013), n° 12 *ad* art. 347 CO, p. 968.

de l'entreprise employeuse (**C**), une activité non occasionnelle ou passagère (**D**), et un travail pour le compte et au nom d'un tiers (**E**).³⁹⁴ Si l'un de ces éléments venait à manquer, le contrat en question se verrait qualifié de contrat de travail ordinaire.³⁹⁵

A. La négociation ou la conclusion d'affaires

- 307 Le voyageur de commerce doit avoir, pour activité principale, la négociation ou la conclusion de transactions commerciales.³⁹⁶
- 308 L'objectif du voyageur de commerce est de chercher à obtenir, du client directement, un comportement actif, se traduisant ou se concrétisant par la conclusion d'un contrat.³⁹⁷ La simple présentation de produit à titre purement promotionnel, soit de l'ordre de la démonstration ou du simple conseil, n'est pas suffisante. En effet, le voyageur n'y présenterait alors pas de volonté de négocier directement avec le client dans le but de le pousser à conclure un contrat et donc d'apporter de nouvelles affaires à son employeur.³⁹⁸
- 309 Les affaires conclues par le voyageur ne doivent pas nécessairement avoir pour objet la vente de marchandises, mais peuvent également concerner la vente de services,³⁹⁹ par exemple dans le domaine des assurances.⁴⁰⁰ Sont en revanche exclues les affaires où la marchandise ou bien le service est respectivement livré ou exécuté immédiatement à la conclusion du contrat.⁴⁰¹

³⁹⁴ AUBERT D. (2010), p. 32, n° 131 ; AUBERT D. in : DUNAND/MAHON (2013), n° 12 *ad art.* 347 CO, p. 968.

³⁹⁵ SUBILIA/DUC (2010), n° 8 *ad art.* 347 CO, p. 812.

³⁹⁶ BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ (2010), n° 1 *ad arts* 347-350a CO, p. 351 ; BK-REHBINDER/STÖCKLI (2014), n° 2 *ad art.* 347 CO, p. 619.

³⁹⁷ AUBERT D. (2010), p. 33, n° 137.

³⁹⁸ AUBERT D. (2010), p. 35, n° 145 ; BK-REHBINDER/STÖCKLI (2014), n° 3 *ad art.* 347 CO, p. 619.

³⁹⁹ BK-REHBINDER/STÖCKLI (2014), n° 2 *ad art.* 347 CO, p. 619.

⁴⁰⁰ MEYER (1978), p. 7.

⁴⁰¹ BK-REHBINDER/STÖCKLI (2014), n° 4 *ad art.* 347 CO, p. 620 ; ZK-STAEHELIN (2014), n° 5 *ad art.* 347 CO, p. 452.

Le temps accordé à l'activité de négociation ou conclusion a aussi son importance. En effet, le voyageur ne saurait être considéré comme étant au bénéfice d'un contrat d'engagement de voyageur de commerce si plus de la moitié de son temps de travail, soit une part prépondérante de celui-ci, était attribuée à des tâches ne relevant pas de la négociation ou de la conclusion d'affaires, mais à des tâches purement administratives ou de gestions.⁴⁰² 310

B. Des voyages

Comme le stipule l'art. 347 al. 1^{er} *in fine* CO, le voyageur de commerce doit effectuer son activité en dehors de l'établissement de l'employeur.⁴⁰³ En réalité, plus de la moitié, soit plus de 50% de son temps de travail doivent être affectés à la rencontre de clients à l'extérieur des locaux de l'employeur.⁴⁰⁴ 311

Toutefois, l'extériorité des négociations ne suffit pas à qualifier un travailleur de voyageur. Il faut encore, en vertu de l'art. 347 al. 2 CO, que celui-ci réalise des voyages, c'est-à-dire des trajets le mettant directement au contact physique des clients, que ceux-ci fassent déjà partie de sa clientèle ou qu'ils ne soient qu'une cible potentielle.⁴⁰⁵ Le voyageur ne possède donc aucun lieu d'attache précis, ce qui donne par ailleurs là tout son sens à sa dénomination.⁴⁰⁶ 312

Cependant, afin d'entreprendre certaines tâches administratives accessoires inhérentes à sa fonction et qui lui incombent, il va de soi que l'utilisation d'un bureau dans l'établissement de l'employeur reste tout à fait admissible.⁴⁰⁷ Nous estimons même que la délivrance d'un bureau qui soit propre à un travailleur en particulier n'est pas de nature à entraver son rôle de voyageur. 313

⁴⁰² AUBERT D. (2010), p. 34, n° 141 ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (2012), n° 2 *ad* art. 347 CO, p. 1354.

⁴⁰³ TF du 20 mars 2015, 8C_290/2014, c. 3.1 ; TC/VD du 5 octobre 2009, c. 3 in : JAR 2010, p. 655 ; ZK-STAEHELIN (2014), n° 7 *ad* art. 347 CO, p. 453.

⁴⁰⁴ TC/VD du 5 octobre 2009, c. 3 in : JAR 2010, p. 655 ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (2012), n° 2 *ad* art. 347 CO, p. 1354.

⁴⁰⁵ TF du 20 mars 2015, 8C_290/2014, c. 3.1 ; AUBERT D. (2010), p. 34, n° 139 ; SUBILIA/DUC (2010), p. 810, n° 3.

⁴⁰⁶ TF du 20 mars 2015, 8C_290/2014, c. 3.1.

⁴⁰⁷ SUBILIA/DUC (2010), p. 810, n° 3.

- 314 Enfin, contrairement à ce que soutient David Aubert,⁴⁰⁸ il serait à notre sens inenvisageable de requalifier un contrat d'engagement de voyageur de commerce en contrat de travail à domicile dans le cas où le voyageur exercerait son activité à son domicile ou local de son choix, en y accueillant par exemple les clients. En effet, cela est dû au fait que le contrat de travail à domicile, comme nous le verrons plus en détail au **Chapitre 8** qui lui est dédié, se rapporte au secteur secondaire.⁴⁰⁹ Or, le voyageur réalise, au travers de sa négociation ou conclusion de contrat en représentation, une prestation de service, soit une activité du secteur tertiaire, que celle-ci concerne des marchandises, des matières premières ou d'autres types de biens.

C. Inscription au registre du commerce

- 315 L'art. 347 al. 1^{er} CO précise que le voyageur doit agir pour le compte d'une entreprise exploitée en la forme commerciale. Or, toute entreprise exploitée en la forme commerciale doit être inscrite au registre du commerce (art. 934 al. 1^{er} CO).⁴¹⁰ Si l'entreprise commerciale employeuse du voyageur n'est pas inscrite au registre du commerce, celui-ci ne peut être considéré comme étant au bénéfice d'un contrat d'engagement de voyageur de commerce, à moins que ladite entreprise soit sujette à inscription et qu'elle aurait dû s'y soumettre.⁴¹¹ C'est donc l'obligation d'inscription de l'entreprise qui est déterminante à la qualification d'un contrat en contrat d'engagement des voyageurs de commerce et non l'inscription effective.
- 316 Il sied toutefois de préciser que la personne représentée n'est pas toujours l'employeur, mais qu'il peut s'agir d'un tiers, auquel cas les conditions d'inscription seront examinées sous l'angle du tiers et non sous celui de l'employeur.⁴¹²

⁴⁰⁸ AUBERT D. (2010), p. 37, n° 154 et 155.

⁴⁰⁹ ATF 132 V 181 ; SUBILIA/DUC (2010), p. 859, n° 6 ; GUYOT UNGER (2013), p. 3.

⁴¹⁰ BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ (2010), n° 1 *ad* arts 347-350a CO, p. 351.

⁴¹¹ ZK-STAEHELIN (2014), n° 4 *ad* art. 347 CO, p. 452 ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (2012), n° 2 *ad* art. 347 CO, p. 1354.

⁴¹² AUBERT D. (2010), p. 40, n° 173.

D. Une activité non occasionnelle ou passagère

L'art. 347 al. 2 CO stipule que n'est pas considéré comme voyageur de commerce le travailleur qui exerce ses tâches occasionnellement **(I)** ou de manière passagère **(II)**.⁴¹³ 317

I. Travail occasionnel

Le travail occasionnel représente des tâches effectuées de manière ponctuelle ou unique pour le compte de l'employeur et qui viennent s'ajouter en sus d'une activité principale régulière.⁴¹⁴ Il s'agit d'opérations sporadiques et volontaires.⁴¹⁵ On parlera par exemple de travail occasionnel lorsque l'employé est libre d'accorder à une tâche particulière le temps et l'ampleur de travail désirés afin de la mener à bien.⁴¹⁶ 318

II. Travail passager

Est considéré comme travail passager le travail réalisé sur une très courte période.⁴¹⁷ Dans le cadre du contrat d'engagement des voyageurs de commerce, une durée de travail inférieure à un mois prévue dans un contrat doit en tout cas être considérée comme passagère.⁴¹⁸ Ainsi, en deçà de cette limite, le travailleur reste lié par un contrat de travail ordinaire. 319

E. Travail pour le compte et au nom d'un représenté

En vertu de l'art. 347 al. 2 CO, est considéré comme voyageur de commerce une personne agissant pour le compte d'un représenté et non pour son propre 320

⁴¹³ HONSELL (2014), n° 2 *ad* art. 347 CO, p. 1267.

⁴¹⁴ AUBERT D. (2010), p. 41, n° 178 ; MEYER (1978), p. 9.

⁴¹⁵ HONSELL (2014), n° 2 *ad* art. 347 CO, p. 1267.

⁴¹⁶ AUBERT D. (2010), p. 41, n° 179.

⁴¹⁷ ZK-STAEHELIN (2014), n° 8 *ad* art. 347 CO, p. 454.

⁴¹⁸ *Ibid.*

compte.⁴¹⁹ Le représenté peut être l'employeur lui-même, soit un commerçant, industriel ou tout chef exploitant son entreprise en la forme commerciale, mais également un tiers du même type avec lequel le travailleur ne possède aucun contrat de travail.⁴²⁰

- 321 Il devrait également être requis que le voyageur soit obligé d'agir au nom du représenté, afin d'éviter la présence d'un indice tendant vers l'absence de rapport de subordination au sens large et donc vers l'inexistence d'un contrat d'engagement de voyageur de commerce.⁴²¹ Hirt précise même, de manière trop catégorique à notre sens, qu'est incompatible avec une activité de voyageur de commerce le fait d'agir en son nom propre et non en celui du représenté.⁴²² Il s'agirait alors systématiquement d'une représentation directe au sens de l'art. 32 al. 1^{er} CO, les effets du contrat passant directement au représenté et non d'une représentation indirecte, ce qui est le cas lorsque le représentant agit en son propre nom pour le compte d'une autre personne et s'engage personnellement auprès du client.⁴²³ Le représenté n'est alors, dans cette dernière possibilité, pas parti au contrat entre le représentant et le client et doit recevoir une cession de créance ou reprise de dette de ce même représentant afin de s'en voir appliquer les effets.⁴²⁴

§ 4 L'existence et l'intensité des éléments du rapport de subordination au sens large

- 322 Sur la base principalement du régime légal, soit des éléments objectivement essentiels analysés ci-dessus ainsi que dans une certaine mesure des obligations et droits inhérents au contrat d'engagement des voyageurs de commerce,⁴²⁵ impératifs ou dispositifs, nous allons tenter de déterminer, pour chacune des dépendances (hiérarchique, spatial, temporelle et économique) du rapport de subordination au sens large tels que retenus en **première partie** de thèse, si celles-ci sont présentes ou absentes dudit contrat. Pour ce faire, nous choisirons de nous baser exclusivement sur les éléments intrinsèques du contrat dont il est

⁴¹⁹ BK-REHBINDER/STÖCKLI (2014), n° 5 *ad* art. 347 CO, p. 620.

⁴²⁰ AUBERT D. (2010), p. 44, n° 198 ; AUBERT D. in : DUNAND/MAHON (2013), n° 24 *ad* art. 347 CO, p. 971.

⁴²¹ ZK-STAEHELIN (2014), n° 5 *ad* art. 347 CO, p. 452.

⁴²² HIRT (1991), p. 69, lit. e).

⁴²³ TF du 11 février 2015, 4A_496/2014, c. 3.2.

⁴²⁴ *Ibid.*

⁴²⁵ Ci-après nommés « *éléments intrinsèques* ».

question. En effet, l'objectif de ce développement est de retrouver la réelle nature du rapport de subordination au sens large telle que retenue en **première partie** de thèse en observant son fonctionnement dans des relations de travail spéciales, soit dans la loi. Il est donc nécessaire, pour ce faire, d'utiliser des outils théoriques découlant de cette loi, soit stables (principalement les éléments objectivement essentiels et dans une certaine mesure les droits et obligations), qu'ils soient dispositifs ou impératifs, et non des droits et obligations issus de la liberté contractuelle, soit des éléments variables et fluctuants d'un contrat à l'autre. Ces derniers seront toutefois développés ci-après dans un souci d'exhaustivité de l'analyse et d'importance pratique.

En effet, il sied de préciser que dans le cadre d'une tentative de qualification de contrat par le juge, celui-ci retiendra l'ensemble des droits et obligations pour déterminer la présence d'un rapport de subordination au sens large.⁴²⁶ Son but n'est évidemment pas de rechercher l'essence de la définition du rapport de subordination au sens large tel que nous le faisons, mais de trouver la nature réelle d'un contrat donné à l'aide de toutes les informations nécessaires et admissibles. Si nous ne relevons pas ces droits et obligations contractuelles potentielles pour chaque contrat, nous le faisons ici, le contrat d'engagement des voyageurs de commerce favorisant grandement les négociations par ses parties de ceux-ci et se présentant donc en pratique sous de nombreuses formes différentes.

Aussi, pour reprendre notre méthodologie et la manière avec laquelle nous déciderons de la présence ou non des différentes dépendances du rapport de subordination au sens large dans le cadre du contrat examiné là et des futurs contrats, nous comparerons, pour chacune d'elles, les éléments en faveur et en défaveur de celles-ci, puis conclurons sur la base d'une pesée de ces indices, à sa présence ou non.

Enfin, en nous appuyant sur cette étude et en comparant les différentes dépendances de ce rapport de subordination au sens large, nous serons à même de conclure à l'intensité avec laquelle celles-ci exercent leur présence. Cela pourra nous permettre de constater celles qui se présenteront peut-être comme caractéristiques ou représentatives du contrat examiné.⁴²⁷

Pour ce faire, nous commencerons notre analyse de présence par l'élément organisationnel (**A**), puis l'élément hiérarchique (**B**), et enfin l'élément économique (**C**). Puis, une fois les présences et absences admises et en reprenant ces

⁴²⁶ ATF 129 III 664, c. 3.2.

⁴²⁷ À noter que nous parlerons parfois plus volontiers de « *dépendances* » que d'éléments du rapport de subordination au sens large mais que ces termes ont à nos yeux la même signification.

résultats, nous poursuivrons avec la constatation ou non d'un ou plusieurs éléments caractéristiques ou représentatifs au sein d'une synthèse (**D**).

A. L'élément organisationnel

- 327 L'élément organisationnel se subdivisant en deux sous-éléments, nous analyserons successivement son élément spatial (**I**) et temporel (**II**).

I. L'élément spatial

- 328 L'élément spatial est l'élément du rapport de subordination le plus affaibli au sein du contrat d'engagement des voyageurs de commerce.
- 329 Nous examinerons en premier lieu les éléments intrinsèques du contrat d'engagement des voyageurs de commerce, soit pour rappel principalement ses éléments objectivement essentiels et dans une certaine mesure ses droits et obligations, en faveur d'une dépendance spatiale tout d'abord (**1**) puis en défaveur d'une telle dépendance (**2**).
- 330 Nous verrons ensuite, et de manière non exhaustive, les potentiels droits et obligations issus de la liberté contractuelle susceptibles d'influencer la présence (**3**) puis l'absence (**4**) d'une telle dépendance. En effet, l'employeur et l'employé possèdent, dans le cadre de ce contrat tout particulièrement, une certaine influence sur la constatation ou non de l'existence d'un rapport de subordination au sens large par la négociation de droits et obligations contractuels.
- 331 Enfin, nous concluons à l'existence ou non d'une dépendance spatiale, mais sur la base uniquement des éléments intrinsèques du contrat d'engagement des voyageurs de commerce, et non en référence aux potentiels droits et obligations issus de la liberté contractuelle (**5**).

1. Éléments intrinsèques en faveur d'une dépendance spatiale

- 332 Il n'existe pas, à notre sens, d'éléments intrinsèques au contrat d'engagement des voyageurs de commerce qui soient en faveur d'une dépendance spatiale de l'employé vis-à-vis de l'employeur.

2. Éléments intrinsèques en défaveur d'une dépendance spatiale

Les éléments intrinsèques en défaveur d'une dépendance spatiale sont assez présents dans le cadre du contrat d'engagement des voyageurs de commerce. Ceux-ci sont représentés par l'exercice de prestations extérieures (a) et nomades (b). 333

a. Des prestations extérieures

En premier lieu, le travailleur n'exécute pas sa prestation dans les locaux de l'entreprise, mais en dehors de celle-ci.⁴²⁸ L'élément spatial du rapport de subordination souffre donc de l'absence physique de l'employé sur le lieu de l'entreprise.⁴²⁹ Les tâches pour lesquelles celui-ci a été engagé ne sont pas réalisées au sein de la structure employeuse, mais à l'extérieur du centre même des relations de travail entre employé et employeur. 334

Il tient par ailleurs de rappeler que quand bien même le travailleur n'est pas obligé d'être sur le lieu de l'entreprise pour exécuter sa prestation afin de permettre à une dépendance spatiale d'exister au sein d'un contrat,⁴³⁰ il s'agit à notre sens d'un véritable indice de manque d'intégration spatiale dans l'entreprise, l'employé s'en trouvant régulièrement éloigné et absent. 335

b. Des prestations nomades

Deuxièmement, le caractère itinérant du contrat, soit le fait de ne jamais travailler au même endroit, affaiblit grandement l'élément spatial. Le voyageur est obligé de rencontrer les clients directement chez eux, sur leur lieu de travail ou dans tout autre endroit, et surtout de ne jamais conserver de lieu précis de rendez-vous comme son propre domicile.⁴³¹ À l'inverse d'un employé qui travaillerait en dehors des locaux professionnels, mais systématiquement dans un même lieu, appartenant, connu ou choisi par l'employeur, le voyageur se déplace continuellement, présentant un caractère nomade peu conciliable avec la notion de dépendance spatiale. 336

En revanche, il ne devrait être, de notre avis toujours, pas exclu que le voyageur rencontre ponctuellement des clients à son domicile pour peu que cela soit dans 337

⁴²⁸ AUBERT in : THEVENOZ/WERRO (2012), n° 2 *ad* art. 347, p. 2131.

⁴²⁹ AUBERT D. (2010), p. 30, n° 125.

⁴³⁰ TC/GE du 9 avril 2010, c. 2.5.2.4 in : JAR 2011, p. 459.

⁴³¹ AUBERT D. (2010), pp. 36 et 37, n° 150 et 153.

l'intérêt du client pour des questions géographiques et organisationnelles et à condition que ces rendez-vous ne deviennent pas réguliers.

3. Les droits et obligations issus de la liberté contractuelle en faveur d'une dépendance spatiale.

338 Un certain nombre de droits et obligations inclus dans le contrat par l'employeur et le travailleur et non prévus par le régime légal sont susceptibles d'influencer la qualification d'un contrat en faveur d'une dépendance spatiale. Nous pensons là à l'existence d'itinéraires et lieux imposés (a), au port de signes distinctifs (b), à la voiture de fonction (c), à des réunions d'entreprises (d), au contrôle par l'employeur des locaux d'activité de l'employé (e), à la surveillance de trajets (f) ou encore à l'octroi de bureaux professionnels en faveur de l'employé (g).

a. Des itinéraires et lieux imposés

339 L'employeur peut imposer au voyageur des itinéraires précis de voyages à effectuer en le contraignant à se rendre chez des clients en particulier ou à les rencontrer dans des endroits spécifiquement retenus.⁴³² L'employeur contrôle alors le choix de l'espace au sein duquel l'employé évolue.

b. Le port de signes distinctifs

340 Le travailleur peut se voir contraint, vis-à-vis des tiers lors du démarchage, de se présenter comme élément d'une entreprise en arborant notamment un uniforme, un badge ou des cartes de visite de ladite entreprise. De cette manière, l'employé, bien qu'apparaissant comme un élément détaché de l'entreprise dans un premier temps, s'y voit rattaché spatialement par ces différents indices qui le lient à son employeur.

c. Une voiture de fonction

341 Afin de se rendre chez des clients en vue de réaliser ses prestations de négociations ou conclusions de contrats, le travailleur peut se voir offrir une voiture de fonction, appartenant ou louée en intégralité par l'entreprise. La voiture de fonction représente alors une extension de l'espace de travail de l'entreprise, soit un

⁴³² AUBERT D. (2010), p. 27, n° 119 ; Hirt (1991), p. 85, lit. (i) ; MEYER (1978), p. 15 ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (2012), n° 3 *ad* art. 347 CO, p. 1356.

pont spatial et matériel entre les locaux de l'employeur et l'employé, favorisant l'intégration de ce dernier dans l'entreprise.

d. Des réunions d'entreprise

Le travailleur peut être contraint de participer à des réunions ou séances présidées par l'employeur,⁴³³ et ce en compagnie ou non d'autres employés. L'employé se voit donc incorporé dans l'organisation spatiale de l'entreprise. 342

e. Un contrôle des locaux d'activité

L'employeur peut interdire l'utilisation de certains locaux pour des activités données ou même encore louer ceux-ci au voyageur, selon un prix qu'il fixera lui-même, renforçant par là la dépendance spatiale de l'employé.⁴³⁴ Nous préciserons que les locaux en question ne sauraient, bien évidemment, accueillir autre chose que la réalisation de tâches purement administratives, le travailleur étant contraint d'exécuter ses prestations de négociations ou conclusions de contrats en dehors des locaux de l'entreprise et cela en effectuant des voyages. 343

f. La surveillance des trajets

Afin de s'assurer de la bonne exécution des tâches de son employé, l'employeur a la possibilité de surveiller ses parcours en voiture à l'aide d'un GPS.⁴³⁵ Cet outil de surveillance rattache spatialement l'employé à l'entreprise par l'utilisation du satellite, source de contrôle et pont entre les locaux de l'employeur et la localisation géographique extérieure du voyageur. 344

⁴³³ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (2012), n° 3 *ad art.* 347 CO, p. 1356.

⁴³⁴ AUBERT D. (2010), p. 29, n° 122 ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (2012), n° 3 *ad art.* 347 CO, p. 1356.

⁴³⁵ Voir ATF 130 II 425, pour l'admission partielle de l'installation de GPS sur des voitures de fonctions.

g. L'octroi d'un bureau professionnel

- 345 S'agissant des tâches purement administratives (à notre sens : impression de documents, décompte de frais de transport, etc.), l'employé peut se voir offrir la possibilité de les réaliser au sein même des locaux de l'entreprise, qui plus est dans un bureau qui lui serait propre, pour autant cependant que celles-ci conservent un aspect secondaire par rapport à ses tâches principales effectuées à l'extérieur.⁴³⁶ L'intégration spatiale du voyageur s'opère ici par l'intégration d'une partie de son lieu de travail dans les locaux de l'entreprise.

4. Les droits et obligations issus de la liberté contractuelle en défaveur d'une dépendance spatiale

- 346 À l'inverse, l'employeur et l'employé peuvent se mettre d'accord sur des droits et obligations offrant une plus grande indépendance spatiale à ce dernier. Nous pensons ici au choix par le voyageur des itinéraires et des clients (a), le choix des moyens de transport (b) et à la réalisation de tâches administratives en dehors de l'entreprise par celui-ci (c).

a. Le choix des itinéraires et clients

- 347 L'employeur peut tout à fait laisser libre à son voyageur la possibilité de choisir son parcours ou les clients qu'il entend démarcher.⁴³⁷ L'absence de contrôle spatial de l'employeur crée ici un manque d'intégration du même type.

b. Le choix des moyens de transport

- 348 Il peut tout à fait être stipulé dans le contrat d'engagement des voyageurs de commerce que le travailleur est libre d'utiliser les moyens de transport qu'il désire pour effectuer les trajets qu'il doit entreprendre, notamment sa voiture personnelle. Le travailleur se détache alors spatialement de l'entreprise employeuse et plus important encore, se rapproche de sa vie privée dans le cas de l'utilisation d'un véhicule personnel.

⁴³⁶ TF du 27 mars 2014, 4A_602/2013, c. 3.2 ; AUBERT D. (2010), p. 36, n° 151.

⁴³⁷ TC/GE du 11 septembre 1996, lit. c), in : JAR 1997, p. 90.

c. La réalisation des tâches administratives en dehors de l'entreprise

Il peut être prévu que le voyageur ne reçoive aucune place de travail au sein de l'entreprise afin de réaliser des tâches administratives et qu'il soit obligé de les réaliser à l'extérieur et dans un lieu de son choix, notamment à son domicile. Cette obligation provoque une grande absence d'intégration spatiale de l'employeur dans l'entreprise qui ne réalise donc aucune prestation ni moindre tâche au sein même des locaux de l'entreprise. 349

5. Conclusion

En suite de cette analyse, il convient de conclure ou non à l'existence d'une dépendance spatiale dans le cadre d'un contrat d'engagement des voyageurs de commerce en nous basant exclusivement sur les éléments intrinsèques du contrat dont il est question. 350

Aussi, s'agissant de l'élément spatial, nous constatons, sans difficulté aucune, la très grande présence d'éléments intrinsèques en défaveur d'une dépendance spatiale et aucun élément en faveur d'une telle dépendance. La présence de l'élément spatial ne peut donc à notre sens pas être retenue au sein du contrat d'engagement des voyageurs de commerce. 351

II. L'élément temporel

À l'inverse de la dépendance spatiale, un bien moins grand nombre d'éléments intrinsèques viennent influencer la présence ou l'absence d'une dépendance temporelle. 352

Nous commencerons par étudier les éléments intrinsèques du contrat d'engagement des voyageurs de commerce en faveur d'une dépendance temporelle pour débiter (1) puis en défaveur d'une telle dépendance (2). 353

Nous verrons ensuite, et de manière non exhaustive, les potentiels droits et obligations issus de la liberté contractuelle susceptibles d'influencer la présence (3) puis l'absence (4) d'une telle dépendance. 354

Nous concluons enfin à l'existence ou non d'une dépendance temporelle, mais sur la base uniquement des éléments intrinsèques du contrat d'engagement des voyageurs de commerce, et non en référence aux potentiels droits et obligations issues de la liberté contractuelle (5). 355

1. Éléments intrinsèques en faveur d'une dépendance temporelle

356 Nous ne voyons qu'un élément intrinsèque principal en faveur d'une dépendance temporelle, soit le fait pour le voyageur de ne pas être libre de disposer de son temps de travail ni de sa répartition, et de devoir se conformer aux souhaits de son employeur.⁴³⁸ L'employé met bien une partie de son temps au service de l'employeur.⁴³⁹ Le choix et la répartition de son temps de travail sont laissés à la discrétion de l'employeur, qui peut alors lui attribuer plus ou moins de liberté.

2. Éléments intrinsèques en défaveur d'une dépendance temporelle

357 Il n'existe également qu'un élément intrinsèque en défaveur d'une dépendance temporelle. En effet, bien que le voyageur soit soumis aux choix de l'employeur quant à la répartition de son temps de travail, les trajets effectués et la distance aux locaux professionnels offrent inévitablement des libertés d'organisation temporelle à l'employé. Celui-ci peut en effet s'accorder des pauses quand il le souhaite, raccourcissant ou à l'inverse rallongeant les heures de travail effectives réalisées auprès de clients, sans que l'employeur ne soit systématiquement en mesure de les contrôler. On constate ici que l'absence de dépendance spatiale influe inévitablement sur la dépendance temporelle.

3. Les droits et obligations issus de la liberté contractuelle en faveur d'une dépendance temporelle

358 À l'instar des éléments intrinsèques, les droits et obligations sur lesquels l'employeur peut s'accorder avec l'employé pour influencer l'existence d'une dépendance temporelle sont moindres que dans le cadre d'une dépendance spatiale, même si très puissants. Nous mentionnerons l'imposition d'horaires (a) et le contrôle du temps de travail (b).

⁴³⁸ TF du 29 avril 2015, 4A_86/2015, c. 4.1 ; TF du 3 février 2006, 4C.359/2005, c. 2.1.

⁴³⁹ TC/GE du 9 avril 2010, c. 2.5.3 in : JAR 2011, p. 459.

a. Des horaires imposés

Le travailleur peut se voir imposer des heures déterminées, des jours ou dates où il doit travailler, ou se tenir à disposition de l'employeur.⁴⁴⁰ L'employé peut aussi être contraint par l'employeur de rencontrer un ou plusieurs clients à des heures précises.⁴⁴¹ 359

b. Un contrôle du temps de travail

L'employeur est tout à fait autorisé à mettre en place un système de contrôle du temps de travail de l'employé.⁴⁴² À ce titre, l'on pourrait citer l'obligation pour l'employé de tenir un agenda électronique des diverses activités effectuées et consultables en tout temps par l'employeur.⁴⁴³ 360

4. Les droits et obligations issus de la liberté contractuelle en défaveur d'une dépendance temporelle

Le principal droit concerné est le fait que le voyageur puisse se voir offrir la liberté d'organiser ses heures de travail librement.⁴⁴⁴ Cela impliquerait notamment la possibilité de n'avoir aucune obligation de travailler à certaines dates ou certains jours fixes, et de choisir ses jours de congés. À notre sens, une trop importante liberté temporelle, comme celle par exemple de ne rien faire pendant une semaine sans conséquence aucune ou de ne jamais demander de vacances,⁴⁴⁵ devrait mener inévitablement à la conclusion certaine d'une absence de dépendance temporelle et donc potentiellement d'un rapport de subordination au sens large. 361

5. Conclusion

Au vu des éléments intrinsèques précédents, il apparaît clairement que le travailleur subit l'organisation de son temps de travail imposé par son employeur, 362

⁴⁴⁰ AUBERT D. (2010), p. 26, n° 119.

⁴⁴¹ CARRY (1953), p. 13, lit. C ; Hirt (1991), p. 85, lit. (i).

⁴⁴² AUBERT D. (2010), p. 30, n° 123.

⁴⁴³ *Ibid.*

⁴⁴⁴ CARRY (1953), p. 10, n° 2 ; MEYER (1978), p. 16.

⁴⁴⁵ JU-TRAV 1988, p. 8.

bien qu'il puisse s'accorder quelques libertés somme toute minimales durant celui-ci. Le travailleur est donc soumis à une dépendance temporelle au sein du contrat d'engagement des voyageurs de commerce.

B. L'élément hiérarchique

- 363 L'élément hiérarchique conserve une place prépondérante au sein du contrat d'engagement des voyageurs de commerce et y représente même assurément l'élément du rapport de subordination au sens large le plus présent.
- 364 Nous débuterons par l'examen des éléments intrinsèques du contrat d'engagement des voyageurs de commerce en faveur d'une dépendance hiérarchique pour commencer (1) puis en défaveur d'une telle dépendance (2).
- 365 Nous verrons ensuite, et de manière non exhaustive, les potentiels droits et obligations issus de la liberté contractuelle susceptibles d'influencer la présence (3) puis l'absence (4) d'une telle dépendance.
- 366 Nous concluons finalement à l'existence ou non d'une dépendance hiérarchique, mais sur la base uniquement des éléments intrinsèques du contrat d'engagement des voyageurs de commerce, et non en référence aux potentiels droits et obligations issues de la liberté contractuelle (5).

I. Éléments intrinsèques en faveur d'une dépendance hiérarchique

- 367 Les éléments intrinsèques en faveur d'une dépendance hiérarchique sont peu nombreux, mais particulièrement conséquents. Il s'agit de la soumission aux instructions et directives (1) et au rendu de rapport (2).

1. La soumission aux instructions et directives

- 368 Le travailleur est contraint au respect d'instructions précises et de directives de l'employeur, et cela en tout temps.⁴⁴⁶ Le travailleur est donc soumis au pouvoir de direction de l'employeur et se doit de réaliser les tâches qui lui sont confiées

⁴⁴⁶ TF du 29 avril 2015, 4A_86/2015, c. 4.1 ; ATF 129 III 664, c. 3.2.

conformément aux demandes de ce dernier.⁴⁴⁷ Il doit notamment visiter et négocier avec les clients selon les directives et instructions données par l'employeur (art. 348 al. 1^{er} CO).⁴⁴⁸

2. Le rendu de rapports

Le voyageur a l'obligation de rendre des rapports détaillés et réguliers sur ses activités (art. 348 al. 3 CO), et qui traitent notamment de la nature des démarches ou du contenu des contrats conclus avec la clientèle.⁴⁴⁹ 369

II. Éléments intrinsèques en défaveur d'une dépendance hiérarchique

En raison de l'éloignement géographique séparant les prestations du voyageur de commerce des locaux de l'entreprise, la faculté de l'employeur d'exercer son pouvoir de direction s'en trouve inévitablement réduite, affectant ainsi la dépendance hiérarchique.⁴⁵⁰ L'employé possède une liberté et une certaine indépendance lui permettant d'adapter les directives et instructions sans être sous l'extrême surveillance de son employeur. 370

Si cela est évident pendant la réalisation d'une prestation auprès d'un client, où le contrôle de l'employeur est impossible en raison de son absence systématique, cela est aussi vrai pendant les trajets menant l'employé à ces mêmes personnes, sous réserve du cas d'un traqueur GPS⁴⁵¹ lorsque le travailleur utilise une voiture de fonction et non les transports en commun. Mais même dans ce cas-là, la possibilité offerte au travailleur d'employer ce temps comme il lui semble bon de l'être est présente. Nous pensons plus particulièrement à l'opportunité pour le travailleur, en raison de sa séparation spatiale des locaux de l'employeur, de passer de longs appels téléphoniques privés, d'user de téléphone portable pour jouer, de consulter librement des sites internet ou encore de lire des romans (si en transport en commun pour ces derniers exemples...), sans risque d'être inquiété, alors même qu'il ne pourrait aussi facilement 371

⁴⁴⁷ CARRY (1953), pp. 14 et 16, lit. b) et n° IV.

⁴⁴⁸ BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ (2010), n° 4 *ad* art. 347 à 350a CO, p. 353.

⁴⁴⁹ TF du 29 avril 2015, 4A_86/2015, c. 4.1 ; ATF 129 III 664, c. 3.2 ; ATF 99 II 313 ; AUBERT D. (2010), p. 29, n° 121.

⁴⁵⁰ AUBERT D. (2010), p. 30, n° 125.

⁴⁵¹ Voir ATF 130 II 425, pour l'admission partielle de l'installation de GPS sur des voitures de fonctions.

s'adonner à de telles activités s'il se trouvait à évoluer uniquement dans les locaux de l'entreprise.

III. Les droits et obligations issus de la liberté contractuelle en faveur d'une dépendance hiérarchique

- 372 Les parties peuvent s'entendre ou l'employeur établir des directives imposant diverses obligations ayant trait à une dépendance purement hiérarchique. Il peut être question d'obligations liées à la clientèle (1), de politiques commerciales particulières (2), de cours de formations ou d'enseignements (3) ou de contrôles des prestations de travail (4).

1. Des obligations liées à la clientèle

- 373 L'employeur peut imposer un certain nombre d'obligations au voyageur relatives à la clientèle. On pensera par exemple à l'obligation pour le voyageur de traiter avec une clientèle imposée,⁴⁵² notamment par le biais d'une liste préétablie, propre à chaque voyageur. Chacun se voit ainsi attribuer une clientèle qui lui est propre ou qu'il doit partager avec d'autres voyageurs définis.

2. Une politique commerciale particulière

- 374 L'employeur peut décider de fixer une politique commerciale particulière,⁴⁵³ celle-ci influençant par exemple la liberté du voyageur dans la manière de conduire les négociations ou dans les possibilités d'aménagement des conditions de conclusions de contrat avec la clientèle.

⁴⁵² HIRT (1991), p. 85, lit. (i).

⁴⁵³ AUBERT D. (2010), p. 27, n° 119.

3. Des cours de formations ou d'enseignements

L'employeur peut contraindre l'employé à suivre des cours de formations ou d'enseignements⁴⁵⁴ afin de se perfectionner dans son domaine ou tout simplement se maintenir à jour. 375

4. Un contrôle des prestations de travail

L'employeur peut également exercer une surveillance importante sur les activités de son employé et imposer un contrôle régulier des prestations réalisées⁴⁵⁵ par le biais de différents moyens telles des séances hebdomadaires en suite de conclusions de contrats avec la clientèle, renforçant dans cet exemple et comme vu précédemment la dépendance spatiale dans le même temps. 376

IV. Les droits et obligations issus de la liberté contractuelle en défaveur d'une dépendance hiérarchique

Nous ne voyons qu'une situation principale à même d'affaiblir la dépendance hiérarchique de l'employé. Il s'agit du fait pour un voyageur de se voir accorder le droit d'être au service de plusieurs employeurs⁴⁵⁶ et qui de surcroît opèrent dans le même domaine de prestations. Le risque est dans ce cas la dilution de la soumission hiérarchique de l'employé au travers de ses multiples employeurs. En effet, la multitude d'employeurs ne permet pas à ces derniers d'imposer des instructions et directives trop contraignantes et exigeantes au voyageur, celui-ci devant conserver une certaine liberté d'action pour s'exécuter auprès de ces diverses entreprises. On pensera notamment aux obligations de diligences et fidélités qui en découlent normalement (art. 321a CO) et qui venant de divers employeurs risqueraient de rentrer en collision et de ne pouvoir trouver application en raison de conflits d'intérêts. 377

⁴⁵⁴ CARRY (1953), p. 14, lit. c) ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (2012), n° 3 *ad art.* 347 CO, p. 1356 ; ZK-STAEHELIN (2014), n° 10 *ad art.* 347 CO, p. 455.

⁴⁵⁵ ZK-STAEHELIN (2014), n° 10 *ad art.* 347 CO, p. 455.

⁴⁵⁶ MEYER (1978), p. 16 ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (2012), n° 3 *ad art.* 347 CO, p. 1357.

V. Conclusion

- 378 Au vu des éléments intrinsèques précédents, il apparaît clairement, malgré une certaine liberté causée par l'absence de dépendance spatiale, que le travailleur est soumis à une dépendance hiérarchique au sein du contrat d'engagement des voyageurs de commerce.

C. L'élément économique

- 379 La présence ou non d'une dépendance économique trouve ses réponses, au sein des éléments intrinsèques, dans les obligations légales plus que dans les éléments objectivement essentiels du contrat d'engagement des voyageurs de commerce.
- 380 Nous commencerons par étudier les éléments intrinsèques du contrat d'engagement des voyageurs de commerce en faveur d'une dépendance économique pour débiter (1) puis en défaveur d'une telle dépendance (2).
- 381 Nous verrons ensuite, et de manière non exhaustive, les potentiels droits et obligations issus de la liberté contractuelle susceptibles d'influencer la présence (3) puis l'absence (4) d'une telle dépendance.
- 382 Nous concluons enfin à l'existence ou non d'une dépendance économique, mais sur la base uniquement des éléments intrinsèques du contrat d'engagement des voyageurs de commerce, et non en référence aux potentiels droits et obligations issus de la liberté contractuelle (5).

I. Éléments intrinsèques en faveur d'une dépendance économique

- 383 Un certain nombre d'articles du contrat d'engagement des voyageurs de commerce mettent fortement en avant une dépendance économique de l'employé vis-à-vis de l'employeur : l'art. 348a al. 1^{er} CO (1), l'art. 349d CO (2), l'art. 349a CO (3) et l'art. 347 al. 2 CO (4).

1. Art. 348a al. 1^{er} CO

- 384 En vertu de l'art. 348a al. 1^{er} CO, « *sont nuls les accords en vertu desquels le voyageur de commerce répond du paiement ou d'un autre mode d'exécution des obligations de la clientèle ou supporte tout ou partie des frais de recouvrement de créances.* » Le risque d'un non-paiement d'un client n'est pas assumé par le

voyageur, mais par son employeur. Le voyageur ne supporte donc pas le risque d'entreprendre, l'un des éléments clés de la dépendance économique.

2. Art. 349d CO

Il convient aussi de mentionner le remboursement des frais que l'employeur doit à l'employé lors de l'exécution de ses prestations (frais de transport, etc.) et qu'il n'est pas en droit d'inclure dans le salaire ou la provision (art. 349d al. 1^{er} et 2 CO). Il s'agit bien d'un remboursement *a posteriori* qui soumet le travailleur à une dépendance économique vis-à-vis de son employeur, toujours par le fait d'une absence de risque d'entreprendre.

385

3. Art. 349a CO

D'après l'art. 349a al. 1^{er} CO, le voyageur perçoit un salaire fixe accompagné potentiellement d'une provision, de manière à ce que selon le régime de base, il reçoive de manière régulière et sans interruption une rémunération périodique et constante, autre élément caractéristique d'une dépendance économique. À noter que même en cas de rémunération sur la base d'une provision exclusivement (art. 349a al. 2 CO), celle-ci n'est valable que dans la mesure où elle « constitue une rémunération convenable des services du voyageur de commerce. » On parlera de rémunération convenable dans le cas où celle-ci « assure à son bénéficiaire un gain lui permettant de vivre décemment, compte tenu de son engagement au travail, de sa formation, de ses années de service, de son âge et de ses obligations sociales ». ⁴⁵⁷ Une garantie économique stable est donc offerte au voyageur et par là même lie économiquement celui-ci à son employeur.

386

4. Art. 347 al. 2 CO

Par son activité principale de négociation ou conclusion de transactions commerciales, le voyageur de commerce ne négocie pas pour lui-même la contrepartie des prestations qu'il effectue, mais pour le compte de son employeur (art. 347 al. 2 CO) et ne présente aucune prise sur la valorisation de ses produits et de ses services. Il est cependant clair qu'en cas d'existence d'une provision, cet argument se doit d'être tempéré, le voyageur touchant une commission sur

387

⁴⁵⁷ ATF 129 III 664, c. 6.1 ; TC/GE du 25 mai 2005, c. 2.3.2 in : JAR 2006, p. 441.

les contreparties des prestations entreprises par lui-même. Aussi, nous constatons une fois encore que le voyageur présente bien un renoncement à une activité entrepreneuriale propre, autre élément fondamental d'une dépendance économique.

II. Éléments intrinsèques en défaveur d'une dépendance économique

- 388 Il n'existe pas, à notre sens, d'éléments intrinsèques tendant vers l'absence d'une dépendance économique.

III. Les droits et obligations issus de la liberté contractuelle en faveur d'une dépendance économique

- 389 Certaines obligations et impératifs financiers peuvent amener l'employé à se trouver en situation de dépendance économique vis-à-vis de son employeur. Nous aborderons l'obligation d'un rendement minimum (1) et d'un nombre minimum de clients (2).

1. Un rendement minimum

- 390 Il est tout à fait concevable que l'employeur impose à son voyageur un chiffre d'affaire ou rendement minimum à atteindre et qu'il mette en place des menaces de licenciement (à notre sens non immédiat sauf cas grave) si ces obligations aux allures d'objectifs financiers ne sont pas remplies.⁴⁵⁸ Un risque d'entreprendre pourrait alors être constaté.
- 391 La menace d'un licenciement ordinaire en cas de contre-performance nous semble toutefois démesurée et inacceptable, à moins que celle envisagée soit particulièrement mauvaise et parviennent à justifier une cessation nécessaire des rapports de travail. Nous pourrions imaginer que, dans certains domaines tels le « *trading* », des mauvais résultats soient fatals à la conservation des clients d'une entreprise et que cette dernière ne puisse tout simplement pas se permettre une marge d'erreur importante. Dans ces cas, une menace de licenciement ne paraît pas inadmissible. À l'inverse, une telle menace prévue pour une secrétaire

⁴⁵⁸ TC/GE du 4 novembre 2009, c. 5.1 in : <http://ge.ch/justice> ; FAVRE/MUNOZ/TOBLER (2010), n° 1.2 *ad* art. 347 CO, p. 441.

communale qui serait chargée de traiter un nombre minimum de dossiers de naturalisation n'aurait aucune justification.

2. Un nombre minimum de clients

L'employeur peut aussi lui imposer un nombre minimum de clients à visiter et avec lesquels il devra négocier, voire conclure des contrats.⁴⁵⁹ Ces obligations dictant là encore des objectifs financiers sous-jacents renforcent clairement le lien de dépendance économique en créant un risque d'entreprendre. 392

IV. Les droits et obligations issus de la liberté contractuelle en défaveur d'une dépendance économique

D'autres obligations, à l'inverse, peuvent procurer une indépendance économique à l'employé. Nous verrons l'art. 349a al. 1^{er} CO (1), l'art. 349b al. 1^{er} CO (2) et le montant des provisions démesurément élevé (3). 393

1. Art. 349a al. 1^{er} CO

En vertu de l'art. 349a al. 1^{er} CO, le voyageur peut se voir offrir en sus d'un salaire, une provision.⁴⁶⁰ Il s'agit même d'un mode de rémunération usuel dans le cadre du contrat d'engagement des voyageurs de commerce.⁴⁶¹ Au sens de l'art. 322b al. 1^{er} CO, une provision constitue une forme de rémunération directement liée au résultat de l'activité exercée par le travailleur. Est parfois plus couramment utilisé le terme de « *commission* » à la place.⁴⁶² 394

Comme nous l'avons vu, il est aussi possible de prévoir que le voyageur soit payé uniquement en provision, à condition toutefois que celle-ci soit convenable, soit non insuffisante.⁴⁶³ Il faut comprendre par là, à notre sens, qu'elle doit être proportionnée à la tâche entreprise par le travailleur et suffisante au maintien par celui-ci d'un train de vie décent. 395

⁴⁵⁹ *Ibid.*

⁴⁶⁰ ENGEL (2000), p. 413, n° 2.

⁴⁶¹ TF du 19 mars 2002, 4C.390/2001, c. 2 lit. b.

⁴⁶² TF du 19 mars 2002, 4C.390/2001, c. 2 lit. b ; DANTHE in : DUNAND/MAHON (2013), p. 153, n° 2 et 5.

⁴⁶³ ATF 83 II 78 ; ENGEL (2000), p. 413, n° 2.

- 396 La provision implique donc que le voyageur ne négocie plus seulement pour le compte de son employeur, mais également pour le sien, bien qu'indirectement, la contrepartie de sa prestation lui étant en partie rétribuée. Il devient clair que, s'agissant du risque d'entreprendre, le voyageur se voit l'assumer en partie, la provision ne lui étant pas attribuée si l'affaire n'est pas conclue, sous réserve de l'obligation pour l'employeur de verser une rémunération convenable à son employé et cela régulièrement.
- 397 On observe en somme, par l'ajout d'une provision au contrat d'engagement des voyageurs de commerce, d'autant plus si celle-ci est exclusive, une obligation de résultat dissimulée, plaçant en partie le voyageur dans la peau d'un entrepreneur indépendant. En effet, pour une telle personne, l'obligation de résultat existe toujours, à l'inverse d'un travailleur ou mandataire, lié à une obligation de moyen.

2. Art. 349b al. 1^{er} CO

- 398 L'art. 349b al. 1^{er} CO précise que si le voyageur possède une clientèle qui lui a été attribuée exclusivement, soit avec laquelle lui seul peut négocier et conclure des contrats, il a le droit à la provision convenue ou usuelle pour toutes les affaires conclues avec cette clientèle par lui ou son employeur.⁴⁶⁴
- 399 L'obligation de l'employeur de verser une provision à son travailleur lorsqu'il conclut, lui, un contrat avec des clients appartenant à son employé aurait presque tendance à inverser la dépendance économique, plaçant l'employeur dans une situation de contrainte financière au moment de la conclusion du contrat vis-à-vis de son employé. Le fait pour un voyageur d'avoir une possibilité de posséder ses propres clients et donc d'une certaine manière d'entreprendre une activité entrepreneuriale propre, affaiblit la dépendance économique de l'employé sur l'employeur, les rôles se trouvant presque échangés.

3. Provision démesurément élevée

- 400 Le montant démesurément élevé d'une provision est un indice à même de peser en faveur d'une indépendance économique.⁴⁶⁵ En effet, si le montant des provisions rattrape, atteint ou dépasse le montant du salaire, il devrait être considéré que le rythme et budget de vie du travailleur dépendent d'une rémunération variable et non stable. Ainsi, le travailleur assumerait en plus grande partie le

⁴⁶⁴ ENGEL (2000), p. 413, n° 2.

⁴⁶⁵ MEYER (1978), p. 16.

risque d'entreprendre, critère incompatible avec la notion de dépendance économique.

V. Conclusion

Au vu du nombre et de l'impact des éléments intrinsèques précédents et de l'absence des dits éléments en défaveur d'une dépendance économique, il apparaît clairement que le travailleur est soumis à une telle dépendance au sein du contrat d'engagement des voyageurs de commerce.

401

D. Synthèse

Notre synthèse s'articulera autour de trois points : rappeler la présence ou l'absence des éléments du rapport de subordination au sens large constatée ci-dessus dans le cadre du contrat d'engagement des voyageurs de commerce (I), déterminer lesquels des éléments présents sont les plus intensément représentés (II), puis dresser un tableau récapitulatif reprenant ces deux points, mais sous une reproduction mathématique et non scripturale (III).

402

I. Présences et absences

Comme nous avons pu le constater, le contrat d'engagement des voyageurs de commerce, à la lecture de ses éléments intrinsèques, soit ses éléments objectivement essentiels et droits et obligations, impose au voyageur une dépendance hiérarchique, temporelle et économique, mais non spatiale.

403

II. Intensité des éléments présents

Il s'agit maintenant de déterminer lequel ou lesquels des éléments du rapport de subordination au sens large présent sont le plus intensément représentés dans le cadre du contrat d'engagement des voyageurs de commerce, soit laquelle ou lesquelles des dépendances sont les plus fortes. À notre sens et à la vue de l'analyse ci-dessus, l'élément présentant la plus grande intensité, soit la dépendance de l'employé la plus forte vis-à-vis de l'employeur est la dépendance économique. En plus d'exhiber de nombreux indices en faveur de sa présence dans le contrat étudié ici, elle ne propose surtout aucun indice en défaveur de celle-ci. C'est incontestablement l'élément du rapport de subordination au sens large le plus solidement ancré dans cette relation de travail spéciale.

404

- 405 Concernant maintenant l'élément temporel et hiérarchique, bien que leur existence soit incontestablement reconnue, l'absence de dépendance spatiale provoque inévitablement un affaiblissement de ceux-ci ne permettant pas de les ériger comme éléments les plus fortement représentés et à la plus grande intensité.

III. Tableau récapitulatif

- 406 L'objectif sous-jacent à la création d'un tel tableau est uniquement de dépeindre synthétiquement et clairement, par le biais d'un chiffre, la présence ou l'absence des différents éléments du rapport de subordination au sens large dans le contrat en question, ainsi que la détermination de la ou des dépendances les plus fortement représentées.
- 407 S'observent ainsi en ordonnées du tableau la relation de travail spéciale et en abscisses les quatre éléments du rapport de subordination au sens large. En son sein, un chiffre est attribué aux différents éléments : le 0 incarne l'absence de l'élément en question dans la relation de travail spéciale et le 1 sa présence. L'astérisque quant à elle symbolise la marque d'une dépendance reconnue comme étant la plus forte vis-à-vis des autres dans le cadre du contrat en question.
- 408 Nous notons que le chiffre ne constitue donc que la représentation simplifiée de notre avis rédigé et détaillé aux points précédents et aucunement une démonstration mathématique cherchant à prouver l'existence ou l'absence d'une dépendance par un raisonnement algébrique.
- 409 L'intérêt d'un tel outil ne s'arrête cependant pas à un contrat donné. Grâce à lui, nous serons notamment en mesure de facilement établir, dans le cadre de notre synthèse finale (cf. 865ss), le ou les éléments les plus présents ainsi que le ou les éléments les plus absents au sein de l'ensemble des relations de travail spéciales étudiées, ainsi que de déterminer le ou les éléments les plus fortement représentés, soit ceux à l'intensité la plus puissante le plus régulièrement au regard de ces mêmes relations de travail spéciales.

	Spatial	Temporel	Hiérarchique	Économique	Total
Contrat d'engagement des voyageurs de commerce	0	1	1	1*	3/4

Chapitre 8 : Le contrat de travail à domicile

Le contrat de travail à domicile, prévu aux arts. 351ss CO, est une relation contractuelle qui vise principalement et historiquement le travail à domicile au sens traditionnel.⁴⁶⁶ Le travail à domicile au sens traditionnel est « *une forme de travail à distance apparue avant la révolution industrielle* »⁴⁶⁷ et l'émergence de l'usine, la fabrique ou l'entreprise qui centralisaient désormais en un lieu commun et unique les activités de productions.⁴⁶⁸ Il ne s'agissait à l'origine que de travaux artisanaux ou manufacturiers accomplis par des populations rurales⁴⁶⁹ et commandés par des marchands-fabricants qui se procuraient la matière première en amont pour finalement vendre le produit réalisé par leurs travailleurs à domicile.⁴⁷⁰ Les intérêts principaux de ces marchands-producteurs résidaient là où ce système leur permettait de contourner les monopoles détenus par les grandes corporations citadines et d'adapter à la demande l'emploi de la main d'œuvre.⁴⁷¹ Nous assimilons aujourd'hui de manière générale le travail à domicile, au sens traditionnel, à du travail à domicile effectué dans le secteur secondaire.⁴⁷²

410

Apparu en Suisse à la fin du Moyen-Âge et fer de lance de sa production dans l'industrie textile et dans l'horlogerie jusqu'à la fin du XIX^e siècle, le travail à domicile au sens traditionnel disparaît petit à petit à la suite de l'industrialisation au début du XX^e siècle et ne concerne plus dans les années 1950 qu'une très

411

⁴⁶⁶ CONSEIL FÉDÉRAL (2016), p. 12, n° 3.5.

⁴⁶⁷ Message (1938), pp. 205 et 206 ; CONSEIL FÉDÉRAL (2016), p. 12, n° 3.5.

⁴⁶⁸ Message (1938), pp. 205 et 206 ; CONSEIL FÉDÉRAL (2016), p. 8, n° 3.1.3.

⁴⁶⁹ CONSEIL FÉDÉRAL (2016), pp. 8 et 12, n° 3.1.3 et 4.1.

⁴⁷⁰ TANNER (2014), p. 1.

⁴⁷¹ CONSEIL FÉDÉRAL (2016), p. 8, n° 3.1.3.

⁴⁷² *Idem*, p. 12, n° 4.1.

faible partie de la population.⁴⁷³ On dénombre ainsi 92'162 personnes occupées à domicile en 1950 pour bientôt seulement 29'954 personnes en 1955.⁴⁷⁴ En 1978, ce n'est plus que 21'302 personnes occupées qui sont recensées,⁴⁷⁵ puis 19'447 en 1990 et 10'506 en 2000.⁴⁷⁶ Plus tard, sont dénombrées, en tant que travailleurs à domicile au sens traditionnel à un taux régulier, 8000 personnes en 2001, 7000 en 2004, et finalement 3000 en 2013.⁴⁷⁷

- 412 Il convient cependant de préciser que le contrat de travail à domicile au sens des arts 351ss CO ne vise pas seulement le travail à domicile au sens traditionnel, mais également certaines activités commerciales et techniques, scientifiques ou artistiques impliquant la livraison d'un résultat et que nous développerons dans ce chapitre.⁴⁷⁸ Cet allègement quant aux restrictions des activités exercées dans le cadre du contrat de travail à domicile a un réel impact sur le marché du travail et notamment en matière de télétravail. En effet, cet assouplissement tendrait à rendre envisageable⁴⁷⁹ l'application des règles du contrat de travail à domicile au télétravail, ce dernier se distinguant pour le reste très catégoriquement du seul travail à domicile au sens traditionnel, et cela pour des raisons historiques, sociales, économiques et principalement juridiques, bien qu'ils constituent tous deux une forme de travail à distance.⁴⁸⁰ Un chapitre lui étant attribué (**Chapitre 9**), nous ne préciserons la notion de télétravail, ses règles applicables et ses délimitations à d'autres rapports de travail qu'à cette occasion.
- 413 S'agissant du présent chapitre, nous plongerons en premier lieu dans l'historique même du contrat de travail à domicile, de ses origines à aujourd'hui (§ 1). Nous examinerons ensuite la notion en tant que telle (§2), puis nous analyserons en détail les différents éléments objectivement essentiels le composant (§3). Nous nous attarderons brièvement pour poursuivre sur une spécificité du contrat de travail à domicile qu'est le recours à des auxiliaires (§4). Enfin, nous arrêterons la présence ou l'absence des éléments du rapport de subordination au sens large au sein du contrat de travail à domicile et évaluerons l'intensité des éléments retenus pour y déterminer éventuellement s'ils constituent des éléments caractéristiques ou représentatifs de cette relation de travail spéciale (§ 5).

⁴⁷³ TANNER (2014), p. 1.

⁴⁷⁴ CONSEIL FÉDÉRAL (2016), p. 12, n° 4.1.

⁴⁷⁵ Message (1980), p. 288, n° 15.

⁴⁷⁶ CONSEIL FÉDÉRAL (2016), pp. 12 et 13, n° 4.1.

⁴⁷⁷ *Idem*, p. 12, n° 4.1.

⁴⁷⁸ ATF 132 V 181, c. 2.2 ; CONSEIL FÉDÉRAL (2016), p. 30, n° 6.3.2.

⁴⁷⁹ Voir ci-après (cf. 583ss) notre opposition à cette possibilité.

⁴⁸⁰ CONSEIL FÉDÉRAL (2016), p. 8, n° 3.1.3.

§ 1 Historique

La naissance du contrat de travail à domicile fait suite au développement du travail à domicile au sens traditionnel au travers d'un certain nombre de lois et ordonnances. Nous évoquerons leurs apparitions chronologiquement en commençant par la Loi sur le travail à domicile du 12 décembre 1940 (**A**), l'Arrêté fédéral tendant à encourager le travail à domicile du 12 février 1949 et l'Ordonnance sur l'encouragement du travail à domicile du 28 juin 1949 (**B**), la révision du titre dixième et dixième *bis* du code des obligations de 1971 (**C**) et enfin la Loi sur le travail à domicile du 20 mars 1981 (**D**).

414

A. Loi sur le travail à domicile du 12 décembre 1940

À l'origine, le travail à domicile est uniquement traité par une loi publique, soit la Loi sur le travail à domicile du 12 décembre 1940, entrée en vigueur le 1^{er} avril 1942.⁴⁸¹ Cette loi précise que les dispositions du code des obligations s'appliquent, sans pour autant indiquer s'il s'agit de celles sur le contrat de travail ou le contrat d'entreprise, provoquant de la sorte un effort jurisprudentiel récurrent et conséquent pour déterminer dans chaque cas d'espèce ce qu'il en est.⁴⁸²

415

B. Arrêté fédéral tendant à encourager le travail à domicile du 12 février 1949 et Ordonnance sur l'encouragement du travail à domicile du 28 juin 1949

Quelques années après la Loi sur le travail à domicile du 12 décembre 1940, sont promulgués un Arrêté fédéral tendant à encourager le travail à domicile du 12 février 1949 ainsi qu'une Ordonnance sur l'encouragement du travail à domicile du 28 juin 1949, tous deux à l'attention des autorités et ayant pour mission de favoriser et d'encourager le travail à domicile.⁴⁸³ À titre d'exemple, l'arrêté fédéral invite la Confédération à adopter certaines mesures, principalement le versement de subventions,⁴⁸⁴ dans le but de soutenir le contrat de travail à domicile, notamment si celui-ci joue un rôle social comme dans certains cas de

416

⁴⁸¹ AUBERT D. in : DUNAND/MAHON (2013), n° 3 et 6 *ad* art. 351 CO, pp. 1057 et 1058.

⁴⁸² Message (1967), p. 275, lit. d ; ZK-STAEHELIN (2014), n° 1 *ad* art. 351 CO, p. 515.

⁴⁸³ AUBERT D. in : DUNAND/MAHON (2013), n° 6 *ad* art. 351 CO, p. 1058.

⁴⁸⁴ Message (1980), p. 286, n° 12.

populations montagnardes pour lesquelles il est en mesure de contribuer à l'amélioration de leur condition d'existence.⁴⁸⁵

C. Révision du titre dixième et dixième bis du code des obligations de 1971

- 417 Le contrat de travail à domicile, comme défini par le code des obligations, est le fruit de la révision du titre dixième et dixième *bis* de ce dernier, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1972, et impliquant la révision du droit du travail.⁴⁸⁶
- 418 Cette révision propose d'inclure des dispositions de la loi sur le travail à domicile du 12 décembre 1940 dans le code des obligations au sein d'un nouveau chapitre sur le contrat individuel de travail à caractère spécial, et dans le même temps, d'abroger certaines autres dispositions de cette loi.⁴⁸⁷
- 419 L'objectif est double. Premièrement, il s'agit de permettre l'application des dispositions sur le contrat de travail à titre subsidiaire au désormais nouveau contrat de travail à domicile et non plus celles sur le contrat d'entreprise. La justification trouve sa source dans le fait qu'il est nécessaire, dans l'optique d'assurer une sécurité économique pour le travailleur à domicile alors encore trop peu présente, de mettre ce travailleur particulier et l'employé en entreprise sur un pied d'égalité.⁴⁸⁸ Deuxièmement, il est question de réduire la loi sur le travail à domicile du 12 décembre 1940 à une loi aux dispositions issues uniquement de droit public afin notamment de renforcer ce caractère.⁴⁸⁹

D. Loi sur le travail à domicile du 20 mars 1981

- 420 La Loi sur le travail à domicile du 12 décembre 1940 a par la suite été abrogée et remplacée par la Loi sur le travail à domicile du 20 mars 1981 (LTrD),⁴⁹⁰

⁴⁸⁵ ENGEL (2000), p. 417, n° 2.

⁴⁸⁶ BK-REHBINDER/STÖCKLI (2014), n° 1 *ad* art. 351 CO, p. 705.

⁴⁸⁷ Message (1967), p. 276, lit. d.

⁴⁸⁸ Message (1980), p. 286, n° 12 ; Message (1967), pp. 291 et 292, lit. c.

⁴⁸⁹ Message (1967), p. 276, lit. d.

⁴⁹⁰ ZK-STAEHELIN (2014), n° 2 *ad* art. 351 CO, p. 515.

entrée en vigueur le 1^{er} avril 1983, et complétée par l'Ordonnance concernant le travail à domicile du 20 décembre 1982 (OTrD).⁴⁹¹

L'intérêt sous-jacent à la conservation aujourd'hui d'une telle loi de droit public, soit intrinsèquement impérative, réside dans le fait qu'il est essentiel que les autorités protègent la situation du travailleur à domicile indépendamment de la volonté des parties et en sus du droit privé. En effet, le droit privé impose au travailleur, afin de faire valoir ses droits, de saisir le juge, risquant par là de perdre son emploi auprès de son employeur.⁴⁹² Le droit public doit donc venir atténuer la disparité sociale existant entre un employé à domicile et l'employeur⁴⁹³ et contrebalancer la position de force économique de ce dernier sur ce premier.

À noter que l'OTrD invite les cantons à adopter des mesures d'exécutions de la LTrD et de l'ordonnance en question (art. 11 al. 2 OTrD).⁴⁹⁴

§ 2 Notion

La notion de contrat de travail à domicile, objet principal de notre chapitre, est une notion de droit privé traitée aux arts. 351ss CO. Après un rapide aperçu de la base légale (A), nous verrons en quoi il s'agit d'une relation de travail approfondie (B) et si la LTr s'y applique (C).

A. Base légale

L'art. 351 CO offre une définition du contrat de travail à domicile : « *Par contrat de travail à domicile, le travailleur s'engage à exécuter, seul ou avec l'aide de membres de sa famille et contre salaire, du travail pour l'employeur dans son propre logement ou dans un autre local de son choix.* »

⁴⁹¹ AUBERT D. in : DUNAND/MAHON (2013), n° 6 et 7 *ad* art. 351 CO, p. 1058.

⁴⁹² Message (1980), pp. 289 et 290, n° 21.

⁴⁹³ *Idem*, p. 290, n° 21.

⁴⁹⁴ AUBERT D. in : DUNAND/MAHON (2013), n° 8 *ad* art. 351 CO, p. 1058.

B. Une relation de travail approfondie

- 425 Le contrat de travail à domicile constitue une relation de travail approfondie, soit, pour rappel, une relation de travail possédant, en sus des quatre éléments objectivement essentiels du contrat de travail ordinaire, des éléments objectivement essentiels supplémentaires. En effet, si ce contrat présente les caractéristiques du contrat de travail ordinaire, à savoir une prestation de travail, un salaire, un lien de subordination et une durée, il en comporte en sus, de sorte que la définition de l'art. 319 CO ne le sied pas parfaitement.⁴⁹⁵ Ces éléments sont un lieu fixe choisi par l'employé et extérieur aux locaux de l'entreprise, ainsi que la réalisation d'un ouvrage⁴⁹⁶ et cela au travers d'une activité industrielle, artisanale, technique ou commerciale.⁴⁹⁷

C. Application de la LTr ?

- 426 Au sens de l'art. 3 lit. f LTr, la LTr ne s'applique pas aux travailleurs à domicile.⁴⁹⁸ La notion de travailleurs à domicile viserait ici les législations régissant le travail à domicile au sens traditionnel, c'est-à-dire le contrat de travail à domicile ou la LTrD.⁴⁹⁹ Toutes les personnes au bénéfice de l'une de ces réglementations ne seraient donc pas soumises à la LTr.
- 427 Malheureusement, comme vu précédemment, le contrat de travail à domicile ne concerne pas seulement le travail à domicile au sens traditionnel, mais également les activités commerciales et techniques, soit possède un champ d'application vis-à-vis de l'activité exercée plus largement que celui de la LTrD.⁵⁰⁰ En effet, s'agissant de cette dernière, on remarque que si l'application personnelle de la LTrD se présente comme particulièrement large (arts. 1^{er} al. 1^{er}- 3 LTrD), touchant notamment les membres de la famille du travailleur occupés par celui-

⁴⁹⁵ AUBERT D. in : DUNAND/MAHON (2013), n° 16 *ad* art. 351 CO, p. 1060.

⁴⁹⁶ ATF 132 V 181, c. 2.2 ; AUBERT D. in : DUNAND/MAHON (2013), n° 21 et 24 *ad* art. 351 CO, pp. 1061-1063 ; BK-REHBINDER/STÖCKLI (2014), n° 4 *ad* art. 351 CO, p. 707 ; ZK-STAEHELIN (2014), n° 3 *ad* art. 351 CO, p. 516.

⁴⁹⁷ ATF 132 V 181, c. 2.2.

⁴⁹⁸ GEISER in : GEISER/VON KAENEL/WYLER (2005), n° 30 *ad* art. 3 LTr, p. 82.

⁴⁹⁹ CONSEIL FÉDÉRAL (2016), p. 29, n° 6.2.2.

⁵⁰⁰ *Ibid.*

ci, son application quant à l'activité exercée s'en trouve restreinte.⁵⁰¹ Seuls les travailleurs au bénéfice d'un contrat de travail à domicile effectuant des « *travaux artisanaux et industriels accomplis à la main ou à la machine* » sont protégés (art. 1^{er} al. 4 LTrD).

Ainsi, il est possible d'être au bénéfice d'un contrat de travail à domicile sans pour autant entrer dans le cadre de la LTrD et donc profiter de ses protections.⁵⁰² Certains travailleurs à domicile se verraient donc refuser l'application de la LTr ainsi que de la LTrD à leur cas. 428

Aussi, afin d'éviter que des travailleurs à domicile soient démunis de toutes garanties de droit public, le Conseil fédéral soutient que « *la notion de travail à domicile au sens de l'art. 3 lit. f LTr doit être interprétée comme étant identique à celle de la LTrD* » et que « *par conséquent, les travailleurs à domicile au sens des arts. 351ss CO qui ne bénéficient pas de la protection de la LTrD sont soumis aux règles de la LTr.* »⁵⁰³ 429

§ 3 Les éléments objectivement essentiels

Le contrat de travail à domicile possède trois éléments objectivement essentiels supplémentaires vis-à-vis du contrat de travail ordinaire. En premier lieu, le travailleur à domicile exécute son travail dans un lieu fixe qu'il a choisi et qui est extérieur aux locaux de l'entreprise (**A**).⁵⁰⁴ En second lieu, celui-ci doit réaliser un ouvrage à délivrer à l'employeur et ne se contente pas de mettre sa force de travail au service de ce dernier (**B**).⁵⁰⁵ Enfin, cet ouvrage doit être effectué au travers d'une activité industrielle, artisanale, technique ou commerciale (**C**).⁵⁰⁶ 430

⁵⁰¹ AUBERT D. in : DUNAND/MAHON (2013), n° 5 *ad art.* 351 CO, p. 1057.

⁵⁰² *Idem*, n° 14 *ad art.* 351 CO, p. 1059.

⁵⁰³ CONSEIL FÉDÉRAL (2016), p. 29, n° 6.2.2.

⁵⁰⁴ TF du 9 avril 2001, C 99/00, c. 2 lit. b ; AUBERT D. in : DUNAND/MAHON (2013), n° 21 *ad art.* 351 CO, pp. 1061 et 1062 ; BK-REHBINDER/STÖCKLI (2014), n° 8 *ad art.* 351 CO, p. 711.

⁵⁰⁵ ATF 132 V 181, c. 2.2 ; AUBERT D. in : DUNAND/MAHON (2013), n° 24 *ad art.* 351 CO, pp. 1061-1063 ; BK-REHBINDER/STÖCKLI (2014), n° 4 *ad art.* 351 CO, p. 707 ; ZK-STAEHELIN (2014), n° 3 *ad art.* 351 CO, p. 516.

⁵⁰⁶ ATF 132 V 181, c. 2.2.

A. Le lieu de travail

- 431 Il doit s'agir d'un lieu de travail choisi par le travailleur (I), qui soit extérieur à l'entreprise (II) et fixe (III).

I. Un lieu de travail choisi par le travailleur

- 432 En vertu de l'art. 351 CO, le travailleur est le seul habilité à choisir le lieu de travail dans lequel il réalisera son ouvrage.⁵⁰⁷ En aucun cas, le local ne doit être imposé par l'employeur, même de manière indirecte, sous peine de voir le contrat de travail à domicile requalifié en contrat de travail ordinaire.⁵⁰⁸ À titre d'exemple, le Tribunal fédéral a jugé que l'activité d'une médiatrice occupée à aider les prostituées en leur fournissant notamment conseils et matériels de protection ne pouvait être assimilée à du travail à domicile, bien qu'elle se chargeait de prendre les rendez-vous à son domicile, car la prestation de travail était effectuée dans des cafés ou zones de prostitutions que son employeur déterminait de manière générale et qui, de plus, s'imposaient à ce genre d'activité.⁵⁰⁹

II. Un lieu de travail extérieur à l'entreprise

- 433 Le lieu de travail choisi doit être extérieur à l'entreprise employeuse. Il n'est donc pas nécessaire qu'il s'agisse du domicile du travailleur, tant que le local en question n'appartient pas ou n'est pas contrôlé *de jure* ou *de facto* par l'employeur et que celui-ci ne fait pas partie intégrante des structures et de l'organisation de l'entreprise.⁵¹⁰

⁵⁰⁷ TF du 9 avril 2001, C 99/00, c. 2 lit. b; BK-REHBINDER/STÖCKLI (2014), n° 8 *ad* art. 351 CO, p. 711 ; ZK-STAEHELIN (2014), n° 4 *ad* art. 351 CO, p. 517.

⁵⁰⁸ AUBERT D. in : DUNAND/MAHON (2013), n° 22 *ad* art. 351 CO, p. 1062.

⁵⁰⁹ TF du 9 avril 2001, C 99/00, c. 2, lit. c.

⁵¹⁰ AUBERT D. in : DUNAND/MAHON (2013), n° 21 *ad* art. 351 CO, pp. 1061 et 1062 ; BRUNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ (2010), n° 1 *ad* arts 351 à 354 CO, p. 357.

III. Un lieu de travail fixe

Il est nécessaire que le lieu de travail choisi par le travailleur à domicile reste identique une fois fixé, sous réserve de changements ponctuels.⁵¹¹ Pour reprendre le cas de la médiatrice exposé ci-dessus, le TF a soulevé que seuls des rendez-vous étaient pris depuis son domicile, mais que son activité principale, soit celle de médiatrice, était déployée en différents lieux.⁵¹² Ainsi, pour constituer un lieu de travail fixe, il faut que l'activité principale y soit exercée et donc que le lieu n'accueille pas seulement la réalisation de prestations secondaires ou purement administratives. 434

B. La réalisation d'un ouvrage

La notion d'ouvrage ne vient pas directement de l'art. 351 CO qui parle uniquement de « *travail* ». Toutefois, l'obligation de l'art. 352 al. 1^{er} CO apporte un éclairage sur ce terme en évoquant le « *produit* » du travail fourni. 435

En vertu de l'art. 352 al. 1^{er} CO, le travailleur a pour obligation de délivrer à l'employeur, à l'issue du terme convenu, un résultat, soit de réaliser un ouvrage matériel.⁵¹³ Il ne suffit pas de mettre sa force de travail au service de l'employeur, mais bien de délivrer un résultat, un objet, un succès tangible.⁵¹⁴ L'importance et la justification d'une telle disposition trouvent leur source dans le fait que l'employeur n'est à même de contrôler le travail effectué qu'une fois que celui-ci lui a été livré.⁵¹⁵ 436

L'ouvrage ici se démarque de l'ouvrage produit par l'entrepreneur dans le cadre du contrat d'entreprise (art. 363 CO) que nous verrons bien plus en détail dans la **cinquième partie** dédiée à l'analyse des plateformes de travail (cf. 1157ss). Au sens de ce dernier, l'ouvrage peut se définir comme le résultat d'une activité de nature intellectuelle ou physique dont la forme peut être matérielle comme 437

⁵¹¹ TF du 9 avril 2001, C 99/00, c. 2, lit. c ; AUBERT D. in : DUNAND/MAHON (2013), n° 23 *ad* art. 351 CO, p. 1062.

⁵¹² TF du 9 avril 2001, C 99/00, c. 2, lit. c.

⁵¹³ ATF 132 V 181, c. 2.2 ; AUBERT D. in : DUNAND/MAHON (2013), n° 24 *ad* art. 351 CO, p. 1062 ; SUBILIA/DUC (2010), n° 12 *ad* art. 351 CO, p. 861 ; ZK-STAEHELIN (2014), n° 3 *ad* art. 351 CO, p. 516.

⁵¹⁴ BK-REHBINDER/STÖCKLI (2014), n° 4 *ad* art. 351 CO, p. 707.

⁵¹⁵ AUBERT D. in : DUNAND/MAHON (2013), n° 24 *ad* art. 351 CO, pp. 1062 et 1063.

pour le contrat de travail à domicile, mais également immatérielle.⁵¹⁶ Selon l'art. 363 CO et à l'instar du contrat de travail à domicile, nous parlons d'ouvrages matériels pour désigner les ouvrages « *dans lesquels le résultat de l'activité ou du travail se traduit matériellement par une modification de la chose qui en est l'objet* ». ⁵¹⁷ À l'inverse, les ouvrages immatériels sont eux les résultats d'un travail principalement intellectuel et qui ne prennent pas forme dans une chose, mais sont accueillis sur un support matériel (image, enregistrement, ⁵¹⁸ *cloud*) qui n'est pas à proprement parler constitutif de l'ouvrage, mais simple hôte. Il peut s'agir de l'établissement de plans de constructions, de compositions de textes ou de scénarii de films, ainsi que de l'élaboration d'une traduction, ⁵¹⁹ ou encore d'un avis de droit. Le contrat d'entreprise offre donc à l'ouvrage la possibilité d'être matériel ou immatériel, là où le contrat de travail à domicile exige exclusivement un ouvrage matériel.

- 438 Bien que l'art. 352 al. 1^{er} CO précise que le travailleur doit commencer à temps son travail, il n'en résulte aucune conséquence si le travail est commencé en retard, mais terminé dans les délais impartis. ⁵²⁰ En effet, l'ouvrage doit être livré au terme prévu dans le contrat. Ce terme n'est cependant juridiquement utile que s'il correspond à la date prévue de livraison. ⁵²¹ En effet, ce n'est pas à proprement parler la date de fin des rapports de travail qui est déterminante à l'examen du respect de l'obligation de l'employeur, mais bien la date prévue pour la livraison. ⁵²²

C. Une activité industrielle, artisanale, technique ou commerciale

- 439 L'ouvrage doit être réalisé au travers d'une activité industrielle, artisanale, technique ou commerciale. ⁵²³

⁵¹⁶ ATF 130 III 458, c. 4.

⁵¹⁷ TERCIER/BIERI/CARRON (2016), p. 476, n° 3519.

⁵¹⁸ GAUCH (1999), p. 11, n° 33 ; TERCIER/BIERI/CARRON (2016), p. 477, n° 3523.

⁵¹⁹ GAUCH (1999), p. 11, n° 34.

⁵²⁰ SUBILIA/DUC (2010), n° 4 *ad* art. 352 CO, p. 868.

⁵²¹ AUBERT D. in : DUNAND/MAHON (2013), n° 8 *ad* art. 352 CO, p. 1075.

⁵²² *Idem*, n° 9 *ad* art. 352 CO, p. 1075.

⁵²³ ATF 132 V 181, c. 2.2.

Les tâches manuelles et mécaniques doivent permettre la fabrication et la production de biens, le traitement, le perfectionnement et la transformation dans l'industrie et l'artisanat. « *Les travaux de tissage et de broderie, l'assemblage et la finalisation de montres ou la réparation de sacs pour les PTT ou le département militaire fédéral* » étant des cas typiques de contrat de travail à domicile.⁵²⁴ Les tâches techniques et commerciales peuvent consister quant à elle en des activités de traductions, de dessins de plans, des tâches journalistiques, scientifiques ou artistiques.⁵²⁵

Brunner, Bühler, Bruchez et Waeber élargissent le champ d'application du contrat de travail à domicile, en considérant que toutes les formes de travaux à domicile doivent être prises en compte, incluant par là même les activités de service.⁵²⁶ Si nous ne sommes pas opposé au principe, sa mise en application nous semble cependant utopique. En effet, il convient ici de rappeler que l'employé se doit de réaliser un ouvrage. Peut-on assister à la réalisation d'un objet tangible dans le cadre d'une activité de service ? Nous sommes d'avis que non : « *une activité de service se caractérise essentiellement par la mise à disposition d'une capacité technique ou intellectuelle. À la différence d'une activité industrielle, elle ne peut pas être décrite par les seules caractéristiques d'un bien tangible acquis par le client.* »⁵²⁷ De plus, quand bien même une activité de service produirait des objets tangibles comme des dossiers ou des documents physiques, ceux-ci ne pourraient être considérés comme des ouvrages en cela que le résultat du travail effectué par le prestataire de service n'est pas l'objet papier en tant que tel, mais les informations immatérielles qu'il contient.

À noter que, comme mentionné plus haut, les types d'activités concernées par le contrat de travail à domicile sont plus nombreux que les tâches auxquelles la Loi sur le travail à domicile du 20 mars 1981 s'applique. La notion de « *travail à domicile* » au sens de l'art. 1 al. 1^{er} LTrD y est défini de manière plus restrictive, de sorte qu'un certain nombre de travaux se voient exclus de son champ d'application.

⁵²⁴ ATF 132 V 181, c. 2.2 ; TF du 12 novembre 1997, c. 4, lit. b), aa), in : DTA 1998, p. 261 ; SUBILIA/DUC (2010), n° 6 ad art. 351 CO, p. 859.

⁵²⁵ ATF 132 V 181, c. 2.2 ; Message (1967), p. 275, lit. d.

⁵²⁶ BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ (2010), n° 1 ad arts 351 à 354 CO, p. 357.

⁵²⁷ INSEE du 13 octobre 2016, <https://www.insee.fr/fr/metadonnees/definition/c1161>, (consulté le 25 octobre 2019).

- 442 En effet, d'après l'art. 1^{er} al. 4 LTrD, sont considérés comme travaux à domicile « *les travaux artisanaux et industriels accomplis à la main ou à la machine qu'un travailleur exécute, seul ou à l'aide de membres de sa famille, dans son propre logement ou dans un autre local de son choix, et contre versement d'un salaire* ». L'art. 1^{er} al. 2 OTrD précise que : « *sont réputés travaux artisanaux ou industriels accomplis à la main ou à la machine au sens de l'art. 1, al. 4, de la loi, les opérations servant à produire, transformer, traiter, emballer, remplir ou trier des biens* ». La LTrD ne s'applique donc qu'à ces types d'activités en particulier.⁵²⁸ Sont ainsi exclues les activités artistiques et certaines activités commerciales et techniques « *comme l'exécution des comptabilités, de correspondance, de travaux écrits, de traductions, de constructions techniques, de calculations [sic], de dessins et de plans* ». ⁵²⁹ Toutefois, sont tout de même considérées comme activités à caractère artisanales au sens de la LTrD certaines activités exercées au service d'entreprises commerciales et techniques « *comme la préparation de journaux, de revues, de publicité pour l'expédition, la livraison à l'essai de catalogue, de prospectus, etc.* ». ⁵³⁰

§ 4 Une spécificité du contrat de travail à domicile : le recours aux auxiliaires

- 443 En vertu de l'art. 351 al. 1^{er} CO, le travailleur a la possibilité de réaliser son travail « *avec l'aide des membres de sa famille* ». Nous avons sciemment choisi de ne pas classer le recours à un auxiliaire comme élément objectivement essentiel du contrat de travail à domicile, mais comme spécificité, celle-ci demeurant une simple possibilité offerte au travailleur et non un critère requis pour qualifier un contrat de travail à domicile.
- 444 Ainsi, contrairement à l'obligation générale de l'art. 321 CO du contrat de travail ordinaire qui prévoit que « *le travailleur exécute en personne le travail dont il s'est chargé, à moins que le contraire ne résulte d'un accord ou des circonstances* », le travailleur à domicile a le droit de requérir l'aide d'auxiliaires pour réaliser son ouvrage, si celle-ci n'est pas interdite par le contrat en question. Il doit toutefois s'agir de personnes évoluant dans le lieu où la prestation de travail est effectuée, soit généralement le domicile, à savoir le conjoint, les enfants, ou

⁵²⁸ Message (1980), p. 293, *article premier*.

⁵²⁹ *Ibid.*

⁵³⁰ *Ibid.*

les parents du travailleur à domicile, voire les enfants du conjoint.⁵³¹ Le travailleur à domicile ne peut en aucun cas proposer un contrat de travail aux membres de sa famille ou employer des tiers dans le cadre de l'exécution de son travail à domicile, au risque justement de ne plus être considéré comme travailleur à domicile, mais désormais comme employeur.⁵³²

§ 5 L'existence et l'intensité des éléments du rapport de subordination au sens large

Nous reprendrons ici la méthode utilisée au **Chapitre 7** dans la même sous-partie correspondante (cf. 322ss). Pour rappel, sur la base principalement du régime légal, soit des éléments objectivement essentiels analysés ci-dessus ainsi que dans une certaine mesure des obligations et droits inhérents au contrat de travail à domicile (« *éléments intrinsèques* »), impératifs ou dispositifs, nous allons tenter de déterminer, pour chacune des dépendances (hiérarchique, spatial, temporelle et économique) du rapport de subordination au sens large tels que retenus en **première partie** de thèse, si celles-ci sont présentes ou absentes dudit contrat. Pour ce faire, nous comparerons, pour chacune d'elles, les éléments en faveur et en défaveur de celles-ci, puis conclurons sur la base d'une pesée de ces indices, à sa présence ou non.

445

Enfin, en nous appuyant sur cette étude et en confrontant les différentes dépendances de ce rapport de subordination au sens large, nous serons à même de conclure à l'intensité avec laquelle celles-ci exercent leur présence, soit constater que certaines se présenteraient peut-être comme représentatives ou caractéristiques du contrat examiné.

446

Pour ce faire, nous commencerons notre analyse de présence par l'élément organisationnel (**A**), puis l'élément hiérarchique (**B**), et enfin l'élément économique (**C**). Puis, une fois les présences et absences admises et en reprenant ces résultats, nous poursuivrons avec la constatation ou non d'un ou plusieurs éléments caractéristiques ou représentatifs au sein d'une synthèse (**D**).

447

⁵³¹ AUBERT D. in : DUNAND/MAHON (2013), n° 17 *ad* art. 351 CO, p. 1060 ; ENGEL (2000), p. 418, n° 2.

⁵³² AUBERT D. in : DUNAND/MAHON (2013), n° 18 *ad* art. 351 CO, pp. 1060 et 1061.

448 À noter qu’aucune analyse des droits et obligations issus de la liberté contractuelle en faveur des différentes dépendances ne sera effectuée ici, celle-ci n’étant que peu pertinente dans le cadre de ce contrat précis et pour notre étude.

A. L’élément organisationnel

449 Le contrat de travail à domicile ne présente pas pour le travailleur, comme nous le verrons ci-dessous, de dépendance organisationnelle vis-à-vis de son employeur.⁵³³ Aucune intégration du travailleur dans l’organisation de l’entreprise de l’employeur n’est à constater,⁵³⁴ et cela à la fois en matière spatiale **(I)** et temporelle **(II)**.

I. L’élément spatial

450 Nous examinerons les éléments intrinsèques du contrat de travail à domicile, soit principalement ses éléments objectivement essentiels et dans une certaine mesure ses droits et obligations, en faveur d’une dépendance spatiale tout d’abord **(1)** puis en défaveur d’une telle dépendance **(2)**. Nous concluons ensuite à l’existence ou non d’une dépendance spatiale sur la base des éléments intrinsèques du contrat de travail à domicile **(3)**.

1. Éléments intrinsèques en faveur d’une dépendance spatiale

451 Il n’existe, à notre sens, aucun élément intrinsèque au contrat de travail à domicile en faveur d’une dépendance spatiale.

2. Éléments intrinsèques en défaveur d’une dépendance spatiale

452 Le profond affaiblissement de l’élément spatial du rapport de subordination trouve sa source dans le fait que le travailleur décide lui-même du lieu où le produit de son travail sera réalisé et dans le fait que ce lieu ne peut se situer dans des locaux appartenant à l’employeur.⁵³⁵ La prestation de travail s’effectue exclusivement en dehors de ceux-ci, créant un fossé spatial ne favorisant aucune intégration de l’employé dans l’entreprise de son employeur. On constate alors

⁵³³ BK-REHBINDER/STÖCKLI (2014), n° 8 *ad art.* 351 CO, p. 711 ; HONSELL (2014), n° 7 *ad art.* 351 CO, p. 1286 ; SUBILIA/DUC (2010), n° 14 *ad art.* 351 CO, p. 862.

⁵³⁴ BK-REHBINDER/STÖCKLI (2014), n° 8 *ad art.* 351 CO, p. 711.

⁵³⁵ AUBERT D. in : DUNAND/MAHON (2013), n° 20 *ad art.* 351 CO, p. 1061.

une parfaite absence de connexion spatiale entre le travailleur et l'espace de travail de son employeur.

3. Conclusion

Il est aisé de constater l'absence d'indice en faveur d'une dépendance spatiale faisant face à de forts arguments en sa défaveur. Nous ne sommes donc pas à même de conclure à l'existence d'une dépendance spatiale de l'employé envers son employeur au sein du contrat de travail à domicile. 453

II. L'élément temporel

Tout comme pour l'élément spatial, nous examinerons les éléments intrinsèques du contrat de travail à domicile, soit principalement ses éléments objectivement essentiels et dans une certaine mesure ses droits et obligations, en faveur d'une dépendance temporelle tout d'abord (1) puis en défaveur d'une telle dépendance (2). Nous concluons ensuite à l'existence ou non d'une dépendance temporelle sur la base des éléments intrinsèques du contrat de travail à domicile (3). 454

1. Éléments intrinsèques en faveur d'une dépendance temporelle

Il n'existe, à notre sens, aucun élément intrinsèque au contrat de travail à domicile en faveur d'une dépendance temporelle. 455

2. Éléments intrinsèques en défaveur d'une dépendance temporelle

Le travailleur possède les pleins pouvoirs en matière d'aménagement de ses horaires de travail.⁵³⁶ C'est à lui que revient la responsabilité d'organiser son temps de travail pour rendre l'ouvrage dans les délais.⁵³⁷ Celui-ci peut librement travailler quand bon lui semble et n'est pas tenu au respect d'horaires de travail précis. Le travailleur se voit donc offrir une liberté temporelle conséquente. 456

⁵³⁶ Message (1967), p. 425, n° 1 ; BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ (2010), n° 1 *ad* arts 351 à 354 CO, p. 357 ; SUBILIA/DUC (2010), n° 12 *ad* art. 351 CO, p. 861 ; ZK-STAEHELIN (2014), n° 2 *ad* art. 352 CO, p. 525.

⁵³⁷ BK-REHBINDER/STÖCKLI (2014), n° 8 *ad* art. 351 CO, p. 711 ; ZK-STAEHELIN (2014), n° 2 *ad* art. 352 CO, p. 525.

Celle-ci trouve sa source, en partie, dans l'indépendance spatiale qui lui est conférée, et qui lui permet d'organiser ses horaires à sa convenance, sans possibilité pour l'employeur de se rendre sur le lieu de travail pour contrôler ou surveiller.⁵³⁸

3. Conclusion

- 457 Une fois encore, en raison de l'absence d'éléments en faveur d'une dépendance temporelle et d'une lourde présence d'éléments en sa défaveur, il est aisé de conclure à l'inexistence d'une dépendance temporelle de l'employé envers l'employeur.

B. L'élément hiérarchique

- 458 Bien que la dépendance hiérarchique, i.e. le rapport de subordination au sens strict, soit moins affectée que l'élément organisationnel dans le cadre du contrat de travail à domicile, celle-ci s'y trouve malgré tout affaiblie.
- 459 Là encore, afin de suivre le même raisonnement que pour les éléments précédents, nous examinerons les éléments intrinsèques du contrat de travail à domicile, soit principalement ses éléments objectivement essentiels et dans une certaine mesure ses droits et obligations, en faveur d'une dépendance hiérarchique tout d'abord **(I)** puis en défaveur d'une telle dépendance **(II)**. Nous concluons ensuite à l'existence ou non d'une dépendance hiérarchique sur la base des éléments intrinsèques du contrat de travail à domicile **(III)**.

I. Éléments intrinsèques en faveur d'une dépendance hiérarchique

- 460 Au sens de l'art. 351a CO, le législateur a prévu un devoir d'information accru de l'employeur vis-à-vis du travailleur s'agissant de la communication des conditions de travail et la délivrance des instructions. Le travailleur se retrouve alors contraint à respecter de plus grandes et profondes directives.

⁵³⁸ BK-REHBINDER/STÖCKLI (2014), n° 8 *ad* art. 351 CO, p. 711.

En effet, si l'employeur conserve la possibilité d'émettre des instructions en tout temps (art. 321d CO), il est également obligé de le faire préalablement à l'élaboration de l'ouvrage (art. 351a al. 1^{er} CO) afin de garantir la bonne exécution de celui-ci, en raison notamment de la séparation physique avec son employé.⁵³⁹ Celles-ci doivent par ailleurs être encore plus explicites et précises que dans le cadre d'un contrat de travail ordinaire, la distance entre l'employé et l'employeur ne permettant pas de continuel ajustements.⁵⁴⁰

De plus, en théorie, l'employeur se devrait de délivrer un bulletin d'accompagnement ou un carnet de travail à l'employé dans lequel seraient spécifiées les instructions particulières à la bonne réalisation du travail requis, comprenant par là des croquis ou des dessins (art. 2 al. 2 OTrD).⁵⁴¹ Si, en partie comme Engel,⁵⁴² nous sommes d'avis que l'OTrD peut constituer une base légale insuffisante, nous estimons cependant que des instructions écrites sont nécessaires au travailleur à domicile pour pallier l'absence de dépendance spatiale de l'employé envers l'employeur.

II. Éléments intrinsèques en défaveur d'une dépendance hiérarchique

Nous retenons là deux éléments intrinsèques au contrat de travail à domicile en défaveur d'une dépendance hiérarchique : l'impossibilité pour l'employeur de surveiller le travail de son employé (1) et la possibilité offerte à ce dernier de déléguer ses tâches à des membres de sa famille (2).

1. L'absence de surveillance de l'employé par l'employeur

Bien que l'employeur conserve la possibilité d'émettre des instructions en tout temps (art. 321d CO), celui-ci se heurte à l'impossibilité de pouvoir consulter le travail entrepris par son employé.⁵⁴³ Il n'a en outre aucun moyen de surveillance.⁵⁴⁴ Cela est évidemment une conséquence directe de l'absence de dépen-

⁵³⁹ AUBERT D. in : DUNAND/MAHON (2013), n° 15 *ad* art. 351a CO, p. 1069.

⁵⁴⁰ BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ (2010), n° 2 *ad* arts 351 à 354 CO, p. 358 ; ENGEL (2000), p. 420, n° 1.

⁵⁴¹ ENGEL (2000), p. 420, n° 1.

⁵⁴² *Ibid.*

⁵⁴³ AUBERT D. in : DUNAND/MAHON (2013), n° 20 *ad* art. 351 CO, p. 1061.

⁵⁴⁴ BK-REHBINDER/STÖCKLI (2014), n° 8 *ad* art. 351 CO, p. 711.

dance spatiale, qui empêche l'employeur d'exercer pleinement son pouvoir hiérarchique. L'employeur n'est pas à même de contrôler, rediriger et orienter le travail effectué en sa faveur.

2. La délégation du travail à des membres de la famille

465 En vertu de l'art. 351 CO, le travailleur a la possibilité de faire appel aux membres de sa famille, sans toutefois les engager comme employés, pour le seconder ou le remplacer dans l'exécution de son travail, et ainsi leur transmettre des directives.

466 De son côté, l'employeur n'est pas à même de pouvoir donner des instructions aux membres de la famille alors même que ceux-ci travaillent sur un ouvrage dont il est le commanditaire, à moins que ceux-là s'engagent directement au service de l'employeur, formant une société simple avec le travailleur principal.⁵⁴⁵ Son pouvoir de direction sur l'ensemble du travail à effectuer se voit donc affaibli au profit de celui du travailleur, dont le statut ressemble de plus en plus à celui d'un indépendant, bien qu'il ne conclut pas de contrats de travail avec les membres de sa famille.

III. Conclusion

467 Si l'élément hiérarchique présente des indices à la fois en faveur et en défaveur de sa présence au sein du contrat de travail à domicile, il convient de conclure que le seul manque de surveillance et la délégation possible de travail aux membres de famille ne saurait empêcher sa reconnaissance. Le travailleur reste soumis aux instructions en tout temps de son employeur et cela de manière accrue au début des relations contractuelles, bien que leur circulation et la vérification de leur application soient rendues plus difficiles pendant l'exécution du contrat, voire impossible, en raison de l'absence de dépendance spatiale. La transmission d'ordres de l'employeur à l'employé est donc bien présente et l'employeur conserve malgré tout son statut de chef des opérations.

⁵⁴⁵ TF du 23 décembre 1999, 4C.293/2000, c. 6 in : SARB 2000, p. 943 ; FAVRE/MUNOZ/TOBLER (2010), n° 1.1 *ad* art. 351 CO, p. 452.

C. L'élément économique

La dépendance économique de l'employé vis-à-vis de l'employeur, à l'inverse de la dépendance spatiale, temporelle et à un degré moindre hiérarchique, est profondément ancrée au sein du contrat de travail à domicile. 468

Dans la continuité de notre raisonnement, nous examinerons les éléments intrinsèques du contrat de travail à domicile, soit principalement ses éléments objectivement essentiels et dans une certaine mesure ses droits et obligations, en faveur d'une dépendance économique tout d'abord (I) puis en défaveur d'une telle dépendance (II). Nous concluons ensuite à l'existence ou non d'une dépendance économique sur la base des éléments intrinsèques du contrat de travail à domicile (III). 469

I. Éléments intrinsèques en faveur d'une dépendance économique

Nous retenons deux éléments intrinsèques en faveur d'une dépendance économique : l'indemnité pour le matériel fourni par l'employeur (art. 351a al. 1^{er} CO) (1) et la restitution du matériel fourni par l'employeur (art. 352a al. 1^{er} CO) (2). 470

1. Indemnité pour le matériel fourni par le travailleur (art. 351a al. 1^{er} CO)

L'art. 351a al. 1^{er} CO du contrat de travail à domicile, qui statue sur les indemnités à verser par l'employeur pour le matériel fourni par l'employé, doit être lu à la lumière des arts. 327 à 327c CO du contrat de travail ordinaire qui s'appliquent pleinement au contrat susnommé et qui visent tous les frais engrangés par le travailleur dans le cadre de son activité.⁵⁴⁶ Au sens de ces articles, la totalité des frais, engendrés par l'utilisation du matériel et des matériaux appartenant au travailleur et par l'activité en question, doit être supportée par l'employeur.⁵⁴⁷ 471

On constate ici clairement un renforcement des protections déjà garanties par le contrat de travail ordinaire, et une dépendance économique limpide de l'em- 472

⁵⁴⁶ AUBERT D. in : DUNAND/MAHON (2013), n° 11 *ad* art. 351a CO, p. 1069 ; BK-REHBINDER/STÖCKLI (2014), n° 13 *ad* art. 351a CO, p. 730.

⁵⁴⁷ AUBERT D. in : DUNAND/MAHON (2013), n° 12 *ad* art. 351a CO, p. 1069 ; BK-REHBINDER/STÖCKLI (2014), n° 4 *ad* art. 351a CO, p. 725.

ployé envers l'employeur, en ce sens que celui-ci n'assume aucun risque d'entreprendre. En effet, l'intégralité des frais causés par l'exercice de l'activité exigée pour la réalisation de la prestation de travail est supportée par l'employeur.

2. Restitution du matériel fourni par l'employeur (art. 352a al. 1^{er} CO)

- 473 L'art. 352a al. 1^{er} CO du contrat de travail à domicile, complété par les arts. 321a, 321b, 321e, 327 et 339a CO du contrat de travail ordinaire,⁵⁴⁸ met encore un peu plus en avant la dépendance économique dont l'employé se trouve tributaire.
- 474 Ne travaillant pas dans les locaux mêmes de l'entreprise, l'employé n'a pas accès aux outils et matériaux dont il pourrait avoir besoin pour la réalisation de certaines tâches, devant ainsi se les faire remettre par l'employeur pour exercer son travail à domicile.⁵⁴⁹ Aussi, l'art. 352a al. 1^{er} CO oblige l'employé à restituer le matériel et les instruments prêtés dont il aura pris soin lors de leur utilisation dans le respect des règles de l'article.⁵⁵⁰
- 475 Ce renforcement de la garantie et de la protection des biens de l'employeur vis-à-vis des règles déjà existantes du contrat de travail ordinaire ne contraint que plus conséquemment l'employé à subir une dépendance économique, en cela qu'il n'assume pas, une fois de plus, de risque d'entreprendre, son matériel de travail lui étant remis sans qu'il n'ait à en supporter les coûts d'achat ou de production.

II. Éléments intrinsèques en défaveur d'une dépendance économique

- 476 Il n'existe pas, à notre sens, d'éléments intrinsèques au contrat de travail à domicile qui témoignent en défaveur d'une dépendance économique.

⁵⁴⁸ AUBERT D. in : DUNAND/MAHON (2013), n° 2 *ad* art. 352a CO, p. 1081.

⁵⁴⁹ ZK-STAEHELIN (2014), n° 1 *ad* art. 352a CO, p. 529.

⁵⁵⁰ AUBERT D. in : DUNAND/MAHON (2013), n° 7 et 14 *ad* art. 352a CO, pp. 1081 et 1082 ; ENGEL (2000), p. 419, n° 3 ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (2012), n° 2 *ad* art. 352a CO, p. 1407.

III. Conclusion

Aucun indice en défaveur d'une dépendance économique ne pouvant être soulevé et de nombreux se présentant en sa faveur, il convient d'en reconnaître sa pleine existence au sein du contrat de travail à domicile. Le travailleur reste économiquement dépendant de l'employeur dans le cadre de ce contrat.⁵⁵¹ 477

D. Synthèse

Nous tâcherons de suivre la même méthode de raisonnement qu'utilisée et détaillée au **Chapitre 7** à ce même stade (cf. 402). À ce titre, notre synthèse s'articulera autour de trois points : rappeler la présence ou l'absence des éléments du rapport de subordination au sens large constatée ci-dessus dans le cadre du contrat de travail à domicile (**I**), déterminer lesquels des éléments présents sont les plus intensément représentés (**II**), puis dresser un tableau récapitulatif reprenant ces deux points, mais sous une reproduction mathématique et non scripturale (**III**). 478

I. Présences et absences

Malgré la présence d'une dépendance économique et d'une dépendance hiérarchique toutefois affaiblie, nous faisons face à une absence totale de dépendance spatiale et temporelle. 479

II. Intensité des éléments présents

Il convient maintenant de déterminer l'intensité des éléments du rapport de subordination, au sens large, présents au sein du contrat de travail à domicile. 480

À notre sens et au vu de l'analyse ci-dessus, l'élément présentant la plus grande intensité, soit la dépendance de l'employé la plus forte vis-à-vis de l'employeur, est la dépendance économique. En plus de présenter de nombreux indices en faveur de sa présence dans le contrat de travail à domicile, elle ne présente surtout aucun indice en défaveur de celle-ci. C'est incontestablement l'élément du 481

⁵⁵¹ HONSELL (2014), n° 7 *ad art.* 351 CO, p. 1286 ; ZK-STAEHELIN (2014), n° 3 *ad art.* 351 CO, p. 516.

rapport de subordination au sens large le plus solidement ancré dans cette relation de travail spéciale et le plus représentatif et caractéristique de celle-ci. Il ne s'agirait d'ailleurs, selon Gabriel Aubert, d'un contrat de travail et non d'un contrat d'entreprise, que grâce uniquement à la dépendance économique dont le travailleur fait l'objet.⁵⁵² Ce type de travailleur constituerait une espèce de « *travailleur indépendant* » à qui l'on a voulu garantir une certaine sécurité en raison d'une dépendance économique marquée envers son employeur.⁵⁵³ Si nous sommes en partie d'accord avec ces propos et sur le rôle de l'élément économique, il s'agit de préciser que les éléments objectivement essentiels ne sont tout de même pas les mêmes entre les deux contrats et se distinguent donc, à commencer par la notion différente du terme « *ouvrage* » prônée par ceux-ci.

- 482 S'agissant maintenant de l'élément hiérarchique, bien que son existence soit reconnue dans le cadre du contrat de travail à domicile, l'absence totale de dépendance spatiale et temporelle provoque inévitablement un affaiblissement de celui-ci.

III. Tableau récapitulatif

- 483 Le fonctionnement et les raisons d'existence du présent tableau sont détaillés précédemment au **Chapitre 7** (cf. 406ss).

	Spatial	Temporel	Hiérarchique	Économique	Total
Contrat d'engagement des voyageurs de commerce	0	0	1	1*	2/4

⁵⁵² AUBERT G. in : THEVENOZ/WERRO (2012), n° 2 *ad* art. 351 CO, p. 2142.

⁵⁵³ *Ibid.*

Chapitre 9 : Le télétravail dans le cadre du contrat de travail ordinaire

Le télétravail, forme nouvelle d'exécution de la prestation de travail en pleine expansion, possède la particularité de s'opérer en dehors des locaux d'une organisation, au domicile du télétravailleur ou ailleurs, et implique l'utilisation d'outils informatiques et des technologies modernes de l'information et de la communication. 484

Toutefois, le télétravail n'est qu'un mode de réalisation d'une prestation et non un contrat de travail ou une relation de travail spéciale. Il est bien exercé dans le cadre d'un contrat, mais ne constitue pas en tant que tel une relation juridique. La réalisation sous forme de télétravail d'une prestation s'effectuera certes plus généralement dans le contexte d'un contrat de travail ordinaire, mais cela ne sera pas systématiquement le cas. Un télétravailleur pourra tout à fait entreprendre une activité de télétravail dans le cadre d'un contrat de mandat ou d'entreprise, mais également au travers de formes plus particulières de contrat de travail comme le contrat d'engagement des voyageurs de commerce (arts. 347ss CO) ou le contrat d'agent (arts. 418ss CO), et même dans certains contrats in-nommés.⁵⁵⁴ Pour notre part, nous n'étudierons le fonctionnement du télétravail que dans le cadre du contrat de travail ordinaire ; union de deux notions qui créent, à notre sens, une relation de travail spéciale (voir ci-après cf. 529ss). 485

À ce titre, les sources de lois réglementant ce mode de travail entrepris pour le compte d'un contrat de travail étant inexistantes au niveau privé, c'est dans le droit public fédéral et cantonal que nous irons puiser afin de fixer la notion et plus important encore pour en déduire les éléments objectivement essentiels de cette relation de travail spéciale. En effet, bien que le droit privé ne le stipule pas expressément, nous aurons à cœur de démontrer le besoin de reconnaissance par l'ordre juridique suisse du télétravail réalisé dans le cadre d'un contrat de travail ordinaire comme étant une relation de travail spéciale. Nous nous tour- 486

⁵⁵⁴ CONSEIL FÉDÉRAL (2016), p. 26, n° 6.1.1 ; BEYELER (2002), p. 3 ; PULVER (2000), pp. 14 et 15.

nerons, pour comprendre la notion et pour en extraire les éléments objectivement essentiels, vers le droit public et les conditions que ses directives fédérales et cantonales imposent le plus fréquemment à l'exercice d'un télétravail dans le cadre d'un contrat de travail. C'est en s'inspirant des exigences du droit public et non du droit privé que nous parviendrons à développer cette dernière notion à laquelle nous appliquerons le même examen du rapport de subordination au sens large effectué aux deux chapitres précédents.

- 487 Si le télétravail au sein d'un contrat de travail n'est en plein essor que depuis très peu de temps, l'apparition de son concept nous renvoie malgré tout plus de soixante ans en arrière. À l'époque, déjà, Norbert Wiener évoque, dans le contexte de ses travaux sur la cybernétique, l'hypothèse de travail à distance par l'utilisation du fax (« *ultrafax* »).⁵⁵⁵ Puis, dans les années 70, d'importantes entreprises d'informatique s'essaient au télétravail par le biais de technologies de l'information encore trop lourdes et offrant des résultats fluctuants.⁵⁵⁶ Dix ans plus tard, des projets-pilotes voient le jour dans le cadre de tests de la télématique pour le développement régional.⁵⁵⁷ Ce n'est finalement qu'à l'approche des années 2000 que le télétravail connaît sa véritable expansion, bien qu'il peine aujourd'hui à se généraliser.⁵⁵⁸
- 488 Le nombre de télétravailleurs et plus particulièrement de télétravailleurs au bénéfice d'un contrat de travail, soit l'immense majorité, est en constante augmentation. Malheureusement, en raison d'un trop faible nombre d'enquêtes statistiques sur le télétravail en Suisse ou d'enquêtes ne précisant ou ne délimitant pas assez la notion de télétravail,⁵⁵⁹ nous ne bénéficions que de peu d'informations sur le sujet. Nous savons cependant qu'en 2001, 181'000 télétravailleurs étaient occupés de manière régulière ou occasionnelle, à leur domicile seulement, dans le cadre d'un contrat de travail. En 2004 ils étaient au nombre de

⁵⁵⁵ BUSER/POSCHET/PULVER (2000), p. 12, n° 4.2 ; WIENER in : BOUGNOUX (1993), pp. 453 et 454.

⁵⁵⁶ BUSER/POSCHET/PULVER (2000), p. 12, n° 4.2 ; SANER (1992), p. 5, lit. A.

⁵⁵⁷ CONSEIL FÉDÉRAL (2016), p. 14, n° 4.2.1 ; BUSER/POSCHET/PULVER (2000), p. 12, n° 4.2 ; SANER (1992), pp. 31-35.

⁵⁵⁸ CONSEIL FÉDÉRAL (2016), p. 74, n° 10.1.

⁵⁵⁹ Télétravail à domicile, 2001-2017 in : Tableau OFS, mai 2018 ; Le télétravail à domicile en Suisse, 2001-2015 in : Actualités OFS, juin 2016.

272'000, en 2013 de 594'000, et en 2015 de 697'000.⁵⁶⁰ Nous savons également qu'en termes de télétravail mobile, i.e. de télétravail qui implique un constant changement de lieu de travail pour le salarié sans place de travail fixe, 342'000 personnes étaient concernées en 2001, 380'000 en 2004, 448'000 en 2013 et 477'000 en 2015.⁵⁶¹

Pour revenir au développement du présent chapitre, nous analyserons, en premier lieu, l'historique des principales législations réglementant le télétravail réalisé dans le cadre du contrat de travail ordinaire, au niveau international et national (§1). Nous examinerons ensuite, sur la base des lois internationales et nationales (principalement des directives cantonales) à notre disposition, la notion de télétravail dans le cadre du contrat de travail ordinaire (§2), ainsi que les différents éléments objectivement essentiels le composant (§3). Nous nous pencherons pour poursuivre sur certaines spécificités du télétravail dans le cadre d'un contrat de travail ordinaire (§4) et observerons ses convergences et divergences avec le contrat de travail à domicile, de manière à le définir également négativement, vis-à-vis surtout d'un contrat avec lequel il est si souvent injustement confondu (§5). Nous arrêterons enfin la présence ou l'absence des différents éléments composant le rapport de subordination au sens large au sein du télétravail dans le cadre d'un contrat de travail ordinaire et évaluerons l'intensité des éléments retenus pour y déterminer éventuellement s'ils constituent des éléments caractéristiques ou représentatifs de cette relation de travail spéciale (§6).

489

§ 1 Historique

La notion de télétravail exercée dans le cadre d'un contrat de travail s'est développée au travers de diverses législations, internationales ou nationales, dont nous effectuerons, de manière chronologique et pour les principales d'entre elles, un simple aperçu. Nous verrons, en premier lieu, l'accord-cadre européen sur le télétravail (A), puis le « *telework enhancement act* » américain (B) et les directives fédérales et cantonales suisses en matière de télétravail (C).

490

⁵⁶⁰ CONSEIL FÉDÉRAL (2016), p. 15, n° 4.2.1.

⁵⁶¹ *Idem*, p. 16, n° 4.2.1.

A. Accord-cadre européen sur le télétravail

- 491 Au niveau européen, un accord-cadre sur le télétravail a été conclu le 16 juillet 2002 par les partenaires sociaux que sont : la Confédération européenne des syndicats (CES), l'Union des Confédérations de l'industrie et des employeurs d'Europe (UNICE), l'Union Européenne de l'artisanat et des petites et moyennes entreprises (UEAPME) et le Centre européen des employeurs et entreprises fournissant des services publics (CEEP).⁵⁶² L'accord-cadre s'applique à l'Union Européenne, à l'espace économique européen et aux PECO,⁵⁶³ excluant ainsi la Suisse.
- 492 L'accord ne traite que du télétravail dans le cadre des relations de travail,⁵⁶⁴ impliquant par là l'existence d'un contrat de travail. Il ne vise en aucun cas le télétravail entrepris pour le compte d'un autre type de contrat tel le contrat de mandat ou le contrat d'entreprise.
- 493 L'accord « *a pour objet d'établir un cadre général au niveau européen, à mettre en œuvre par les organisations membres des parties signataires, conformément aux procédures et aux pratiques nationales spécifiques aux partenaires sociaux* ». ⁵⁶⁵ Les organisations membres disposent pour cette mise en œuvre d'un délai de trois ans.⁵⁶⁶ Trois formes juridiques différentes ont été utilisées à ces fins. En se basant sur les 21 États présentant une mise en œuvre de l'accord-cadre, 9 d'entre eux ont conclu des accords-collectifs, 6 autres ont aménagé des mesures non contraignantes telles des directives ou recommandations, et les derniers ont adopté des mesures législatives.⁵⁶⁷

B. « Telework Enhancement Act »

- 494 Le « *Telework Enhancement act* » est une loi américaine signée le 9 décembre 2010 par Barack Obama et qui régit les conditions du télétravail pour le

⁵⁶² CONSEIL FÉDÉRAL (2016), p. 69, n° 8.1.1.1.

⁵⁶³ JEAN-FRANÇOIS TROGRIC, secrétaire national de la CFDT, Communiqué du 17 juillet 2002.

⁵⁶⁴ Art. 2 A-C/EUR (l'art. 2 A-C/EUR parle de « *relation d'emploi* » et « *d'employeur* »).

⁵⁶⁵ Art. 1^{er} A-C/EUR.

⁵⁶⁶ Art. 12 A-C/EUR ; BEYELER (2002), p. 4.

⁵⁶⁷ CONSEIL FÉDÉRAL (2016), p. 71, n° 8.1.2.

personnel fédéral.⁵⁶⁸ Cette loi, qui s'applique aux « *Federal employees* » et aux « *Federal Executive agencies* » et offre notamment une définition légale du télétravail, impose de nombreux droits et obligations. Nous pourrions par exemple citer l'obligation pour les agences d'incorporer le télétravail dans leurs plans d'opérations et de désigner un « *Telework Managing Officer* », ou encore l'obligation pour l'agence et l'employé de s'entendre sur un « *telework agreement* » pour rendre légal l'exercice du télétravail par celui-ci.⁵⁶⁹

C. Directives fédérales et cantonales suisses en matière de télétravail

En Suisse, le télétravail dans le cadre de relations de travail est réglementé principalement dans le secteur public, et cela au travers de simples directives, tant au niveau fédéral (I) que dans certains cantons (II). 495

I. Directives fédérales

Il s'agit des directives concernant le télétravail dans l'administration fédérale, du 19 décembre 2013 (DTF), entrées en vigueur le 1^{er} janvier 2014. Elles remplacent les directives fédérales sur le télétravail du 1^{er} décembre 2007. 496

II. Directives cantonales

Au niveau cantonal, plus d'une douzaine de cantons ont réglementé le télétravail au travers de directives ou règlements du personnel.⁵⁷⁰ Il convient de préciser que contrairement à ce qui a parfois été entendu,⁵⁷¹ les directives concernant le télétravail dans l'Administration cantonale valaisanne du 17 janvier 2007, aujourd'hui remplacées par celles du 26 septembre 2012 (DTC/VS), entrées en vigueur avec effet rétroactif au 1^{er} janvier 2012,⁵⁷² étaient pionnières en 497

⁵⁶⁸ 5 US Code 101 ; 5 US Code 2105 ; 5 US Code 6501.

⁵⁶⁹ <https://www.telework.gov/guidance-legislation/telework-legislation/telework-enhancement-act/>, (consulté le 25 octobre 2019).

⁵⁷⁰ CONSEIL FÉDÉRAL (2016), p. 32, n° 6.5.2.

⁵⁷¹ GUYOT UNGER (2013), p. 2.

⁵⁷² Art. 6.4 DTC/VS.

la matière en Suisse et non le règlement sur le télétravail genevois du 30 juin 2010 (RTt/GE), entré en vigueur le 8 juillet 2010.⁵⁷³

§ 2 Notion

498 Nous allons maintenant aborder la notion de télétravail dans le cadre d'un contrat de travail ordinaire. Pour mieux l'appréhender, nous tâcherons de comprendre, avant toute chose, ce qu'est le télétravail, indépendamment du contrat au travers duquel il s'exerce (**A**). Ce n'est que dans un deuxième temps que nous affronterons la notion de télétravail dans le cadre d'un contrat de travail (**B**). Si le télétravail n'est qu'une forme de réalisation d'un travail donné, le télétravail exercé dans le cadre d'un contrat de travail ordinaire constitue, à notre sens, une relation de travail approfondie (voir ci-dessous cf. 529ss).

A. Le télétravail

499 Au sens du rapport du Conseil fédéral sur le télétravail, le télétravail se définit comme un « *travail à distance réalisé à l'aide de moyens de télécommunications, qui peut également être accompli dans les locaux de l'organisation, effectué en principe de manière régulière* ». ⁵⁷⁴ On constate là quatre caractéristiques qui seront par ailleurs reprises ci-après au sein de l'analyse de la notion de télétravail dans le cadre du contrat de travail ordinaire :

- travail à distance,
- par des moyens de télécommunications,
- pouvant être accompli dans les locaux de l'organisation et,
- effectué de manière régulière.

500 On remarque aussi que le rapport parle d'« *organisation* » et non d'« *employeur* ». La raison est qu'il s'agit ici de la définition la plus large du télétravail qui n'implique aucunement l'existence d'un contrat de travail. Le télétravail n'est, en lui-même, qu'un cadre de réalisation d'un travail précis, soit un moyen de réaliser une prestation donnée. ⁵⁷⁵

⁵⁷³ Art. 24 RTt/GE.

⁵⁷⁴ CONSEIL FÉDÉRAL (2016), p. 12, n° 3.5.

⁵⁷⁵ BEYELER (2002), p. 3.

En effet, comme nous avons pu le voir, un télétravailleur pourrait tout à fait 501
 entreprendre une activité de télétravail en dehors d'un contrat de travail, soit
 dans le cadre d'un contrat de mandat ou d'entreprise, mais également par le
 biais de formes de contrats plus particulières comme le contrat d'engagement
 de voyageur de commerce (arts. 347ss CO), le contrat de travail à domicile
 (arts. 351ss CO), le contrat d'agent (arts. 418ss CO), et même des contrats in-
 nommés.⁵⁷⁶ Ainsi, le télétravail en tant que tel ne constitue ni n'est soumis à
 aucune réglementation,⁵⁷⁷ en cela qu'il n'existe qu'au travers d'une relation
 contractuelle possédant ses propres règles, mais dont les caractéristiques juri-
 diques sont susceptibles d'être affectées par son exercice.

Le rapport du Conseil fédéral sur le télétravail inclut aussi la possibilité d'effec- 502
 tuer du télétravail dans le cadre d'un contrat d'entreprise ou d'un contrat de
 travail à domicile, en raison du fait notamment qu'il arbore, comme élément
 objectivement essentiel, une prestation de travail.⁵⁷⁸ David Aubert avance éga-
 lement que le télétravail peut subsister au sein d'un contrat de travail à domicile
 en fonction de l'activité exercée,⁵⁷⁹ bien que Brunner/Bühler/Waeber/Bruchez
 souligne que cela soit très peu probable.⁵⁸⁰ De notre côté, nous sommes d'avis
 que ce n'est absolument pas possible, pour le contrat de travail à domicile
 comme pour le contrat d'entreprise. La liberté d'action, particulièrement dans
 l'organisation de son temps de travail et dans la direction de sa réalisation, dont
 devraient bénéficier un travailleur à domicile et un entrepreneur, est incompati-
 ble avec le télétravail, forme d'exécution d'une prestation qui subordonne plus
 grandement l'employé à l'employeur, par l'utilisation des technologies de l'in-
 formation notamment.⁵⁸¹ À ce propos, nous verrons ci-après plus en détail les
 convergences et divergences entre le télétravail dans le cadre d'un contrat de
 travail et le contrat de travail à domicile (cf. 583ss).

B. Le télétravail dans le cadre du contrat de travail

Définir la notion de télétravail dans le cadre du contrat de travail en Suisse est 503
 une tâche difficile. Il n'existe aucune loi fédérale ni cantonale, d'ordre privé ou

⁵⁷⁶ CONSEIL FÉDÉRAL (2016), p. 26, n° 6.1.1.

⁵⁷⁷ BEYELER (2002), p. 3.

⁵⁷⁸ CONSEIL FÉDÉRAL (2016), p. 25, n° 6.1.1.

⁵⁷⁹ AUBERT D. in : DUNAND/MAHON (2013), n° 28 *ad* art. 351a CO, p. 1063.

⁵⁸⁰ BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ (2010), n° 1 *ad* arts 351 à 354 CO, p. 357.

⁵⁸¹ BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ (2010), n° 1 *ad* arts 351 à 354 CO, p. 357 ; ENGEL
 (2000), pp. 436,437 et 439, n° 4 et 1.

public, à même d'en apporter la moindre définition. Pourtant, il s'agit, ou tout du moins, devrait s'agir pour nous d'une relation de travail spéciale qui demanderait une telle réglementation. Toutefois, toute relation de travail spéciale appelle à l'existence d'éléments objectivement essentiels. À défaut de les trouver dans le droit privé, c'est vers le droit public suisse que nous nous tournerons et dans une certaine mesure vers le droit européen. Un certain nombre de directives fédérales et cantonales de nature publique présentent une définition complète et pointue du télétravail dans le cadre d'un contrat de travail et régissent la relation de travail qu'il implique. C'est précisément de ces normes publiques que nous tenterons d'extraire et de déduire l'existence d'éléments objectivement essentiels du télétravail dans le cadre d'un contrat de travail ordinaire, à notre sens une relation de travail spéciale qui se doit d'être reconnue.

504 Nous exposerons donc en premier lieu les diverses définitions retenues par le droit public fédéral et cantonal suisse (I). Nous nous attarderons ensuite sur la définition avancée par le droit européen dans son accord-cadre (II). Puis, nous proposerons, en grande partie sur la base du droit suisse et européen étudiés, une définition synthétique du télétravail dans le cadre d'un contrat de travail ordinaire (III). Enfin, nous verrons en quoi il s'agit, selon nous, d'une relation de travail spéciale et plus précisément d'une relation de travail approfondie (IV).

I. Le télétravail dans le cadre du contrat de travail en droit public suisse

505 L'administration fédérale et les administrations cantonales ont développé la notion de télétravail réalisé dans le cadre d'un contrat de travail au travers de directives d'ordre public, soumettant par là le personnel de la Confédération et des cantons à ses droits et obligations.

506 Nous commencerons par examiner la notion dans le cadre du droit fédéral (1), suivi du droit cantonal (2), puis réaliserons une petite synthèse reprenant les points communs des différentes définitions (3).

1. Le télétravail dans le cadre du contrat de travail en droit public fédéral

Il convient tout d'abord de présenter la base légale fédérale autorisant le télétravail dans le cadre du contrat de travail (a), puis la notion de télétravail dans le cadre du contrat de travail au sens des directives concernant le télétravail dans l'administration fédérale du 19 décembre 2013 (b). 507

a. Base légale

La base légale fédérale publique autorisant le télétravail se trouve à l'art. 33 de l'Ordonnance du Département fédéral des Finances concernant l'ordonnance sur le personnel de la Confédération (O-OPers).⁵⁸² La disposition stipule qu'« [e]n accord avec l'autorité compétente, les employés peuvent effectuer l'ensemble ou une partie de leur travail en dehors de leur place de travail. ». 508

Nous remarquons qu'il s'agit bien là de télétravail exercé dans le cadre d'un contrat de travail ordinaire, et plus précisément au service de la Confédération, en cela que la disposition parle « d'employés » et qu'elle vise les travailleurs rattachés à l'administration fédérale.⁵⁸³ 509

L'art. 33 O-OPers, ainsi que l'ordonnance qui l'accueille, doivent leur existence à l'art. 116 de l'Ordonnance sur le personnel de la Confédération (OPers) qui stipule qu'« [a]près avoir consulté les autres départements et la Chancellerie fédérale, le DFF édicte les dispositions nécessaires à l'exécution uniforme de la présente ordonnance. ». 510

Enfin, ce même art. 116 OPers trouve lui les causes de son existence à l'art. 37 al. 1^{er} de la Loi sur le personnel de la Confédération (LPers) qui invite le Conseil fédéral à édicter les dispositions d'exécution de la présente loi. 511

b. Directives fédérales

La notion de télétravail dans le cadre du contrat de travail est définie, en droit fédéral public, dans les directives concernant le télétravail dans l'administration fédérale du 19 décembre 2013 (DTF). L'art. 2 DTF précise que : « La notion de télétravail englobe différentes formes de travail où les collaboratrices et collaborateurs s'acquittent d'une partie de leurs tâches en dehors de leur place de 512

⁵⁸² Art. 3.2 DTF.

⁵⁸³ Art. 1^{er} O-OPers.

travail. Cela peut se faire à leur domicile ou être lié au besoin de mobilité exigé par leur fonction (travail en déplacement, auprès de clients, dans d'autres services fédéraux, dans des centres d'affaires publiques ou lors de voyage de service). La transmission du résultat des travaux et la communication passent généralement par des canaux numériques. ».

- 513 On retient là plusieurs critères à même de nous offrir les éléments objectivement essentiels tant recherchés pour notre relation de travail spéciale :
- exercice d'une partie des tâches en dehors de la place de travail,
 - utilisation de canaux numériques pour la communication et transmission des résultats.

2. Le télétravail dans le cadre du contrat de travail en droit public cantonal

- 514 En droit public cantonal, plus d'une douzaine de cantons se sont à l'heure actuelle attelés à offrir, au personnel de leur administration, une réglementation sur le télétravail.⁵⁸⁴ Nous en présenterons brièvement trois, choisies pour leur contenu juridique riche, détaillé et complémentaire. Le fait qu'elles fassent partie des premières édictées en Suisse est aussi un atout en ce sens que nombre de directives cantonales subséquentes s'en sont inspirées. Nous commencerons par les directives bernoises (a), puis genevoises (b), et enfin valaisannes (c).
- 515 À noter que dès lors que les directives visent les « *collaborateurs* », c'est-à-dire les employés, nous sommes bien confronté au télétravail dans le cadre d'un contrat de travail ordinaire.

a. Directives bernoises

- 516 À Berne, le télétravail dans le cadre du contrat de travail en droit public est réglementé dans la Directive sur le télétravail dans l'administration du canton de Berne du 23 octobre 2012 (DTC/BE), entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2013.

⁵⁸⁴ CONSEIL FÉDÉRAL (2016), p. 12, n° 3.5.

Le télétravail y est défini à son art. 2 comme « *une organisation du travail dans laquelle les collaborateurs et collaboratrices exercent leur activité en partie dans les locaux de services et en partie à leur domicile. Il permet de tenir compte de l'aspiration des agents et agentes cantonaux à mieux concilier vie professionnelle et vie privée, des besoins de l'employeur qu'est le Canton de Berne, et de l'allègement nécessaire du trafic aux heures de pointe.* » 517

Le critère que nous pouvons retenir ici est le suivant : 518

- exercice de l'activité de travail en partie dans les locaux de service et en partie à domicile.

b. Règlement genevois

À Genève, le télétravail dans le cadre du contrat de travail en droit public est régi par le règlement sur le télétravail genevois du 30 juin 2010 (RTt/GE), entré en vigueur le 8 juillet 2010. 519

L'art. 2 al. 1^{er} RTt/GE présente le télétravail comme le fait « *d'effectuer régulièrement, en principe à domicile, par l'intermédiaire des technologies de l'information, le travail qui est normalement réalisé dans les locaux de l'État (ci-après : lieu de service ordinaire)* ». 520

Nous constatons ici deux critères intéressants : 521

- exécution du travail, réalisé alors normalement dans les locaux de l'employeur, désormais en principe à domicile,
- utilisation des technologies de l'information pour la réalisation de la prestation de travail.

c. Directives valaisannes

Enfin, en Valais, le télétravail dans le cadre du contrat de travail en droit public est traité par les directives concernant le télétravail dans l'Administration cantonale valaisanne du 26 septembre 2012 (DTC/VS), entrées en vigueur avec effet rétroactif au 1^{er} janvier 2012. 522

L'art. 1.1 DTC/VS précise que le télétravail « *englobe toutes les activités exercées en dehors du lieu de service ordinaire dans l'Administration cantonale, pour autant qu'il ne s'agisse pas de service extérieur et que cette forme de travail soit appliquée régulièrement. Les moyens techniques d'information et de communication appuient, en règle générale, la mise en œuvre du télétravail.* » 523

- 524 Nous constatons ici les critères suivants :
- activités exercées en dehors du lieu de service ordinaire en lieu et place de celle normalement réalisée à l'intérieur des locaux de l'employeur,
 - forme de travail appliquée régulièrement,
 - utilisation de moyens techniques d'information et de communication pour réaliser la prestation de travail.

3. Synthèse

- 525 Au vu des différentes approches du télétravail dans le cadre d'un contrat de travail ordinaire en droit public suisse, nous pouvons retenir, sur la base de leurs seules définitions, certains critères communs ou complémentaires à même de nous offrir de futurs éléments objectivement essentiels. L'activité doit être exercée au travers d'outils technologiques d'informations et de communications, en dehors des locaux de l'employeur, au domicile ou ailleurs, et de manière régulière.

II. Définition en droit européen

- 526 L'accord-cadre européen définit, à son art. 2, le télétravail dans le cadre du contrat de travail comme « *une forme d'organisation et/ou de réalisation du travail utilisant les technologies de l'information, dans le cadre d'un contrat ou d'une relation d'emploi, dans laquelle un travail, qui aurait également pu être réalisé dans les locaux de l'employeur, est effectué hors de ces locaux de façon régulière.* ».
- 527 Nous voyons ici, en plus de l'exigence en amont d'une relation d'emploi, nous plaçant bien face au télétravail dans le cadre d'un contrat de travail, probablement ordinaire, les critères suivants :
- utilisation des technologies de l'information,
 - travail réalisé hors des locaux de l'employeur alors que réalisable en son sein,
 - forme de travail appliquée régulièrement.

III. Définition synthétique du télétravail dans le cadre d'un contrat de travail

- 528 Sur la base des directives fédérales et cantonales de droit suisse, du droit européen, du rapport du Conseil fédéral du 16 novembre 2016 en réponse au postulat

12.3166 Meier-Schatz sur les conséquences juridiques du télétravail, et de la faible jurisprudence et doctrine à ce sujet, nous proposons la définition suivante du télétravail dans le cadre d'un contrat de travail : il doit s'agir d'une activité exercée, en principe au travers d'un contrat de travail ordinaire, avec régularité,⁵⁸⁵ tout ou en partie⁵⁸⁶ en dehors des locaux de service,⁵⁸⁷ par le biais des technologies de l'information⁵⁸⁸ et de la (télé)communication,⁵⁸⁹ et pouvant être réalisée dans les locaux de l'entreprise.⁵⁹⁰

IV. Un contrat atypique de travail ou une relation de travail approfondie ?

Si nous nous permettons d'inclure le télétravail réalisé dans le cadre d'un contrat de travail dans cette **troisième partie** de thèse réservée aux relations de travail spéciales, c'est qu'il constitue, à notre sens et à la lecture des définitions examinées ci-dessus, une relation de travail approfondie, soit, pour rappel, une relation de travail possédant, en sus des quatre éléments objectivement essentiels du contrat de travail ordinaire, des éléments objectivement essentiels supplémentaires. Toutefois, ce n'est pas le choix que semble préconiser le rapport du Conseil fédéral du 16 novembre 2016 en réponse au postulat 12.3166 Meier-Schatz sur les conséquences juridiques du télétravail, les directives et l'accord-cadre européen.

529

⁵⁸⁵ Art. 2 A-C/EUR ; Art. 2 al. 1^{er} RTt/GE ; Art. 1.1 DTC/VS ; CONSEIL FÉDÉRAL (2016), p. 10 et 12, n° 3.2.1 et 3.5 ; BEYELER (2002), p. 3.

⁵⁸⁶ Art. 33 O-OPers ; TAF du 1^{er} mai 2017, A-4729/2016, c. 2.1 ; DUPONT in : DUNAND/MAHON (2019), p. 302.

⁵⁸⁷ Art. 33 O-OPers ; Art. 2 DTF ; Art. 2 DTC/BE ; Art. 2 al. 1^{er} RTt/GE ; Art. 1.1 DTC/VS ; TAF du 1^{er} mai 2017, A-4729/2016, c. 2.1 ; CONSEIL FÉDÉRAL (2016), p. 7 et 12, n° 3.1.1 et 3.5 ; BEYELER (2002), p. 3 ; BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ (2010), n° 1 *ad* arts 351-354 CO, p. 357.

⁵⁸⁸ Art. 2 A-C/EUR ; Art. 2 al. 1^{er} RTt/GE ; CONSEIL FÉDÉRAL (2016), p. 7 et 12, n° 3.1.2 et 3.5 ; BEYELER (2002), p. 7, n° 3.1.2.

⁵⁸⁹ Art. 2 DTF ; Art. 1.1 DTC/VS ; TAF du 1^{er} mai 2017, A-4729/2016, c. 2.2 ; BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ (2010), n° 1 *ad* arts 351-354 CO, p. 357 ; BUSER/POSCHET/PULVER (2000), p. 3, n° 2.1 ; SANER (1992), p. 5, n° 1.

⁵⁹⁰ Art. 2 A-C/EUR ; Art. 2 al. 1^{er} RTt/GE ; CONSEIL FÉDÉRAL (2016), p. 9 et 12, n° 3.1.4 et 3.5 ; BEYELER (2002), p. 4.

- 530 Nous analyserons donc d'abord en quoi le rapport du Conseil fédéral du 16 novembre 2016 en réponse au postulat 12.3166 Meier-Schatz sur les conséquences juridiques du télétravail, l'accord-cadre européen et les directives présentent le télétravail effectué dans le cadre d'un contrat de travail comme un simple contrat atypique de travail (1). Nous verrons ensuite en quoi il s'agit pour nous d'une relation de travail approfondie (2) et pourquoi une telle distinction est importante (3).

1. Un contrat atypique de travail ?

- 531 L'accord-cadre européen stipule que le fait d'exercer un contrat de travail sous forme de télétravail « *n'affecte pas le statut d'emploi du travailleur* » en raison du fait que cela ne fait que modifier « *la manière dont le travail est effectué.* »⁵⁹¹ Le télétravail entrepris dans le cadre d'un contrat de travail ne serait donc qu'un aménagement de la réalisation du contrat de travail, « *qui ne remet pas en question la nature du rapport juridique* ». ⁵⁹² Les directives vaudoises sur le télétravail destinées aux employés de l'administration mentionnent, elles, un « *mode d'aménagement du temps de travail* ». ⁵⁹³ Dans le même temps, les directives bernoises parlent du télétravail comme une « *organisation du travail* ». ⁵⁹⁴
- 532 Le télétravail dans le cadre d'un contrat de travail y est ici présenté comme une forme de contrat atypique de travail. Pour rappel, les contrats atypiques de travail sont des contrats de travail ordinaires dont l'élément de durée et alternativement ou cumulativement la mise en œuvre de la prestation de travail subissent un aménagement, ⁵⁹⁵ sans pour autant constituer des relations de travail approfondies ou spéciales.
- 533 À notre sens, le télétravail réalisé dans le cadre d'un contrat de travail ne peut constituer un simple contrat atypique de travail. Ce dernier, tels le travail sur appel, le travail occasionnel ou le « *job sharing* », amènent des modifications de l'organisation de travail qui ne représentent aucunement des éléments objectivement essentiels supplémentaires nécessaires à la reconnaissance dudit contrat qui n'est autre qu'un simple contrat de travail ordinaire. De plus, ceux-ci

⁵⁹¹ Art. 3 A-C/EUR.

⁵⁹² CONSEIL FÉDÉRAL (2016), p. 28, n° 6.1.2.

⁵⁹³ Art. 3 DTC/VD.

⁵⁹⁴ Art. 2 DTC/BE.

⁵⁹⁵ ENGEL (2000), p. 294, lit. A.

n'influent et ne perturbent que très peu les éléments du contrat de travail ordinaire dont aucunement le rapport de subordination. Autant de constatations opposées aux relations de travail approfondies.

2. Une relation de travail approfondie ?

Selon nous, le télétravail, qui n'est en soi qu'un mode de réalisation d'une prestation, modifie grandement l'essence même du contrat de travail ordinaire lorsqu'il lui est associé, de manière à ce que ce dernier n'en constitue dès lors plus un. 534

Pour rappel, il doit s'agir, pour parler de télétravail dans le cadre d'un contrat de travail, d'une activité exercée, en principe au travers d'un contrat de travail ordinaire, avec régularité, tout ou en partie en dehors des locaux de service, par le biais des technologies de l'information et de la (télé)communication, et pouvant être réalisée dans les locaux de l'entreprise. 535

Ces conditions de reconnaissance strictes requises pour admettre l'existence de télétravail dans le cadre d'un contrat de travail sont assimilables à des éléments objectivement essentiels supplémentaires qui viennent, par leur présence, affecter les quatre éléments objectivement essentiels du contrat de travail que sont une prestation, un salaire, une durée et un rapport de subordination au sens large. Nous constaterons en détail les perturbations causées par ces conditions au rapport de subordination, élément caractéristique du contrat de travail, à la suite de leur étude ci-après comme l'exige la systématique de nos chapitres de **troisième partie**, nous permettant ainsi de justifier de l'existence d'une relation de travail approfondie. 536

Enfin, de manière à alléger la rédaction et à surtout soumettre une nomenclature plus claire, nous proposons de parler systématiquement désormais dans cette thèse de « *contrat de télétravail* »⁵⁹⁶ pour nommer la relation de travail approfondie qu'est un contrat de travail exercé, tout ou en partie, en la forme de télétravail, et non plus de « *télétravail réalisé dans le cadre d'un contrat de travail ordinaire* ». 537

3. L'importance de la distinction

538

⁵⁹⁶ DOMENIG (2016), p. 20, n° 68 (le terme de « *Telearbeitsvertrag* » est utilisé pour représenter le télétravail réalisé dans le cadre d'un contrat de travail).

Notre insistance à vouloir caractériser le contrat de télétravail de relation de travail approfondie et non de contrat atypique de travail comporte une raison autre à notre simple devoir de justesse juridique dans l'analyse de sa nature. La non-reconnaissance du contrat de télétravail comme relation de travail approfondie amène un réel risque pratique.

- 539 Si nous considérons le contrat de télétravail comme un contrat atypique de travail, il ne constituerait alors qu'un contrat de travail ordinaire. Les éléments qui en feraient un contrat atypique ne devraient donc pas modifier la forme juridique du contrat de travail ordinaire qui conserverait ses quatre éléments constitutifs et n'auraient ainsi pas d'influence sur la reconnaissance de l'existence juridique de ce même contrat.
- 540 Pourtant, il serait aisé d'utiliser les éléments du télétravail comme des indices démontrant de l'affaiblissement des caractéristiques du contrat de travail ordinaire que sont le salaire, la durée, la prestation et le rapport de subordination, ce dernier élément se présentant comme le plus sensible car garant pour l'essentiel de l'existence d'un contrat de travail. En effet, la qualification purement juridique d'un contrat de travail atypique étant autre qu'un contrat de travail ordinaire, et cela malgré les aménagements de la réalisation de la prestation de travail qu'il comporte, tout élément ou indice en lien avec ces aménagements est susceptible d'affaiblir sa reconnaissance comme un tel contrat de travail ordinaire. À titre d'exemple et en préambule de l'analyse dans ce chapitre du rapport de subordination au sein du contrat de télétravail, nous verrons que la simple distance entre les locaux de l'entreprise et ceux du télétravailleur a un impact néfaste direct sur l'élément spatial du rapport de subordination au sens large et indirect sur son élément temporel et hiérarchique.
- 541 Aussi, la conséquence d'un tel procédé pourrait donc amener un contrat atypique de travail à ne pas être reconnu comme un contrat de travail ordinaire, mais comme un autre contrat tel que le contrat de mandat, privant les travailleurs des protections garanties par ce premier contrat.
- 542 À l'inverse, considérer le contrat de télétravail comme une relation de travail approfondie protège le travailleur d'un tel danger. En effet, il s'agit là d'une relation de travail possédant, en sus des éléments objectivement essentiels du contrat de travail ordinaire, des éléments supplémentaires, constitutifs de sa forme juridique. Il n'est dès lors plus possible d'user des caractéristiques de la définition de télétravail pour tenter de prouver l'inexistence d'un contrat de travail au profit d'un contrat de mandat, car ceux-ci font désormais intégralement partie d'une relation juridique particulière reconnue comme étant de travail. Ces

caractéristiques deviennent donc fondatrices d'une relation contractuelle de travail et ne représentent plus une potentielle menace de destruction d'une telle relation.

Enfin et en déduction logique de ce présent développement, nous souhaitons signaler notre désaccord avec le rapport du Conseil fédéral du 16 novembre 2016 en réponse au postulat 12.3166 Meier-Schatz sur les conséquences juridiques du télétravail et notre sentiment d'imperfection dans ses considérations lorsque celui-ci présente le télétravail dans le cadre d'un contrat de travail comme « *une forme d'exécution flexibilisée du contrat de travail qui ne remet pas fondamentalement en question la nature du rapport juridique* » alors que celui-ci précise dans le même temps que « *Le télétravail, associé à la flexibilisation des conditions de travail, pourra néanmoins, dans certaines configurations comme le télétravail total, favoriser des situations où la qualification de contrat de travail ne pourra se faire de manière limpide, vu que le lien de subordination sera plus difficile à établir* ». ⁵⁹⁷ Le Conseil fédéral nous invite ici à nous satisfaire d'une solution qu'il décrit lui-même comme étant imparfaite, au risque admis et certain de sacrifier des travailleurs, et cela probablement par souci d'éviter l'élaboration lourde d'une législation portant sur le contrat de télétravail alors même que la reconnaissance d'une relation de travail approfondie suffirait à la protection de ces mêmes employés.

543

4. Quid d'un droit au télétravail ?

Si l'on considère, comme nous, le télétravail effectué dans le cadre d'un contrat de travail comme un contrat à part entière que nous appelons d'ailleurs désormais « *contrat de télétravail* », la question, qui implique de se demander si un droit au télétravail existe, peut surprendre, une relation contractuelle nécessitant un accord de volontés concordantes.

544

Cependant, les directives cantonales et fédérales qui définissent la notion de télétravail dans le cadre d'un contrat de travail comme un simple aménagement des conditions de réalisation du contrat de travail, se doivent de préciser qu'il

545

⁵⁹⁷ CONSEIL FÉDÉRAL (2016), p. 27, n° 6.1.2.

n'existe aucun droit au télétravail.⁵⁹⁸ Le télétravail posséderait un caractère volontaire.⁵⁹⁹ C'est-à-dire qu'il est possible pour l'employeur de le proposer au début du contrat ou pendant celui-ci, ou pour le télétravailleur de le demander à ces deux moments, sans que l'autre partie soit obligée d'accepter.⁶⁰⁰

- 546 À titre d'exemple, au sens des directives bernoises, il est envisageable pour un employé de faire une demande officielle pour réaliser ses heures de travail sous forme de télétravail,⁶⁰¹ qui ne sera pourtant pas nécessairement validée par l'administration cantonale. Au niveau des directives fédérales également, une demande motivée du collaborateur est admise, mais soumise à acceptation du supérieur.⁶⁰² Tout cela implique bien qu'il n'est pas possible, pour le télétravailleur ou l'employeur, d'exiger de l'autre partie de réaliser une part de son travail sous forme de télétravail.

§ 3 Les éléments objectivement essentiels

- 547 En tant que relation de travail approfondie, le contrat de télétravail possède un certain nombre d'éléments objectivement essentiels supplémentaires à ceux du contrat de travail ordinaire. Sur la base de sa définition que nous sommes parvenu à établir et en reprenant donc ses critères arrêtés ci-avant, nous retenons les éléments objectivement essentiels suivants : l'activité doit être exercée, tout ou en partie en dehors des locaux de service (**A**), avec régularité (**B**) et par le biais des technologies de l'information et de la communication (**C**). De plus, la prestation effectuée doit être réalisable dans les locaux de l'employeur (**D**). Enfin, il ne faut pas confondre ces éléments objectivement essentiels avec les conditions pratiques à remplir pour obtenir le droit de travailler en télétravail dans l'administration et qui sont stipulées par certaines directives (**E**).
- 548 Une fois encore le droit public fédéral et cantonal nous sera d'une grande aide pour développer et expliquer les différents éléments objectivement essentiels que nous retenons ici.

⁵⁹⁸ Art. 3.3 DTF ; Art. 3.6 DTC/BE ; Art. 4 al. 4 RTt/GE ; Art. 4 DTC/VD ; Art. 2.1 DTC/VS.

⁵⁹⁹ Art. 3 A-C/EUR ; Art. 1.3 DTC/BE ; Art. 4 al. 1^{er} RTt/GE.

⁶⁰⁰ Art. 3 A-C/EUR.

⁶⁰¹ Art. 3 DTC/BE.

⁶⁰² Art. 4.6 DTF.

A. Une activité exercée, tout ou en partie, en dehors des locaux de service

L'activité du télétravailleur doit s'opérer, en partie du moins,⁶⁰³ en dehors de leur place de travail,⁶⁰⁴ soit à l'extérieur des locaux principaux⁶⁰⁵ de l'employeur ou de service,⁶⁰⁶ qu'il s'agisse de son siège ou d'une succursale.⁶⁰⁷ 549

Cette définition, assez générale, laisse place à un certain nombre de formes différentes de réalisation de l'activité de télétravail liées soit au temps de travail consacré à un ou plusieurs lieux **(I)**, soit au choix du lieu même **(II)**. 550

I. Des formes de télétravail relatives au temps de travail par lieu

Il existe deux formes différentes de télétravail relatives au temps de travail par lieu : le télétravail alterné **(1)** et le télétravail intégral (isolé) **(2)**. 551

1. Le télétravail alterné

Le télétravail alterné constitue la forme de réalisation classique et la plus répandue du télétravail.⁶⁰⁸ Celle-ci peut parfois même représenter l'unique forme autorisée à raison du temps de travail.⁶⁰⁹ Elle consiste à effectuer, en alternance, une partie du travail hebdomadaire au lieu de télétravail et l'autre dans les locaux de l'employeur.⁶¹⁰ 552

⁶⁰³ Art. 33 O-OPers ; TAF du 1^{er} mai 2017, A-4729/2016, c. 2.1 ; DUPONT in : DUNAND/MAHON (2019), p. 302.

⁶⁰⁴ Art. 2 DTF ; TAF du 1^{er} mai 2017, A-4729/2016, c. 2.1 et 2.2.

⁶⁰⁵ CONSEIL FÉDÉRAL (2016), p. 7, n° 3.1.1.

⁶⁰⁶ Art. 2 A-C/EUR ; Art. 2 DTC/BE ; Art. 1.1 DTC/VS ; Art. 2 al. 1^{er} RTt/GE ; BEYELER (2002), p. 3.

⁶⁰⁷ CONSEIL FÉDÉRAL (2016), p. 7, n° 3.1.1.

⁶⁰⁸ Art. 33 O-OPers ; Art. 2 al. 2 RTt/GE ; Art. 1.3 DTC/VS ; TAF du 1^{er} mai 2017, A-4729/2016, c. 2.1.

⁶⁰⁹ Art. 2 DTC/BE.

⁶¹⁰ Art. 2 al. 2 RTt/GE ; Art. 1.3 DTC/VS ; DOMENIG (2016), p. 26, n° 87.

- 553 Il s'agit de ne pas confondre le télétravail alterné et le télétravail partiel, qui pour ce dernier « *se rapportera à l'exécution d'une partie des tâches en dehors du bureau (répondre à des appels, écrire des courriers) et non d'une partie du temps de travail* », ⁶¹¹ contrairement à ce premier. Plus exactement, on ne répartit pas le temps de travail entre deux lieux différents pour une exécution similaire des tâches, mais on répartit le temps de travail entre deux lieux différents en fonction des tâches à effectuer (ex. : les rencontres de clients au bureau et les envois de courriels depuis le domicile). D'une certaine manière, le télétravail partiel implique aussi inévitablement une répartition du temps de travail entre deux lieux différents.

2. Le télétravail intégral ou isolé

- 554 Le télétravail intégral ⁶¹² ou isolé ⁶¹³ (ou encore total ou permanent), ⁶¹⁴ constitue une forme de réalisation exceptionnelle du télétravail tantôt reconnue, ⁶¹⁵ tantôt non admise, ⁶¹⁶ selon les autorités. Cette forme implique de réaliser la prestation de travail exclusivement en dehors des locaux de l'entreprise. ⁶¹⁷ Le télétravailleur n'exerce donc jamais son activité sur le lieu de travail de son employeur.

II. Des formes de télétravail relatives au lieu même

- 555 Il existe trois formes différentes de télétravail ayant trait au choix du lieu en tant que tel : le télétravail fixe (1), le télétravail nomade (mobile) (2) et le télétravail collectif (3).

⁶¹¹ CONSEIL FÉDÉRAL (2016), p. 7, n° 3.2.3.

⁶¹² Art. 2 al. 3 RTt/GE.

⁶¹³ Art. 1.3 DTC/VS.

⁶¹⁴ CONSEIL FÉDÉRAL (2016), p. 7, n° 3.2.3.

⁶¹⁵ Art. 33 O-OPers ; Art. 2 al. 2 RTt/GE ; Art. 1.3 DTC/VS ; TAF du 1^{er} mai 2017, A-4729/2016, c. 2.1

⁶¹⁶ Art. 2 DTC/BE *a contrario*.

⁶¹⁷ Art. 33 O-OPers ; Art. 2 al. 2 RTt/GE ; Art. 1.3 DTC/VS ; TAF du 1^{er} mai 2017, A-4729/2016, c. 2.1 ; DOMENIG (2016), p. 25, n° 81 et 82.

1. Le télétravail fixe

Il s'agit de la forme classique du télétravail quant au lieu d'exécution.⁶¹⁸ Le télétravailleur réalise sa prestation sur une place de travail fixe,⁶¹⁹ déterminée, qui n'est plus à même de changer. Il s'agit généralement du domicile,⁶²⁰ mais cela pourrait être des télécentres ou bureaux satellites.⁶²¹ 556

2. Le télétravail nomade ou mobile

Le télétravail mobile⁶²² ou nomade⁶²³ consiste à travailler sans aucune place de travail fixe.⁶²⁴ Le télétravailleur peut donc travailler en partie depuis chez lui, mais également dans des lieux publics différents, des transports en communs, auprès de clients, dans des centres d'affaires publics, lors de voyages de services, etc.⁶²⁵ Il décide en somme librement où il désire réaliser sa prestation.⁶²⁶ 557

3. Le télétravail collectif

Le télétravail collectif consiste à rassembler plusieurs télétravailleurs dans un même lieu de télétravail à des fins de collaborations dans des bureaux satellites.⁶²⁷ Il est parfois possible d'en trouver une forme évoluée appelée « *Das Nachbarschaftsbüro* » où des employés de différents employeurs travaillent dans un même espace de travail. Ces formes de télétravail permettent une délocalisation du personnel dans des espaces à moindres coûts, généralement 558

⁶¹⁸ Art. 1.3 DTC/VS.

⁶¹⁹ Art. 1.3 DTC/VS.

⁶²⁰ Art. 2 DTF ; Art. 2 DTC/BE ; Art. 2 al. 1 RTt/GE ; TAF du 1^{er} mai 2017, A-4729/2016, c. 2.2 ; SANER (1992), p. 6, n° 1.

⁶²¹ CONSEIL FÉDÉRAL (2016), p. 7, n° 3.1.1.

⁶²² Art. 1.3 DTC/VS ; DOMENIG (2016), p. 26, n° 86.

⁶²³ Art. 2 al. 3 RTt/GE.

⁶²⁴ Art. 2 al. 3 RTt/GE ; Art. 1.3 DTC/VS.

⁶²⁵ Art. 2 DTF ; TAF du 1^{er} mai 2017, A-4729/2016, c. 2.2.

⁶²⁶ DOMENIG (2016), p. 26, n° 86.

⁶²⁷ Art. 1.3 DTC/VS ; DOMENIG (2016), p. 25, n° 83 et 84.

proches du domicile du travailleur,⁶²⁸ et donc souvent éloignés des locaux administratifs officiels de l'employeur.

B. Un travail effectué avec régularité

- 559 Afin de reconnaître l'existence d'un contrat de télétravail, il est nécessaire que le télétravail s'effectue sur une base régulière.⁶²⁹ Nous entendons par là qu'il ne doit pas s'agir d'une activité occasionnelle accomplie ponctuellement pour le compte de l'employeur en dehors des locaux de service, soit de manière sporadique ou irrégulière,⁶³⁰ mais d'une activité hebdomadaire réalisée sur la base d'une fréquence répétée et identique.
- 560 Toutefois, la part que doit prendre le télétravail sur le temps de travail global dépendra des autorités. À titre d'exemple, dans le canton de Genève, « *La part de télétravail est d'au minimum une journée non fractionnée par semaine* », et « *la part du télétravail alterné ne peut dépasser 50% du temps de travail ordinaire* ». ⁶³¹
- 561 À l'inverse, dans le canton du Valais, il n'y a pas d'obligation de réaliser au minimum une journée non fractionnée de télétravail, la part de télétravail pouvant s'accomplir en heures, demi-journées ou journées entières.⁶³² Cependant, la part de télétravail alternée est également de 50 % maximum.⁶³³
- 562 S'agissant des formes autres de télétravail, les deux cantons ont prévu que l'administration se charge de fixer le temps maximum de télétravail.⁶³⁴
- 563 Le canton de Berne se borne lui à renvoyer à la réglementation de l'horaire de travail en vigueur pour définir le temps de télétravail⁶³⁵ en précisant toutefois

⁶²⁸ DOMENIG (2016), p. 25, n° 83.

⁶²⁹ Art. 2 A-C/EUR ; Art. 2 al. 1^{er} RTt/GE ; Art. 1.1 DTC/VS ; CONSEIL FÉDÉRAL (2016), p. 10 et 12, n° 3.2.1 et 3.5 ; BEYELER (2002), p. 3.

⁶³⁰ Art. 2 DTC/BE ; Art. 1.1 DTC/VS.

⁶³¹ Art. 9 al. 1^{er} et 2 RTt/GE.

⁶³² Art. 4.1 DTC/VS.

⁶³³ Art. 4.1 DTC/VS.

⁶³⁴ Art. 9 al. 2 RTt/GE ; Art. 4.1 DTC/VS.

⁶³⁵ Art. 4.1 DTC/BE.

qu'une demi-journée minimum par semaine doit être effectuée à domicile,⁶³⁶ mais sans rien avancer concernant le pourcentage maximum. Sachant cependant que seul le télétravail alterné est possible dans le canton de Berne,⁶³⁷ on peut penser qu'une partie seulement du travail sera réalisée sous la forme de télétravail.

C. Un travail effectué par le biais des technologies de l'information et de la communication

L'activité de télétravail est une activité du secteur tertiaire,⁶³⁸ soit « *des activités de service de nature intellectuelle qui peuvent être effectuées par traitement de données* ». ⁶³⁹ Dans le cadre d'un contrat de télétravail, le télétravailleur doit réaliser la prestation qu'il entreprend en dehors des locaux en usant des technologies de l'information⁶⁴⁰ et de la communication⁶⁴¹ (*téléphone, télécopie, courrier électronique, internet, intranet*,⁶⁴²).

L'utilisation de telles technologies permet l'accomplissement de trois actions et besoins distincts : la transmission des données (fruits du travail effectué), la communication avec l'entreprise, et l'accès aux bases de données de l'entreprise.⁶⁴³

La transmission des résultats obtenus par l'activité de télétravail ainsi que la communication avec l'entreprise sont acheminées au travers de canaux numériques.⁶⁴⁴ Il devrait également en être de même pour l'accès aux bases de données de l'entreprise. Toutefois, cela présente une importance particulière pour

⁶³⁶ Art. 1.2 DTC/BE.

⁶³⁷ Art. 2 DTC/BE.

⁶³⁸ BEYELER (2002), p. 3 ; GUYOT UNGER (2013), p. 3.

⁶³⁹ CONSEIL FÉDÉRAL (2016), p. 7, n° 3.1.2.

⁶⁴⁰ Art. 2 A-C/EUR ; Art. 2 al. 1^{er} RTt/GE ; CONSEIL FÉDÉRAL (2016), p. 7 et 12, n° 3.1.2 et 3.5 ; BEYELER (2002), p. 7, n° 3.1.2.

⁶⁴¹ Art. 2 DTF ; Art. 1.1 DTC/VS ; TAF du 1^{er} mai 2017, A-4729/2016, c. 2.2 ; BUSER/PO-SCHET/PULVER (2000), p. 3, n° 2.1 ; SANER (1992), p. 5, n° 1.

⁶⁴² PULVER (2000), p. 12, n° 2.

⁶⁴³ CONSEIL FÉDÉRAL (2016), p. 7, n° 3.1.2 ; PULVER (2000), p. 12, n° 2.

⁶⁴⁴ TAF du 1^{er} mai 2017, A-4729/2016, c. 2.2.

la transmission des résultats. Il ne suffirait pas de réaliser un travail par ordinateur pour en transmettre le résultat via un support matériel comme sur une clef USB ou l'imprimer sur un format papier.⁶⁴⁵ Les résultats doivent bien être délivrés par le biais de canaux numériques.⁶⁴⁶

- 567 S'il est évident que les activités du secondaire, soit artisanales ou industrielles, qui demandent la réalisation d'un ouvrage n'entrent pas dans le cadre du télétravail,⁶⁴⁷ nous estimons cependant que l'usage d'un ordinateur n'est pas un critère en soi, mais qu'il est une conséquence logique de l'obligation d'utilisation de canaux numériques. Il pourrait également s'agir, dans une certaine mesure, d'un smartphone ou d'une tablette.⁶⁴⁸
- 568 À noter que la mise à disposition et l'aménagement d'installation logistique et des infrastructures techniques (ordinateurs, internet, lignes téléphoniques, logiciels, etc.) permettant la communication entre le télétravailleur et l'employeur sont de la responsabilité et une obligation de ce dernier.⁶⁴⁹ Il peut aussi arriver que l'employé soit autorisé, voire requis, d'user de ses propres outils pour réaliser sa prestation de travail. Il s'agit là de la notion de BYOD (« *Bring your own device, Apportez vos propres terminaux* ») qui offre la possibilité à l'employé d'utiliser ses instruments privés (téléphones, ordinateurs, tablettes, etc.) pour entreprendre sa prestation contractuelle dans un cadre professionnel.⁶⁵⁰ Cette notion est parfois moins intéressante dans le cadre du télétravail, l'employé n'« apportant » pas ses outils à son domicile, ceux-ci s'y trouvant déjà, mais pouvant tout de même les apporter au bureau pour poursuivre une activité commencée en dehors ou les prendre dans un café ou transport en commun pour accomplir ses tâches.

⁶⁴⁵ CONSEIL FÉDÉRAL (2016), p. 7, n° 3.1.2.

⁶⁴⁶ PULVER (2000), p. 12, n° 2.

⁶⁴⁷ CONSEIL FÉDÉRAL (2016), p. 7, n° 3.1.2 ; BEYELER (2002), p. 3 ; GUYOT UNGER (2013), p. 3.

⁶⁴⁸ CONSEIL FÉDÉRAL (2016), p. 10, n° 3.3.

⁶⁴⁹ Art. 7 A-C/EUR ; Art. 2 DTC/BE ; Art. 14 RTt/GE ; Art. 3.4 DTC/VS.

⁶⁵⁰ FANTI in : DUNAND/MAHON (2014), p. 166, lit. A.

D. Un travail qui aurait pu être effectué dans les locaux de l'employeur

L'activité exercée dans le cadre du contrat de télétravail doit être une activité qui pourrait, bien qu'elle ne le soit pas, être réalisée dans les locaux de l'entreprise.⁶⁵¹ Toutes activités effectuées par exemple sur un chantier ou en tant que garde forestier ne sauraient entrer dans le cadre du contrat de télétravail,⁶⁵² vu qu'elles ne pourraient être réalisées dans les locaux de services.

569

E. Des conditions pratiques d'accès à une demande de télétravail

Sans aucunement constituer des éléments objectivement essentiels, certaines administrations appellent à la réalisation d'un certain nombre de conditions afin d'autoriser un travailleur à réaliser sa prestation dans le cadre d'un contrat de télétravail. Ces règles peuvent varier d'une administration à l'autre, mais on y retrouve par exemple, sous des termes parfois différents, l'obligation que les résultats au lieu du télétravail soient facilement mesurables de manière objectives ou encore que la présence physique au lieu de service ordinaire ainsi que le contact direct avec les supérieurs, les collaborateurs, les clients ou d'autres ressources ne soient pas requis en permanence.⁶⁵³ Ces exigences permettent notamment de garantir que l'activité en question soit réalisable dans le cadre d'un contrat de télétravail et que la mise en œuvre de la prestation sous cette nouvelle forme n'entraîne pas de péjoration de la qualité de celle-ci.

570

§ 4 Des spécificités du télétravail

Au regard des diverses législations déjà invoquées, le contrat de télétravail présente un certain nombre de spécificités souvent observées. Si elles ne constituent pas des éléments objectivement essentiels et que leur présence dans un contrat ne garantit ou ne contribue pas à l'existence d'un contrat de télétravail, elles forment des droits et des obligations à même d'affecter, en mal comme en bien, le rapport de subordination au sens large. Il s'avère donc essentiel de s'y attarder.

571

⁶⁵¹ Art. 2 A-C/EUR ; Art. 2 al. 1^{er} RTt/GE ; CONSEIL FÉDÉRAL (2016), p. 9 et 12, n° 3.1.4 et 3.5 ; BEYELER (2002), p. 4.

⁶⁵¹ Art. 2 A-C/EUR ; CONSEIL FÉDÉRAL (2016), p. 7, n° 3.1.4.

⁶⁵² CONSEIL FÉDÉRAL (2016), p. 7, n° 3.1.4.

⁶⁵³ Art. 7 DTF ; Art. 5 RTt/GE ; Art. 4 DTC/VD ; Art. 2.2 DTC/VS.

- 572 Nous verrons en premier lieu s’il existe un droit d’accès de l’employeur au lieu de télétravail **(A)**. Nous établirons ensuite la partie qui décide de la répartition du temps de travail **(B)**. Puis, nous nous pencherons sur la planification et le contrôle du travail par les parties **(C)** et détaillerons l’obligation d’intégration sociale de l’employeur **(D)**.

A. Droit d’accès de l’employeur au lieu du télétravail

- 573 Les personnes ayant un intérêt justifié, soit les supérieurs hiérarchiques ou spécialistes en informatique, devraient pouvoir se rendre sur le lieu de travail du télétravailleur si besoin il y a et à la suite d’une annonce préalable.⁶⁵⁴ Ce droit de l’employeur démontre un besoin d’incorporer le télétravailleur dans l’organisation de l’entreprise et de permettre à ses supérieurs de diriger et contrôler son travail au même titre que s’il effectuait sa prestation dans les locaux de l’état.

B. Répartition du temps de travail

- 574 Le télétravailleur est libre de répartir et d’organiser son temps de télétravail sur son lieu de télétravail comme il le souhaite.⁶⁵⁵
- 575 À Genève, toutefois, il est réputé effectuer son travail pendant les heures ordinaires lorsqu’il travaille à son lieu de télétravail.⁶⁵⁶
- 576 Berne est plus strict et impose à son télétravailleur de réaliser son travail en fonction de la législation de l’horaire de travail en vigueur.⁶⁵⁷

⁶⁵⁴ Art. 8 A-C/EUR ; Art. 3.3 DTC/VS.

⁶⁵⁵ Art. 9 A-C/EUR ; Art. 4.2 DTC/VS.

⁶⁵⁶ Art. 11 al. 4 RTt/GE.

⁶⁵⁷ Art. 4.1 DTC/BE.

C. Planification et contrôle du travail

En raison de l'éloignement géographique du télétravailleur par rapport aux locaux de service, il est important que le travail soit correctement préparé et contrôlé. 577

En cela, une planification du télétravail est requise⁶⁵⁸, des objectifs sont fixés et des résultats à atteindre sont déterminés.⁶⁵⁹ 578

Afin de vérifier leur respect, des contrôles sont nécessaires par les supérieurs hiérarchiques.⁶⁶⁰ 579

D. Intégration sociale

Les législations en matière de télétravail semblent accorder un intérêt prépondérant à ce que le travailleur s'intègre pleinement dans l'entreprise, en raison d'une distance physique et géographique avec les locaux de services de l'employeur.⁶⁶¹ 580

L'objectif est double. Il permet tout d'abord au travailleur de bénéficier d'une intégration purement humaine et sociale en rencontrant ses collègues de manière à ne pas se retrouver à l'écart.⁶⁶² De plus, il favorise aussi la circulation des informations entre collègues travaillant sur le lieu de service ordinaire et télétravailleurs, afin de garantir la bonne marche de l'entreprise.⁶⁶³ 581

L'objectif social peut notamment être réalisé par le biais d'événements ou de séances réunissant l'équipe.⁶⁶⁴ 582

⁶⁵⁸ Art. 5.1 DTC/BE ; Art. 2.3 DTC/VS.

⁶⁵⁹ Art. 6 RTt/GE ; Art. 2.3 DTC/VS.

⁶⁶⁰ Art. 5.1 DTC/BE ; Art. 6 RTt/GE ; Art. 2.3 DTC/VS.

⁶⁶¹ Art. 9 A-C/EUR ; Art. 4.3 DTF ; Art. 5.1.2 DTC/BE ; Art. 22 RTt/GE ; Art. 6.1 DTC/VS.

⁶⁶² Art. 22 RTt/GE ; Art. 6.1 DTC/VS.

⁶⁶³ *Ibid.*

⁶⁶⁴ Art. 4.3 DTF.

§ 5 Convergences et divergences avec le contrat de travail à domicile

- 583 Le contrat de télétravail ayant amplement été, par nos soins, défini positivement, il est crucial désormais de le définir négativement, et cela vis-à-vis du contrat de travail à domicile. Le contrat de travail à domicile et ce que nous appelons contrat de télétravail constituent des contrats, bien qu'en partie similaires, fondamentalement différents et pourtant bien trop souvent confondus. Ensuite et grâce à l'analyse successive de ces deux notions (cf. **Chapitre 8** et **Chapitre 9 actuel**), nous allons tâcher de mettre en exergue les principales convergences (A) et, plus important encore, divergences (B) qu'elles présentent.

A. Convergences

- 584 Nous estimons que le contrat de télétravail et le contrat de travail à domicile présentent trois convergences. Tout d'abord, ils concernent tous deux des activités réalisées en dehors des locaux de service de l'employeur (I). Ensuite, ils impliquent deux activités offrant au travailleur un haut degré d'autonomie (II). Enfin, le résultat du travail réalisé prend une place tout aussi et parfois plus importante que le temps de travail effectué (III).

I. Un travail entrepris à l'extérieur des locaux de l'employeur

- 585 Nous l'avons vu, le télétravailleur comme le travailleur à domicile effectuent leur prestation de travail, en partie pour ce premier et intégralement pour ce second, en dehors des locaux de l'entreprise. Il s'agit probablement là de la convergence la plus évidente entre ces deux contrats et qui est à la source de la fréquente assimilation de ces deux relations de travail spéciales pourtant fort différentes.

II. Des activités à haut degré d'autonomie

- 586 Les deux contrats offrent au travailleur un haut degré d'autonomie dans la réalisation de sa prestation⁶⁶⁵, favorisé indubitablement par la distance géographique entre le lieu d'exécution et les locaux de l'employeur. Le travailleur n'y est que très peu assujéti aux vérifications et surveillances de l'employeur et

⁶⁶⁵ Art. 5 RTt/GE ; AUBERT in : THEVENOZ/WERRO (2012), n° 2 *ad* art. 351 CO, p. 2142.

possède une véritable indépendance dans l'accomplissement de sa prestation, bien que soumis dans une certaine mesure aux instructions de l'employeur.

III. L'importance du résultat du travail sur le temps de travail

Que ce soit dans le cadre du télétravail ou du contrat de travail à domicile, la prestation de travail effectuée en dehors des locaux ordinaires ou à domicile est évaluée, ou tout du moins doit pouvoir l'être, sur la base de résultats.⁶⁶⁶ 587

Dans le cadre du contrat de travail à domicile, cela semble logique, en ce sens que le travailleur doit réaliser un ouvrage et qu'il sera jugé de la réussite de sa prestation de travail sur celui-ci. 588

Au niveau du contrat de télétravail, l'obligation de présenter des résultats et de les planifier vise à cadrer l'activité du travailleur et à garantir l'efficacité du mode de réalisation de la prestation de travail.⁶⁶⁷ Le résultat n'est pas, comme dans le contrat de travail à domicile, une conséquence de la nature juridique de la relation de travail, mais un moyen de compenser la distance géographique entre le travailleur et l'employeur ne permettant pas à ce dernier de vérifier régulièrement l'évolution des travaux. 589

Ainsi, si la raison est différente, les deux contrats présentent une prépondérance de l'importance du résultat du travail réalisé sur les horaires réellement effectués.⁶⁶⁸ 590

B. Divergences

Bien plus que quelques convergences, le contrat de travail à domicile et le contrat de télétravail présentent surtout un nombre important de divergences qui ont trait aux éléments suivants : la réalisation d'un ouvrage (I), un cercle différent d'activités (II), un lieu de travail fixe (III), un lieu de travail choisi par le travailleur (IV), une exécution du travail avec les membres de la famille (V), l'application de la LTrD (VI), une plus grande indépendance générale du travailleur à domicile (VII). 591

⁶⁶⁶ Art. 5, lit. c RTt/GE ; AUBERT D. in : DUNAND/MAHON (2013), n° 24 *ad* art. 351 CO, pp. 1062 et 1063.

⁶⁶⁷ Art. 7.1. DTF.

⁶⁶⁸ PERRENOUD (2017), p. 681, lit. A.

I. La réalisation d'un ouvrage

- 592 Nous l'avons vu, le contrat de travail à domicile requiert, en tant qu'élément objectivement essentiel, la réalisation d'un ouvrage, soit d'un objet et résultat tangible. Le contrat de télétravail, quant à lui, ne l'impose aucunement, et nous pourrions même avancer qu'il ne le permet pas, en cela qu'il ne concerne que les activités du secteur tertiaire⁶⁶⁹, soit des activités de services, c'est-à-dire de types intellectuels. Il n'y a donc pas de place pour la réalisation d'un ouvrage dans le cadre du contrat de télétravail.

II. Un cercle différent d'activité

- 593 Le contrat de travail à domicile requiert donc la réalisation d'un ouvrage, mais dans le cadre d'activités industrielles, artisanales, techniques ou commerciales. De son côté, le contrat de télétravail qui n'impose pas de telles productions, ne concerne lui que les activités du secteur tertiaire,⁶⁷⁰ soit les activités de services, i.e. de types intellectuels, qui sont à notre sens exclues par le contrat de travail à domicile, en cela notamment qu'elles ne permettent pas la concrétisation d'un ouvrage.

III. Un lieu de travail fixe

- 594 Le travailleur à domicile doit posséder un lieu de travail fixe dans lequel il effectue son activité principale. Le télétravailleur a en revanche la possibilité de réaliser son activité dans des lieux différents d'un jour à l'autre (télétravail mobile ou nomade).

⁶⁶⁹ BEYELER (2002), p. 3 ; DA COSTA in : MCNCI juillet/août 2014 ; GUYOT UNGER (2013), p. 3.

⁶⁷⁰ *Ibid.*

IV. Un lieu de travail choisi par le travailleur

En vertu de l'art. 351 CO, le travailleur à domicile est le seul habilité à choisir le lieu de travail dans lequel il réalisera son ouvrage.⁶⁷¹ En aucun cas, le local ne doit être imposé par l'employeur, même de manière indirecte, sous peine de voir le contrat de travail à domicile requalifié en contrat de travail ordinaire.⁶⁷² En matière de télétravail, il n'existe aucun élément objectivement essentiel ni obligation de cette sorte. 595

V. Une exécution du travail avec les membres de la famille

Le travailleur à domicile a la possibilité de réaliser sa prestation « avec l'aide des membres de sa famille » (art. 351 al. 1^{er} CO). À l'inverse de cette règle spéciale qui ne vaut que pour les travailleurs à domicile, le télétravailleur reste soumis à l'art. 321 CO du contrat de travail ordinaire qui implique que « le travailleur exécute en personne le travail dont il s'est chargé, à moins que le contraire ne résulte d'un accord ou des circonstances ». 596

VI. L'application de la LTrD

Comme nous avons pu le voir, la LTrD ne s'applique qu'aux travailleurs au bénéfice d'un contrat de travail à domicile et effectuant des « travaux artisanaux et industriels accomplis à la main ou à la machine » (art. 1^{er} al. 4 LTrD). Or, les télétravailleurs réalisent une prestation dans le cadre d'une activité de service, soit de nature intellectuelle. La LTrD ne leur est donc pas applicable.⁶⁷³ 597

VII. Une plus grande indépendance générale du travailleur à domicile

Le rapport de subordination au sens large étant plus affecté, nous le verrons en détail ci-après, dans le cadre du contrat de travail à domicile que dans celui du contrat de télétravail, le travailleur à domicile jouit d'une plus forte indépendance générale dans la réalisation et l'organisation de son travail,⁶⁷⁴ là où le télétravailleur se trouve par exemple soumis à de plus importants contrôles, doit 598

⁶⁷¹ TF du 9 avril 2001, C 99/00, c. 2 lit. b; BK-REHBINDER/STÖCKLI (2014), n° 8 ad art. 351 CO, p. 711 ; ZK-STAEHELIN (2014), n° 4 ad art. 351 CO, p. 517.

⁶⁷² AUBERT D. in : DUNAND/MAHON (2013), n° 22 ad art. 351 CO, p. 1062.

⁶⁷³ CONSEIL FÉDÉRAL (2016), p. 30, n° 6.3.1 ; BEYELER (2002), p. 3.

⁶⁷⁴ BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ (2010), n° 1 ad arts 351-354 CO, p. 357.

s'engager à être disponible quotidiennement à plus ou moins grandes fréquences selon les directives et parfois même se doit d'accepter la visite d'un supérieur hiérarchique pour superviser le travail si nécessaire.

- 599 La raison d'une telle différence de traitement réside, à notre sens, principalement dans le fait que le travailleur à domicile évolue dans des locaux, souvent son propre domicile, qui ne font pas partie intégrante des structures de l'entreprise, n'appartiennent à cette dernière ni de fait ni de droit et qui ne lui sont aucunement reliés comme dans le cadre du télétravail qui use des moyens de communication pour ce faire. Cette plus forte indépendance du travailleur à domicile viendrait donc en réalité, directement ou indirectement, de l'absence de dépendance spatiale au sein du contrat de travail à domicile, à l'inverse du contrat de télétravail qui s'y trouve soumis.
- 600 Il convient aussi, dans une plus petite mesure toutefois, de souligner que la grande indépendance du travailleur à domicile est issue également d'un élément hiérarchique plus faible dans le cadre du contrat de travail à domicile⁶⁷⁵ que dans le cadre d'un contrat de télétravail. En effet, le travailleur à domicile reçoit généralement moins d'instructions que le télétravailleur en raison du fait qu'il possède déjà des compétences nécessaires à la réalisation de l'ouvrage qui dépassent largement celles de l'employeur, comme dans le cadre de la relation entre un maître de l'ouvrage et un entrepreneur dans le contrat d'entreprise.⁶⁷⁶

§ 6 L'existence et l'intensité des éléments du rapport de subordination au sens large

- 601 Nous reprendrons ici la méthode utilisée au **Chapitre 7** dans la même sous-partie correspondante (cf. 322ss). Ainsi, pour rappel, sur la base principalement du régime légal, soit des éléments objectivement essentiels analysés ci-dessus ainsi que dans une certaine mesure des obligations et droits inhérents au contrat de télétravail (« *éléments intrinsèques* »), impératifs ou dispositifs, nous allons tenter de déterminer, pour chacune des dépendances (hiérarchique, spatial, temporelle et économique) du rapport de subordination au sens large tels que retenus en **première partie** de thèse, si celles-ci sont présentes ou absentes dudit contrat. Pour ce faire, nous comparerons, pour chacune d'elles, les éléments en faveur et en défaveur de celles-ci, puis déciderons sur la base d'une pesée de ces indices, à sa présence ou non.

⁶⁷⁵ AUBERT in : THEVENOZ/WERRO (2012), n° 2 *ad* art. 351 CO, p. 2142.

⁶⁷⁶ CHAIX in : THEVENOZ/WERRO (2012), n° 20 *ad* art. 363 CO, p. 2192.

Enfin, en nous appuyant sur cette étude et en opposant les différentes dépendances de ce rapport de subordination au sens large, nous serons à même de conclure à l'intensité avec laquelle celles-ci exercent leur présence soit de constater que certaines se présenteraient peut-être comme représentatives ou caractéristiques du contrat examiné. 602

Précisons que la présence ou non des éléments du rapport de subordination au sens large est fortement liée à la forme de réalisation du contrat de télétravail en raison du temps de travail consacré à un ou plusieurs lieux et au lieu même. Nous prendrons donc comme base d'analyse la forme classique et générale de télétravail soit le télétravail alterné et fixe. 603

Pour ce faire, nous commencerons notre analyse de présence par l'élément organisationnel (**A**), puis l'élément hiérarchique (**B**), et enfin l'élément économique (**C**). Puis, une fois les présence et absences constatées et en reprenant ces résultats, nous poursuivrons avec la reconnaissance ou non d'un ou plusieurs éléments caractéristiques ou représentatifs au sein d'une synthèse (**D**). 604

À noter qu'aucune analyse des droits et obligations issus de la liberté contractuelle en faveur des différentes dépendances ne sera effectuée ici, celle-ci n'étant que peu pertinente dans le cadre de ce contrat précis et pour notre étude. 605

A. L'élément organisationnel

L'élément organisationnel du rapport de subordination au sens large est touché dans le cadre du contrat de télétravail, et cela à la fois au niveau spatial (**I**) et temporel (**II**) (Alain Supiot parle ici d'« [éclatement] de l'espace-temps du travail »).⁶⁷⁷ 606

I. L'élément spatial

Nous examinerons les éléments intrinsèques du contrat de télétravail, soit principalement ses éléments objectivement essentiels et dans une certaine mesure ses droits et obligations, en faveur d'une dépendance spatiale tout d'abord (**1**) puis en défaveur d'une telle dépendance (**2**). Nous concluons ensuite à l'existence ou non d'une dépendance spatiale sur la base des éléments intrinsèques du contrat de télétravail (**3**). 607

⁶⁷⁷ SUPIOT (1995), p. 950.

1. Éléments intrinsèques en faveur d'une dépendance spatiale

608 Nous retenons là huit éléments en faveur d'une dépendance spatiale, soit le fait qu'une partie du télétravail soit réalisée sur le lieu d'entreprise (a), l'utilisation des technologies de l'information et de communication (b), le droit d'accès de l'employeur au lieu du télétravail (c), l'obligation pour l'employeur d'intégrer socialement le travailleur à l'entreprise (d), l'obligation pour le travailleur de travailler en espace isolé (e), l'aménagement de cet espace par l'entreprise (f) et le droit d'accès du travailleur aux services de l'entreprise (g).

a. Une prestation réalisée en partie dans les locaux de l'employeur

609 Dans le cadre du télétravail alterné et fixe, une partie de la prestation du travailleur est effectuée par celui-ci au lieu de l'entreprise même, comme le ferait un employé classique, et une autre sur un lieu de télétravail.

610 L'affaiblissement de l'élément spatial causé par le fossé géographique existant entre le lieu de télétravail et les locaux d'entreprise est fortement réduit par les jours de présences du travailleur dans les bureaux de son employeur.

b. L'utilisation des technologies de communication et de l'information

611 Le télétravailleur doit accomplir sa prestation de travail, en transférer le résultat et échanger avec son employeur en usant des technologies de l'information et de la communication depuis son poste de télétravail.

612 Pour ce faire, il utilise des outils informatiques et notamment des réseaux intranet qui créent un pont spatial entre l'espace de travail de l'entreprise et son espace de télétravail à lui, se retrouvant, dans une certaine mesure, intégré à l'organisation spatiale de l'entreprise.⁶⁷⁸

c. Le droit d'accès de l'employeur au lieu du télétravail

613 Le droit d'accès de l'employeur au lieu de télétravail dépend fortement de l'endroit où le travailleur réalise sa prestation. Si celui-ci l'effectue à domicile, soit

⁶⁷⁸ AUBERT D. in : DUNAND/MAHON (2013), n° 28 *ad* art. 351 CO, p. 1063.

dans la plus grande majorité des cas, l'employeur, tout comme les autorités de surveillance (art. 45 al. 2 LTr *a contrario*) n'y ont pas accès en l'absence d'accord du télétravailleur.⁶⁷⁹ L'art. 45 al. 2 LTr donne en effet, en temps normal, un droit d'accès aux organes d'exécution et de surveillance à tout local de l'entreprise, incluant par là les réfectoires et les foyers, et en principe sans besoin d'annonce préalable.⁶⁸⁰

Toutefois, malgré cette restriction, les arts. 328 CO et 6 LTr, applicables en l'absence de dispositions spéciales sur le contrat de télétravail, garantissent dans le même temps la protection de la personnalité du travailleur par l'employeur.⁶⁸¹ En vertu de ces articles, dans le cadre du télétravail, l'employeur doit s'assurer que le poste de travail de son employé est adéquat à l'activité exercée et que celle-ci ne met pas en danger son intégrité physique ou psychique.⁶⁸² Partant que son droit de surveillance, de contrôle et de visite est limité lorsque la prestation est effectuée à domicile,⁶⁸³ l'employeur peut se borner à informer le travailleur des risques encourus et à recevoir de ce dernier une simple garantie d'un effort fait pour s'en prémunir, permettant par là le respect de cette disposition.⁶⁸⁴

Aussi, à la lecture de ces différents droits et obligations, il peut être constaté une certaine forme de dépendance spatiale de l'employé envers son employeur, surtout par la possibilité de visite du domicile, bien que conditionnée à l'accord du travailleur.

d. L'obligation d'intégration sociale du télétravailleur

L'employeur doit garantir à son employé une intégration sociale au sein de son entreprise, de manière à favoriser son contact avec les autres travailleurs ordinaires, à faciliter la circulation d'informations, et à prévenir une mise à l'écart sociale.⁶⁸⁵ Cela peut se concrétiser par l'invitation aux réunions d'entreprises, d'entretiens réguliers personnels, de soupers, etc.

⁶⁷⁹ CONSEIL FÉDÉRAL (2016), p. 37, n° 7.3.4.

⁶⁸⁰ RUDOLPH in : GEISER/VON KAENEL/WYLER (2005), n° 10 *ad* art. 45 LTr, p. 557.

⁶⁸¹ DUNAND in : DUNAND/MAHON (2013), n° 9 *ad* art. 328 CO, p. 273 ; GUYOT UNGER (2013), p. 3 ; LEMPEN/MAJOR in : DAGRON/DUPONT/LEMPEN (2019), pp. 104 et 105.

⁶⁸² ROHNER/MAAS (2015), pp. 327ss.

⁶⁸³ CONSEIL FÉDÉRAL (2016), p. 37, n° 7.3.4.

⁶⁸⁴ ROHNER/MAAS (2015), pp. 327ss.

⁶⁸⁵ Art. 22 RTt/GE ; Art. 6.1 DTC/VS.

617 Le télétravailleur ne fait donc pas seulement partie intégrante de l'organisation structurelle de l'entreprise de son employeur, mais également de son fonctionnement social. Il se trouve pleinement intégré à la vie d'entreprise.

e. L'obligation d'un espace de travail isolé

618 L'espace réservé à l'accomplissement de la prestation de travail sous forme de télétravail, soit plus particulièrement la zone où se trouve le bureau, doit pouvoir se fermer à clef, ou tout du moins ses placards, de manière à garantir la protection des données de l'entreprise.⁶⁸⁶

619 En vertu de l'art. 321a al. 4 CO, applicable à défaut d'une législation sur le contrat de télétravail, l'employé est tenu de ne divulguer ou de n'utiliser aucun secret professionnel « *destinés à rester confidentiels* » et appris dans l'exercice de son travail, pendant la durée du contrat et après celui-ci dans la mesure où les intérêts de l'employeur l'exigent.⁶⁸⁷ Le stockage de telles données sur le propre ordinateur du travailleur ne constitue pas une infraction, bien que l'entier de son ménage, vivant avec lui, puisse y avoir accès.⁶⁸⁸ Il implique cependant pour l'employé de prendre les mesures nécessaires à la protection de ces données.⁶⁸⁹ Nous notons que s'assurer de la transmission sécurisée des données et de leur stockage sur des logiciels protégés est du devoir de l'employeur.⁶⁹⁰

620 La restriction physique à l'accès au lieu de télétravail par quiconque et le confinement des données en son sein créent un local délocalisé de l'entreprise, jumeau des bureaux de cette dernière, favorisant l'intégration spatiale de l'employeur.

f. L'aménagement de l'espace de travail par l'entreprise

621 L'employeur devrait être chargé d'installer à ses frais le matériel nécessaire à l'exécution du télétravail, soit les technologies de l'information et de la communication de manière générale, l'informatique, la téléphonie, et les hardware et software.⁶⁹¹

⁶⁸⁶ Art. 13 RTt/GE ; Art. 3.2 DTC/VS.

⁶⁸⁷ DUNAND in : DUNAND/MAHON (2013), n° 38 *ad* art. 321a CO, p. 63.

⁶⁸⁸ ROHNER/MAAS (2015), p. 327.

⁶⁸⁹ *Idem*, p. 326.

⁶⁹⁰ *Idem*, p. 327.

⁶⁹¹ Art. 4.4 DTF ; Art. 5.2 DTC/BE ; Art. 14 RTt/GE ; Art. 3.4 DTC/VS.

Par l'intervention de l'employeur au lieu de télétravail et l'intégration d'éléments payés par lui, le travailleur se retrouve incorporé dans l'organisation spatiale de l'entreprise au travers de son fonctionnement technique, sans avoir à quitter son domicile ou se rendre dans les locaux de ce même employeur. 622

g. Un accès aux services de l'entreprise

Pendant l'horaire de travail ordinaire, le télétravailleur devrait avoir accès au service de soutien technique de l'entreprise afin de l'aider à résoudre tout problème émanant des technologies de l'information et de communication, notamment en cas de problèmes d'accès au réseau de son employeur.⁶⁹² 623

De nouveau, nous constatons là un rapprochement spatial entre l'employé et l'employeur en cela que si ce premier suit les horaires de bureaux usuels, il a accès aux mêmes services qu'un travailleur ordinaire, le support technique étant à sa disposition bien qu'il ne soit pas rattaché géographiquement aux locaux de l'entreprise. 624

2. Éléments intrinsèques en défaveur d'une dépendance spatiale

Nous ne voyons là qu'un seul élément intrinsèque en défaveur d'une dépendance spatiale. Il s'agit de l'un des éléments objectivement essentiels principaux du contrat de télétravail examiné précédemment en profondeur, soit la nécessité pour le travailleur de réaliser sa prestation en partie en dehors des locaux de service. 625

La distance géographique existant entre le domicile ou le lieu de télétravail et les bureaux de l'entreprise affaiblit la dépendance spatiale de l'employé vis-à-vis de l'employeur. 626

3. Conclusion

Il doit être constaté que malgré l'absence partielle du télétravailleur sur le lieu de travail de l'entreprise, ce qui constitue là un handicap certain, un nombre important d'éléments en faveur de l'élément spatial est présent, de sorte qu'il ne peut être conclu qu'à la présence d'une dépendance spatiale au sein du contrat de télétravail. 627

⁶⁹² Art. 15 RTt/GE.

II. L'élément temporel

628 L'élément temporel est plus fortement touché que l'élément spatial dans le contrat de télétravail. Nous examinerons les éléments intrinsèques du contrat de télétravail, soit principalement ses éléments objectivement essentiels et dans une certaine mesure ses droits et obligations, en faveur d'une dépendance temporelle tout d'abord (1) puis en défaveur d'une telle dépendance (2). Nous concluons ensuite à l'existence ou non d'une dépendance temporelle sur la base des éléments intrinsèques du contrat de télétravail (3).

1. Éléments intrinsèques en faveur d'une dépendance temporelle

629 Le temps de travail accompli par le travailleur pour la part de télétravail doit s'effectuer en accord avec la législation en vigueur sur les horaires de travail.⁶⁹³ De plus, le temps de travail réalisé doit être enregistré quotidiennement et contrôlé par le supérieur hiérarchique.⁶⁹⁴

630 Le travailleur ne dispose donc pas, en apparence, d'une indépendance temporelle, en cela qu'il doit respecter le temps de travail légal pour sa prestation entreprise sous forme de télétravail au même titre qu'un travailleur ordinaire et la faire valider par son employeur.

631 L'employeur devrait avoir la possibilité de requérir du télétravailleur la fixation d'heures durant lesquelles il devrait être joignable et un temps limite pour répondre aux messages.⁶⁹⁵ Une obligation de consultation minimum et régulière des courriels pourrait à ce titre être imposée.⁶⁹⁶

2. Éléments intrinsèques en défaveur d'une dépendance temporelle

632 Malgré l'obligation de respecter les horaires de travail en vigueur et de les enregistrer quotidiennement, le télétravailleur peut, à défaut de dispositions restrictives en la matière et de possibilité réelle de contrôle du lieu de travail, aménager ses horaires de travail comme il lui plaît.⁶⁹⁷ Au lieu d'accomplir ses 8h18 de travail journalier de 8h à 17h18, en comptant une heure de pause de déjeuner,

⁶⁹³ Art. 4.1 DTC/BE Art. 11 al. 1^{er} RTt/GE.

⁶⁹⁴ Art. 4.1 DTC/BE ; Art. 11al. 2 RTt/GE ; Art. 4.3 et 4.6 DTC/VS.

⁶⁹⁵ Art. 4.4 DTF.

⁶⁹⁶ Art. 4.2 DTC/VS (consultation des courriels au moins deux fois par jours).

⁶⁹⁷ CONSEIL FÉDÉRAL (2016), pp. 38 et 39, n° 7.4.1.1.

celui-ci pourrait en pratique les effectuer de 12h à 21h18, sous réserve d'obligations contractuelles contraires ou issues de directives générales. Si cela peut s'avérer profitable, dans une optique notamment de conciliation de vie privée et vie professionnelle, il est capital que ces aménagements s'en tiennent au sein d'une même journée de télétravail prévue et ne débordent la nuit, un dimanche ou un jour férié.

En effet, si le travail de nuit et du dimanche semble n'être qu'à « éviter »⁶⁹⁸ sans 633 pour autant être interdit, voire admis,⁶⁹⁹ il ne devrait, à notre sens, pas être autorisé, les jours fériés nationaux et cantonaux également,⁷⁰⁰ et cela dans un but de protection de la personnalité du travailleur et de sauvegarde du rapport de subordination. S'il est clair que l'employeur pourrait abuser d'un tel régime, le fait aussi de laisser une telle liberté d'action au télétravailleur affaiblit sa dépendance temporelle vis-à-vis de l'entreprise, celui-ci pouvant travailler de manière totalement décalée dans la journée par rapport à ses collègues.

En dépit de ce semblant d'encadrement, l'employeur n'a malheureusement pas 634 la possibilité de vérifier en tout temps le temps de télétravail de ses employés, même en exigeant de ceux-ci, lors d'une session, une connexion à son réseau, ceux-ci pouvant décider de travailler sans se connecter pendant les nuits, vacances ou jours fériés, pour rattraper un retard accumulé. Tout au plus, celui-ci peut s'assurer d'un temps de connexion minimum au respect de la durée du temps de télétravail prévu, mais sans moyens réels de connaître l'implication véritable de son employé derrière son écran ni si celui-ci s'y trouve vraiment. De plus, il appartient à l'employé d'enregistrer ses heures de travail,⁷⁰¹ ce qui, en l'absence de contrôle par une connexion réseau, offre au télétravailleur une grande liberté de choix.

Le travailleur possède donc une indépendance au niveau temporel relativement 635 élevée qu'il n'est pas possible de lui contester, majoritairement en raison du fait qu'il travaille le plus souvent à son propre domicile, lieu quasiment inaccessible pour son employeur. L'affaiblissement de la dépendance spatiale influe alors automatiquement sur la détermination de la dépendance temporelle.

⁶⁹⁸ Art. 11 al. 4 RTt/GE.

⁶⁹⁹ BUSER/POSCHET/PULVER (2000), p. 68, n° 5.8.2.5 ; PULVER (2000), p. 39, n° 4.

⁷⁰⁰ La Suisse possède des jours fériés nationaux officiels qui s'appliquent à la totalité du territoire helvétique et de ses cantons (Nouvel An, Vendredi Saint, Lundi de Pâques, Jeudi de l'Ascension, Lundi de Pentecôte, Fête Nationale Suisse et Noël) et des jours fériés cantonaux qui ne sont observés que dans les cantons les instaurant (ex : Saint Berchtold, 2 janvier, Canton de Vaud).

⁷⁰¹ CONSEIL FÉDÉRAL (2016), p. 39, n° 7.4.1.1.

3. Conclusion

636 À l'inverse de l'élément spatial, il doit être conclu à l'absence de l'élément temporel au sein du contrat de télétravail, le télétravailleur bénéficiant d'une trop importante liberté dans l'aménagement de son temps de télétravail et l'employeur souffrant d'un manque de moyens efficaces de contrôle de la réelle durée quotidienne de télétravail effectué.

B. L'élément hiérarchique

637 Nous examinerons les éléments intrinsèques du contrat de télétravail, soit principalement ses éléments objectivement essentiels et dans une certaine mesure ses droits et obligations, en faveur d'une dépendance hiérarchique tout d'abord **(I)** puis en défaveur d'une telle dépendance **(II)**. Nous concluons ensuite à l'existence ou non d'une dépendance hiérarchique sur la base des éléments intrinsèques du contrat de télétravail **(III)**.

I. Éléments intrinsèques en faveur d'une dépendance hiérarchique

638 Nous retenons trois éléments intrinsèques en faveur d'une dépendance hiérarchique : la soumission de l'employé aux instructions et directives de l'employeur **(1)**, la planification du travail de l'employé **(2)**, et le contrôle du travail de l'employé **(3)**.

1. La soumission de l'employé aux instructions et directives de l'employeur

639 Dans le cadre d'un contrat de télétravail, le télétravailleur reste soumis aux instructions et directives de son employeur,⁷⁰² notamment par le biais des technologies de communications, soit au travers d'appels téléphoniques, SMS, ou courriels, qui facilitent leur circulation en l'absence de proximité géographique entre l'employeur et l'employé.

⁷⁰² CONSEIL FÉDÉRAL (2016), p. 33, n° 7.1 ; BUSER/POSCHET/PULVER (2000) p. 61, n° 5.8.1.1.

2. La planification du travail de l'employé

L'employeur peut planifier le travail de son employé en fixant des échéances à remplir sur une certaine durée.⁷⁰³ Il existe donc bien une obligation de rendre des comptes qui renforce l'élément hiérarchique, étant d'ailleurs un de ses grands indices. 640

3. Le contrôle du travail de l'employé

Il est possible pour l'employeur de surveiller son employé en temps réel pour vérifier l'efficacité et le rendement de son travail et non l'adéquation de son comportement aux règles de l'entreprise (art. 26 OLT 3), ce qui est interdit, bien qu'il soit souvent difficile d'effectuer l'un sans l'autre.⁷⁰⁴ 641

Cela peut être réalisé en mettant en place des systèmes de surveillance informatiques filtrant les données traitées par le travailleur et bloquant l'accès à certains sites internet ou zones de réseaux, dont le travailleur doit être informé et qui se doivent d'être proportionnés.⁷⁰⁵ À ce titre, si l'utilisation de pare-feu censée contrôler et restreindre l'accès de certaines adresses internet semble apte à remplir son objectif de surveillance et nécessaire, il peut en être autrement des logiciels espions, répertoriant un grand nombre d'informations sur l'activité du travailleur depuis un ordinateur.⁷⁰⁶ Ce type d'outils pourrait être considéré comme n'étant pas nécessaire à une simple surveillance de l'efficacité et du rendement du travail d'un employé. Malgré tout, si un tel objectif ne pouvait être rempli sans l'utilisation de tels moyens, il pourrait être accepté après inscription dans le règlement d'entreprise.⁷⁰⁷ 642

S'agissant plus précisément de la surveillance des communications électroniques en général, l'employé doit être prévenu de la nature, de l'étendue et du degré d'intrusion de la surveillance dans sa vie privée qui se doit d'avoir des 643

⁷⁰³ Art. 6 RTt/GE.

⁷⁰⁴ ATF 130 II 425, c. 4.1.

⁷⁰⁵ ATF 139 II 7, c. 5.5.4 ; ATF130 II 425, c. 4.2, 5.1, 5.2 ; MÉTILLE in : Dunand/Mahon (2014), p. 120 n °2.

⁷⁰⁶ ATF 139 II 7, c. 5.5.4.

⁷⁰⁷ *Ibid.*

motifs légitimes et de ne pouvoir être remplacée par une mesure moins incisive.⁷⁰⁸

- 644 Il peut être tentant dans le contrat de télétravail, en raison de la distance géographique de mettre en place un important dispositif de surveillance, mais cela peut s'avérer dangereux, en cela que l'employé utilisera exclusivement son ordinateur, parfois personnel, dans le cadre de son télétravail, et qu'il sera amené dans le même temps à y régler des affaires privées, d'autant plus s'il évolue dans un confort à domicile,⁷⁰⁹ alors que l'employeur ne doit pas avoir accès à ces informations-là.
- 645 Aussi, d'un point de vue plus global, l'employeur est en droit de vérifier régulièrement l'avancée du travail planifié,⁷¹⁰ au travers de rapports hebdomadaires ou mensuels ou de réunions fréquentes avec son employé.
- 646 Il n'y a donc pas une grande marge de manœuvre de l'employeur dans le contrôle de l'application des instructions données, indice conséquent en faveur d'une présence de l'élément hiérarchique.

II. Éléments intrinsèques en défaveur d'une dépendance hiérarchique

- 647 Nous retenons là deux éléments intrinsèques en défaveur d'une dépendance hiérarchique : une transmission d'instructions affectée (1), un choix de directives restreint (2) et une absence de surveillance directe (3).

1. Une transmission d'instructions affectée

- 648 Il s'avère bien plus compliqué pour l'employeur de délivrer efficacement et en quantité suffisante des instructions dans le cadre du contrat de télétravail que dans le cadre d'un contrat de travail ordinaire.⁷¹¹ La distance géographique et l'utilisation d'intermédiaires que sont les technologies de communication sont

⁷⁰⁸ CEDH du 5 septembre 2017, Barbulescu c. Roumanie – 61496/08, c. 133-140 ; PÉTER-MANN/CHAVANNE (2017), pp. 5 et 6.

⁷⁰⁹ CONSEIL FÉDÉRAL (2016), p. 53, n° 7.7.2.

⁷¹⁰ Art. 6 al. 1^{er} RTt/GE ; ATF 130 II 425, c. 4.2.

⁷¹¹ CONSEIL FÉDÉRAL (2016), p. 33, n° 7.1.

un risque d'altérations et de mauvaises interprétations des informations distillées, voire un frein à leur transmission pour l'employeur en raison du temps important que leur formulation demande ou de la complexité que cela entraîne.

2. Un choix de directives restreint

S'agissant des directives liées au comportement, il peut même s'avérer impossible, au-delà de leur difficulté à être communiquées, d'en imposer certaines lorsque le travailleur évolue sur un lieu de télétravail, qui plus est à son domicile.⁷¹² À titre d'exemple, il n'est pas acceptable d'interdire un télétravailleur de fumer chez lui, si tant est que cela n'endommage pas les appareils de télétravail, bien que cette restriction puisse être en vigueur dans les locaux de l'entreprise.⁷¹³ Un raisonnement identique est à adopter en matière d'obligation du port de costume sur le lieu de travail. Le télétravailleur ne saurait, à ce titre, être contraint de respecter une telle obligation et par exemple empêché de travailler en pyjama depuis chez lui.⁷¹⁴

649

3. Une absence de surveillance directe

Il n'existe pas, dans le cadre du contrat de télétravail, de possibilités de surveillances directes de l'employé par l'employeur.⁷¹⁵ L'employeur ne peut pas vérifier en tout temps ou de manière régulière, comme il le ferait dans ses locaux, l'activité ainsi que le comportement du travailleur.⁷¹⁶

650

III. Conclusion

Si la puissance de l'élément hiérarchique est légèrement amoindrie en raison de la distance géographique entre l'employé et l'employeur, il conserve pratiquement tout son impact grâce aux technologies de l'information, créant un pont spatial entre les locaux de l'entreprise et ceux où évolue le travailleur, bien que la communication puisse par moment s'avérer compliquée, mais permettant la transmission d'instruction, la planification et la vérification du travail effectué.

651

⁷¹² PULVER (2000), p. 24, n° 2.

⁷¹³ *Ibid.*

⁷¹⁴ *Ibid.*

⁷¹⁵ CONSEIL FÉDÉRAL (2016), p. 27, n° 6.1.2.

⁷¹⁶ *Idem*, pp. 37 et 39, n° 7.3.4 et 7.4.1.1.

Nous pouvons ainsi conclure à la présence de l'élément hiérarchique au sein du contrat de télétravail.

C. L'élément économique

- 652 Nous examinerons les éléments intrinsèques du contrat de télétravail, soit principalement ses éléments objectivement essentiels et dans une certaine mesure ses droits et obligations, en faveur d'une dépendance économique tout d'abord **(I)** puis en défaveur d'une telle dépendance **(II)**. Nous conclurons ensuite à l'existence ou non d'une dépendance économique sur la base des éléments intrinsèques du contrat de télétravail **(III)**.

I. Éléments intrinsèques en faveur d'une dépendance économique

- 653 Nous retenons un seul élément intrinsèque au contrat de télétravail en faveur d'une dépendance économique. Il s'agit de l'installation par l'employeur des infrastructures au lieu de télétravail. En effet, la mise à disposition et l'aménagement d'installations logistiques et d'infrastructures techniques (ordinateurs, internet, lignes téléphoniques, logiciels, etc.) au lieu de télétravail qui permet la communication entre le télétravailleur et l'employeur, constituent, pour ce dernier, une obligation.⁷¹⁷
- 654 Il nous faut constater ici une absence de risques d'entreprendre, indice penchant pour une dépendance économique, en cela que le travailleur délaisse à son employeur la charge financière que demande une telle installation.

II. Éléments intrinsèques en défaveur d'une dépendance économique

- 655 Il n'existe pas, à notre sens, d'éléments intrinsèques en défaveur d'une dépendance économique dans le cadre du contrat de télétravail. Toutefois, il est intéressant de soulever une éventualité qui pourra être offerte à l'employé et qui abondera, toute proportion gardée, dans le sens d'une absence d'élément économique. Il s'agit de la notion de BYOD (*Bring your own device*, *Apportez vos propres terminaux*) qui offre la possibilité à l'employé d'user de ses instruments

⁷¹⁷ Art. 7 A-C/EUR ; Art. 2 DTC/BE ; Art. 14 RTt/GE ; Art. 3.4 DTC/VS.

privés (téléphones, ordinateurs, tablettes, etc.) pour réaliser sa prestation contractuelle dans un cadre professionnel.⁷¹⁸ Dans un tel cas, force est de constater que l'employé assume un certain risque d'entreprendre en prenant en charge lui-même le coût financier que demande l'utilisation ou la fourniture de tels appareils, bien qu'ils servent également à l'usage privé.

III. Conclusion

La seule possibilité de travailler en usant d'appareils privés ne suffit pas à la conclusion d'une absence de dépendance économique de l'employé au sein du contrat de télétravail. Celui-ci conserve, notamment par le biais d'une obligation chez l'employeur d'assumer le coût d'installation des infrastructures de travail au domicile de l'employé, un fort élément économique du rapport de subordination au sens large.

656

D. Synthèse

Nous tâcherons de suivre la même méthode de raisonnement qu'utilisée et détaillée au **Chapitre 7** à ce même stade (cf. 402). À ce titre, notre synthèse s'articulera autour de trois points : rappeler la présence ou l'absence des éléments du rapport de subordination au sens large constatées ci-dessus dans le cadre du contrat de télétravail (**I**), déterminer lesquels des éléments présents sont les plus intensément représentés (**II**), puis dresser un tableau récapitulatif reprenant ces deux points, mais sous une reproduction mathématique et non scripturale (**III**).

657

I. Présences et absences

Si les dépendances spatiale, hiérarchique et temporelle sont présentes dans le cadre du contrat de télétravail, nous sommes contraint de constater l'absence de dépendance temporelle.

658

II. Intensité des éléments présents

Il convient maintenant de déterminer l'intensité des éléments du rapport de subordination au sens large présents au sein du contrat de télétravail.

659

660

⁷¹⁸ FANTI in : DUNAND/MAHON (2014), p. 166, lit. A.

Malheureusement, il n'est pas aisé, au sein du contrat de télétravail, d'y extraire un élément du rapport de subordination au sens large qui présenterait un plus puissant rayonnement que les trois restants. Aucun ne possède réellement une présence qui surpasserait celle des autres.

- 661 En commençant par l'élément spatial, nous remarquons que, s'il comporte une quantité importante d'indices en sa faveur, le seul indice plaçant le travailleur en marge des locaux de l'entreprise pour réaliser sa prestation affaiblit grandement sa présence.
- 662 L'élément hiérarchique détient, lui, de sérieux atouts grâce à l'utilisation des technologies de l'information, mais également par celle-ci même et indirectement en raison d'une distance géographique entre l'employé et l'employeur, des désavantages qui viennent l'affecter.
- 663 Enfin, si l'élément économique est indubitablement présent au sein du contrat de télétravail, il le doit surtout à l'absence quasi totale d'éléments intrinsèques stables en sa défaveur plutôt qu'à de puissants et nombreux indices œuvrant dans son sens.
- 664 Ainsi il ne nous est pas possible de choisir un élément du rapport de subordination au sens large qui serait le plus intensément représenté dans le cadre du contrat de télétravail.

III. Tableau récapitulatif

- 665 Le fonctionnement et les raisons d'existence du présent tableau sont détaillés précédemment au **Chapitre 7** (cf. 406ss).

	Spatial	Temporel	Hiérarchique	Économique	Total
Contrat de télétravail	1	0	1	1	3/4

Chapitre 10 : La location de services

La location de services constitue un ensemble triangulaire de relations contractuelles composé de trois parties reliées toutes entre elles par un lien juridique indépendant chacun des deux autres. Un bailleur de services, première partie, s'engage à fournir (louer) à un locataire de services, deuxième partie, un travailleur, troisième partie, avec lequel il est lié par un contrat de travail. S'il est toujours question ici d'une relation de travail spéciale, la location de services n'est pas, à l'inverse des trois relations de travail précédemment étudiées, une relation de travail approfondie, mais, comme nous le verrons, une relation de travail complexe.

666

Plus communément, la location de services est régulièrement assimilée, et à tort, au « *travail temporaire* », à tel point que ce dernier en devient, auprès du grand public et des médias, un synonyme. Le travail temporaire ne constitue en réalité qu'une des trois formes existantes de location de services toutes réglementées par la Loi sur le service de l'emploi et la location de services (LSE) du 6 octobre 1989 et l'Ordonnance sur le service de l'emploi et la location de services (OSE) du 16 janvier 1991, bien qu'étant celle la plus largement représentée dans le monde du travail suisse ; les deux autres formes étant la « *mise à disposition de travailleurs à titre principal* » et la « *mise à disposition occasionnelle de travailleurs* ».

667

Si la location de services a réellement vu le jour en Suisse dans les années soixante, ce n'est que dans les années huitante que son développement s'est profondément accentué.⁷¹⁹ Aujourd'hui encore et de manière exponentielle depuis ses premières années, elle permet à un nombre important de personnes de

668

⁷¹⁹ Message (1985), p. 535.

travailler en Suisse. En 2006, par exemple, 240'799 travailleurs y étaient impliqués contre 364'941 en 2017.⁷²⁰ De plus, si 57'544 travailleurs y étaient occupés à temps plein en 2006, représentant 1.7% de l'économie globale à temps plein en Suisse, 90'408 l'étaient en 2017, représentant là 2.3 % de l'économie globale à temps plein en Suisse.⁷²¹ On constate donc aisément qu'en 10 ans, les chiffres ont bien augmenté de manière conséquente et la location de services a pris de l'ampleur.

- 669 Une telle croissance ne doit rien au hasard. Dans un monde entrant dans l'air du travail 4.0 où la flexibilisation du temps de travail est de plus en plus recherchée (télétravail, *Uber*, *Airbnb*, etc.), la location de services s'y accapare une place de premier choix, le travailleur pouvant, comme nous le verrons, proposer à son employeur ses services aux jours et heures décidés par lui-même ;⁷²² atout qui permet aussi depuis longtemps aux personnes supportant des charges de famille importantes et ne pouvant pas exercer un emploi à temps plein d'y trouver une solution de rechange.⁷²³
- 670 Nous commencerons par observer l'historique de cette relation de travail et les diverses législations qui la tracent (§1). Nous examinerons ensuite la notion de location de services (§2), puis détaillerons les différentes relations qui l'articulent (§3). Enfin, nous arrêterons, pour chacune des trois formes de location de services (travail temporaire, mise à disposition de travailleurs à titre principal et mise à disposition occasionnelle de travailleurs), la présence ou l'absence des éléments composant le rapport de subordination au sens large et évaluerons l'intensité des éléments retenus pour y déterminer éventuellement s'ils constituent des éléments caractéristiques ou représentatifs de ces relations de travail spéciales (§ 4).

⁷²⁰ Swisstaffing, statistiques sur la branche, <https://www.swisstaffing.ch/fr/Branche-politique/Statistiques-sur-la-branche/Graphiques/Nombre-de-travailleurs-temporaires.php>, (consulté le 25 octobre 2019 ; là encore, bien que nommés « *travailleurs temporaires* » dans l'étude, toutes les formes de location de services semblent être prises en compte par swisstaffing dans les chiffres statistiques. De plus, malgré le fait que Swisstaffing soit une association d'employeurs, nous avons choisi de nous baser sur ces statistiques, une des rares sources en Suisse apportant des chiffres précis et récents sur la location de service).

⁷²¹ *Ibid.*

⁷²² LOOSER (2015), p. 9, n° 33.

⁷²³ Message (1985), p. 535.

§ 1 Historique du contrat

La réglementation de la location de services s'est développée au fil du temps au travers d'un très petit nombre de lois. Elle est régie, depuis plus de vingt-cinq ans maintenant, par la Loi sur le service de l'emploi et la location de services (LSE) du 6 octobre 1989 (**A**). Deux ordonnances sont immédiatement venues soutenir cette loi, soit l'Ordonnance sur le service de l'emploi et la location de services (OSE) du 16 janvier 1991 (**B**), et l'Ordonnance sur les émoluments, commissions et sûretés prévus par la loi sur le service de l'emploi (OEmol-LSE) du 16 janvier 1991 (**C**). Enfin, des conventions collectives de travail ont complété la réglementation (**D**).

671

A. Loi sur le service de l'emploi et la location de service (LSE) du 6 octobre 1989

Il existait, avant la Loi sur le service de l'emploi et la location de services du 6 octobre 1989, une Loi sur le service de l'emploi du 22 juin 1951, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1952. Cette loi avait pour objectif de développer le service de l'emploi, soit instaurer des mesures favorisant la stabilité du marché de l'emploi dans un but notamment de prévention du chômage.⁷²⁴ Elle régissait aussi le placement privé de personnel qui consistait à mettre en contact un employeur et un employé afin de les amener à conclure un contrat de travail.⁷²⁵ Elle ne réglait alors pas encore la location de services.

672

Quelques nombreuses mais légères modifications plus tard, elle a finalement été abrogée le 6 octobre 1989 avec effet au 1^{er} juillet 1991.⁷²⁶ La Loi sur la location de services du 22 juin 1951 a ainsi été remplacée par la Loi fédérale sur le service de l'emploi et la location de services (LSE) du 6 octobre 1989, entrée en vigueur le 1^{er} juillet 1991, qui régit, comme son nom l'indique, non plus seule-

673

⁷²⁴ Message (1985), p. 530, n° 112. 2 ; Arrêté du parlement du 22 juin 1951 in : FF 1951 II, p. 529, art. 1^{er}.

⁷²⁵ Message (1985), pp. 529-533 ; Arrêté du parlement du 22 juin 1951 in : FF 1951 II, p. 531, arts 7ss ; art. 2 al. 1^{er} LSE.

⁷²⁶ RO 1991 392.

ment le service de l'emploi et le placement privé, mais aussi la location de services.⁷²⁷ La LSE, qui a connu au passage une modification conséquente de nombreux de ses articles par la Loi fédérale du 23 juin 2000 (RO 2000 2744), constitue d'ailleurs aujourd'hui toujours, à défaut d'une réglementation au sein du CO, la base légale principale régissant la location de services.⁷²⁸ Elle se positionne également comme *lex specialis* vis-à-vis du CO, proposant par là des règles additionnelles à ce dernier et des règles y dérogeant, notamment en matière de contrat de travail.⁷²⁹

- 674 Différents buts peuvent lui être attribués, à savoir le renforcement de protection des travailleurs en matière de placement et de location de services, l'amélioration de l'efficacité du service public de l'emploi et une plus importante répression du travail au noir.⁷³⁰
- 675 Il convient de souligner que la LSE n'offre aucune place à des réglementations cantonales, le législateur ayant régi de manière exhaustive la location de services et le service de l'emploi.⁷³¹ Seules des dispositions d'exécution de la législation fédérale peuvent être adoptées.⁷³²

B. Ordonnance sur le service de l'emploi et la location de services (OSE) du 16 janvier 1991

- 676 Quelques mois après la LSE, a été adoptée, le 16 janvier 1991, l'ordonnance sur le service de l'emploi et la location de services, entrée en vigueur le 1^{er} juillet 1991, soit en même temps que la LSE. L'OSE constitue l'ordonnance principale d'application de la LSE,⁷³³ et nous offre notamment ce que nous possédons de plus proche à ce que nous pourrions considérer comme une définition légale de la location de services, comme nous le verrons ci-après (cf. 684ss).

⁷²⁷ Message (1985), p. 560, n° 222.

⁷²⁸ MATILE/ZILLA (2010), p. 3, lit. B.

⁷²⁹ TC/VD du 4 décembre 2013, c. 4 a) in : JAR 2014, p. 512 ; KRUMMENACHER/WEIBEL in : KULL (2014), n° 5 *ad* art. 19 LSE, p. 113 ; MATILE/ZILLA (2010), p. 3 et 8, lit. B et E.

⁷³⁰ Message (1985), pp. 525 et 526.

⁷³¹ ATF 120 Ia 89, c. 3, lit. c.

⁷³² MATILE/ZILLA (2010), p. 4, lit. B.

⁷³³ *Idem*, p. 6, lit. D.

C. Ordonnance sur les émoluments, commissions et sûretés prévus par la loi sur le service de l'emploi (OEmol-LSE) du 16 janvier 1991

En parallèle de l'OSE a été adopté l'Ordonnance sur les émoluments, commissions et sûretés prévus par la loi sur le service de l'emploi (OEmol-LSE) le 16 janvier 1991, entrée en vigueur le 1^{er} juillet 1991. Cette loi fixe notamment, à titre d'exemple, les émoluments perçus pour l'octroi d'autorisation aux bureaux de placement (art. 1^{er} OEmol-LSE) ou encore le montant des sûretés requises des entreprises de location de services (art. 6 OEmol-LSE).

677

D. CCT Location de services

Une première convention collective de travail sur la location de services a été conclue le 17 mars 2009 entre différents partenaires sociaux, à savoir Swisstaffing, Unia, Syna, Société suisse des employés de commerce et Employés Suisse, puis a ensuite été reconduite le 15 juillet 2011.⁷³⁴ Ces conventions n'obligeaient alors à l'époque que les parties contractantes précitées.⁷³⁵

678

Pendant, le Conseil fédéral a par la suite attribué à la nouvelle CCT Location de services du 1^{er} janvier 2012 une force obligatoire, rendant celle-ci contraignante pour l'ensemble des bailleurs de services et leurs travailleurs, à l'exception de certains articles.⁷³⁶

679

Depuis lors, et aujourd'hui encore, une force obligatoire a systématiquement été attribuée aux CCT Location de services, et donc à sa dernière version du 29 mars 2016, applicable du 1^{er} mai 2016 jusqu'au 31 décembre 2018.⁷³⁷

680

De manière générale et pour ce qui sont des points importants, ces conventions collectives règlent les questions des heures supplémentaires, du travail de nuit et de leur rémunération, des salaires minimums, des jours de vacances attribués,

681

⁷³⁴ CCT Location de services du 21 décembre 2011, Indications, p. 7 ; CCT Location de services du 17 mars 2009, Préambule.

⁷³⁵ CCT Location de services du 29 mars 2016, Remarques préalables, p. 5.

⁷³⁶ *Ibid.*

⁷³⁷ Arts. 2 et 3 CCT Location de services du 29 mars 2016 ; CCT Location de services du 29 mars 2016, Remarques préalables, p. 5.

des congés spéciaux accordés et payés (mariage, décès, etc.), des indemnités pour perte de gain ou encore de la protection contre les discriminations.⁷³⁸

- 682 À noter qu'il n'existe pas à notre connaissance de conventions collectives de travail cantonales.

§ 2 Notion

- 683 Nous commencerons par définir la location de services **(A)**. Nous verrons ensuite en quoi il s'agit d'une relation de travail complexe **(B)** et nous mentionnerons enfin brièvement les différentes formes de location de services **(C)**.

A. Définition

- 684 La définition de la location de services ne ressort curieusement pas de la LSE, mais de l'OSE à son art. 26, et sous le nom d' « *activité de location de services* » : « *est réputé bailleur de services celui qui loue les services d'un travailleur à une entreprise locataire en abandonnant à celle-ci l'essentiel de ses pouvoirs de direction à l'égard du travailleur* ». ⁷³⁹
- 685 Cette définition ne traduit malheureusement que très mal et sous l'angle du bailleur de services uniquement la situation juridique que présente la location de services.⁷⁴⁰ Il convient de se référer, comme effectué ci-dessous, à la jurisprudence et à la doctrine pour préciser la notion.

⁷³⁸ Voir CCT Location de services du 29 mars 2016.

⁷³⁹ TF du 20 septembre 2017, B-753/2016, c. 3 ; TF du 26 octobre 2010, 6B_512/2010, c. 2.2.1.1 ; TF du 30 avril 2007, 2A_425/2006, c. 3.2 ; FAVRE/MUNOZ/TOBLER (2010), n° 1.1 *ad* art. 12 LSE, p. 742 ; MATILE/ZILLA (2010), p. 5, lit. D.

⁷⁴⁰ LOOSER (2015), p. 19, n° 64.

B. Une relation de travail complexe

La location de services a pour particularité, au sens de la définition incomplète examinée ci-dessus, qu'elle présente une relation tripartite et triangulaire.⁷⁴¹ Elle implique un bailleur de services, un locataire de service et un travailleur.⁷⁴² Le bailleur de service est l'employeur qui cherche à placer le travailleur, soit son employé, auprès d'un locataire de service, c'est-à-dire une entreprise qui accueillera la prestation de travail de ce dernier.⁷⁴³ 686

Cependant, il convient de ne pas mélanger la location de service et le contrat de location de service. S'il implique trois parties, le contrat de location de service n'est qu'une branche de l'arbre triangulaire de relations contractuelles appelé « *location de service* » et n'est conclu qu'entre deux parties seulement, soit entre le bailleur de service et le locataire de service.⁷⁴⁴ Il impose uniquement, et indirectement, la conclusion d'un deuxième contrat (contrat de travail) entre l'entreprise bailleresse et le travailleur, provoquant lui à son tour la création d'une relation dite « *quasi-contractuelle* »⁷⁴⁵ entre le locataire et ce même travailleur. 687

En cela, la location de service constitue, à notre sens, une relation de travail complexe. Pour rappel, une relation de travail complexe est une relation de travail qui n'implique pas seulement l'existence d'un contrat de travail entre un employeur et un ou des employés (voir « *Jobsharing pure* »), mais dont l'existence juridique est soumise à la présence d'une ou de plusieurs tierces parties avec lesquelles l'employeur et l'employé possèdent chacun, avec au moins l'une d'entre elles, un lien de fait ou juridique de nature généralement différente 688

⁷⁴¹ TF du 12 décembre 2006, 4C.245/2006, c. 3 ; TC/BE du 18 octobre 2013, c. B, n° 1 in : JAR 2014, p. 390 ; VISCHER/MÜLLER (2014), p. 401, n° 3.

⁷⁴² TF du 30 avril 2007, 2A_425/2006, c. 3.2 ; BRÜHWILER, n°12 *ad* art. 319 CO, p. 33 ; MATILE/ZILLA (2010), p. 5, lit. D.

⁷⁴³ TF du 26 octobre 2010, 6B_512/2010, c. 2.2.1.1 ; TF du 30 avril 2007, 2A_425/2006, c. 3.2 ; TC/GE du 19 janvier 2007, c. 2.2 in : JAR 2008, p. 370 ; BRÜHWILER, n°12 *ad* art. 319 CO, p. 33.

⁷⁴⁴ TF du 12 décembre 2006, 4C.245/2006, c. 3 ; BRÜHWILER, n°12 *ad* art. 319 CO, p. 33 ; GEISER/MÜLLER (2015), p. 71, n° 192.

⁷⁴⁵ TF du 23 octobre 2006, 4C.155/2006, c. 7.3.1 ; TFA du 30 mai 1988 in : DTA 1988 p. 70, c. 3, lit. c ; TC/GE du 19 janvier 2007, c. 3.5 in : JAR 2008, p. 370 ; VISCHER/MÜLLER (2014), p. 409, n° 30.

de celle d'un contrat de travail. Dans le cas de la location de service, celle-ci ne subsiste juridiquement qu'en vertu d'un contrat de location de services entre le bailleur de services et le locataire de services, d'une conclusion parallèle d'un contrat de travail entre le bailleur de services et le travailleur, et enfin d'une relation de fait entre le travailleur et le locataire de services. De plus, les trois relations sont bien indépendantes les unes des autres, chaque partie possédant sa propre relation contractuelle ou quasi-contractuelle (de fait) avec les deux autres. Il s'agit donc réellement d'une relation de travail complexe.

C. Les formes de location de services

689 Comme vu en introduction, la location de services peut prendre trois formes différentes : le travail temporaire, la mise à disposition de travailleurs à titre principal et la mise à disposition occasionnelle de travailleurs (art. 27 al. 1^{er} OSE).⁷⁴⁶ Toutefois, les particularités présentées par ces trois formes ne touchant que la relation employeur-travailleur et n'ayant quasiment pas d'impact sur les deux autres relations, elles ne seront examinées que lors de l'analyse de cette relation précisément.

§ 3 Les relations entre parties

690 En raison du fait que nous sommes dans le cadre d'une relation de travail complexe, plutôt que d'analyser, comme aux chapitres précédents, les éléments objectivement essentiels du contrat de travail entre le travailleur et le bailleur de services, qui de plus n'est ici qu'un contrat de travail ordinaire, bien que particulier par sa forme, nous examinerons en détail les trois relations qui constituent une activité de location de services.

691 Nous commencerons notre présentation avec l'étude du contrat de location de services entre le bailleur de services et le locataire de services (**A**), puis nous poursuivrons avec le contrat de travail entre le bailleur de services et le travailleur (**B**), et nous conclurons avec la relation de fait entre le locataire de services et le travailleur (**C**).

⁷⁴⁶ TF du 26 octobre 2010, 6B_512/2010, c. 2.2.1.1 ; TF du 30 avril 2007, 2A_425/2006, c. 3.2 ; TF du 7 décembre 2004, 4C.356/2004, c. 2.3 ; GEISER/MÜLLER (2015), p. 68, n° 174-176.

A. Bailleur de services – Locataire de services (contrat de location de services)

Quelle que soit la forme de location de services adoptée (travail temporaire, mise à disposition de travailleurs à titre principal ou mise à disposition occasionnelle de travailleurs) que nous étudierons dans le contexte de la relation bailleur de services – travailleur (cf. 709ss), le bailleur de services et le locataire de services sont liés, dans le cadre de la location de services, par un contrat de location de services.⁷⁴⁷ 692

Nous commencerons par présenter la notion (I) et verrons ensuite en détail les éléments objectivement essentiels qui le composent (II). 693

I. Notion

La définition fixée (1), nous verrons en quoi il s'agit d'un contrat innommé *sui generis* (2). 694

1. Définition

Le contrat de location de services n'est pas clairement défini par la loi. S'il est indirectement évoqué par l'art. 26 OSE définissant de manière incomplète la location de services et est en partie réglé par deux principales dispositions que sont les arts. 22 LSE et 50 OSE,⁷⁴⁸ ces dernières n'apportent pas une définition précise. 695

Il convient donc de s'en remettre à la jurisprudence qui définit le contrat de location de services comme « *un contrat sui generis, proche du contrat de mandat au sens des arts. 394ss CO, par lequel une agence de travail intérimaire, bailleresse de services, s'engage, moyennant rémunération, à mettre à disposition de l'entreprise utilisatrice, locataire de services, un travailleur pendant* » 696

⁷⁴⁷ TF du 12 décembre 2006, 4C.245/2006, c. 3 ; TC/GE du 19 janvier 2007, c. 2.2 in : JAR 2008, p. 370 ; MATILE/ZILLA (2010), p. 8, lit. E ; TERCIER/BIERI/CARRON (2016), p. 368, n° 2739.

⁷⁴⁸ MATILE/ZILLA (2010), p. 5, lit. E.

*une certaine durée ou pour une certaine mission, et à abandonner à celle-ci l'essentiel de ses pouvoirs de direction à l'égard du travailleur ».*⁷⁴⁹

2. Un contrat innommé *sui generis*

- 697 Le contrat de location de services est un contrat innommé *sui generis*.⁷⁵⁰ On entend par contrat innommé un contrat non réglementé par la législation suisse.⁷⁵¹ Celui-ci peut être mixte ou *sui generis*.⁷⁵² Un contrat innommé mixte reprend les éléments caractéristiques de deux ou plusieurs contrats nommés, soit des contrats spécifiquement régis par la loi, comme le contrat de conciergerie qui mélange le contrat de bail et le contrat de travail.⁷⁵³ Un contrat innommé *sui generis* présente, lui, des prestations et caractéristiques essentielles prévues par aucun contrat ni loi existante.⁷⁵⁴
- 698 Il peut sembler curieux, de prime abord, de constater que le contrat de location de services n'est pas considéré comme un contrat nommé alors même qu'il est en partie régi par l'art. 22 LSE et 50 OSE,⁷⁵⁵ ainsi qu'indirectement défini à l'art. 26 OSE. La raison en est que, en plus de ne pas définir clairement le contrat de location de services, ces dispositions ne règlent pas dans leur globalité la relation entre le bailleur de services et le locataire de services, mais incomplètement la forme et le contenu du contrat de location de services.⁷⁵⁶ Les articles ne régissant pas les droits et obligations respectives des deux parties ni la fin des relations de travail, il est donc justifié de le qualifier d'innommé *sui generis*, du moins partiellement, pour les manquements qu'il présente.⁷⁵⁷ Il revient alors

⁷⁴⁹ TC/GE du 19 janvier 2007, c. 2.2 in : JAR 2008, p. 370.

⁷⁵⁰ TC/BE du 18 octobre 2013, c. B, n° 1 in : JAR 2014, p. 390 ; TC/GE du 19 janvier 2007, c. 2.2 in : JAR 2008, p. 370.

⁷⁵¹ ENGEL (2000), p. 733, lit. A ; TERCIER/BIERI/CARRON (2016), p. 44, n° 311.

⁷⁵² TERCIER/BIERI/CARRON (2016), pp. 44 et 45, n° 314 et 318.

⁷⁵³ ENGEL (2000), p. 740, n° 2.

⁷⁵⁴ *Idem*, p. 739, n° 1.

⁷⁵⁵ DUNAND in : DUNAND/MAHON (2013), n° 69 *ad* art. 319 CO, p. 17 ; MATILE/ZILLA (2010), p. 5, lit. E ; ZWYGART (2012), p. 56, n° 193-196.

⁷⁵⁶ ZWYGART (2012), p. 56, n° 195 et 196.

⁷⁵⁷ *Ibid.*

à la jurisprudence et à la doctrine de fixer ces droits et obligations, en considérant les usages de la branche touchée (art. 1 CO).⁷⁵⁸

II. Les éléments objectivement essentiels

S'agissant des caractéristiques du contrat de location de services, il ressort en partie de la loi, de la jurisprudence et de la doctrine trois éléments objectivement essentiels, que sont : une location de services d'un ou de plusieurs travailleurs à une entreprise tierce (1),⁷⁵⁹ à titre commercial (2)⁷⁶⁰ et un transfert du pouvoir de direction de l'employeur en faveur de cette entreprise (3).⁷⁶¹

699

1. Une location de services à une entreprise tierce

Par le contrat de location de services, l'entreprise bailleusesse loue les services d'un ou de plusieurs employeurs à une entreprise tierce pour une certaine durée (art. 22 al. 1^{er} et art. 26 LSE).⁷⁶² En offrant une telle prestation, l'entreprise bailleusesse ne remplit qu'une obligation de moyen et non de résultat.⁷⁶³ Elle ne promet aucunement la correcte exécution d'une prestation de travail, s'engageant seulement à fournir la prestation d'un travailleur.⁷⁶⁴ Celle-ci assume toutefois

700

⁷⁵⁸ TC/GE du 19 janvier 2007, c. 2.4 in : JAR 2008, p. 370.

⁷⁵⁹ TC/GE du 19 janvier 2007, c. 2.2 in : JAR 2008, p. 370 ; MATILE/ZILLA (2010), p. 148, lit. B.

⁷⁶⁰ TPH/ZH du 3 mai 2005 in : JAR 2006, p. 567 ; Message (1985), p. 581 ; Directives SECO (Location de services), p. 70, lit. C.

⁷⁶¹ TF du 20 septembre 2017, B-753/2016, c. 3 ; TF du 26 octobre 2010, 6B_512/2010, c. 2.2.1.1 ; TF du 30 avril 2007, 2A_425/2006, c. 3.2 ; TC/GE du 19 janvier 2007, c. 2.2 in : JAR 2008, p. 370 ; FAVRE/MUNOZ/TOBLER (2010), n° 1.1 *ad* art. 12 LSE, p. 742 ; MATILE/ZILLA (2010), p. 148, lit. B.

⁷⁶² TF du 20 septembre 2017, B-753/2016, c. 3 ; TF du 26 octobre 2010, 6B_512/2010, c. 2.2.1.1 ; TF du 30 avril 2007, 2A_425/2006, c. 3.2 ; TF du 19 janvier 2005, 4C.360/2004, c. 4.3 in : JAR 2006, p. 131 ; TC/GE du 19 janvier 2007, c. 2.2 in : JAR 2008, p. 370 ; TPH/ZH du 3 mai 2005 in : JAR 2006, p. 567 ; MATILE/ZILLA (2010), p. 148, lit. B.

⁷⁶³ TC/GE du 19 janvier 2007, c. 3.3 in : JAR 2008, p. 370.

⁷⁶⁴ TC/GE du 19 janvier 2007, c. 3.3 in : JAR 2008, p. 370 ; Directives SECO (Location de services), p. 65, n° 3.

la responsabilité d'un choix adéquat du travailleur vis-à-vis de l'entreprise de mission.⁷⁶⁵

2. Une location à titre commercial

701 Le message du Conseil fédéral du 27 novembre 1985 concernant la révision de la loi fédérale sur le service de l'emploi et la location de services parlait déjà de location du travailleur « *à des fins lucratives* ». ⁷⁶⁶ Il faut entendre par là une cession entreprise contre rémunération (a) et dite régulière (b) (art. 29 al. 1^{er} OSE). ⁷⁶⁷

a. Une location contre rémunération

702 Le locataire de services est tenu de verser une rémunération au bailleur de services en échange de la mise à disposition en sa faveur du travailleur (arts. 22 al. 1^{er} lit. f LSE et 29 al. 1^{er} OSE). ⁷⁶⁸

b. Une location régulière

703 Une location régulière (art. 29 al. 1^{er} OSE) implique que l'entreprise bailleuse soit une entreprise qui loue régulièrement et habituellement les services de ses employés, et non une entreprise plaçant uniquement ses travailleurs auprès de tiers à titre purement exceptionnel. ⁷⁶⁹

⁷⁶⁵ Directives SECO (Location de services), p. 65, n° 3 ; GEISER/MÜLLER (2015), pp. 71 et 72, n° 192.

⁷⁶⁶ Message (1985), p. 581.

⁷⁶⁷ Message (1985), p. 581 ; Directives SECO (Location de services), p. 70, lit. C.

⁷⁶⁸ TC/GE du 19 janvier 2007, c. 2.2 in : JAR 2008, p. 370 ; TPH/ZH du 3 mai 2005 in : JAR 2006, p. 567 ; Directives SECO (Location de services), p. 70, lit. C ; MATILE/ZILLA (2010), p. 148, lit. B.

⁷⁶⁹ Message (1985), p. 581.

Cette condition, bien que suivie par certaines jurisprudences et auteurs,⁷⁷⁰ n'a pas toujours été retenue.⁷⁷¹ De notre côté, nous penchons pour cette seconde solution. En effet, admettre cette condition viendrait à exclure d'office la mise à disposition occasionnelle de travailleurs qui constitue pourtant une forme acceptée de location de services (art. 27 al. 4 OSE).⁷⁷² Celle-ci, nous le verrons (cf. 730ss), permet justement à l'employeur de placer ses travailleurs à titre exceptionnel auprès d'un locataire de services alors même que le but du contrat de travail n'avait que pour objectif à sa conclusion de mettre l'employé exclusivement au service de l'employeur.

3. Un transfert du pouvoir de direction

L'essentiel du pouvoir de direction dont bénéficie l'employeur sur son travailleur doit être transféré à l'entreprise locataire de services (art. 26 al. 1^{er} OSE).⁷⁷³

Le pouvoir de direction correspond ici à l'élément hiérarchique du rapport de subordination au sens large dont jouit l'employeur, soit le rapport de subordination au sens strict.⁷⁷⁴ Le contrat de location de services impose donc l'extraction d'un composant crucial du rapport de subordination au sens large et ainsi de l'élément le plus fondamental du contrat de travail depuis le contrat de travail conclu entre le travailleur et l'entreprise bailleresse de services, afin d'être incorporé dans son cadre à lui et devenir une condition de sa validité. Toutefois, bien que son détenteur change, la cible de ce pouvoir reste l'employé.

Par « l'essentiel » du pouvoir de direction, il faut entendre la faculté de donner des ordres et d'exercer la surveillance de leur correcte exécution dont bénéficie tout employeur sur ses employés.⁷⁷⁵ Ces ordres peuvent toucher la manière de

⁷⁷⁰ TPH/ZH du 3 mai 2005 in : JAR 2006, p. 567 ; MATILE/ZILLA (2010), p. 148, lit. B.

⁷⁷¹ TC/GE du 19 janvier 2007, c. 2.2 in : JAR 2008, p. 370.

⁷⁷² Directives SECO (Location de services), p. 71, n° 2.

⁷⁷³ TF du 20 septembre 2017, B-753/2016, c. 3 ; TF du 26 octobre 2010, 6B_512/2010, c. 2.2.1.1 ; TF du 30 avril 2007, 2A_425/2006, c. 3.2 ; TC/GE du 19 janvier 2007, c. 2.2 in : JAR 2008, p. 370 ; TPH/ZH du 3 mai 2005 in : JAR 2006, p. 567 ; FAVRE/MUNOZ/TOBLER (2010), n° 1.1 *ad* art. 12 LSE, p. 742 ; MATILE/ZILLA (2010), p. 148, lit. B.

⁷⁷⁴ THEVENOZ (1987), p. 154, n° 403.

⁷⁷⁵ *Idem*, p. 311, n° 950.

réaliser le travail, le choix et l'utilisation des outils, ou encore le rythme de l'activité.⁷⁷⁶ Si le terme « *essentiel* » est préféré à un terme comme « *totalité* », c'est tout simplement car l'entreprise bailleuse conserve une part du pouvoir de subordination au sens strict sur son propre employé, lui permettant notamment d'ordonner à son employé de cesser toutes les activités déployées au service de l'entreprise locataire.⁷⁷⁷ Il s'agit là d'un pouvoir de direction moins spécifique au travail à réaliser, soit d'ordre plus général et impactant directement la situation de travail de l'employé. Le terme de pouvoir de direction « *étendu* »⁷⁷⁸ retenu par Favre/Munoz/Tobler nous semble peu adéquat en cela qu'il laisse penser que l'employeur de droit conserve les prérogatives offertes à l'employeur de fait en plus de connaître à lui seul des pouvoirs de direction généraux, comme si la plage décisionnelle détenue était plus large pour lui que pour le locataire alors qu'elle est juste différente.

- 708 Aussi, de manière à correctement distinguer les diverses prérogatives du rapport de subordination au sens strict scindées entre un employeur de droit et un employeur de fait, nous proposons de parler de « *subordination au sens strict générale* » pour ce que possède le bailleur de services et de « *subordination au sens strict spécifique* » pour le locataire de services. Il convient par ailleurs de noter que l'entreprise locataire peut se voir céder par le bailleur de services des droits découlant naturellement de la subordination au sens strict générale et par le biais d'une procuration expresse, comme le droit de licencier des travailleurs au nom du bailleur.⁷⁷⁹

B. Bailleur de services – Travailleur (contrat de travail)

- 709 Il existe entre le travailleur et le bailleur de services, un contrat de travail soumis aux arts. 319ss CO⁷⁸⁰ et pour lequel la LSE et l'OSE interviennent en tant que

⁷⁷⁶ TF du 30 avril 2007, 2A_425/2006, c. 3.2 (*a contrario*) ; TPH/La Chaux-de-Fonds du 29 juin 1989 in : JAR 1991, p. 332 ; Directives SECO (Location de services), p. 65, n° 3 ; MATILE/ZILLA (2010), p. 9, lit. E ; THEVENOZ (1987), p. 82, n° 189.

⁷⁷⁷ TFA du 30 mai 1988 in : DTA 1988, p. 70, c. 3, lit. c.

⁷⁷⁸ FAVRE/MUNOZ/TOBLER (2010), n° 1.4 *ad* art. 19 LSE, p. 749.

⁷⁷⁹ Directives SECO (Location de services), p. 65, n° 3.

⁷⁸⁰ TC/VD du 4 décembre 2013, c. 4 a) in : JAR 2014, p. 512 ; GEISER/MÜLLER (2015), p. 67, n° 171 ; TERCIER/BIERI/CARRON (2016), p. 368, n° 2739.

lex specialis.⁷⁸¹ À ce titre, l'art. 27 al. 1^{er} OSE stipule que la location de services peut prendre trois formes différentes, toutes ayant un fort impact sur la relation employeur-travailleur et plus précisément sur la forme du contrat de travail la constituant. Il peut s'agir de travail temporaire (**I**), de mise à disposition de travailleurs à titre principal (**II**) ou de mise à disposition occasionnelle de travailleurs (**III**).⁷⁸²

I. Le travail temporaire

Le travail temporaire est la forme la plus connue et la plus répandue de location de services. Afin de la distinguer des deux autres formes de location de services, nous présenterons tout d'abord sa définition (**1**), nous examinerons ensuite, sur la base de celle-ci, son but principal (**2**) et la forme particulière qu'elle donne au contrat de travail (**3**). 710

1. Définition

Selon l'art. 27 al. 2 OSE, « *il y a travail temporaire lorsque le but et la durée du contrat de travail conclu entre le bailleur de services et le travailleur sont limités à une seule mission dans une entreprise locataire.* ». 711

2. But principal

Comme explicitement exposé par l'art. 27 al. 2 OSE, le but principal du contrat de travail temporaire est la location des services du travailleur par l'employeur à une entreprise tierce.⁷⁸³ En d'autres termes, le travailleur est engagé par l'employeur pour être loué à une entreprise tierce où il devra y réaliser exclusivement sa prestation de travail.⁷⁸⁴ 712

⁷⁸¹ TC/VD du 4 décembre 2013, c. 4 a) in : JAR 2014, p. 512 ; MATILE/ZILLA (2010), p. 8, lit. E.

⁷⁸² TF du 26 octobre 2010, 6B_512/2010, c. 2.2.1.1 ; TF du 30 avril 2007, 2A_425/2006, c. 3.2 ; TF du 7 décembre 2004, 4C.356/2004, c. 2.3 ; GEISER/MÜLLER (2015), p. 68, n° 174-176.

⁷⁸³ Directives SECO (Location de services), p. 69, lit. c ; MATILE/ZILLA (2010), p. 11, lit. F.

⁷⁸⁴ TF du 30 avril 2007, 2A_425/2006, c. 3.2 (*a contrario*).

3. Forme du contrat de travail

713 L'art. 19 al. 1^{er} LSE impose la conclusion d'un contrat de travail écrit entre le travailleur et l'employeur, de durée déterminée, indéterminée, minimale ou maximale.⁷⁸⁵ Celui-ci se compose, dans le cadre du travail temporaire, d'un contrat-cadre (a) et d'un contrat de mission (b),⁷⁸⁶ auxquels l'exigence de la forme écrite s'applique (art. 19 al. 1^{er} LSE).⁷⁸⁷

a. Contrat-cadre

714 Dans le cadre du travail temporaire, il est, dans un premier temps, conclu, entre l'employeur et le travailleur, un contrat-cadre de travail qui comprend les conditions générales de mission,⁷⁸⁸ comme la résiliation volontaire des rapports de travail ou le for en cas d'action juridique.⁷⁸⁹

715 Toutefois, ce contrat seul n'est pas un contrat de travail et ne déploie en lui-même aucun effet juridique.⁷⁹⁰ Celui-ci ne les exercera qu'à la conclusion d'un second contrat appelé contrat de mission.⁷⁹¹ Plus précisément, ses effets sont soumis à la réalisation d'une condition suspensive qui implique la conclusion

⁷⁸⁵ MATILE/ZILLA (2010), p. 106, lit. A.

⁷⁸⁶ TF du 7 décembre 2004, 4C.356/2004, c. 2.3 ; TC/VD du 4 décembre 2013, c. 4 a) in : JAR 2014, p. 512 ; TC/BE du 18 octobre 2013, c. B, n° 1 in : JAR 2014, p. 390 ; TPH/La Chaux-de-Fonds du 29 juin 1989 in : JAR 1991, p. 332.

⁷⁸⁷ TC/VD du 4 décembre 2013, c. 4 a) in : JAR 2014, p. 512.

⁷⁸⁸ TF du 7 décembre 2004, 4C.356/2004, c. 2.3 ; TC/VD du 4 décembre 2013, c. 4 a) in : JAR 2014, p. 512 ; TC/BE du 18 octobre 2013, c. B, n° 1 in : JAR 2014, p. 390 ; TPH/La Chaux-de-Fonds du 29 juin 1989 in : JAR 1991, p. 332.

⁷⁸⁹ Directives SECO (Location de services), pp. 117 et 119.

⁷⁹⁰ TPH/La Chaux-de-Fonds du 29 juin 1989 in : JAR 1991, p. 332 ; GEISER/MÜLLER (2015), p. 71, n° 190.

⁷⁹¹ TC/BE du 18 octobre 2013, c. B, n° 1 in : JAR 2014, p. 390.

d'un contrat de mission,⁷⁹² et qui fera alors naître un rapport de travail entre l'employeur et l'employé.⁷⁹³

Une conséquence de ce contrat effectué en deux temps et en deux parties est le fait qu'un travailleur pourra conclure, dans l'attente d'une mission, un contrat de travail avec une entreprise autre qu'une agence de travail temporaire ou même un contrat-cadre avec une autre agence de travail temporaire.⁷⁹⁴ 716

b. Contrat de mission

Subséquentement à la conclusion d'un contrat-cadre, dès qu'une mission pour le futur employé se présente et donc qu'un contrat de location de services est conclu entre le bailleur de service et un locataire de services, un contrat de mission entre le bailleur et le travailleur est à son tour conclu.⁷⁹⁵ 717

Le contrat de mission et le contrat-cadre forment, à eux deux, un contrat de travail ordinaire au sens de l'art. 319 CO.⁷⁹⁶ Partant, le travailleur est parfaitement en droit de refuser une mission, celui-ci n'étant pas encore lié par un contrat de travail avant l'acceptation de celle-ci.⁷⁹⁷ Par le même raisonnement, le bailleur de services n'est pas tenu d'offrir des missions au travailleur qui n'en est pas encore un envers lui avant la conclusion d'un contrat de mission.⁷⁹⁸ 718

La durée du contrat de travail est liée à la durée de la mission. Il peut s'agir d'un contrat de mission à durée déterminée ou indéterminée, maximale ou minimale, 719

⁷⁹² TC/BE du 18 octobre 2013, c. B, n° 1 in : JAR 2014, p. 390 ; TPH/La Chaux-de-Fonds du 29 juin 1989 in : JAR 1991, p. 332.

⁷⁹³ TF du 7 décembre 2004, 4C.356/2004, c. 2.3 ; TC/VD du 4 décembre 2013, c. 4 a) in : JAR 2014, p. 512 ; TC/BE du 18 octobre 2013, c. B, n° 1 in : JAR 2014, p. 390 ; TPH/La Chaux-de-Fonds du 29 juin 1989 in : JAR 1991, p. 332.

⁷⁹⁴ TPH/La Chaux-de-Fonds du 29 juin 1989 in : JAR 1991, p. 332.

⁷⁹⁵ TF du 7 décembre 2004, 4C.356/2004, c. 2.3 ; TC/BE du 18 octobre 2013, c. B, n° 1 in : JAR 2014, p. 390.

⁷⁹⁶ TF du 7 décembre 2004, 4C.356/2004, c. 2.3 ; TC/VD du 4 décembre 2013, c. 4 a) in : JAR 2014, p. 512 ; TC/BE du 18 octobre 2013, c. B, n° 1 in : JAR 2014, p. 390.

⁷⁹⁷ TPH/La Chaux-de-Fonds du 29 juin 1989 in : JAR 1991, p. 332 ; VISCHER/MÜLLER (2014), p. 403, n° 12.

⁷⁹⁸ TPH/La Chaux-de-Fonds du 29 juin 1989 in : JAR 1991, p. 332 ; VISCHER/MÜLLER (2014), p. 406, n° 12.

rendant par là le contrat de travail du même ordre.⁷⁹⁹ À la fin de la mission, le contrat-cadre reste valable, mais ne déploiera d'effet que lors de la conclusion d'une nouvelle mission.⁸⁰⁰

- 720 Conformément aux exigences de l'art. 19 al. 2 LSE, le contrat de mission contiendra des informations sur les prestations à fournir, la durée et le lieu d'engagement ou encore le salaire attribué,⁸⁰¹ bien qu'il semble être possible de plutôt inclure ces exigences au sein du contrat-cadre⁸⁰² et cela même si les directives sur la location de services semblent requérir que les deux contrats les possèdent.⁸⁰³
- 721 À noter et à titre de précision, malgré le fait que cela découle logiquement du contrat de travail entre le bailleur de services et le travailleur, que c'est bien ce premier et non le locataire de services qui paye le salaire au travailleur,⁸⁰⁴ et cela dans le cadre du travail temporaire comme des deux autres formes de location de services que nous nous apprêtons à aborder. Le fait que le travailleur travaille régulièrement au sein de l'entreprise du locataire de services et selon ses besoins peut en effet porter à confusion quant à cette question.

II. Mise à disposition de travailleurs à titre principal

- 722 La mise à disposition de travailleurs à titre principal, communément appelée « *travail en régie* » constitue une forme de location de services à la fois proche du travail temporaire dans son but et éloignée dans la forme de son contrat de travail. Afin de la distinguer des deux autres formes de location de services, nous présenterons tout d'abord sa définition (1), nous examinerons ensuite, sur la base de celle-ci, son but principal poursuivi (2) et la forme particulière qu'elle donne au contrat de travail (3).

⁷⁹⁹ MATILE/ZILLA (2010), p. 106, lit. A.

⁸⁰⁰ TPH/La Chaux-de-Fonds du 29 juin 1989 in : JAR 1991, p. 332.

⁸⁰¹ THÉVENOZ (1991), p. 6, n° 1 ; VISCHER/MÜLLER (2014), p. 406, n° 22.

⁸⁰² MATILE/ZILLA (2010), p. 108, lit. C.

⁸⁰³ Directives SECO (Location de services), p. 92, lit. B.

⁸⁰⁴ *Idem*, pp. 69 et 70.

1. Définition

Selon l'art. 27 al. 3 OSE, « *il y a mise à disposition de travailleurs à titre principal (travail en régie) lorsque le but du contrat de travail conclu entre l'employeur et le travailleur consiste principalement à louer les services du travailleur à des entreprises locataires et que la durée du contrat de travail est en principe indépendante des missions effectuées dans les entreprises locataires.* » 723

2. But principal

Dans le cadre du travail en régie, le travailleur est, tout comme dans le cadre du travail temporaire, engagé par un employeur dans le but d'être loué à une ou plusieurs entreprises tierces où il y réalisera exclusivement sa prestation de travail.⁸⁰⁵ 724

3. Forme du contrat de travail

L'art. 19 al. 1^{er} LSE qui impose la conclusion d'un contrat de travail écrit entre le travailleur et l'employeur, de durée déterminée, indéterminée, minimale ou maximale, s'applique également au travail en régie.⁸⁰⁶ 725

Toutefois, à l'inverse du travail temporaire, le contrat de travail conclu dans le cadre d'une mise à disposition de travailleurs à titre principale n'est pas constitué d'un contrat-cadre et d'un contrat de mission, mais d'un contrat de travail, liant l'employeur et le travailleur, indépendant de tous contrats de missions futures.⁸⁰⁷ Ainsi, le contrat de travail et le contrat de mission conclus entre l'employeur et l'employé restent fondamentalement distincts l'un de l'autre. En ce sens, la durée du contrat de travail est indépendante de la durée du contrat de 726

⁸⁰⁵ TF du 30 avril 2007, 2A_425/2006, c. 3.2 (*a contrario*) ; Directives SECO (Location de services), p. 68, lit. b ; GEISER/MÜLLER (2015), p. 68, n° 175 ; LOOSER (2015), p. 96, n° 288 ; MATILE/ZILLA (2010), p. 11, lit. F.

⁸⁰⁶ Directives SECO (Location de services), p. 92, lit. C.

⁸⁰⁷ Directives SECO (Location de services), p. 92, lit. C ; GEISER/MÜLLER (2015), p. 68, n° 175 ; MATILE/ZILLA (2010), pp. 11 et 12, lit. F.

mission (art. 27 al. 3 OSE).⁸⁰⁸ Le contrat de travail continue donc de déployer ses effets à la fin de la mission.⁸⁰⁹

727 Cela implique notamment que l'employeur est tenu d'offrir un travail à son employé si celui-ci n'est absorbé par aucune mission et que ce dernier est obligé en contrepartie d'accepter les missions proposées.⁸¹⁰ En pratique, l'employeur possédera un établissement dans lequel il pourra placer ses employés en attendant une nouvelle mission.⁸¹¹

728 Il est à noter que bien que ce soit souvent le cas, le travailleur n'a pas forcément de contrat de durée indéterminée avec le bailleur de services.⁸¹²

729 Au sens de l'art. 19 LSE, le contrat de travail contiendra lui les informations sur la nature de la prestation à effectuer par le travailleur dans l'entreprise de son employeur et lors de mission, tandis que les contrats de missions, conclus sous forme d'avenant à ce premier contrat, comporteront les informations sur le lieu du travail et le début de l'engagement pour les missions y relatives seulement.⁸¹³

III. Mise à disposition occasionnelle de travailleurs

730 La mise à disposition occasionnelle de travailleurs constitue la dernière forme de location de services et la plus atypique des trois. Afin de l'en distinguer, nous présenterons tout d'abord sa définition (1), nous examinerons ensuite, sur la base de celle-ci, son but principal (2) et la forme particulière qu'elle donne au contrat de travail (3).

1. Définition

731 Selon l'art. 27 al. 4 OSE, « *il y a mise à disposition occasionnelle de travailleurs lorsque le but du contrat de travail conclu entre l'employeur et le travailleur consiste à placer le travailleur principalement sous les ordres de l'employeur,*

⁸⁰⁸ LOOSER (2015), p. 96, n° 288 ; MATILE/ZILLA (2010), pp. 11 et 12, lit. F.

⁸⁰⁹ ZWYGART (2012), p. 23, n° 70.

⁸¹⁰ Message (1985), p. 534 ; Directives SECO (Location de services), pp. 92 et 123, lit. C et b ; VISCHER/MÜLLER (2014), p. 403, n° 13.

⁸¹¹ Directives SECO (Location de services), pp. 93 et 123, lit. C et b.

⁸¹² MATILE/ZILLA (2010), pp. 11 et 12, lit. F.

⁸¹³ Message (1985), p. 586 ; Directives SECO (Location de services), p. 93, lit. C.

que les services du travailleur ne sont loués qu'exceptionnellement à une entreprise locataire et que la durée du contrat de travail est indépendante d'éventuelles missions effectuées dans des entreprises locataires. ».

2. But principal

À l'inverse du travail temporaire et de la mise à disposition de travailleurs à titre principal, le but du contrat de travail dans le cadre de la mise à disposition occasionnelle de travailleurs est, au moment de sa conclusion, d'engager le travailleur pour le compte de l'employeur à titre principal.⁸¹⁴ La location de services de ce travailleur ne doit s'avérer qu'exceptionnelle.⁸¹⁵ Ici, une mission doit rester un cas où le travailleur se verra que ponctuellement affecter auprès d'une entreprise tierce, notamment lors de périodes creuses au sein de son entreprise principale ou de périodes particulièrement chargées au cœur de l'entreprise locatrice pour y effectuer exclusivement une prestation de travail.⁸¹⁶ Le placement ne doit surtout pas constituer ou représenter un profit pour l'entreprise bailleuse, mais plutôt un moyen d'éviter un licenciement pour raisons économiques.⁸¹⁷

732

3. Forme du contrat de travail

L'art. 19 al. 1^{er} LSE qui impose la conclusion d'un contrat de travail écrit entre le travailleur et l'employeur, de durée déterminée, indéterminée, minimale ou maximale s'applique également, tout comme les deux autres formes de location de services, à la mise à disposition occasionnelle de travailleurs.⁸¹⁸

733

Aussi, à l'instar de la mise à disposition de travailleurs à titre principal, la durée du contrat de travail est ici indépendante de la durée de la mission, le travailleur possédant là encore un contrat de travail avec l'employeur distinct de tout contrat potentiel de mission subséquent.⁸¹⁹ Cela se justifie assez logiquement par le fait que le travailleur est engagé avant toute chose à titre principal auprès de

734

⁸¹⁴ Message (1985), p. 534 ; GEISER/MÜLLER (2015), p. 68, n° 176 ; LOOSER (2015), p. 99, n° 298 ; VISCHER/MÜLLER (2014), p. 404, n° 15.

⁸¹⁵ LOOSER (2015), p. 100, n° 298 ; MATILE/ZILLA (2010), p. 12, lit. F.

⁸¹⁶ TF du 30 avril 2007, 2A_425/2006, c. 3.2 (*a contrario*) ; Message (1985), p. 534 ; MATILE/ZILLA (2010), pp. 11 et 12, lit. F.

⁸¹⁷ Directives SECO (Location de services), p. 68, lit. a ; THEVENOZ (1987), p. 29, n° 29.

⁸¹⁸ Directives SECO (Location de services), p. 132, lit. c.

⁸¹⁹ LOOSER (2015), p. 100, n° 298 ; MATILE/ZILLA (2010), p. 12, lit. F.

l'employeur et se doit ainsi de détenir un lien de travail juridique fort et solidement ancré avec lui.

C. Locataire de services -Travailleur

- 735 Bien qu'il n'existe aucun contrat entre le locataire de services et le travailleur, en vertu du pouvoir de direction transmis par l'entreprise bailleuse à l'entreprise locataire, il sied de parler de relation quasi-contractuelle, et plus précisément de relation analogue à un contrat de travail.⁸²⁰ Ainsi, la loi, la jurisprudence et la doctrine en font découler des droits et des obligations, notamment en matière de responsabilité.⁸²¹
- 736 À ce titre, nous rappellerons l'exercice du pouvoir de direction de la société locataire sur le travailleur (**I**), puis nous examinerons la responsabilité du locataire de services vis-à-vis du travailleur (**II**) et celle du travailleur vis-à-vis de l'entreprise locataire de services (**III**), en cela que ces droits et obligations représentent à eux seuls la situation juridique entre ces deux parties.

I. Exercice du pouvoir de direction

- 737 Comme vu précédemment (cf. 705ss), l'entreprise locataire acquiert de l'entreprise bailleuse un pouvoir de direction, soit le droit de donner des instructions (art. 321d CO) à l'employé qu'elle lui loue. Une part essentielle de l'élément hiérarchique du rapport de subordination au sens large appelée subordination au sens strict spécifique est donc transféré depuis le bailleur de services au locataire de services, ce premier conservant par ailleurs une subordination au sens strict générale. Le caractère analogue à une relation de travail de la relation travailleur-locataire de services y trouve en partie sa cause ici,⁸²² bien que le rapport de subordination au sens strict ne soit qu'un des quatre éléments constitutifs du rapport de subordination au sens large.

⁸²⁰ TF du 23 octobre 2006, 4C.155/2006, c. 7.3.1 ; TFA du 30 mai 1988 in : DTA 1988 p. 70, c. 3, lit. c ; TC/GE du 19 janvier 2007, c. 3.5 in : JAR 2008, p. 370 ; TC/SG du 14 juin 1993 in : RSJ 1995 p. 455, c. 5, lit. a ; VISCHER/MÜLLER (2014), p. 409, n° 30.

⁸²¹ TC/GE du 19 janvier 2007, c. 3.5 in : JAR 2008, p. 370.

⁸²² *Ibid.*

II. Responsabilité du locataire de services vis-à-vis du travailleur

L'art. 10 de l'Ordonnance sur la prévention des accidents du 19 décembre 1983 (OPA) et l'art. 9 de l'Ordonnance 3 relative à la loi sur le travail du 18 août 1993 (OLT 3) imposent un devoir de protection au locataire de services à l'égard de ses travailleurs loués, respectivement en matière de sécurité au travail et s'agissant de leur santé.⁸²³ 738

L'art. 10 OPA précise qu'un « *employeur qui occupe dans son entreprise de la main-d'œuvre dont il loue les services à un autre employeur a envers elle les mêmes obligations en matière de sécurité au travail qu'à l'égard de ses propres travailleurs (art. 10 OPA).* ». 739

De son côté, l'art. 9 OLT 3 indique que « *Lorsque l'employeur occupe dans son entreprise des travailleurs dont il loue les services à un autre employeur, il a envers eux les mêmes obligations en matière de protection de la santé qu'envers ses propres travailleurs.* ». 740

S'agissant de ces deux dispositions, il n'est aucunement question d'un transfert de responsabilité, en raison du fait que l'entreprise bailleresse reste employeur, mais plutôt d'une double responsabilité.⁸²⁴ 741

La responsabilité du locataire s'avère essentielle quant au fait que le bailleur de services n'a lui, de son côté, aucun moyen d'assurer la sécurité et de protéger la santé de son travailleur sur un lieu de travail qui n'est pas le sien, avec des équipements qu'il ne connaît pas, pour des risques dont il ignore les détails et qui demandent des mesures de protection spécifiques à la branche en question.⁸²⁵ L'employeur de fait, soit le locataire de services, devra ainsi se soumettre aux mêmes obligations qu'un employeur de droit, i.e. informer ses travailleurs des dangers et des procédures à respecter, les instruire et les équiper pour réaliser les tâches qui leur seront imposées.⁸²⁶ 742

⁸²³ Directives pour la sécurité au travail (2008), p. 300-9, n° 306.16 ; GEISER/MÜLLER (2015), p. 728, n° 192a ; ZWYGART (2012), p. 66, n° 229.

⁸²⁴ TF du 26 août 2010, 6B_512/2010, c. 2.2.1.1.

⁸²⁵ Directives pour la sécurité au travail (2008), p. 300-9, n° 306.16.

⁸²⁶ Directives pour la sécurité au travail (2008), p. 300-9, n° 306.16 ; MATILE/ZILLA (2010), p. 9, lit. E.

- 743 En conséquence de cette double responsabilité, s'agissant de la survenance d'un accident, le locataire de services ainsi que le bailleur de services pourraient tous deux être tenus pour responsables,⁸²⁷ là où la responsabilité du locataire de services devrait être retenue en premier en matière de protection de la santé, sans toutefois que le bailleur de services en soit déchargé.⁸²⁸ En effet, il revient au bailleur de choisir diligemment les missions qu'il attribuera à ses travailleurs, en tenant compte de l'adéquation de leurs compétences aux tâches qui leur seront imposées.⁸²⁹

III. Responsabilité du travailleur vis-à-vis du locataire de services

- 744 Malgré le fait que le travailleur ne soit pas au bénéfice d'un contrat de travail avec le locataire de services, mais en vertu de son statut de « *quasi-travailleur* », celui-ci répondrait, selon des jurisprudences cantonales, de la mauvaise exécution de son travail vis-à-vis du locataire de services sous l'angle de l'art. 321e CO par analogie, soit la responsabilité du travailleur.⁸³⁰
- 745 Le tribunal fédéral a de son côté, contrairement à ce qui est exprimé par Favre/Munoz/Tobler,⁸³¹ rappelé ce choix de jurisprudences cantonales sans toutefois se prononcer réellement sur la question, indiquant cependant que le juge pouvait tenir compte de l'art. 321e al. 2 CO par analogie pour démontrer ou non la responsabilité du travailleur.⁸³²
- 746 L'art. 321e al. 2 CO permet d'évaluer le degré de responsabilité du travailleur en fonction de la mesure de la diligence qui incombait au travailleur. Celle-ci s'établit en fonction des dispositions du contrat, des risques professionnels inhérents au travail, des instructions reçues ou des connaissances techniques nécessaires à l'exécution de la prestation et des aptitudes du travailleur connues ou qui auraient dû l'être par l'employeur.⁸³³

⁸²⁷ ZWYGART (2012), p. 67, n° 231.

⁸²⁸ TF du 26 août 2010, 6B_512/2010, c. 2.2.1.1.

⁸²⁹ *Ibid.*

⁸³⁰ TF du 23 octobre 2006, 4C.155/2006, c. 7.3.1 in : JAR 2007, p. 329 ; TC/GE du 19 janvier 2007, c. 3.5 in : JAR 2008, p. 370 ; TC/SG du 14 juin 1993 in : RSJ/SJZ 1995, p. 455 ; FAVRE/MUNOZ/TOBLER (2010), n° 1.6 *ad* art. 19 LSE, p. 749.

⁸³¹ FAVRE/MUNOZ/TOBLER (2010), n° 1.6 *ad* art. 19 LSE, p. 749.

⁸³² TF du 23 octobre 2006, 4C.155/2006, c. 7.3.1 in : JAR 2007, p. 329.

⁸³³ *Ibid.*

§ 4 L'existence et l'intensité des éléments du rapport de subordination au sens large

Nous reprendrons ici la méthode utilisée au **Chapitre 7** dans la même sous-partie correspondante (cf. 322ss). Pour rappel, sur la base principalement du régime légal, soit des éléments objectivement essentiels analysés ci-dessus ainsi que dans une certaine mesure des obligations et droits inhérents au contrat de travail entre le bailleur de services et le travailleur (« *éléments intrinsèques* »), impératifs ou dispositifs, nous allons tenter de déterminer, pour chacune des dépendances (hiérarchique, spatiale, temporelle et économique) du rapport de subordination au sens large tels que retenus en **première partie** de thèse, si celles-ci sont présentes ou absentes dudit contrat. Pour ce faire, nous comparerons, pour chacune d'elles, les éléments en faveur et en défaveur de celles-ci, puis déciderons sur la base d'une pesée de ces indices, à sa présence ou non. 747

Enfin, sur la base de cette étude et en confrontant les diverses dépendances de ce rapport de subordination au sens large, nous serons à même de conclure à l'intensité avec laquelle celles-ci exercent leur présence soit constater que certaines se présenteraient peut-être comme représentatives ou caractéristiques du contrat examiné. 748

Si la méthode ne se distingue pas de celle usée pour les trois précédents contrats auscultés, nous la déclinerons cependant à chaque fois dans le cadre des différentes formes de locations de services tant le résultat en sera changé. Nous commencerons par le travail temporaire (**A**), puis continuerons par la mise à disposition de travailleurs à titre principal (**B**) et conclurons par la mise à disposition occasionnelle de travailleurs (**C**). Puis, une fois les présences et absences admises et en reprenant ces résultats, nous poursuivrons avec la constatation ou non d'un ou plusieurs éléments caractéristiques ou représentatifs pour ces trois formes de location de services au sein d'une synthèse (**D**). 749

À noter qu'aucune analyse des droits et obligations issus de la liberté contractuelle en faveur des différentes dépendances ne sera effectuée ici, celle-ci n'étant que peu pertinente dans le cadre de ce contrat précis et pour notre étude. 750

A. Dans le cadre du travail temporaire

L'exercice débutera par l'élément organisationnel (**I**), puis l'élément hiérarchique (**II**), suivi de l'élément économique (**III**), et se conclura par une synthèse (**IV**). 751

I. L'élément organisationnel

- 752 L'élément organisationnel du rapport de subordination au sens large est fortement touché au sein du contrat de travail entre le bailleur de services et le travailleur dans le cadre du travail temporaire, et cela à la fois au niveau spatial (1) et temporel (2).

1. L'élément spatial

- 753 Nous examinerons les éléments intrinsèques du travail temporaire, soit principalement les éléments objectivement essentiels et dans une certaine mesure les droits et obligations issus des différentes relations contractuelles le composant, en faveur d'une dépendance spatiale tout d'abord (a) puis en défaveur d'une telle dépendance (b) au sein du contrat de travail conclu entre le bailleur de services et l'employeur. Nous concluons ensuite à l'existence ou non d'une dépendance spatiale sur la base des éléments intrinsèques du travail temporaire (c).

a. Éléments intrinsèques en faveur d'une dépendance spatiale

- 754 Dans le cadre du travail temporaire, il convient de distinguer le « *lieu d'engagement* » et le « *lieu de travail* ». ⁸³⁴ Si le lieu de travail, soit l'endroit où la prestation du travailleur est exécutée est extérieur aux bâtiments de l'entreprise bailleusesse, le lieu d'engagement, soit l'endroit où le contrat de travail (contrat-cadre et contrat de mission) est conclu entre le travailleur et l'employeur, se situe dans les locaux de l'employeur de droit. ⁸³⁵ Ainsi, le lien juridique unissant le travailleur et le bailleur de services naît au sein de l'entreprise bailleusesse, introduisant par là son intégration spatiale dans l'entreprise.
- 755 Nous remarquons que même si les contrats sont signés par le travailleur à son domicile et non dans les locaux de l'entreprise, la volonté de créer une relation contractuelle de travail se concrétise dans la structure de l'employeur de droit, lors d'entretiens dans ses bureaux notamment.

⁸³⁴ TC/NE du 30 janvier 2003, c. 4 in : RJN 2003, p.187.

⁸³⁵ *Ibid.*

b. Éléments intrinsèques en défaveur d'une dépendance spatiale

Il existe, à notre sens, deux éléments intrinsèques en défaveur d'une dépendance spatiale, soit le fait que le lieu d'exécution de la prestation de travail soit en dehors des locaux de l'employeur (i) et que les outils nécessaires à sa réalisation soient fournis par l'entreprise locataire (ii). 756

(i) *Lieu d'exécution de la prestation de travail en dehors des locaux de l'employeur*

Dans le cadre du travail temporaire, nous l'avons vu, le travailleur réalise exclusivement son travail dans des locaux extérieurs à l'entreprise de l'employeur et qui ne lui appartiennent pas, soit au cœur d'une entreprise tierce, totalement indépendante de l'agence du bailleur de services. Cela implique par ailleurs que le travailleur est régulièrement loué à des entreprises dont le bailleur ne connaît pas précisément les infrastructures ou même ne les a jamais visitées. 757

L'intégration du travailleur dans l'organisation spatiale de l'entreprise paraît ici inexistante, en cela que celui-ci n'y reçoit aucune place de travail et effectue le travail pour lequel il est engagé uniquement au sein d'une entreprise tierce. Dans celle-ci, en revanche, une véritable intégration spatiale s'opère.⁸³⁶ 758

(ii) *Fourniture d'outils par l'entreprise locataire*

Le matériel, les outils et les instruments utilisés pour réaliser la prestation sont délivrés et appartiennent à l'entreprise de mission et non au bailleur de services.⁸³⁷ Ces objets, qui représentent une extension de l'espace de travail, forment un pont spatial entre l'entreprise locataire et l'employé. Dans le cadre du travail temporaire, ce pont se crée avec l'entreprise de mission et non avec celle du bailleur de services, favorisant son intégration dans cette première et aucunement dans cette dernière. 759

c. Conclusion

Il apparaît clairement, au vu des deux éléments intrinsèques évoqués ci-dessus, que l'élément spatial n'est pas présent au sein du contrat de travail dans le cadre 760

⁸³⁶ Directives SECO (Location de services), p. 65, n° 3 ; MATILE/ZILLA (2010), p. 6, lit. D.

⁸³⁷ TF du 30 avril 2007, 2A_425/2006, c. 3.2 (*a contrario*) ; Directives SECO (Location de services), p. 65, n° 3 ; MATILE/ZILLA (2010), p. 6, lit. D.

du travail temporaire. En effet, la simple conclusion d'un contrat de travail au cœur de l'établissement de l'employeur ne saurait prendre le pas sur l'exercice effectif de ce contrat dans les locaux d'une entreprise tierce en utilisant ses outils et matériaux.

2. L'élément temporel

761 Nous allons maintenant examiner les éléments intrinsèques du travail temporaire, soit principalement les éléments objectivement essentiels et dans une certaine mesure les droits et obligations issus des différentes relations contractuelles qui le composent, en faveur d'une dépendance temporelle tout d'abord (a) puis en défaveur d'une telle dépendance (b) au sein du contrat de travail conclu entre le bailleur de services et l'employeur. Nous finirons par conclure enfin à l'existence ou non d'une dépendance temporelle sur la base des éléments intrinsèques du travail temporaire (c).

a. Éléments intrinsèques en faveur d'une dépendance temporelle

762 Les horaires de travail du travailleur sont fixés par le bailleur de services et doivent être inscrits dans le contrat de travail écrit (art. 19 al. 2 lit. d LSE), et plus exactement dans le contrat de mission, ceux-ci étant spécifiques aux besoins d'une entreprise tierce donnée.⁸³⁸ Il s'agit là de préciser l'horaire moyen que le travailleur sera amené à réaliser.⁸³⁹

763 Les horaires étant imposés dans le contrat de travail par l'employeur à l'employé pour effectuer sa prestation, ce premier se trouve dépendant temporellement de ce dernier.

b. Éléments intrinsèques en défaveur d'une dépendance temporelle

764 Nous retenons deux éléments intrinsèques en défaveur d'une dépendance temporelle : le fait que les horaires de travail soient imposés en amont par le locataire de services (i) et le fait que les heures réalisées par le travailleur ne le soient qu'exclusivement au siège du locataire de services (ii).

⁸³⁸ Directives SECO (Location de services), pp. 110 et 111, lit. S ; KRUMMENACHER/WEIBEL in : KULL (2014), n° 18 *ad* art. 19 LSE, p. 116 ; VISCHER/MÜLLER (2014), p. 406, n° 22.

⁸³⁹ Directives SECO (Location de services), p. 96, lit. K.

(i) *Des horaires imposés en amont par le locataire de services*

Bien que l'employeur fixe l'horaire moyen de son travailleur dans le contrat de mission, il n'en reste pas moins que c'est l'entreprise locataire de services qui, en amont, impose au bailleur de services, dans le cadre du contrat de location de services, les jours et temps de travail de l'employé (art. 22 al. 1^{er} lit. E LSE).⁸⁴⁰ Le travailleur est dans les faits réellement soumis et intégré temporellement à l'entreprise de location de services,⁸⁴¹ même si ce n'est formellement et juridiquement constatable qu'avec l'employeur de droit par le biais du contrat de travail écrit. Ainsi, la mainmise temporelle de l'employeur sur son employé, soit la dépendance temporelle à laquelle ce dernier est assujéti vis-à-vis de ce premier n'est en réalité que fictive.

765

(ii) *Des heures réalisées exclusivement au siège du locataire de services*

Les heures de travail de l'employé loué sont exclusivement réalisées au siège du locataire de services.⁸⁴² Pourtant, la dépendance temporelle implique, pour mémoire, que le travailleur mette une partie de son temps, appelé « *temps d'obéissance* », au service de son employeur. Si le contrat de travail est signé entre l'employeur et l'employé, force est de constater que, dans les faits, le travailleur met son temps à disposition de l'entreprise locataire qui sera par ailleurs seule en position de l'exploiter afin notamment de le faire « *obéir* » aux instructions données grâce à l'acquisition d'une subordination au sens strict spécifique en sa faveur.

766

c. Conclusion

Il n'est pas chose aisée que de déterminer si l'élément temporel existe au sein du contrat de travail dans le travail temporaire. Si les horaires sont juridiquement imposés par le bailleur de services à son travailleur, ils sont en réalité dictés en amont par le locataire à ce même bailleur dans le cadre du contrat de

767

⁸⁴⁰ TF du 30 avril 2007, 2A_425/2006, c. 3.2 (*a contrario*) ; Directives SECO (Location de services), p. 66, n° 3 ; KRUMMENACHER/WEIBEL in : KULL (2014), n° 3 *ad* art. 22 LSE, p. 137 ; MATILE/ZILLA (2010), p. 6, lit. D.

⁸⁴¹ Directives SECO (Location de services), p. 65, n° 3 ; MATILE/ZILLA (2010), p. 6, lit. D.

⁸⁴² TF du 30 avril 2007, 2A_425/2006, c. 3.2 (*a contrario*) ; Directives SECO (Location de services), p. 66, n° 3.

location de services et sont surtout effectués chez le locataire. Ce dernier argument devrait, à notre sens, suffire à lui seul à garantir l'absence d'une dépendance temporelle de l'employé vis-à-vis de l'employeur dans le contexte du travail temporaire.

II. L'élément hiérarchique

768 Nous poursuivons désormais l'analyse avec les éléments intrinsèques du travail temporaire, soit principalement les éléments objectivement essentiels et dans une certaine mesure les droits et obligations issus des différentes relations contractuelles le composant, en faveur d'une dépendance hiérarchique tout d'abord (1) puis en défaveur d'une telle dépendance (2) au sein du contrat de travail conclu entre le bailleur de services et l'employeur. Une fois de plus, nous concluons ensuite à l'existence ou non d'une dépendance hiérarchique sur la base des éléments intrinsèques du travail temporaire (3).

1. Éléments intrinsèques en faveur d'une dépendance hiérarchique

769 Si, comme nous l'avons vu, l'employeur n'exerce en pratique pas son pouvoir de direction sur son employé dans le cadre de la réalisation de la prestation de travail de celui-ci, il conserve tout de même une part de subordination au sens strict que nous appelons « *subordination au sens strict générale* » (cf. 705ss). Il peut par exemple, et pour rappel, ordonner à son employé de cesser toute activité sur le lieu de travail de l'entreprise locatrice.⁸⁴³ Il s'agit là d'un pouvoir de direction qui se trouve être moins spécifique au travail à réaliser, mais d'ordre plus général et aux conséquences directes sur la situation de travail de l'employé.

2. Éléments intrinsèques en défaveur d'une dépendance hiérarchique

770 Le bailleur de services transfère l'essentiel de son pouvoir de direction à l'entreprise locatrice, lui attribuant ce que nous appelons un « *rapport de subordination au sens strict spécifique* », et conservant un « *rapport de subordination au sens strict général* » (cf. 705ss). Il s'agit là d'une scission de l'élément hiérarchique en deux, soit d'une découpe de l'élément le plus fondamental du contrat de travail, redistribué entre un employeur de droit et un employeur de fait. Cette découpe n'est cependant pas égale, en ce sens que « *l'essentiel du pouvoir*

⁸⁴³ TFA du 30 mai 1988 in : DTA 1988, p. 70, c. 3, lit. c.

de direction » est transmis au locataire de services. L'affaiblissement de l'élément hiérarchique au sein du contrat de travail est ici clair en cela que le travailleur cède la majorité des pouvoirs qui en sont inhérents à un tiers.⁸⁴⁴

3. Conclusion

Si le rapport de subordination au sens strict se scinde en deux et se répartit entre deux parties, il est crucial de garder à l'esprit que « *l'essentiel du pouvoir de direction* » est transmis à l'employeur de fait, soit une part plus importante et surtout plus représentative de celui-ci. L'acteur majeur étant le locataire de services et non le bailleur de services, il doit être conclu à l'absence de dépendance hiérarchique du travailleur vis-à-vis de l'employeur dans le cadre du travail temporaire.

771

III. L'élément économique

Pour conclure sur le travail temporaire, nous examinerons ses éléments intrinsèques, soit principalement les éléments objectivement essentiels et dans une certaine mesure les droits et obligations issus des différentes relations contractuelles le composant, en faveur d'une dépendance économique tout d'abord (1) puis en défaveur d'une telle dépendance (2) au sein du contrat de travail conclu entre le bailleur de services et l'employeur. Nous conclurons ensuite à l'existence ou non d'une dépendance économique sur la base des éléments intrinsèques du travail temporaire (3).

772

1. Éléments intrinsèques en faveur d'une dépendance économique

Il n'existe pas réellement d'éléments intrinsèques au travail temporaire qui penchent en faveur d'une dépendance économique du salarié vis-à-vis de l'employeur. Bien sûr, le bailleur de services et non le locataire paye le salaire du travailleur prêté, mais cela n'est pas un élément intrinsèque à la location de services mais à tout contrat de travail ordinaire.

773

Cependant, il convient ici de soulever une obligation, certes inhérente au contrat de travail ordinaire, mais qu'il est fondamental d'honorer dans le cadre du travail temporaire et qui a trait à cette dépendance économique. Dans le cas où l'employé se trouverait sous-occupé au sein de l'entreprise de mission, i.e. réa-

774

⁸⁴⁴ MATILE/ZILLA (2010), p. 6, lit. D.

lisant moins d'heures que prévu dans le contrat de travail, le bailleur de services a l'obligation de payer les heures non effectuées à son travailleur, garantissant ainsi le respect du contrat de travail (art. 324 CO).⁸⁴⁵ L'employé bénéficie ici d'une absence totale de risque d'entreprendre, indice penchant en faveur d'une dépendance économique, celui-ci n'assumant pas l'effet financier négatif d'une sous-occupation, soit d'un manque de travail.

2. Éléments intrinsèques en défaveur d'une dépendance économique

- 775 Nous ne voyons pas là non plus de véritables éléments intrinsèques, en défaveur cette fois, d'une dépendance économique.
- 776 Pourtant, à ce titre, il pourrait être tentant d'invoquer un certain nombre d'indices penchant dans ce sens. Le fait que l'employé soit libre de s'engager auprès d'autres employeurs tant qu'un contrat de mission n'est pas conclu avec son employeur en implique un. Celui-ci ne subit ici aucune restriction à l'activité économique, indice en faveur d'une dépendance du même type.
- 777 Aussi, le fait qu'un travailleur ne soit pas au bénéfice d'une rémunération périodique et constante en est un supplémentaire. En effet, les montants des salaires peuvent varier au gré des missions, les salaires eux-mêmes pouvant, par ailleurs, être tantôt réguliers par période, tantôt rares par d'autres, laissant parfois l'employé sans rémunération.
- 778 Toutefois, à notre sens, ces indices ne sont pas admissibles. Il doit être examiné l'élément économique du rapport de subordination dans le cadre du contrat de travail, soit après la conclusion du contrat de mission et non en se basant sur le seul contrat-cadre qui ne constitue pas un contrat de travail en tant que tel. Une fois le contrat de mission et par là même le contrat de travail conclu, ces indices ne sont plus invocables. L'employé n'est plus libre de s'engager avec n'importe quel autre employeur et la mission offerte propose un salaire, soit une rémunération périodique et constante.

3. Conclusion

- 779 En l'absence d'indices à même de mettre à mal l'élément économique du rapport de subordination au sens large dans le cadre du travail temporaire, celui-ci doit être reconnu comme existant au sein du contrat de travail unissant le bailleur de services et le travailleur.

⁸⁴⁵ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (2012), n° 5 *ad* art. 324 CO, p. 385.

IV. Synthèse

Nous tâcherons de suivre la méthode de raisonnement utilisée et détaillée au **Chapitre 7** à ce même stade (cf. 402). À ce titre, notre synthèse s'articulera autour de trois points : rappeler la présence ou l'absence des éléments du rapport de subordination au sens large constatées ci-dessus dans le cadre du contrat de travail temporaire (1), déterminer lesquels des éléments présents sont les plus intensément représentés (2), puis dresser un tableau récapitulatif reprenant ces deux points, mais sous une reproduction mathématique et non scripturale (3). 780

1. Présences et absences

À la vue de l'analyse effectuée ci-dessus, on peut observer que si la dépendance économique est présente, les dépendances spatiale, temporelle et hiérarchique sont absentes. 781

2. Intensité des éléments présents

L'élément économique étant, à notre sens, le seul élément présent, il est aisé de conclure à ce qu'il constitue l'élément prédominant et représentatif du rapport de subordination au sens large au cœur du contrat de travail dans le travail temporaire. 782

3. Tableau récapitulatif

Le fonctionnement et les raisons d'existence du présent tableau sont détaillés précédemment au **Chapitre 7** (cf. 406ss) 783

	Spatial	Temporel	Hiérar- chique	Écono- mique	Total
Travail tem- poraire	0	0	0	1*	1/4

B. Dans le cadre de la mise à disposition de travailleurs à titre principal

Comme pour le travail temporaire, l'analyse du rapport de subordination au sens large débutera, pour la mise à disposition de travailleurs à titre principal, par 784

l'élément organisationnel (I), puis l'élément hiérarchique (II), suivi de l'élément économique (III), et se conclura par une synthèse (IV).

I. L'élément organisationnel

785 L'élément organisationnel du rapport de subordination au sens large est grandement impacté au sein du contrat de travail conclu entre le bailleur de services et le travailleur dans le cadre du travail en régie, et cela à la fois au niveau spatial (1) et temporel (2).

1. L'élément spatial

786 Nous examinerons, pour débiter, les éléments intrinsèques de la mise à disposition des travailleurs à titre principal, soit en particulier les éléments objectivement essentiels et dans une certaine mesure les droits et obligations issus des différentes relations contractuelles le composant, en faveur d'une dépendance spatiale tout d'abord (a) puis en défaveur d'une telle dépendance (b) au sein du contrat de travail conclu entre le bailleur de services et l'employeur. Nous concluons finalement à l'existence ou non d'une dépendance spatiale sur la base des éléments intrinsèques du travail en régie (c).

a. Éléments intrinsèques en faveur d'une dépendance spatiale

787 Dans le cadre du travail en régie, nous l'avons vu (cf. 727), si le travailleur n'est pas engagé à remplir une mission pour le compte d'une entreprise tierce, le bailleur de services se doit de l'occuper en lui fournissant des tâches qui généralement s'effectuent au sein d'un établissement qu'il possède. Le travailleur évolue donc, dans ces cas de figure, dans l'entreprise, soit l'espace de travail, de son employeur.

788 Ainsi, lorsque le travailleur est occupé par le bailleur de services, le travailleur se retrouve pleinement intégré à l'entreprise d'un point de vue spatial.

b. Éléments intrinsèques en défaveur d'une dépendance spatiale

789 Le but premier du travail en régie consiste, comme dans le cadre du travail temporaire, à placer un travailleur au sein d'une entreprise locataire de services. L'intégration spatiale qu'une telle forme de location de services vise est celle de l'employé au cœur de l'entreprise du locataire de services uniquement.

À l'inverse donc, l'objectif poursuivi par le travail en régie n'est en aucun cas l'occupation de l'employé par son employeur. Cette solution n'intervient que comme une soupape de sécurité dans le cas où le placement du travailleur auprès d'une entreprise tierce ne serait pas possible et afin d'éviter que le travailleur ne se trouve non occupé, ce qui n'est pas acceptable en vertu du contrat de travail indépendant de toutes missions qu'il possède avec le bailleur de services. 790

c. Conclusion

La reconnaissance d'une dépendance spatiale du travailleur à l'égard de son employeur devrait dépendre du temps de présence de ce premier dans l'entreprise de ce dernier par rapport au temps de présence de ce même employé dans une ou plusieurs entreprises locataires de services. 791

Toutefois, en raison du fait que, malgré l'existence d'un contrat de travail indépendant des contrats de missions, le but du travail en régie demeure la location de travailleur, il doit être retenu que c'est dans une entreprise tierce que le travailleur est attendu pour s'intégrer spatialement. Il tient donc de conclure à l'absence d'une dépendance spatiale du travailleur vis-à-vis de l'employeur dans le cadre de la mise à disposition des travailleurs à titre principal. 792

2. L'élément temporel

Nous tâcherons maintenant de soulever les éléments intrinsèques de la mise à disposition des travailleurs à titre principal, soit en particulier les éléments objectivement essentiels et dans une certaine mesure les droits et obligations issus des différentes relations contractuelles le composant, en faveur d'une dépendance temporelle pour commencer (a) puis en défaveur d'une telle dépendance (b) au sein du contrat de travail conclu entre le bailleur de services et l'employeur pour poursuivre. Nous concluons ensuite à la présence ou non d'une dépendance temporelle sur la base des éléments intrinsèques du travail en régie (c). 793

a. Éléments intrinsèques en faveur d'une dépendance temporelle

Il convient de mettre en avant deux éléments intrinsèques en faveur d'une dépendance temporelle : la fixation par le bailleur de services d'horaires en cas de mission (i) et la fixation d'horaires par le bailleur de services toujours en cas d'occupation du travailleur par celui-ci (ii). 794

(i) *Fixation d'horaires en cas de mission*

- 795 Lorsque l'employé se trouve en mission dans le cadre du travail en régie, les horaires de travail à effectuer par ce dernier auprès de l'entreprise tierce doivent être fixés par le bailleur de services dans le contrat de mission (art. 19 lit. d LSE),⁸⁴⁶ qui prendra la forme d'un avenant au contrat de travail principal.⁸⁴⁷ Il s'agit là de préciser l'horaire moyen que le travailleur sera amené à réaliser.⁸⁴⁸
- 796 Les horaires étant imposés dans le contrat de travail par l'employeur à l'employé pour accomplir sa prestation auprès d'une entreprise locataire de services, le travailleur se retrouve dépendant temporellement du bailleur de services.

(ii) *Fixation d'horaires en cas d'occupation par le bailleur*

- 797 Lorsque maintenant l'employeur se doit d'occuper son travailleur, car celui-ci n'a aucune mission en cours, il revient à lui le pouvoir d'organiser et de fixer le temps de travail de ses employés au sein de son établissement. Il s'agit ici d'une conséquence directe du fait que l'employeur possède un contrat de travail avec son travailleur indépendant de tous contrats de missions.

b. *Éléments intrinsèques en défaveur d'une dépendance temporelle*

- 798 Les seuls éléments intrinsèques en défaveur d'une dépendance temporelle que nous pourrions conserver ici se rapportent au cas où l'employé se trouve occupé en mission et correspondent en tout point aux éléments intrinsèques en défaveur d'une dépendance temporelle retenus dans le contexte du travail temporaire auxquels il convient donc de se référer (cf. 764ss). Pour rappel, ceux-ci concernaient le fait que les horaires sont imposés, dans le cadre de mission, en amont par le locataire de services et que les heures de travail sont, dans le cadre d'une mission toujours, exclusivement effectuées au siège de l'entreprise locataire de services.

⁸⁴⁶ Directives SECO (Location de services), pp.110 et 111, lit. S ; KRUMMEN-ACHER/WEIBEL in : KULL (2014), n° 18 *ad* art. 19 LSE, p. 116.

⁸⁴⁷ Directives SECO (Location de services), p. 93, lit. C.

⁸⁴⁸ *Idem*, p. 96, lit. K.

c. Conclusion

À l'instar de notre conclusion sur la présence de l'élément temporel dans le contexte du travail temporaire, si l'employeur fixe des horaires à son employeur, ceux-ci lui sont en réalité dictés par le locataire de services en amont et sont réalisés chez ce dernier. Aussi, alors même que l'employeur peut imposer ses horaires lorsque le travailleur évolue dans son établissement, le but du travail en régie demeurant la location, c'est le temps effectif mis à disposition de l'employeur de droit dans le cadre d'une mission qui doit être considéré. En l'espèce, celui-ci est dans les faits inexistant, le « *temps d'obéissance* » étant mis à disposition du locataire de services. 799

En conséquence il doit être retenu une absence de dépendance temporelle du travailleur vis-à-vis de l'employeur dans le cadre du travail en régie. 800

II. L'élément hiérarchique

Nous examinerons désormais les éléments intrinsèques de la mise à disposition des travailleurs à titre principal, soit principalement les éléments objectivement essentiels et dans une certaine mesure les droits et obligations issus des différentes relations contractuelles le composant, en faveur d'une dépendance hiérarchique tout d'abord (1) puis en défaveur d'une telle dépendance (2) au sein du contrat de travail conclu entre le bailleur de services et l'employeur. Nous concluons ensuite à l'existence ou non d'une dépendance hiérarchique sur la base des éléments intrinsèques du travail en régie (3). 801

1. Éléments intrinsèques en faveur d'une dépendance hiérarchique

Nous retenons, à titre d'éléments intrinsèques en faveur d'une dépendance hiérarchique, un travail effectué sous les ordres de l'employeur lorsque le travailleur n'est pas occupé en mission (a), un rapport de subordination au sens strict général (b) et une obligation d'accepter une mission (c). 802

a. Un travail effectué sous les ordres de l'employeur hors de missions

Lorsque le travailleur n'est pas engagé dans une mission, soit tant que celui-ci n'exécute aucune prestation pour une entreprise tierce, l'employeur se doit de l'occuper en lui offrant une place de travail, le plus souvent au sein d'un établissement qu'il exploite lui. 803

804 Le travailleur se retrouve donc directement sous les ordres de son employeur, celui-ci pouvant dès lors exercer la totalité de son pouvoir de direction, soit l'entier du rapport de subordination au sens strict. L'employeur est bien le seul ici à même de lui transmettre des instructions, de l'obliger au respect de ses directives applicables dans son établissement, et de lui imposer par exemple le rendu de rapports, éléments caractéristiques d'un rapport de subordination au sens strict spécifique.

b. Un rapport de subordination au sens strict général

805 Comme dans le cadre du travail temporaire, lorsque le travailleur est engagé dans une mission, l'employeur conserve un rapport de subordination au sens strict général qui lui permet notamment, nous l'avons vu (cf. 705ss), de délivrer des instructions d'ordre plus général sur la relation de travail en tant que telle.

806 Le fait que le travailleur soit au bénéfice d'un contrat de travail indépendant de ses contrats de mission avec son employeur ne devrait toutefois par renforcer sur le fond ce rapport de subordination au sens strict général ni lui offrir une plus grande importance comme indice d'une dépendance hiérarchique, en raison du fait que le but du travail en régie demeure le placement auprès d'une entreprise tierce et la mise sous ses ordres à elle.

c. Une obligation d'accepter une mission

807 Encore une fois, dans le cadre du travail en régie, le travailleur est au bénéfice d'un contrat de travail indépendant de tout contrat de mission avec son employeur. En vertu d'un tel lien juridique, le travailleur est contraint de se soumettre aux instructions de son employeur, l'une d'entre elles étant l'obligation d'accepter les missions qui lui sont proposées par ce dernier, ce qui n'est pas le cas dans le cadre du travail temporaire, l'employeur ne possédant pas avec son travailleur de contrat de travail indépendant d'un contrat de mission.

808 Aussi, bien que le but du travail en régie demeure la mise à disposition d'un travailleur pour le compte d'un locataire, le fait que l'employeur puisse imposer une mission en usant de ses prérogatives offertes par le rapport de subordination au sens strict renforce la présence de cet élément dans la mise à disposition de travailleurs à titre principal.

2. Éléments intrinsèques en défaveur d'une dépendance hiérarchique

À l'instar du travail temporaire, le bailleur de services transfère, lors de missions, l'essentiel de son pouvoir de direction à l'entreprise locatrice, lui offrant un rapport de subordination au sens strict spécifique, et se dotant d'un rapport de subordination au sens strict général. 809

Cette scission de l'élément hiérarchique du rapport de subordination provoque inévitablement son appauvrissement au sein de la relation de travail entre le travailleur et l'employeur de droit. 810

3. Conclusion

Contrairement au travail temporaire, la mise à disposition des travailleurs à titre principal dispose d'un indice de poids en faveur d'une dépendance hiérarchique. L'employeur peut, en vertu du fait qu'il possède déjà un contrat de travail avec le travailleur, imposer à ce dernier une mission par l'utilisation de sa subordination au sens strict. L'employeur choisit donc de scinder et de transmettre volontairement l'essentiel du rapport de subordination au sens strict à une entreprise locatrice alors même qu'il en bénéficiait dans son intégralité, ce qui n'est pas le cas dans le travail temporaire où l'employeur ne le détient jamais dans sa totalité. 811

Toutefois, le but du travail en régie demeure le legs de l'essentiel du rapport de subordination au sens strict et son exercice complet par l'employeur de droit n'est qu'une solution temporaire. Pour cette raison, il ne doit être retenu l'existence d'un élément hiérarchique dans la mise à disposition des travailleurs à titre principal. 812

III. L'élément économique

Nous relèverons pour terminer les éléments intrinsèques de la mise à disposition des travailleurs à titre principal, soit principalement les éléments objectivement essentiels et dans une certaine mesure les droits et obligations issus des différentes relations contractuelles le composant, en faveur d'une dépendance économique tout d'abord (a) puis en défaveur d'une telle dépendance (b) au sein du contrat de travail conclu entre le bailleur de services et l'employeur. Nous établirons pour conclure l'existence ou non d'une dépendance économique sur la base des éléments intrinsèques du travail en régie (c). 813

1. Éléments intrinsèques en faveur d'une dépendance économique

- 814 Nous voyons là un seul élément intrinsèque, mais particulièrement central, en faveur d'une dépendance économique. Il s'agit simplement du fait que le travailleur est au bénéfice, dans le travail en régie, d'un contrat de travail ordinaire, de durée déterminée ou non, mais en tout cas conclu indépendamment avec son employeur d'un potentiel contrat de mission subséquent. En d'autres termes, l'employé et l'employeur restent liés en tout temps par un contrat de travail.
- 815 Par conséquent, l'employeur est obligé d'occuper son employé si aucune mission ne vient à se présenter, garantissant ainsi à ce dernier le paiement d'un salaire régulier. Cela correspond à l'un des critères de l'élément économique et donc inévitablement d'un élément penchant en faveur d'une dépendance économique, à savoir le versement d'une rémunération périodique et constante.
- 816 Nous notons également que l'obligation, examinée dans le cadre du travail temporaire (cf. 774ss), pour l'employeur d'assumer la sous-occupation du travailleur (art. 324 CO) par l'entreprise de location, trouve aussi sa place dans le travail en régie et constitue un indice en faveur d'une dépendance économique bien qu'il ne s'agisse toujours pas d'un élément intrinsèque au travail en régie, mais d'une simple obligation de contrat de travail ordinaire.

2. Éléments intrinsèques en défaveur d'une dépendance économique

Il n'y a, à notre sens, aucun élément intrinsèque au travail en régie affaiblissant l'élément économique du rapport de subordination au sens large. 817

3. Conclusion

L'existence d'une dépendance économique de l'employé vis-à-vis de l'employeur dans le cadre du travail en régie ne semble pas faire de doute, en cela qu'aucun indice en sa défaveur n'est à même d'être invoqué et que d'autres viennent la renforcer. 818

IV. Synthèse

Nous tâcherons de suivre la même méthode de raisonnement qu'utilisée et détaillée au **Chapitre 7** à ce stade similaire (cf. 402). À ce titre, notre synthèse s'articulera autour de trois points : rappeler la présence ou l'absence des éléments du rapport de subordination au sens large constatées ci-dessus dans le cadre du contrat de travail dans le travail en régie (1), déterminer lesquels des éléments présents sont les plus intensément représentés (2), puis dresser un tableau récapitulatif reprenant ces deux points, mais sous une reproduction mathématique et non scripturale (3). 819

1. Présences et absences

À la vue de l'analyse effectuée ci-dessus et tout comme dans le travail temporaire, on peut observer que si la dépendance économique est présente, les dépendances spatiale, temporelle et hiérarchique sont absentes. 820

2. Intensité des éléments présents

Il convient maintenant de déterminer l'intensité des éléments du rapport de subordination au sens large présent dans le cadre du contrat de travail siégeant dans la forme de location de services qu'est le travail en régie. 821

Constatant que l'élément économique est le seul élément du rapport de subordination au sens large présent et qu'il ne subit aucun affaiblissement, se trouvant 822

même au bénéfice d'indices en sa faveur, il est aisé de conclure à ce qu'il constitue l'élément déterminant et le mieux représenté du rapport de subordination au sens large dans la mise à disposition des travailleurs à titre principal.

3. Tableau récapitulatif

- 823 Le fonctionnement et les raisons d'existence du présent tableau sont détaillés précédemment au **Chapitre 7** (cf. 406ss).

	Spatial	Temporel	Hiérarchique	Économique	Total
Mise à disposition de travailleurs à titre principal	0	0	0	1*	1/4

C. Dans le cadre de la mise à disposition occasionnelle de travailleurs

- 824 Pour conclure notre exposé, et pour conserver une certaine systématique, l'analyse du rapport de subordination au sens large débutera dans le cadre de la mise à disposition occasionnelle de travailleurs, comme pour les deux autres formes de location de services, par l'élément organisationnel (**I**), puis l'élément hiérarchique (**II**), suivi de l'élément économique (**III**), et se conclura par une synthèse (**IV**).

I. L'élément organisationnel

- 825 L'élément organisationnel du rapport de subordination au sens large n'est pratiquement pas touché dans le cadre de la mise à disposition occasionnelle de travailleur, et cela à la fois au niveau spatial (1) et temporel (2).

1. L'élément spatial

- 826 Nous commencerons, encore et toujours, par examiner les éléments intrinsèques de la mise à disposition occasionnelle de travailleurs, soit principalement les éléments objectivement essentiels et dans une certaine mesure les droits et obligations issus des différentes relations contractuelles le composant, en faveur

d'une dépendance spatiale tout d'abord (a) puis en défaveur d'une telle dépendance (b) au sein du contrat de travail conclu entre le bailleur de services et l'employeur. Nous concluons ensuite comme à son habitude à l'existence ou non d'une dépendance spatiale sur la base des éléments intrinsèques de la mise à disposition occasionnelle de travailleurs (c).

a. Éléments intrinsèques en faveur d'une dépendance spatiale

À l'inverse du travail temporaire et du travail en régie, l'employé est, dans le cadre d'une mise à disposition occasionnelle de travailleurs, engagé à l'origine par son employeur en vue de travailler sous ses ordres et pour son propre compte, par le biais d'un contrat de travail indépendant de toutes missions alors encore inenvisagées. Aussi, le travailleur exerce donc en temps normal ses tâches au sein de l'entreprise de l'employeur. Ce n'est qu'à titre exceptionnel, lors d'une période creuse par exemple, qu'il est détaché pour travailler dans les locaux d'une entreprise tierce.

827

Le travailleur reste conséquemment pleinement intégré à l'organisation de l'entreprise de son employeur d'un point de vue spatial, en ce sens que son but principal est de travailler pour celui-ci. Il n'y a aucun objectif d'intégration de l'employeur au sein de l'entreprise locataire qui ne constitue donc qu'une roue de secours pour l'employeur de droit. En effet, le travailleur ne s'intègre que temporairement dans une entreprise tierce en attendant de revenir dans celle du bailleur de services.

828

b. Éléments intrinsèques en défaveur d'une dépendance spatiale

Pendant la période durant laquelle l'employé se trouve loué auprès d'un locataire de services, celui-ci évolue dans ses locaux et s'intègre, bien que temporairement, d'un point de vue spatial à l'entreprise.

829

Il abandonne par ailleurs tout indice qui pourrait l'associer spatialement à son employeur de droit (son bureau, l'utilisation de cartes de visite portant le nom de l'entreprise du bailleur de services, un uniforme le rattachant à cette dernière, etc.).

830

L'intégration spatiale n'est donc pas seulement dédoublée auprès de deux entreprises, mais interrompue avec l'employeur de droit et commencée avec l'employeur de fait.

831

c. Conclusion

832 Si des indices se présentent en faveur et en défaveur d'une présence de l'élément spatial, nous estimons, comme cela a été le cas pour le travail en régie, qu'il est nécessaire d'observer le but du contrat de la mise à disposition occasionnelle de travailleurs. L'employé s'engage auprès de l'employeur dans le but de travailler exclusivement pour lui. Ce n'est que dans un second temps, face à des situations imprévues ou temporaires (ex. : baisse du chiffre d'affaires, période creuse), que le travailleur est placé chez un locataire de services, pour éviter son licenciement généralement. L'intégration spatiale n'étant ainsi recherchée que chez l'employeur de droit, il tient de retenir l'existence d'une dépendance spatiale de l'employé vis-à-vis de l'employeur dans le cadre de la mise à disposition occasionnelle de travailleurs.

2. L'élément temporel

833 Nous examinerons maintenant les éléments intrinsèques de la mise à disposition occasionnelle de travailleurs, soit principalement les éléments objectivement essentiels et dans une certaine mesure les droits et obligations issus des différentes relations contractuelles le composant, en faveur d'une dépendance temporelle tout d'abord (a) puis en défaveur d'une telle dépendance (b) au sein du contrat de travail conclu entre le bailleur de services et l'employeur. Nous concluons ensuite à l'existence ou non d'une dépendance temporelle sur la base des éléments intrinsèques de la mise à disposition occasionnelle de travailleurs (c).

a. Éléments intrinsèques en faveur d'une dépendance temporelle

834 Les éléments intrinsèques en faveur d'une dépendance temporelle ont trait ici à la fixation d'horaires en cas d'occupation par le bailleur (i) et à la fixation d'horaires en cas de mission (ii).

(i) *Fixation d'horaires en cas d'occupation par le bailleur*

835 Lorsque l'employé est occupé par le bailleur de services, soit le but original et recherché du contrat de travail à sa conclusion, celui-ci se voit imposer un temps de travail à réaliser au sein de l'établissement de son employeur de droit. Il s'agit ici, comme dans le cadre du travail en régie, d'une conséquence directe

du fait que l'employeur possède un contrat de travail avec son travailleur, indépendant de tous contrats de missions.

L'employé se trouve donc là soumis intégralement à une dépendance temporelle de son employeur. 836

(ii) *Fixation d'horaires en cas de mission*

À l'instar du travail en régie, lorsque l'employé se trouve placé en mission dans le cadre d'une mise à disposition occasionnelle, les horaires de travail du travailleur à accomplir auprès de l'entreprise tierce doivent être fixés par le bailleur de services dans le contrat de mission (art. 19 lit. d LSE).⁸⁴⁹ Ce contrat de mission prendra la forme d'un avenant au contrat de travail principal,⁸⁵⁰ et indiquera l'horaire moyen que le travailleur devra effectuer.⁸⁵¹ 837

Les horaires à réaliser auprès d'une entreprise tierce se retrouvent donc fixés par l'employeur au sein du contrat de travail qu'il possède avec son travailleur, plaçant ce dernier dans une dépendance temporelle vis-à-vis de ce premier. 838

b. *Éléments intrinsèques en défaveur d'une dépendance temporelle*

Il s'agit là de rappeler les indices déjà retenus précédemment dans l'analyse d'éléments intrinsèques en défaveur d'une dépendance temporelle pris en compte dans le cadre du travail temporaire et du travail en régie auxquels il convient donc de se référer (cf. 764), et qui touchent au cas où l'employé se trouve occupé en mission. 839

Pour mémoire, une fois de plus, ceux-ci concernaient le fait que les horaires sont imposés, dans le cadre de mission, en amont par le locataire de services et que les heures de travail sont, dans le cadre d'une mission toujours, exclusivement effectuées au siège de l'entreprise locataire de services. 840

c. *Conclusion*

À l'instar de notre raisonnement adopté pour le travail temporaire et le travail en régie dans la détermination ou non de l'existence de l'élément temporel au 841

⁸⁴⁹ Directives SECO (Location de services), pp. 110 et 111, lit. S ; KRUMMEN-ACHER/WEIBEL in : KULL (2014), n° 18 *ad* art. 19 LSE, p. 116.

⁸⁵⁰ Directives SECO (Location de services), p. 93, lit. C.

⁸⁵¹ *Idem*, p. 96, lit. K.

sein de ces formes de location de services, il convient de retenir, comme fil conducteur, le but poursuivi par ces mêmes formes.

- 842 Dans le cadre de la mise à disposition occasionnelle, alors que les horaires sont imposés, pour le travail réalisé chez le locataire, en réalité par ce dernier au travailleur de manière indirecte et que les heures de travail sont exclusivement effectuées dans ses locaux, le but de cette forme de location de services n'est pas la location d'un employé. La location n'est qu'une situation temporaire, le travailleur cherchant à s'intégrer temporellement chez son employeur de droit et non chez son employeur de fait.
- 843 En conséquence, il doit être retenu la présence d'une dépendance temporelle du travailleur vis-à-vis de l'employeur dans le cadre de la mise à disposition occasionnelle de travailleurs.

II. L'élément hiérarchique

- 844 Nous soulèverons ici les éléments intrinsèques de la mise à disposition occasionnelle de travailleurs, soit principalement les éléments objectivement essentiels et dans une certaine mesure les droits et obligations issus des différentes relations contractuelles le composant, en faveur d'une dépendance hiérarchique tout d'abord (a) puis en défaveur d'une telle dépendance (b) au sein du contrat de travail conclu entre le bailleur de services et l'employeur. Nous finirons après par définir l'existence ou non d'une dépendance hiérarchique sur la base des éléments intrinsèques de la mise à disposition occasionnelle de travailleurs (c).

1. Éléments intrinsèques en faveur d'une dépendance hiérarchique

- 845 Nous retenons deux éléments intrinsèques en faveur d'une dépendance hiérarchique : le fait que l'objectif original du contrat de travail soit de réaliser une prestation sous les ordres de l'employeur (a) et le fait que l'employeur conserve un rapport de subordination au sens strict général en cas de location de son travailleur (b).

a. Un but de soumission aux ordres de l'employeur

- 846 Dans le cadre de la mise à disposition occasionnelle de travailleurs, le travailleur est au bénéfice d'un contrat de travail qui a pour but originel de le subordonner au sens strict exclusivement à son employeur (art. 27 al. 4 OSE). Ce n'est que pour des raisons de sauvegarde économique ou autres déjà évoquées (cf. 732ss)

que ce dernier loue à titre exceptionnel ses services à une entreprise locatrice et transfère de ce fait l'essentiel de son pouvoir de direction à celle-ci.

Le travailleur est donc rattaché à son employeur par une volonté des deux parties de se lier en vertu d'une soumission de l'un aux ordres de l'autre, et non en vue de le placer sous la dépendance hiérarchique d'un employeur de fait.

847

b. Un rapport de subordination au sens strict général

Comme dans le cadre du travail temporaire ou de la mise à disposition à titre principal de travailleurs, lorsque le travailleur est engagé dans une mission, si le locataire de services acquiert un rapport de subordination au sens strict spécifique, le bailleur de services conserve lui un rapport de subordination au sens strict général, maintenant par là en partie une main mise sur l'élément hiérarchique du rapport de subordination.

848

2. Éléments intrinsèques en défaveur d'une dépendance hiérarchique

Comme nous avons pu le voir dans le cadre du travail temporaire et du travail en régie, le bailleur de services transfère ici l'essentiel de son pouvoir de direction à l'entreprise locatrice lors de mission, lui délivrant un rapport de subordination au sens strict spécifique, et conservant un rapport de subordination au sens strict général. Une partie importante des prérogatives du rapport de subordination au sens strict est ainsi attribuée à l'entreprise locatrice.

849

Le pouvoir de direction de l'employeur sur son employé se trouve donc affaibli durant l'accomplissement d'une mission par ce dernier.

850

3. Conclusion

Là encore, le but poursuivi par la forme de location de services a un poids déterminant. Le travailleur et l'employeur sont liés par la volonté de l'un d'être soumis aux ordres de l'autre et par le biais d'un contrat indépendant de tous contrats de missions. Partant de ce principe, il est clair qu'une dépendance hiérarchique est présente dans la mise à disposition occasionnelle de travailleurs, malgré la redistribution partielle du rapport de subordination au sens strict durant l'accomplissement d'une mission, entre l'employeur de fait et l'employeur de droit.

851

III. L'élément économique

852 Nous examinerons enfin les éléments intrinsèques de la mise à disposition occasionnelle de travailleurs, soit principalement les éléments objectivement essentiels et dans une certaine mesure les droits et obligations issus des différentes relations contractuelles le composant, en faveur d'une dépendance économique tout d'abord (1) puis en défaveur d'une telle dépendance (2) au sein du contrat de travail conclu entre le bailleur de services et l'employeur. Nous conclurons ensuite, pour terminer notre exposé, à l'existence ou non d'une dépendance économique sur la base des éléments intrinsèques de la mise à disposition occasionnelle de travailleurs (3).

1. Éléments intrinsèques en faveur d'une dépendance économique

853 Dans le cadre de la mise à disposition occasionnelle de travailleurs, l'employé possède un contrat de travail avec l'employeur, qu'il cherche, à l'origine, avant tout à honorer auprès de celui-ci, pour son compte, et dans son établissement. La mission n'intervient, principalement, que lorsque l'employeur essaye d'éviter un licenciement, en louant les services de son travailleur le temps de retrouver une conjoncture plus propice à l'emploi ou la fin d'une période creuse. Il s'agit donc d'une solution temporaire qui a pour objectif de sauvegarder les intérêts financiers de l'employé, de conserver une main-d'œuvre de compétences pour l'employeur, et parfois qui a pour but aussi d'aider une entreprise tierce lors d'une période chargée.

854 Le travailleur continue ainsi de dépendre financièrement de son employeur par lequel il reçoit son salaire, alors même que l'entreprise n'est pas dans les meilleures dispositions économiques pour le faire. Cet effort, qui n'est pas dénué d'intérêt non plus pour l'employeur de droit, celui-ci conservant une main-d'œuvre compétente sans en assumer le coût, pourrait se présenter comme un indice de préservation, pour l'employé, d'une rémunération périodique et constante, soit d'un critère de dépendance économique.

2. Éléments intrinsèques en défaveur d'une dépendance économique

855 Il n'y a, à notre sens, aucun élément affaiblissant l'élément économique du rapport de subordination au sens large.

3. Conclusion

En l'absence d'éléments en défaveur de l'élément économique et par la présence de forts éléments en sa faveur, il doit être conclu à ce que le contrat de travail existant dans le cadre de la mise à disposition occasionnelle de travailleurs implique une dépendance économique de l'employé vis-à-vis de son employeur. 856

IV. Synthèse

Nous tâcherons une fois de plus de suivre la même méthode de raisonnement qu'utilisée et détaillée au **Chapitre 7** à ce stade similaire (cf. 402). À ce titre, notre synthèse s'articulera autour de trois points : rappeler la présence ou l'absence des éléments du rapport de subordination au sens large constatées ci-dessus dans le cadre du contrat de travail issu de la mise à disposition occasionnelle de travailleurs (**I**), déterminer lesquels des éléments présents sont les plus intensément représentés (**II**), puis dresser un tableau récapitulatif reprenant ces deux points, mais sous une reproduction mathématique et non scripturale (**III**). 857

1. Présences ou absences

Pour la première fois depuis le début de notre analyse des relations de travail spéciales, on peut observer que les quatre dépendances constitutives de la définition du rapport de subordination au sens large sont présentes dans le contrat de travail issu de la mise à disposition occasionnelle de travailleurs. 858

2. Intensité des éléments présents

Il convient maintenant de déterminer l'intensité des éléments du rapport de subordination au sens large présents au sein du contrat de travail existant dans la mise à disposition occasionnelle de travailleurs. 859

S'agissant de l'élément spatial et temporel, ceux-ci sont très peu touchés et donc fortement présents, car quand bien même l'employé exécute sa prestation selon les horaires et dans les locaux d'une autre entreprise, il n'y a aucune volonté d'intégrer sur la longueur le travailleur dans les rouages de cette organisation de travail, mais plutôt de l'occuper le temps qu'il puisse retourner chez son employeur de droit. 860

- 861 Concernant maintenant l'élément hiérarchique, si celui-ci peut être considéré comme présent grâce à la volonté de l'employé d'être soumis à l'origine exclusivement aux ordres du bailleur de services, il subit malgré tout un certain affaiblissement lorsque l'employé se trouve engagé en mission, du fait de la transmission de l'essentiel de son pouvoir de direction au locataire de services.
- 862 Enfin, l'élément économique, non content de n'être perturbé par aucun indice en défaveur de sa présence, présente un argument en sa faveur, soit l'effort fourni par l'employeur pour maintenir une relation de travail avec son employé en le louant temporairement plutôt qu'en le licenciant, nonobstant les raisons financières et contextuelles qui accompagnent souvent une telle démarche.
- 863 Ainsi, l'élément économique se place clairement comme l'élément à la présence la plus intense dans le contrat de travail existant dans la mise à disposition occasionnelle de travailleurs, celui-ci étant le seul à ne pas être affaibli et qui plus est se trouvant renforcé.

3. Tableau récapitulatif

- 864 Le fonctionnement et les raisons d'existence du présent tableau sont détaillés précédemment (cf. 406ss)

	Spatial	Temporel	Hiérarchique	Économique	Total
Mise à disposition occasionnelle de travailleurs	1	1	1	1*	4/4

Chapitre 11 : Synthèse

Il convient tout d'abord, par souci d'harmoniser le développement de notre thèse, de rappeler brièvement l'objectif principal de cette **troisième partie** et les moyens qui ont été mis en œuvre afin de le réaliser. 865

Le but principal est de trouver les réponses qui nous permettront de proposer, en **sixième partie** de thèse, une réforme du rapport de subordination au sens large qui soit légitime (cf. 1377ss), soit cohérente et en phase avec le droit positif. 866

Pour ce faire, dans un premier temps, nous avons cherché à observer la présence ou l'absence des éléments du rapport de subordination au sens large dans différentes relations de travail spéciales afin de constater leur degré de récurrence dans des situations contractuelles particulières de droit suisse. 867

Dans un second temps et conséquemment à ce premier exercice, nous avons déterminé l'intensité des éléments présents dans le cadre de chaque relation de travail spéciale étudiée, à savoir fixer les éléments qui à chaque fois apparaissent ou pas comme représentatifs ou caractéristiques de la relation en question et cela par rapport à leur poids et leur impact dans l'absolu et vis-à-vis des autres éléments. 868

En somme, nous avons petit à petit jugé de l'importance qui était attribuée à chaque élément en tant que critère qualificatif d'un contrat de travail tel que le droit suisse le reconnaît implicitement dans sa loi et en avons retranscrit les résultats à chaque fois dans des tableaux sous forme mathématique. 869

Autant d'informations qui nous permettront de présenter une réforme législative du rapport de subordination au sens large qui soit légitime, soit cohérente et en phase avec le droit positif, et plus exactement la loi. 870

Il nous suffit, pour ce faire, de rassembler tous ces résultats et d'en faire une analyse globale. Quels éléments ressortent le plus ou le moins des relations de travail étudiées ? Lesquels sont les plus absents ou présents ? Quels éléments ont le plus souvent constitué des critères représentatifs ou caractéristiques ? Autant de questions dont les réponses nous aiguilleront bien vers la voie d'une 871

réforme qui aura saisi l'essence du rapport de subordination au sens large telle qu'elle se dégage de la loi.

- 872 Nous commencerons donc par présenter un tableau récapitulatif des résultats obtenus dans tous les autres tableaux de tous les chapitres (§1) celui-ci se lisant par ailleurs de la même manière que les précédents (cf. 406ss). Ces données nous permettront de statuer sur la valeur qualificative, soit le poids dans le mécanisme de qualification d'un contrat en contrat de travail des éléments du rapport de subordination au sens large tel qu'attribué implicitement par le droit suisse, et cela en étudiant la récurrence de ces éléments dans les relations étudiées (§2) et leur intensité (§3). Cette synthèse constituera bien notre base de référence première et sera reprise à l'occasion en **sixième partie** lorsqu'il s'agira de justifier du caractère légitime de notre réforme.

§ 1 Tableau récapitulatif

		Éléments du rapport de subordination au sens large				
		Spatial	Temporel	Hiérarchique	Économique	Total
Relations de travail spéciales	Contrat d'engagement de voyageurs de commerce	0	1	1	1*	3/4
	Contrat de travail à domicile	0	0	1	1*	2/4
	Contrat de télétravail	1	0	1	1	3/4
	Travail temporaire	0	0	0	1*	1/4
	Mise à disposition de travailleurs à titre principal	0	0	0	1*	1/4
	Mise à disposition occasionnelle de travailleurs	1	1	1	1*	4/4
	Total	2/6	2/6	4/6	6/6	14/24

§ 2 Valeur qualificative par la récurrence

Le présent tableau nous offre un certain nombre d'informations susceptibles de nourrir notre analyse sur la force qualificative qui est accordée en droit suisse aux éléments du rapport de subordination au sens large, et cela en fonction de la récurrence de ceux-ci constatée dans les différentes relations de travail spéciales étudiées. 873

Nous remarquons, en premier lieu, que l'élément spatial et l'élément temporel ne sont chacun présents que dans deux des six relations de travail spéciales. Cela nous indique clairement que ces deux éléments n'ont qu'une faible importance dans la reconnaissance d'un rapport de travail. L'élément hiérarchique quant à lui se retrouve nettement plus présent avec ses quatre présences, sans pour autant constituer un critère *sine qua non* de l'existence d'une relation de travail au vu de ses absences dans le travail temporaire et la mise à disposition de travailleurs à titre principal. Enfin, il est passionnant de constater que l'élément économique est la seule dépendance que l'on trouve au sein des six relations étudiées. Il représente l'unique dénominateur commun de toutes ces relations de travail spéciales d'un point de vue du rapport de subordination au sens large. 874

Il est donc aisé de conclure qu'il est indéniable, pour qu'une réforme législative du rapport de subordination au sens large soit légitime, qu'elle tienne compte de l'élément économique et lui accorde une place certaine dans son projet. Il en va en revanche tout autrement des trois éléments restants qui ne sont pas toujours observés dans les relations de travail étudiées. 875

§ 3 Valeur qualificative par l'intensité

La valeur qualificative des éléments du rapport de subordination au sens large peut aussi s'observer en fonction de l'intensité et du poids que pèsent ses différents éléments au sein de chacune des relations de travail spéciales étudiées. 876

Nous sommes ici forcé de constater que, sur cinq des six relations, l'élément économique incarne la dépendance du rapport de subordination au sens large à l'intensité la plus forte. Il convient de plus de soulever le fait que l'unique fois où l'élément économique n'apparaît pas comme le critère du rapport de subordination au sens large le plus conséquemment représenté, aucun autre élément n'est capable d'endosser ce rôle, tous détenant un certain nombre d'indices l'affaiblissant. 877

- 878 L'élément économique est ainsi l'élément du rapport de subordination au sens large possédant, par sa grande intensité de présence, le poids le plus fort dans le processus de qualification d'un contrat en contrat de travail.
- 879 Nous sommes bien obligé de conclure à ce que non seulement la réforme législative du rapport de subordination au sens large que nous proposerons devra offrir une place à l'élément économique, mais également à ce que celle-ci devra être principale et décisive dans la procédure de qualification d'un contrat en contrat de travail. Voilà le prix auquel une réforme qui se veut légitime doit se plier.

**Quatrième partie : La conclusion
du contrat de travail en droit
britannique**

Nous voici désormais à l'entame de notre **quatrième partie** de thèse traitant de la conclusion du contrat de travail en droit britannique. Mais, pour rappel, pourquoi une telle partie ? Quel rôle joue-t-elle dans notre projet ? Notre but spécifique est ici d'étudier les outils usités par un droit étranger, la « *Common law* » britannique, pour qualifier un contrat en contrat de travail. Ce travail devrait nous aider à proposer une réforme législative du rapport de subordination au sens large en **sixième partie** de thèse qui, nous le verrons, soit efficace et soit apte à remplir avec une certaine facilité son rôle de qualificateur d'un contrat en contrat de travail. L'examen d'un tel système devrait soit nous permettre d'envisager l'intégration et l'utilisation au sein de notre ordre juridique de « *Civil law* » d'un certain nombre de critères britanniques performant ou à l'inverse nous prévenir de l'inefficacité de certains moyens que nous ne devrions plus considérer à l'avenir comme solution potentielle. Si le traitement de cette partie ne comporte aucune garantie préalable de succès quant à cet objectif précis, elle aura tout du moins, à notre sens, pour avantage de constituer l'une des premières analyses de doctrine comparatives des éléments qualificatifs d'un contrat de travail en droit suisse et de leur pendant en droit britannique, rapportant par là le récit d'une rencontre fructueuse entre un système de « *Common law* » et de « *Civil law* ». Mais avant tout, que veulent dire ces termes de « *Common law* » ou « *Civil law* » et quel est ce droit britannique ?

880

Nous parlerons bien ici de droit britannique et non de droit anglais, en cela que le « *labour law* » ou « *employment law* », soit le droit du travail, est applicable à l'ensemble du Royaume-Uni,⁸⁵² i.e. non seulement à l'Angleterre, mais aussi au Pays de Galles, à l'Écosse et à l'Irlande du Nord.

881

Le droit britannique est issu, ou plutôt à l'origine, de la famille de système juridique dite de « *Common law* »,⁸⁵³ là où le droit suisse provient d'une autre famille de système juridique dite de « *Civil law* ».⁸⁵⁴ Si de très nombreuses caractéristiques opposent ces deux régimes, il est important de garder à l'esprit une différence fondamentale et capitale à la compréhension de cette partie de thèse, soit celle de la hiérarchie des normes. Quand la majorité des pays de « *Civil law* » présentent un classement hiérarchique suivant : constitution, lois, règlements ou ordonnances, coutume (les « *direct sources* »), jurisprudence, doctrine

882

⁸⁵² CABRELLI (2018), pp. 2ss.

⁸⁵³ CURRAN in : DUNAND/MAHON/PERRENOUD (2016) p. 434 ; GILLESPIE/WEARE (2017), pp. 12 et 13.

⁸⁵⁴ WEY in : Law and Judicial Systems of Nations (2002), p. 526.

(les « *indirect sources* »),⁸⁵⁵ les pays de « *Common law* » (Royaume-Uni, États-Unis, Australie, etc.) possèdent une répartition tout autre. Après avoir pendant longtemps confiné la « *statute law* » (les lois) à un rôle de correcteur ou complément de la « *case-law* » ou « *judge-made law* » (jurisprudence), alors sources suprêmes de droit, la majorité des pays issus de « *Common law* » élèvent désormais ces deux outils au même niveau hiérarchique comme « *primary sources of law* ».⁸⁵⁶ Viennent ensuite, en ordre hiérarchique, les « *secondary sources of law* » que sont la « *custom* » (coutume) et les « *legal writings* » (la doctrine).⁸⁵⁷ Bien que source de second plan en « *Civil law* » comme en « *Common law* », la doctrine occupe une place très importante au sein de ce premier, le législateur et les juges s'en inspirant grandement à la rédaction de lois ou de décisions.⁸⁵⁸ À l'inverse, elle est très peu considérée dans le cadre de la « *Common law* » par ces acteurs de la scène juridique, même si plus utilisée aujourd'hui qu'il y a quelques années en arrière.⁸⁵⁹

883 Un autre point devrait aussi être soulevé avant d'entamer cette nouvelle partie de thèse, soit la notion en « *Common law* » de « *rule of precedent* » qui implique qu'une règle de droit issue d'une décision d'un juge fait office de précédent ou d'autorité et que celle-ci devra être observée à l'avenir et ne pourra faire l'objet d'un revirement de jurisprudence comme il est possible en « *Civil law* », sous réserve d'une décision d'une cour supérieure.⁸⁶⁰ Cette divergence entre les deux systèmes n'est cependant que d'ordre par trop théorique. En effet, il est toujours envisageable pour un juge de « *Common law* » de considérer que son cas présent est différent d'un cas passé imposant une règle de droit donnée et donc d'échapper de la sorte à son application, tout comme cette même règle de précédent est en général très souvent respectée en pratique par les tribunaux de « *Civil law* ».⁸⁶¹

884 En raison de toutes ces divergences, il est clair que les méthodes de recherche et de rédaction en droit britannique se démarquent de celles usitées en droit suisse, de sorte que notre préoccupation sera de les harmoniser au maximum et cela afin d'offrir une contribution la plus cohérente possible, à la fois vis-à-vis

⁸⁵⁵ HEAD (2011), pp. 161 et 162.

⁸⁵⁶ *Idem*, p. 436.

⁸⁵⁷ *Idem*, pp. 436, 437 et 439.

⁸⁵⁸ Il convient de nuancer ces propos en fonction des pays de « *Civil law* », les juges français ne citant par exemple que très rarement la doctrine dans leurs arrêts, là où les juges suisses s'y réfèrent très fréquemment.

⁸⁵⁹ GILLESPIE/WEARE (2017), p. 25.

⁸⁶⁰ GILLESPIE/WEARE (2017), pp. 81-83 ; RUDD (1962), p. 23.

⁸⁶¹ GILLESPIE/WEARE (2017), pp. 81-83 ; HEAD (2011), p. 163.

de l'ensemble de cette thèse majoritairement de droit suisse, mais aussi des exigences d'un travail scientifique en droit britannique. Ainsi, quant aux impératifs de formes, nous nous permettrons de citer les arrêts des tribunaux britanniques à la façon de sa doctrine indigène, tout en y incluant des abréviations françaises. S'agissant du fond, comme il est commun aux auteurs de doctrine de « *Common law* » et à sa jurisprudence de citer et disséquer le premier arrêt établissant une nouvelle règle (aussi archaïque puisse-t-il être ; voir ci-dessus « *rule of precedent* ») et non forcément les plus récents la confirmant, nous chercherons donc à régulièrement appuyer notre analyse sur la première décision faisant office d'autorité, mais non sans délaissier nos réflexes de « *Civil law* » nous poussant à mentionner de plus récents jugements la cimentant comme règle générale. De la même façon, et à titre de dernier exemple, notre utilisation de la doctrine britannique en référence sera plus importante que dans le cadre d'un travail purement anglo-saxon et cela en raison de notre influence helvète lui conférant une grande place dans notre système juridique.

Nous commencerons par brièvement présenter la notion de contrat en droit britannique (**Chapitre 12**), puis explorerons avec rigueur ses différents types de contrats de travail (**Chapitre 13**). Nous aborderons ensuite la question de la qualification juridique des « *atypical employments* » (**Chapitre 14**). Enfin, nous verrons sur quels points le système de conclusion du contrat de travail en droit britannique devrait ou non être une inspiration pour une modification de notre propre système national (**Chapitre 15**).

885

Chapitre 12 : La notion de contrat en droit britannique

Avant d'étudier ce qui constitue un contrat de travail en droit britannique, il est essentiel de se demander ce qu'est, selon cet ordre juridique, un contrat. De manière générale, tout contrat de droit britannique est formé par la rencontre d'une « *offer* » (offre) (§1) et d'une « *acceptance* » (acceptation) (§2),⁸⁶² ainsi que par l'existence d'une « *mutuality* », soit un échange de « *consideration* » (§3).⁸⁶³

§ 1 « *Offer* »

Une « *offer* » est « *an expression of willingness to contract on specified terms, made with the intention that it is to become binding as soon as it is accepted by the person to whom it is addressed* ». ⁸⁶⁴

Pour déterminer si une offre a été effectuée, il faut se demander si la partie responsable d'une telle offre avait l'intention de se retrouver juridiquement liée à l'autre partie par les termes qu'elle a proposés.⁸⁶⁵ Si tel est le cas, une offre sera normalement considérée comme ayant été formulée, alors qu'à l'inverse, la proposition de la partie en question sera traitée comme une volonté de négocier sur la base des termes avancés.⁸⁶⁶

Sera révélatrice et donc observée par les tribunaux, pour décider de l'existence d'une offre, non pas la « *subjective intention* » des parties, soit ce à quoi aspiraient les parties dans leur propre esprit, mais l'« *objective intention* », soit celle

⁸⁶² MCKENDRICK (2018), p. 43.

⁸⁶³ DEAKIN/WILKINSON (2005), p. 306.

⁸⁶⁴ BURROWS (2018), p. 4.

⁸⁶⁵ BEATSON/BURROWS/CARTWRIGHT (2016), p. 35.

⁸⁶⁶ *Ibid.*

qui apparaît aux yeux des autres.⁸⁶⁷ S'il est parfois très difficile de déterminer subjectivement la volonté des parties, il n'est pas non plus toujours évident de la déterminer objectivement. Le tribunal peut soit se baser sur la correspondance entre les parties en utilisant un maximum de preuves pour déterminer les intentions, soit, dans certains cas précis lorsque face à des situations de la vie quotidienne, se baser sur une « *prima facie rule* ». ⁸⁶⁸ Au regard de ces derniers cas spéciaux, sera donc par exemple présumé, sans que cela ne soit irréfragable, ⁸⁶⁹ comme étant une invitation à négocier et non une offre, les publicités, l'étalage en magasin de biens destinés à la vente, ⁸⁷⁰ les appels d'offres (notamment dans le domaine de la construction) ⁸⁷¹ et enfin les ventes aux enchères. ⁸⁷²

§ 2 « *Acceptance* »

- 890 Une « *acceptance* » est une « *final and unqualified expression of assent to the terms of an offer* », ⁸⁷³ ou encore une « *expression, by words or conduct, of assent to the terms of the offer in the manner prescribed or indicated by the offeror* ». ⁸⁷⁴
- 891 Le fait que celle-ci soit une « *unqualified expression of assent* » implique qu'elle ne peut se permettre de modifier les termes de l'offre au risque d'être considérée non pas comme une « *acceptance* », mais à la fois comme un rejet et une « *counter-offer* » (contre-offre) que la partie auteure de l'offre initiale pourra à son tour accepter ou rejeter. ⁸⁷⁵ De plus, afin d'être valable, l'« *acceptance* » doit être communiquée à l'auteur de l'offre, soit à l'« *offeror* ». ⁸⁷⁶

⁸⁶⁷ MCKENDRICK (2018), pp. 52-54, n°2.

⁸⁶⁸ MCKENDRICK (2018), pp. 52-54, n°2 ; PEEL (2015), p. 13, n° 2-007.

⁸⁶⁹ PEEL (2015), p. 13, n° 2-007.

⁸⁷⁰ BEATSON/BURROWS/CARTWRIGHT (2016), pp. 36 et 37 ; BURROWS (2018), p. 7.

⁸⁷¹ BEATSON/BURROWS/CARTWRIGHT (2016), p. 38.

⁸⁷² PEEL (2015), p. 13, n° 2-008.

⁸⁷³ MCKENDRICK (2018), p. 78.

⁸⁷⁴ BEATSON/BURROWS/CARTWRIGHT (2016), p. 42.

⁸⁷⁵ BEATSON/BURROWS/CARTWRIGHT (2016), p. 43 ; BURROWS (2018), p. 25 ; MCKENDRICK (2018), p. 79 ; PEEL (2015), p. 21, n° 2-019.

⁸⁷⁶ MCKENDRICK (2018), p. 95.

Si le silence de l' « *offeree* », partie recevant l'offre, ne peut en principe valoir acceptation, il peut être dans certains cas déduit du comportement des parties une telle « *acceptance* ». ⁸⁷⁷ Cela a par exemple été reconnu lorsque pendant sept mois un assuré n'avait su rejeter une police d'assurance qui lui avait été remise, ce silence ayant été considéré comme une acceptation. ⁸⁷⁸

§ 3 « *Consideration* »

Chaque partie doit respecter le principe général de « *mutuality* », soit l'échange d'une « *consideration* », élément fondamental et complexe de la formation d'un contrat en droit britannique et de manière générale en « *Common law* », qui plus est inconnu des systèmes de « *Civil law* ». ⁸⁷⁹

Nous tenterons tout d'abord de définir cette notion de « *consideration* » (**A**), puis nous verrons plus en détail la délivrance de « *something of value* » qu'elle implique (**B**). Nous constaterons ensuite en quoi celle-ci doit être « *sufficient* » (**C**) et ne doit pas être le fruit d'une obligation préexistante (**D**). Enfin, nous établirons qu'une « *past consideration* » n'est pas admissible (**E**).

A. Définitions

Si un nombre abondant de définitions cherche à qualifier cette notion complexe, nous n'en présenterons qu'un nombre réduit ici, la problématique n'ayant que peu d'impact en pratique sur la conclusion ou non d'un contrat de travail, objet de notre travail de recherche.

Pour une première définition, il peut être avancé qu'une « *valuable consideration, in the sense of the law, may consist either in some right, interest, profit, or benefit accruing to the one party, or some forbearance, detriment, loss, or responsibility, given, suffered, or undertaken by the other* ». ⁸⁸⁰

La consideration peut aussi être définie comme : « *Any act of the plaintiff from which the defendant derives a benefit or advantage, or any labour, detriment, or inconvenience sustained by the plaintiff, provided such act is performed or*

⁸⁷⁷ *Vitol SA v Norelf LTD*, [1996] 3 All ER 193, 201.

⁸⁷⁸ *Rust v Abbey Life Assurance CO LTD and Another*, [1979] 2 Lloyd's Rep 334, 340.

⁸⁷⁹ MCKENDRICK (2018), pp. 143 et 144.

⁸⁸⁰ *Currie and Others v Misa*, [1875] LR 10 Exch. 153, 162.

such inconvenience suffered by the plaintiff, with the consent, either express or implied, of the defendant. ».⁸⁸¹

- 898 Enfin, celle-ci peut être présentée comme : « *An act or forbearance of one party, or the promise thereof, is the price for which the promise of the other is bought, and the promise thus given for value is enforceable* ». ⁸⁸²

B. « *Something of value* »

- 899 Aussi, pour qu'un contrat puisse se former, chaque partie doit effectuer une « *consideration* », c'est-à-dire la délivrance de « *something of value* », qui aura à la fois, généralement, la forme d'un « *detriment* » pour la partie amenée à donner une valeur ou d'un « *benefit* » pour la partie amenée à la recevoir, ces deux termes définissant normalement le même acte, mais différemment suivant le point de vue duquel il est observé.⁸⁸³ Ainsi, pour un acheteur, sera considéré comme « *consideration* » le paiement réalisé par celui-ci en main du vendeur (paiement qui sera un « *detriment* » pour ce premier et un « *benefit* » pour ce dernier) et pour un vendeur, sera considéré comme « *consideration* » la délivrance d'un bien en main de l'acheteur (délivrance qui sera un « *detriment* » pour ce premier et un « *benefit* » pour ce dernier).⁸⁸⁴
- 900 Toutefois, faut-il préciser que la « *consideration* » doit venir des parties au contrat et non d'un tiers, mais sans que celle-ci ait à être fournie à l'autre partie au contrat, un tiers pouvant être le destinataire de la « *consideration* ». ⁸⁸⁵

C. Une « *sufficient consideration* »

- 901 La « *consideration* » doit être « *sufficient* » et non « *adequate* », ce qui implique qu'il faut bien un « *something which is of some value* » qui doit être délivré,⁸⁸⁶

⁸⁸¹ *Carlill v Carbolic Smoke Ball Company*, [1983] 1 QB 256, 271.

⁸⁸² *Dunlop Pneumatic Tyre Company LTD v Selfridge and Company LTD*, [1915] AC 847, 855.

⁸⁸³ PEEL (2015), pp. 79 et 80, n° 3-004.

⁸⁸⁴ *Ibid.*

⁸⁸⁵ MCKENDRICK (2018), p. 207.

⁸⁸⁶ *Thomas v Thomas*, [1842] 2 QB 851, 859 ; BEATSON/BURROWS/CARTWRIGHT (2016), pp. 104 et 106 ; BURROWS (2018), p. 94.

mais que celui-ci n'a aucunement besoin d'être convenable, la moindre vétille en guise de « *detriment* » ou « *benefit* » suffisant.⁸⁸⁷

En effet, le caractère adéquat de la « *consideration* » est laissé à la libre appréciation des parties au moment de l'accord contractuel et ne doit pas être fixé subséquemment par les juges lorsque saisis à son sujet.⁸⁸⁸

Ensuite, si la casuistique révèle des difficultés à déterminer le caractère « *sufficient* » d'une « *consideration* » dans les cas où celle-ci prend la forme d'une contrepartie non monétaire à un service ou un produit, il est clair que lorsqu'il s'agit d'un paiement en argent, comme dans le cas du contrat de travail qui nous intéresse ici, le versement d'1£ est suffisant à rendre la « *consideration* » « *sufficient* ». ⁸⁸⁹

D. Une « *consideration* » non issue d'une obligation préexistante

La « *consideration* » ne doit pas être le fruit d'une obligation préexistante au contrat en l'espèce qui la requiert au risque de ne pouvoir être considérée comme telle.⁸⁹⁰ Si l'obligation préexistante est due à une partie tierce en vertu donc d'un contrat différent à un présent contrat, celle-ci pourra être reconnue comme « *consideration* » dans le cadre de ce contrat.⁸⁹¹ En revanche, si celle-ci est due à l'autre partie du présent contrat, en vertu notamment d'un contrat préexistant, celle-ci pourrait être ou ne pas être reconnue comme « *consideration* » pour le compte du contrat actuel, les deux possibilités ayant déjà été envisagées par la jurisprudence.⁸⁹² Enfin, si l'obligation préexistante est une obligation imposée par la loi, celle-ci ne pourra faire office de « *consideration* » pour le compte d'un contrat subséquent.⁸⁹³

⁸⁸⁷ BEATSON/BURROWS/CARTWRIGHT (2016), p. 104.

⁸⁸⁸ *Bolton v Madden*, [1873] LR 9 QB 55, 57.

⁸⁸⁹ MCKENDRICK (2018), p. 147.

⁸⁹⁰ *Idem*, p. 156.

⁸⁹¹ BEATSON/BURROWS/CARTWRIGHT (2016), p. 111.

⁸⁹² MCKENDRICK (2018), pp. 164ss.

⁸⁹³ BEATSON/BURROWS/CARTWRIGHT (2016), p. 110.

E. « *Past consideration* » ≠ « *good consideration* »

905 Pour finir, une « *past consideration* » ne peut être considérée comme une « *good consideration* » et donc ne sera pas reconnue juridiquement.⁸⁹⁴ Celle-ci n'intervient pas dans le cadre d'un « *bargain* », c'est-à-dire d'un accord en vertu duquel une obligation donnée est précisément réalisée en échange d'une autre spécifiquement, mais de manière décalée dans le temps et non liée.⁸⁹⁵ Elle constitue un « *gift* », soit la donation, le prêt ou l'offre gratuite d'un bien ou d'un service par une partie, indépendamment suivi sans connexion de négociation aucune par un remboursement ou prestation compensatoire de l'autre partie par gratitude notamment, créant là un second événement n'intervenant pas dans le cadre d'un rapport d'échange direct avec la première prestation.⁸⁹⁶

⁸⁹⁴ MCKENDRICK (2018), p. 198.

⁸⁹⁵ BEATSON/BURROWS/CARTWRIGHT (2016), p. 101 ; MCKENDRICK (2018), pp. 198 et 199.

⁸⁹⁶ MCKENDRICK (2018), pp. 198 et 199.

Chapitre 13 : Les types de contrats de travail

Le droit britannique reconnaît l'existence non pas d'un seul type de contrat de travail, mais de trois, créant ainsi trois statuts différents de travailleurs. Le premier de ces contrats est le « *contract of service* » ou « *contract of employment* » (§1), suivi du « *worker contract* » (§2), puis du « *contract personally to do work* » (§3).⁸⁹⁷ 906

Il nous a aussi semblé à propos, dans ce chapitre, d'évoquer très brièvement la notion politique et sociale relativement récente de « *Good Work* », qui cherche à faire évoluer ce droit du travail en vigueur au Royaume-Uni (§4). 907

§ 1 « *Contract of service (contract of employment)* »

Le « *contract of service* » ou « *contract of employment* » est le premier type de contrat de travail que nous étudierons. Nous verrons en premier lieu quelles lois lui sont applicables (A), puis nous disséquons avec minutie les conditions ou « *tests* » (équivalent suisse des éléments objectivement essentiels) auxquels il doit répondre positivement afin d'obtenir une telle qualification (B). 908

A. Lois applicables

Tout travailleur au bénéfice d'un « *contract of service* » est soumis et jouit de l'ensemble des « *employment rights* » garantis par la « *Common law* » et les « *statutes* »⁸⁹⁸ dont l'énumération s'avérerait en conséquence immensément longue et fastidieuse, raison pour laquelle elle n'est pas effectuée ici. 909

En revanche, il n'est point anecdotique de considérer, pour ces raisons mêmes, que le « *contract of service* » est le type de contrat de travail qui se rapproche le plus du contrat de travail ordinaire de droit suisse, à défaut de l'être en fonction de ses éléments objectivement essentiels comme nous le constaterons. En 910

⁸⁹⁷ MCCRUDDEN (2012), p. 4.

⁸⁹⁸ CABRELLI (2018), p. 108.

effet, tous deux offrent en principe accès à l'ensemble des droits et obligations, de droit privé tout du moins, créés pour la défense des intérêts de l'employeur et du travailleur.

B. Conditions ou « tests »

- 911 La qualification d'un contrat en « *contract of service* » peut s'effectuer en trois étapes. Il faut commencer par déterminer si les conditions ou « tests » basiques sont remplis ou respectés (I). Ensuite, si la qualification n'est pas claire ou si le tribunal veut s'en assurer, des « tests » supplémentaires sont entrepris (II). Enfin, nous vérifierons si nous sommes en présence au sein du contrat de « *consistent provisions* » (III).
- 912 Malgré tout, et de manière difficilement conciliable nous le verrons avec ce raisonnement systématique d'apparence rigoureuse, dois aussi être appliqué, de manière générale à une grande partie de celui-ci, l'« *elephant test* » (IV).

I. Conditions ou « tests » basiques

- 913 Il existe trois conditions ou « tests » de base, i.e. minimums,⁸⁹⁹ qui doivent être remplis ou passés afin de reconnaître l'existence d'un « *contract of service* », à savoir un « *personal service* » (1),⁹⁰⁰ le « *mutuality of obligation test* » (2)⁹⁰¹ et le « *control test* » (3).⁹⁰² En d'autres termes, l'absence d'un de ces éléments ne permet en aucun cas de conclure à la présence d'un « *contract of service* ».
- 914 Toutefois, le respect de ces trois conditions ne garantit pas nécessairement l'existence d'un « *contract of service* »⁹⁰³ en cela qu'il ne s'agit littéralement

⁸⁹⁹ RILEY in : FREEDLAND (2016), pp. 329 et 330, lit. E.

⁹⁰⁰ *Staffordshire Sentinel Newspapers LTD v Potter*, [2004] IRLR 752, 752, 753 à [12] ; *Express & Echo Publications LTD v Tanton*, [1999] IRLR 367, 367, 369 et 370 à [30] ; *Ready Mixed Concrete (South East) LTD v Minister for Pensions and National Insurance* [1968], 2 QB 497, 515.

⁹⁰¹ *Staffordshire Sentinel Newspapers LTD v Potter*, [2004] IRLR 752, 752, 753 à [12] ; *Carmichael and Another v National Power P.L.C.*, [2000] IRLR 43, 45 à [18].

⁹⁰² *Montgomery v Johnson Underwood LTD and Another*, [2001] ICR 819, 824 à [18] ; *Ready Mixed Concrete (South East) LTD v Minister for Pensions and National Insurance*, [1968] 2 QB 497, 515.

⁹⁰³ CABRELLI (2018), p. 86.

que de conditions ou « *tests* » minimums et non exhaustifs comme nous le verrons plus loin avec l'existence de « *tests* » supplémentaires (cf. 928ss) et « *consistent provisions* » (cf. 936ss).

1. « *Personnal service* »

Il est essentiel que le travailleur entreprenne la réalisation de sa prestation de travail personnellement.⁹⁰⁴ Le contrat de travail devra généralement contenir une obligation imposant au travailleur de rendre lui-même les services.⁹⁰⁵ En cas de doute dans la présence d'une telle clause, notamment par un caractère peu clair de celle-ci, l'ensemble des faits du cas d'espèce sera considéré pour déterminer de sa réelle existence ou non.⁹⁰⁶ 915

Aussi, à l'inverse, une clause contractuelle de substitution permettant cette fois au travailleur d'être remplacé dans l'exécution de sa tâche par une autre personne, de sa propre volonté et à ses propres frais, est en principe incohérente et contraire à une relation entre un « *employee* » et un « *employer* ». ⁹⁰⁷ Aucun contrat possédant une telle clause se saurait ainsi être admis comme un « *contract of service* », mais « *contract for services* », ⁹⁰⁸ soit un contrat impliquant non plus un salarié, mais un « *independent contractor* » ou « *self employed* » (indépendant).⁹⁰⁹ 916

Toutefois, on estime qu'un travailleur pourrait toujours être considéré comme un « *employee* » même s'il peut lui arriver, mais uniquement exceptionnelle- 917

⁹⁰⁴ *Staffordshire Sentinel Newspapers LTD v Potter*, [2004] IRLR 752, 752, 753 à [12] ; *Express & Echo Publications LTD v Tanton*, [1999] IRLR 367, 367, 369 et 370 à [30] ; *Ready Mixed Concrete (South East) LTD v Minister for Pensions and National Insurance*, [1968] 2 QB 497, 515.

⁹⁰⁵ *Express & Echo Publications LTD v Tanton*, [1999] IRLR 367, 367, 369 et 370 à [30].

⁹⁰⁶ *Staffordshire Sentinel Newspapers LTD v Potter*, [2004] IRLR 752, 752, 753 à [16].

⁹⁰⁷ *MacFarlane & Another v Glasgow City Council*, [2001] IRLR 7, 8-10 ; *Express & Echo Publications LTD v Tanton*, [1999] IRLR 367, 367, 370 à [31] ; MIDDLEMISS/DOWNIE (2015), p. 101, n° 4.26.

⁹⁰⁸ *Express & Echo Publications LTD v Tanton*, [1999] IRLR 367, 370 à [32] ; MIDDLEMISS/DOWNIE (2015), p. 101, n° 4.26.

⁹⁰⁹ SMITH/BAKER/WARNOCK (2017), p. 43.

ment, de ne pas exécuter personnellement son travail en vertu d'une clause partielle ou limitée de substitution.⁹¹⁰ Dans « *MacFarlane & Another v Glasgow City Council* », le travailleur ne pouvait proposer un substitut que s'il était clairement empêché d'accomplir le travail personnellement et pas de sa seule volonté, et ne pouvait choisir qu'un remplaçant enregistré auprès de l'employeur, soit connu par ce dernier.⁹¹¹ De plus, l'employeur pouvait parfois organiser le remplacement lui-même et le substitut était payé directement par l'employeur et non l'employé.⁹¹² Une telle situation a été jugée comme cohérente avec un « *contract of service* », le droit de substitution n'étant que limité.⁹¹³

- 918 De même, une clause permettant au travailleur d'être remplacé par un tiers pour la réalisation de sa prestation peut ne pas forcer la qualification du contrat en un « *contract for services* » si le travailleur doit s'engager à trouver lui-même un travailleur pour le remplacer.⁹¹⁴ Il pourra être considéré dans ce cas là que si le travailleur n'est pas contraint d'entreprendre personnellement le travail, il est tout de même contraint de s'assurer personnellement de l'exécution de celui-ci, soit obligé de cette manière de réaliser lui-même un service qui garantit le parachèvement de la condition de « *personal service* » dont le terme possède donc une portée plus large.⁹¹⁵
- 919 Enfin, il est capital que la clause de substitution stipulée par le contrat reflète, comme c'est requis par ailleurs pour n'importe quelle clause, la réelle intention des parties au moment de sa conclusion ainsi que la véritable relation de travail qui en découle entre le travailleur et l'employé, au risque sinon d'être considérée comme une « *sham* », soit une imposture ou un faux. Cela est le cas dans le droit des contrats lorsque les parties créent des clauses avec la commune intention qu'elles ne reflèteront pas la réalité, que les parties veulent ou non tromper

⁹¹⁰ *MacFarlane & Another v Glasgow City Council*, [2001] IRLR 7, 8 ; *Ready Mixed Concrete (South East) LTD v Minister for Pensions and National Insurance*, [1968] 2 QB 497, 515 ; DEAKIN/MORRIS (2012), pp. 154 et 155, n° 3.22.

⁹¹¹ *MacFarlane & Another v Glasgow City Council*, [2001] IRLR 7, 8, 10 à [11].

⁹¹² *Ibid.*

⁹¹³ *MacFarlane & Another v Glasgow City Council*, [2001] IRLR 7, 7 et 8.

⁹¹⁴ *Redrow Homes (Yorkshire) LTD v Buckborough & Another*, [2009] IRLR 35, 35, 43 et 44 (bien que l'« *Employment Court of Appeal* » démontre ici l'existence d'un « *worker contract* » et non d'un « *employment contract* », ce raisonnement quant à la question de l'exécution personnelle de travail s'applique aussi pour ce dernier, cette condition étant la même pour ces deux types de contrats de travail).

⁹¹⁵ *Ibid.*

un tiers ou le tribunal ou seulement simuler une réalité entre eux qu'ils ne désirent pas.⁹¹⁶ En matière d'« *employment relationship* », il n'est pas nécessaire que les deux parties aient voulu tromper ou simuler, mais seulement une seule suffit, celle-ci étant le plus souvent l'employeur capable seul avec son « *bargaining power* » supérieur de dicter les termes du contrat.⁹¹⁷ De manière générale, ne devraient peser aucune force juridique des clauses à la signification peu claire si les parties ne s'y fient ou ne dépendent pas d'elles en pratique.⁹¹⁸ De plus, le juge se réserve le droit, même dans le cas où il n'est pas clair que la clause est une « *sham* » ou non, de considérer que celle-ci a été modifiée par un accord subséquent basé uniquement sur le comportement des parties⁹¹⁹ et qui serait donc inadéquat avec l'existence de cette clause. Pourrait tomber dans un tel schéma un employé ou employeur ne faisant jamais appel depuis des années à des substituts également lors d'incapacité de travail, malgré une clause l'autorisant, en raison par exemple de situations pratiques ne le permettant pas (hautes compétences ou degré de confiance requis, domaines à faible main d'œuvre, etc.).

2. « *Mutuality of obligation test* »

Le « *mutuality of obligation test* » possède deux niveaux d'exigence.⁹²⁰ Le premier niveau est le respect du principe général de droit des contrats de « *mutuality* », soit des promesses réciproques ou l'échange entre parties de « *considerations* », clef de voûte de la formation du contrat en droit britannique.⁹²¹ Il ne

920

⁹¹⁶ *Autoclenz LTD v Belcher & Another*, [2011] IRLR 820, 820, 823 et 824 à [20] et [28] ; *Redrow Homes (Yorkshire) LTD v Buckborough & Another*, [2009] IRLR 35, 35, 41 à [33 et 37] ; *Snook v. London and West Riding Investments LTD*, [1967] 2 WLR 1020, 1030, 1031.

⁹¹⁷ *Autoclenz LTD v Belcher & Another*, [2011] IRLR 820, 824 à [28], 825 à [34 et 35] (bien que la « *Supreme Court* » conserve la conclusion de la « *Court of Appeal* » quant au droit qu'il s'agisse d'un « *worker* » et non d'un « *employee* », le raisonnement sur les « *sham clauses* » restent valable pour ce dernier, celui-ci étant le même pour ces deux types de travailleurs) ; *Redrow Homes (Yorkshire) LTD v Buckborough & Another*, [2009] IRLR 35, 35, 41 à [33 et 37].

⁹¹⁸ DEAKIN/MORRIS (2012), p. 154, n° 3.22.

⁹¹⁹ *Ibid.*

⁹²⁰ FREEDLAND (2003), p. 91.

⁹²¹ DEAKIN/WILKINSON (2005), p. 306.

s'agit donc pas là d'un prérequis propre au seul contrat de travail. Celui-ci impose simplement à l'employeur d'offrir un travail au travailleur en échange d'un salaire qu'il s'oblige à lui verser, et contraint le travailleur d'entreprendre le travail offert.⁹²²

- 921 Le second niveau d'exigence, apparu tardivement à la fin des années 70 en suite de l'« *economic reality test* » que nous étudierons ci-après (cf. 936ss), est propre uniquement à l'« *employment contract* ».⁹²³ Il impose lui, d'un côté, que le travailleur puisse s'attendre à continuellement recevoir du travail de la part de son employeur et que, de l'autre côté, ce même employeur puisse s'attendre à ce que son employé l'accepte continuellement également.⁹²⁴
- 922 Dans « *O'Kelly and Others v Trusthouse Forte P.L.C* », il a été considéré qu'« *mutuality of obligations* » le fait que des « *regulars* », soit des travailleurs au statut en apparence d'indépendant et appelés régulièrement à travailler auprès d'un même établissement comme traiteurs, ne soient pas obligés d'accepter les missions confiées, alors qu'un refus les enlevait de la liste des appelés prioritaires et donc leur faisait perdre un emploi régulier.⁹²⁵
- 923 Pour le surplus, la notion du second degré de « *mutuality of obligation* » sera grandement développée dans le cadre de l'étude des « *atypical employments* » plus bas (cf. 982ss).

3. « *Control test* »

- 924 L'origine du « *control test* » remonte au dernier quart du 19^{ème} siècle et au temps des « *Master et Servant Acts* » puis, en suite de leur abrogation, de l'« *Employers and Workmen Act 1875* ».⁹²⁶ Ces lois s'appliquaient aux travailleurs dits manuels, en opposition aux travailleurs non manuels, soit des employés au statut

⁹²² CABRELLI (2018), p. 111 ; DEAKIN/MORRIS (2012), p. 164, n° 3.29 ; DEAKIN/WILKINSON (2005), p. 306.

⁹²³ DEAKIN/MORRIS (2012), p. 164, n° 3.29.

⁹²⁴ *Carmichael and Another v National Power P.L.C.*, [2000] IRLR 43, 44, 45 à [18] ; *O'Kelly and Others v Trusthouse Forte P.L.C.*, [1984] 1 QB 90, 105, 106 *a contrario* ; MIDDLEMISS/DOWNIE (2015), p. 98, n° 4.25.

⁹²⁵ *O'Kelly and Others v Trusthouse Forte P.L.C.*, [1984] 1 QB 90, 105.

⁹²⁶ DEAKIN/MORRIS (2012), p. 159, n° 3.26 ; SMITH/BAKER/WARNOCK (2017), p. 44.

professionnel plus élevé, tels des managers.⁹²⁷ Le « *control test* » servait alors à déterminer si les travailleurs étaient des « *servants* » ou des employés au statut élevé qui échappaient alors aux protections amenées par les actes examinés ci-dessus, et non à distinguer un travailleur dépendant d'un travailleur indépendant.⁹²⁸

Les « *servants* » recevaient à l'époque, fidèlement aux principes de déférence et d'obéissance auxquels ils étaient soumis vis-à-vis de leur maître, des instructions par ce dernier quant à la manière de réaliser une tâche pour laquelle celui-ci était personnellement impliqué.⁹²⁹ Un « *servant* » « *is a person subject to the command of his master as to the manner in which he shall do his work* ». ⁹³⁰ Il s'agissait d'un travailleur dont l'exécution de la prestation était contrôlée et supervisée de très près par l'employeur.⁹³¹

Ce « *test* » ainsi que son objectif ont par la suite évolué, et cela en raison de la professionnalisation grandissante des métiers, de l'émergence toujours plus importante des emplois aux compétences requises élevées, et malgré la disparition de la notion de « *servant* » et des « *Acts* » le définissant.⁹³² Celui-ci permet désormais de distinguer un travailleur d'un indépendant, et ne cherche plus à déterminer si un employeur exerce un « *control* » sur la réalisation du travail même et la manière détaillée de l'effectuer par l'employé, mais un « *control* » sur les conditions de travail, soit imposer quelle tâche entreprendre, délivrer les moyens utilisés pour l'accomplir et préciser quand et où celle-ci doit être réalisée.⁹³³ Le « *test* » possède une portée moins personnelle qu'avant et bien plus bureaucratique,⁹³⁴ ou encore pourrions nous dire organisationnelle. C'est ainsi qu'un avocat ou un docteur à la formation et aux compétences professionnelles élevées soumis à ce « *test* » aujourd'hui peuvent être considérés comme étant

⁹²⁷ DEAKIN/MORRIS (2012), p. 159, n° 3.26.

⁹²⁸ *Idem*, pp. 159 et 160, n° 3.26.

⁹²⁹ RILEY in : FREEDLAND (2016), p. 326 lit. A.

⁹³⁰ *Yewens v Noakes*, [1880] 6 QB 530, 532 et 533.

⁹³¹ DEAKIN/MORRIS (2012), p. 160, n° 3.26.

⁹³² RILEY in : FREEDLAND (2016), p. 326, lit. A.

⁹³³ *Autoclenz LTD v Belcher and Another*, [2011] IRLR 820, 825 à [37] ; *Ready Mixed Concrete (South East) LTD v Minister of Pensions and National Insurance*, [1968] 2 QB 497, 515 ; RILEY in : FREEDLAND (2016), p. 327, lit. A.

⁹³⁴ DEAKIN/MORRIS (2012), p. 161, n° 3.26.

soumis au contrôle d'un employeur,⁹³⁵ en dépit de leur haut degré de maîtrise sur l'exécution de leur travail.⁹³⁶

- 927 Enfin, on peut préciser que n'est pas tant déterminant le fait que le potentiel employeur exerce concrètement ou non son pouvoir de contrôle que le fait qu'il en ait seulement le pouvoir.⁹³⁷ Ainsi le fait que le travailleur ne soit pas soumis quotidiennement ni régulièrement au pouvoir de direction de son potentiel employeur ne fait pas échouer le « *test* » pour autant que ce dernier en ait le pouvoir au regard de l'analyse de toutes les clauses contractuelles et de l'ensemble de la situation factuelle.⁹³⁸ Bien sûr, l'absence d'obligation ou de droit contractuel de respect et de délivrance d'instructions entre un potentiel employeur et employé ne permet pas de conclure forcément à l'échec du « *control test* » si dans le même temps ce premier exerce bien en pratique un réel pouvoir de direction sur ce dernier.⁹³⁹

II. « Tests » supplémentaires

- 928 Suite à l'analyse des trois conditions et « *tests* » ci-dessus, s'ensuit l'examen potentiel non strictement déterminant⁹⁴⁰ et si le tribunal le juge nécessaire à la clarification de la qualification juridique du contrat, de l'« *organisational test* »⁹⁴¹ aussi appelé « *integration test* » (1)⁹⁴² et de l'« *entrepreneurial test* »⁹⁴³ nommé également « *economic reality test* » (2)^{944 945}.

⁹³⁵ *Idem*, pp. 160 et 161, n° 3.26.

⁹³⁶ MIDDLEMISS/DOWNIE (2015), p. 95, n° 4.21.

⁹³⁷ *Troutbeck SA v White et Another*, [2013] IRLR 949, 951 à [18] et 952 à [41].

⁹³⁸ *Idem*, 951 à [18].

⁹³⁹ *Motorola LTD v Davidson and Melville Craig Group LTD*, [2001] IRLR 4, 6 à [12] et [13].

⁹⁴⁰ RILEY in : FREEDLAND (2016), p. 330, lit. E.

⁹⁴¹ MIDDLEMISS/DOWNIE (2015), p. 105, n° 4.27.

⁹⁴² SMITH/BAKER/WARNOCK (2017), p. 45.

⁹⁴³ MIDDLEMISS/DOWNIE (2015), p. 105, n° 4.27.

⁹⁴⁴ RILEY in : FREEDLAND (2016), p. 328, lit. C.

⁹⁴⁵ MIDDLEMISS/DOWNIE (2015), p. 105, n° 4.27.

1. « *Integration test* »

L'« *integration test* » s'est développé en réponse aux défauts évoqués ci-dessus du « *control test* » qui ne permettait pas, sous son ancienne interprétation restrictive, de considérer des employés aux compétences ou statut élevés au sein d'une entreprise comme étant sous le « *control* » d'un employeur.⁹⁴⁶ En vertu de ce test : « *under a contract of service, a man is employed as part of the business, and his work is done as an integral part of the business ; whereas under a contract for services, his work, although done for the business, is not integrated into it but is only accessory to it* ». ⁹⁴⁷ Si l'activité exercée par un travailleur possède un rôle central dans la mission que poursuit l'entreprise employeuse ou que l'activité rentre intégralement dans le cadre du « *business* » de l'entreprise, alors celui-ci pourra être réputé comme étant intégré à cette entreprise et donc employé.⁹⁴⁸ Nous voyons bien là comment un médecin, à défaut d'être considéré comme étant sous le « *control* » au sens de la définition archaïque de cette notion, pourrait se trouver intégré à un hôpital et ainsi être au bénéfice d'un « *contract of service* ». ⁹⁴⁹

Malheureusement, ce « *test* » ne permet pas d'évaluer correctement la situation de travailleurs prêtés à une entreprise par un tiers bailleur de service avec lequel ceux-ci possèdent déjà un contrat de travail ; les travailleurs seront en effet intégrés à l'entreprise sans pour autant être des employés de celle-ci.⁹⁵⁰ À l'inverse, l'intégration de ces travailleurs au sein de l'entreprise bailleresse de service est minime, voire inexistante, alors même que ceux-ci sont bien leurs employés. De même, au regard de ce « *test* », des travailleurs de plateformes que nous analyserons en **cinquième partie** de thèse risqueraient de ne pouvoir être considérés comme des employés, leur intégration au sein de la plateforme pouvant, là également, être très faible.

Aussi, à notre sens, vu l'évolution de la notion de « *control test* » et l'étirement de son champ d'application désormais plus large, il conviendrait de favoriser son utilisation, au demeurant obligatoire et qui reprend implicitement cette idée

⁹⁴⁶ DEAKIN/MORRIS (2012), pp. 161 et 162, n° 3.27 ; SMITH/BAKER/WARNOCK (2017), p. 45.

⁹⁴⁷ *Stevenson, Jordan & Harrison v MacDonald & Evans*, [1952] 1 TLR 101, 111; RILEY in : FREEDLAND (2016), p. 327, lit. B.

⁹⁴⁸ RILEY in : FREEDLAND (2016), p. 327, lit. B.

⁹⁴⁹ DEAKIN/MORRIS (2012), pp. 161 et 162, n° 3.27.

⁹⁵⁰ *Idem*, p. 162, n° 3.27.

d' « *integration* » bien que constatée au travers d'une dépendance spatiale et temporelle, plutôt que de se baser sur un « *test* » pouvant amener à des conclusions juridiquement erronées.

2. « *Economic reality test* »

- 932 L' « *economic reality test* » est originellement apparu en cours de la Seconde Guerre mondiale aux États-Unis et n'a cessé de prendre de l'importance en suite du développement toujours plus conséquent des assurances sociales et de l'impôt sur le revenu.⁹⁵¹ Il consiste à se demander si le travailleur qui s'est engagé à rendre des services les exécute comme un travailleur « *in business on his own account* ».⁹⁵²
- 933 Il faut comprendre par cela : le travailleur fournit-il ses propres outils et son propre matériel ? Engage-t-il lui-même ses propres auxiliaires (à notre sens cette question devrait faire l'objet de l'étude préalable de la condition de « *personal service* » et probablement ne pas être étudiée là) ? Quel degré de risque financier et de responsabilité en matière d'investissement et de management prend-il et possède-t-il, et dans quelle mesure a-t-il la possibilité de tirer profit d'un niveau élevé de management dans la réalisation de sa tâche ?⁹⁵³ Des réponses négatives ainsi que des degrés et niveaux, ici, bas tendront à fournir des indices en faveur d'un statut de salarié du travailleur.
- 934 Aussi, le fait pour un travailleur de recevoir régulièrement une rémunération calculée en vertu du temps de travail effectué constitue un indice très fort en faveur d'un statut de salarié.⁹⁵⁴ Toutefois, le fait pour un travailleur d'être payé à la pièce ou de recevoir un salaire basé tout ou en partie sur le bénéfice réalisé par l'activité ne devrait pas exclure la possibilité qu'il puisse s'agir d'un employé, celui-ci n'assumant pas nécessairement la responsabilité du management et des profits de l'entreprise,⁹⁵⁵ et par là même des pertes,⁹⁵⁶ soit en somme des

⁹⁵¹ HONEYBALL (2016), p. 29, n° 2.2.3 ; RILEY in : FREEDLAND (2016), p. 328, lit. C.

⁹⁵² *Market Investigations LTD v Minister of Social Security*, [1968] 2 QB 173, 184.

⁹⁵³ *Market Investigations LTD v Minister of Social Security*, [1968] 2 QB 173, 185 ; EMIR (2018), p. 47, n° 2.50 ; WEISSMAN (2012), p. 28.

⁹⁵⁴ DEAKIN/MORRIS (2012), p. 162, n° 3.28 ; SMITH/BAKER/WARNOCK (2017), p. 49.

⁹⁵⁵ DEAKIN/MORRIS (2012), pp. 162 et 163, n° 3.28.

⁹⁵⁶ COLLINS/EWING/MCCOLGAN (2012), p. 190.

risques financiers inhérents à la création d'une telle entreprise ou d'un « *business* ». ⁹⁵⁷ Cependant, à l'inverse, un travailleur ne devrait pas être automatiquement considéré comme un employé dès l'instant où il est établi qu'il ne possède pas un tel « *business* ». ⁹⁵⁸ Si tel était le cas, tout « *casual worker* » serait automatiquement réputé comme étant au bénéfice d'un « *contract of service* », ce qui incarnerait un résultat légalement inacceptable, ⁹⁵⁹ et cela notamment en ce sens que ces travailleurs ne rempliraient pas forcément toujours tous les « *tests* » basiques examinés ci-dessus avec succès. De même, tout acteur, chanteur ou écrivain sera souvent considéré comme indépendant alors même qu'il ne possède ou n'exerce pas tous les attributs d'un « *business* » comme il est entendu ici. ⁹⁶⁰

Enfin, pour prendre un autre exemple dans ce sens, il a été considéré qu'une personne travaillant pour plus d'une vingtaine d'entreprises en même temps et dont les missions ne dureraient pour beaucoup qu'une journée devait, pour ces raisons-là, être considérée comme indépendante, bien qu'elle n'exerçait pas son activité dans le cadre d'un « *business* » au sens vu ci-avant, mais qu'elle supportait tout de même le risque de non-paiement de ses débiteurs multiples. ⁹⁶¹ En effet, lorsque que faisant face à des travailleurs exerçant une profession ou une vocation, il est plus déterminant d'apprécier si ce travailleur dépend ou non d'un seul « *paymaster* » exploitant financièrement ses talents. ⁹⁶² Cela revient à considérer que dépendre d'une seule ou de très peu de sources de revenus est constitutif d'un indice en faveur d'une dépendance économique et donc d'un statut de salarié.

935

III. « *Consistent provisions* »

Toute clause du contrat ne rentrant pas dans l'analyse de l'un des « *tests* » examinés ci-dessus doit tout de même être cohérente avec la reconnaissance de ce

936

⁹⁵⁷ *Lee Ting Sang v Chung Chi-Keung and Another*, [1990] ICR 409, 414 ; COLINS/EWING/MCCOLGAN (2012), p. 190 ; DEAKIN/MORRIS (2012), p. 163, n° 3.28.

⁹⁵⁸ *Wickens v Champion Employment Agency*, [1984] ICR 365, 371 ; *Market Investigations LTD v Minister of Social Security*, [1968] 2 QB 173, 185.

⁹⁵⁹ *Wickens v Champion Employment Agency*, [1984] ICR 365, 371.

⁹⁶⁰ *Hall v Lorimer*, [1994] IRLR 171, 175 à [16].

⁹⁶¹ *Idem*, 172.

⁹⁶² *Idem*, 172.

contrat comme « *contract of service* » en incarnant donc une « *consistent provision* », bien que comme pour l'« *integration test* » et l'« *economic reality test* », il ne s'agisse que d'indices et pas d'éléments catégoriquement déterminants à la reconnaissance d'un contrat de travail.⁹⁶³

937 À ce titre, et bien que la plupart de ces indices pourraient être, à notre humble sens, utilisés dans le cadre des cinq « *tests* » précédents, une attention devrait être portée aux clauses ou éléments factuels suivants :⁹⁶⁴

- Le niveau de compétences requis pour effectuer les tâches ;
- Le fait ou non que le travailleur soit contraint de travailler exclusivement auprès d'un mandant ou qu'il soit autorisé à œuvrer pour plusieurs ;
- Le moyen de paiement, que celui-ci soit un salaire délivré pour un temps de travail donné ou d'un prix fixe pour l'accomplissement d'une tâche particulière ;
- La déduction ou non par l'employeur d'« *income tax* » et de « *national insurance contributions* » sur le salaire versé à l'employé ;
- Le fait que le travailleur travaille pour plusieurs mandants ;
- La fourniture par le mandant d'outils, d'équipements ou d'uniformes portant sa marque commerciale ou par le travailleur lui-même à ses propres frais et sans assimilation visible à l'entreprise du mandant.

938 À par exemple été jugé « *consistent* » avec un « *contract of service* » la possibilité pour l'employé d'être soumis à une procédure disciplinaire, d'avoir accès à une procédure de règlements des griefs et d'être au bénéfice de vacances payées ou de gratifications calculées sur la base de services rendus passés.⁹⁶⁵

939 À également été jugé, mais « *not inconsistent* » cette fois, le fait pour l'employé d'être payé à la tâche et non au temps de travail ou de ne posséder aucune heure de travail régulière.⁹⁶⁶

940 Enfin, a été admis comme « *inconsistent* », le fait qu'il pouvait être mis fin au contrat immédiatement par les deux parties sans le moindre délai de congé ou

⁹⁶³ *Ready Mixed Concrete (South East) LTD v Minister for Pensions and National Insurance* [1968] 2 QB 497, 515 et 516 ; RILEY in : FREEDLAND (2016), p. 330, lit. E.

⁹⁶⁴ *O'Kelly and Others v Trusthouse Forte P.L.C.*, [1968] 1 QB 90, 105 ; MIDDLEMISS/DOWNIE (2015), p. 105, n° 4.27 ; RILEY in : FREEDLAND (2016), p. 330, lit. E.

⁹⁶⁵ *O'Kelly and Others v Trusthouse Forte P.L.C.*, [1968] 1 QB 90, 105.

⁹⁶⁶ *Ibid.*

encore le fait que pendant la relation contractuelle des parties considéraient que les « *casual worker* », ce que les travailleurs en l'espèce étaient, devaient être traités comme des indépendants engagés dans le cadre de « *contract for services* » successifs.⁹⁶⁷

IV. « *Elephant test* »

De manière générale, dans le cadre du processus difficile de qualification d'un contrat en « *contract of service* », devrait systématiquement être appliqué l'« *elephant test* » qui prend en compte l'entier de l'image ou « *the whole of the picture* » (équivalent suisse d'« *image globale* » (cf. 131ss)) rendue par la relation contractuelle, afin de déterminer si celle-ci renvoie à l'image d'un « *contract of service* ».⁹⁶⁸ L'éléphant serait en effet, comme le « *contract of service* », un « *animal too difficult to define but easy to recognize when you see it* ».⁹⁶⁹

941

Dans « *Hall v Lorimer* », la « *Court of Appeal* » a dans ce sens exprimé ce raisonnement de la manière suivante : « *There is no single path to determining whether or not the contracts from which a person derives his earnings are contracts of service or contracts for services. An approach which suits the facts and arguments of one case may be unhelpful in another. The Court agreed with the views expressed by Mummery J below that it "is not a mechanical exercise of running through items on a check-list to see whether they are present in, or absent from, a given situation. The object of the exercise is to paint a picture from the accumulation of detail. The overall effect can only be appreciated by standing back from the detailed picture which has been painted, by viewing it from a distance and by making an informed, considered, qualitative appreciation of the whole. It is a matter of evaluation of the overall effect of the detail, which is not necessarily the same as the sum total of the individual details. Not all details are of equal weight or importance in any given situation. The details may also vary from one situation to another."* ».⁹⁷⁰

942

Nous constatons, à la lecture de ce passage, que le raisonnement en trois étapes qui implique bien pour ses trois premiers éléments (« *control, mutuality of obligations, personal service* ») une « *check-list* », serait presque écarté pour peu que celui-ci ne rende pas l'image d'un contrat de travail à l'observation de

943

⁹⁶⁷ *Ibid.*

⁹⁶⁸ WEDDERBURN (1986), p. 116.

⁹⁶⁹ *Ibid.*

⁹⁷⁰ *Hall v Lorimer*, [1994] IRLR 171, 171 et 172.

l' « *overall effect of the detail* ». L'argument de la cour est d'avancer que l'addition des détails en faveur ou non d'un « *contract of service* » n'est pas égal à l'image globale qu'ils dégagent et donc qu'un détail n'a pas le même impact lorsque considéré seul que dans le cadre d'un ensemble de différents détails. Certains détails pourraient avoir plus de rayonnements et d'importances dans une situation précise dépeinte par un ensemble de détails particuliers plutôt que dans une autre.

- 944 Heureusement, un tel « *test* » ne vient finalement pas remettre en question nos propos précédents quant à la méthode d'établissement d'un « *contract of service* », mais peu tout à fait servir à l'utilisation ou non de l' « *integration test* », de l' « *economic reality test* » ou de certaines « *provisions* », en cela qu'il ne s'agit pas de conditions minimums obligatoires. Ainsi, l' « *elephant test* » imposerait que seuls les éléments parmi ceux qui soient propres à démontrer l'existence ou non d'un « *contract of service* », dans et pour un cas d'espèce donné après observation de leur effet dans l'image globale de la relation de travail, soient en droit d'être usités à ces fins.
- 945 On pourrait malgré tout imaginer, bien que ce ne soit pas clairement spécifié, que ce « *test* » fonctionne au sein même de la détermination de l'existence d'un des éléments basiques du « *contract of service* » ou de tout autres « *tests* » supplémentaires ou « *consistent provisions* » afin d'établir si un certain nombre de détails permettent de conclure non pas à l'existence d'un « *contract of employment* », mais seulement de l'élément examiné en question. Cet « *elephant test* » ne régirait alors non plus pas uniquement la relation entre les différents « *tests* », mais entre les indices dans le cadre d'un même « *test* » pour certifier du succès ou non de ce dernier.

§ 2 « **Worker contract** »

- 946 Le « *worker contract* » est le second type de contrat de travail créant un nouveau statut de travailleur en droit britannique. Nous verrons brièvement les lois applicables à ce statut de « *worker* » (A) puis analyserons en profondeur la notion de « *worker contract* » et les conditions ou « *tests* » permettant sa reconnaissance (B).

A. Lois applicables

Les travailleurs au bénéfice d'un « *worker contract* » sont soumis et ont accès à un nombre d'« *employment rights* » plus restreints que ceux possédant un « *employment contract* ». S'applique ainsi à un « *worker contract* » :⁹⁷¹ 947

- « *The Working Time Regulations 1998* » ;
- « *The National Minimum Wage Act 1998* » ;
- « *The Equality Act 2010* » ;
- Les « *statutory rights* » garantis aux « *part-time-workers* » dans les « *Part-Time Workers Regs 2000* » ;
- Les droits de « *Whistleblowing* » avancés par les s. 47B et 48 de l'« *Employment Rights Act 1996* » (ERA) ;
- Les « *statutory rights* » assurant la non-déduction non autorisée de salaire au sens de la Partie II de l'ERA ;
- Les « *statutory rights* » garantis par la s. 10 de l'« *Employment Relations Act 1999* » ;
- Le « *Trade Union and Labour Relations (Consolidation) Act 1992* » (TULRCA).

B. Conditions ou « *tests* »

Il existe des conditions ou « *tests* » basiques, soit les exigences minimums requises, à la qualification d'un contrat en « *worker contract* » (I) et un indice supplémentaire, quoique non déterminant à sa reconnaissance, en celui de la « *subordination* » (II).⁹⁷² 948

I. Conditions ou « *tests* » basiques

Les conditions ou « *tests* » basiques permettant de qualifier un travailleur de « *worker* » diffèrent quelque peu de ceux nécessaires à l'établissement d'un « *contract of employment* ». Trois conditions sont ici requises : une « *mutuality* » 949

⁹⁷¹ CABRELLI (2018), p. 108.

⁹⁷² *Bates Van Winkelhof v Clyde & CO LLP*, [2014] IRLR 641, 646 à [39].

of obligation test » (1),⁹⁷³ un « *personal service* » (2)⁹⁷⁴ et le respect de ce que nous appellerons la « *client and customer exception* » (3).⁹⁷⁵

1. « *Mutuality of obligation test* »

- 950 La notion de « *mutuality of obligation* » est ici la même que dans le cadre d'un « *contract of employment* », de manière à ce que nous nous y référons quant aux éclaircissements de sa substance (cf. 920 ss). Néanmoins, l'application totale de la notion de « *mutuality of obligation* » n'est pas requise pour en reconnaître son respect dans la qualification d'un contrat en « *worker contract* ». En effet, seul le premier niveau de « *mutuality of obligation* » est imposé, soit celui correspondant à l'existence d'une offre de travail accompagnée d'un salaire et d'une acceptation de ceux-ci, créant une « *mutuality* » et donc un contrat, simple principe général valable en droit britannique dans le droit des contrats et pas seulement dans le cadre du contrat de travail.⁹⁷⁶ Il n'est ainsi pas nécessaire que l'employé puisse s'attendre à continuellement recevoir du travail de la part de son employeur et que, de l'autre côté, ce même employeur puisse s'attendre à ce que son employé l'accepte continuellement également.
- 951 L'une des raisons à cela est que, bien que soumis à moins de lois protectrices que l'« *employee* », le « *worker* » peut malgré tout prétendre à l'application d'un certain nombre de réglementations en sa faveur, l'une d'elles étant le « *National Minimum Wage Act 1998* ». Si un travailleur n'était pas considéré comme un « *worker* » en raison de l'absence du deuxième niveau de « *mutuality of obligation* », cela impliquerait d'admettre qu'à cause de son statut en dehors de son activité de travail, celui-ci ne pourrait être reconnu comme un « *worker* » dans son activité de travail et donc bénéficier des droits inhérents aux salaires minimums protégés par l'« *Act 1998* » qui ont pourtant pour but de protéger le travail dans l'exercice de sa tâche de travail.⁹⁷⁷ Aussi, de nombreux « *casual workers* » (cf. 991ss), travaillant périodiquement pour le même employeur,

⁹⁷³ *James v Redcats (Brands) LTD*, [2007] ICR 1006, 1006, 1022 à [78], 1023 à [83] et [84].

⁹⁷⁴ *Costwold Developments Construction LTD v Williams*, [2006] IRLR 181, 188 à [50].

⁹⁷⁵ *Hospital Medical Group LTD v Westwood*, [2013] ICR 415, 417 ; *Costwold Developments Construction LTD v Williams*, [2006] IRLR 181, 188 à [50].

⁹⁷⁶ *James v Redcats (Brands) LTD*, [2007] ICR 1006, 1022 à [78].

⁹⁷⁷ *Idem*, 1023 à [83].

mais n'ayant aucune obligation d'accepter du travail de celui-ci entre leur mission pour son compte ou de droit à s'en recevoir, se verrait refuser la qualification de « *worker* » à cause seulement de leur statut hors période de travail ; et cela alors que ce titre leur confère l'accès à des droits comme un salaire minimum notamment, mais aussi d'autres droits fondamentaux de base créés justement pour protéger l'activité de travail de ces types de travailleurs à la situation contractuelle fragile.⁹⁷⁸

2. « *Personal service* »

La condition de « *personal service* » a préalablement été étudiée dans le cadre du « *contract of service* » (cf. 915ss), de manière à ce que nous pouvons nous y référer directement, la notion ne divergeant pas dans le cadre d'un « *worker contract* ». 952

Toutefois, l'exigence d'un « *personal service* » en tant que condition d'un « *worker contract* » contient une spécificité que cette même exigence ne possède pas lorsqu'oeuvrant à l'établissement d'un « *contract of service* ». En plus de devoir être présente dans le sens étudié précédemment, celle-ci doit subir un « *test* » supplémentaire pour être remplie dans le cadre d'un « *worker contract* ». Ce « *test* », qui servira intrinsèquement d'indice de réponse, comme nous le verrons ci-après (cf. 957ss), à la troisième condition d'un « *worker contract* » qu'est le fait que le « *hirer must not be client or customer of the individual* », sera celui choisi parmi deux « *tests* » possibles.⁹⁷⁹ En effet, on pourra appliquer le « *dominant purpose test* » ou l'« *integration test* ». ⁹⁸⁰ 953

Le « *dominant purpose test* » invite les juges à se demander si l'exigence d'un service personnel constitue la caractéristique principale du contrat d'engagement ou si celui-ci n'est qu'une obligation incidente ou secondaire à un contrat qui possède plutôt comme caractéristique principale d'atteindre un objectif ou un résultat.⁹⁸¹ Dans le premier cas, l'entier de la condition de « *personal service* » sera remplie, mais non dans le second. En d'autres termes, l'essence 954

⁹⁷⁸ *Idem*, 1023 à [83] et [84].

⁹⁷⁹ *Hospital Medical Group LTD v Westwood*, [2013] ICR 415, 426 à [17] et [18] ; *Costwold Developments Construction LTD v Williams*, [2006] IRLR 181, 188 à [53] ; CABRELLI (2018), p. 111.

⁹⁸⁰ *Hospital Medical Group LTD v Westwood*, [2013] ICR 415, 426 à [17] et [18].

⁹⁸¹ *James v Redcats (Brands) LTD*, [2007] ICR 1006, 1020 à [67].

même du contrat est-elle de faire entrer le travailleur dans le cadre d'une relation de travail dépendante ou de lier l'exercice de deux activités indépendantes ?⁹⁸²

955 De son côté, l'« *integration test* » pousse les juges à se demander si le « *worker actively markets his services as an independent person to the world in general (a person who will thus have a client or customer) on the one hand, or whether he is recruited by a principal to work for that principal as an integral part of the principal's operations* » ?⁹⁸³ Un test qui dans le premier cas conclura au non-respect de la condition de « *personal service* » et à l'inverse dans le second cas à son respect. Enfin, un test qui, faut-il le souligner, rappelle étrangement à notre sens l'« *integration test* » du « *contract of service* » sans qu'il soit clairement considéré comme étant identique à celui-ci par la jurisprudence britannique.

956 Aucun de ces deux tests ne trouvent priorité sur l'autre, le choix de faire appel au premier plutôt qu'au second dépendant du cas d'espèce et de sa matrice factorielle spécifique qui nécessite l'utilisation d'un outil particulier (l'un des deux « *test* ») au détriment de l'autre.⁹⁸⁴ À titre d'exemple, un cas où un travailleur potentiel ne commercialise (« *market* ») aucunement ses services et n'agit que pour un seul mandant, alors même qu'il n'est contractuellement pas tenu à de telles restrictions, n'appelle pas à l'utilisation de l'« *integration test* » qui ne saurait être résolu, mais du « *dominant purpose test* » qui pourrait lui s'appliquer ici et être entrepris.⁹⁸⁵

3. « *Client and customer exception* »

957 Pour être considéré comme un « *worker* », le travailleur ne doit pas rendre de services à une personne qui puisse être reconnue comme le client ou le « *customer* » de sa profession ou de son propre « *business* ». ⁹⁸⁶ Sera admise comme une relation entre un client et une personne exerçant une profession, celle entre un avocat et son client, un architecte et son client ou encore un comptable et son client. Sera maintenant admise comme une relation entre un « *customer* » et une

⁹⁸² *Idem*, 1019 à [59].

⁹⁸³ *Hospital Medical Group LTD v Westwood*, [2013] ICR 415, 426 à [18] ; *Costwold Developments Construction LTD v Williams*, [2006] IRLR 181, 188 à [53].

⁹⁸⁴ *Hospital Medical Group LTD v Westwood*, [2013] ICR 415, 426 à [17] et [18].

⁹⁸⁵ *Idem*, 426 à [17].

⁹⁸⁶ *Costwold Developments Construction LTD v Williams*, [2006] IRLR 181, 188 à [50].

personne exploitant son propre « *business* », celle entre un propriétaire de magasin et son client ou tout « *tradesman* » tel un plombier à domicile, ébéniste, ou portraitiste qui commercialisera ses services en tant qu'exploitant de sa propre affaire.⁹⁸⁷

Comme précisé ci-dessus (cf. 953), le « *dominant purpose test* », ainsi que l'« *integration test* » apportent déjà de réelles réponses quant au respect ou non de cette exception, de sorte que la seconde condition de « *personal service* » pourrait être examinée, pour ce qui est de sa seconde partie d'analyse donc et de ces deux « *tests* », en même temps que la « *Client and customer exception* ». 958

L'« *integration test* » avance ouvertement que lorsque le « *worker actively markets his services as an independent person to the world in general* », celui-ci sera considéré comme ayant des clients ou des « *customers* », ne respectant pas ainsi la « *client and customer exception* ». ⁹⁸⁸ Par ailleurs, à la vue très similaire de l'« *integration test* » et de la « *client and customer exception* », il est difficile d'envisager le succès ou l'échec de ce premier sans que le même sort ne suive la seconde, à l'exception peut-être du cas des professions qui pourraient passer l'« *integration test* » et succomber à la « *client and customer exception* ». En effet, un avocat pourrait passer l'« *integration test* » et échouer à la « *client and customer exception* » car exerçant une profession. L'idée derrière cette exception liée aux professions est celle qu'un individu au bénéfice d'un tel statut, bien que réalisant personnellement un travail et donc respectant la seconde condition, a la possibilité, du moins en théorie, de travailler pour d'autres clients. ⁹⁸⁹ Ainsi, à l'inverse de l'« *integration test* » où, comme vu ci-dessus, le fait d'avoir la possibilité de posséder différents clients, mais de choisir d'en avoir qu'un exclut l'utilisation d'un tel « *test* » au profit du « *dominant purpose test* », ici le simple fait d'avoir l'opportunité d'être pourvu de clients, que cette option soit levée ou non, empêche l'individu en question affilié à une profession de respecter la « *client and customer exception* » et donc d'être considéré comme un « *worker* ». 959

Le résultat du « *dominant purpose test* » apporte également son lot d'influences à la détermination du respect de la « *client and customer exception* ». Il est admis, de manière générale, que si, dans un cas d'espèce, l'exigence d'un service personnel constitue la caractéristique principale du contrat d'engagement et non 960

⁹⁸⁷ *Idem*, 188 à [53].

⁹⁸⁸ *Idem*, 188 à [53].

⁹⁸⁹ COLLINS/EWING/MCCOLGAN (2012), p. 204.

la tentative d'atteindre un objectif ou de satisfaire à un résultat, il ne pourra, en pratique, être conclu subséquemment à ce que le travailleur exploite une affaire pour son propre compte et donc respecte la « *client and customer exception* ». ⁹⁹⁰ Ce raisonnement tient probablement au fait, à notre sens, qu'un contrat qui porte plus d'importance à la personne qui exécutera les tâches qu'au résultat des tâches elles-mêmes, recherche un investissement humain précis plutôt que circonstanciel, et une volonté de faire entrer le travailleur dans l'organisation d'une entreprise, impliquant souvent de celui-ci, mais pas nécessairement, un renoncement à son indépendance économique ne permettant définitivement plus l'exploitation d'une affaire pour son propre compte. Lorsque le résultat d'une activité est l'objectif principal d'un contrat donné, il est plus aisé de considérer que l'essence du contrat est purement économique, ce qui ne correspond pas entièrement au contrat de travail possédant une dimension sociale, et donc d'admettre que ce contrat en question comprend une activité exercée à titre indépendant par un mandataire.

II. Indice de « *Subordination* »

- 961 L'indice de « *subordination* », permettant de potentiellement, et non obligatoirement, ⁹⁹¹ faire pencher la balance en faveur d'un « *worker contract* » si constatée dans un cas d'espèce, est une notion relativement complexe et obscure (« *some mystery ingredient* ») ⁹⁹². Celle-ci est si peu développée dans la jurisprudence relative au « *worker contract* », pour lequel elle ne représente qu'un indice, qu'il nous est obligé d'observer également la jurisprudence réservée au « *contract personally to do work* » examiné ci-après, jurisprudence qui, nous le verrons (cf. 970ss), érige la notion de « *subordination* » en caractéristique essentielle de ce dernier contrat.
- 962 La notion de subordination telle qu'aujourd'hui retenue en droit britannique pour qualifier un contrat de « *contract personally to do work* » est inspirée du droit et de la jurisprudence européenne de la CJUE et de sa définition d'un travailleur telle qu'elle devait être interprétée dans le cadre de l'art. 141 de l'ancien Traité instituant la communauté européenne (TCE) (désormais Traité sur le

⁹⁹⁰ *James v Redcats (Brands) LTD*, [2007] ICR 1006, 1019 à [63].

⁹⁹¹ *Bates Van Winkelhof v Clyde & CO LLP*, [2014] IRLR 641, 646 à [39].

⁹⁹² *Ibid.*

fonctionnement de l'Union européenne (TFUE)) et traitant de l'égalité de rémunération entre les sexes.⁹⁹³ Au sens de ces derniers, est un travailleur « *a person who, for a certain period of time, performs services for and under the direction of another person in return for which he receives remuneration* ». ⁹⁹⁴ Cette définition requerrait bien une relation de subordination entre un travailleur et son employeur pour être respectée.⁹⁹⁵

Il s'agit, au sens de la jurisprudence britannique cette fois, d'une constatation sociologique mêlant un travailleur subordonné à un employeur dans le cadre d'une relation de travail hiérarchique.⁹⁹⁶ Elle impliquerait une relation de travail permettant un « *control* » de l'employeur (qui n'est pas sans rappeler le « *control test* ») et imposant un devoir de rendre des « *services* » de la part de l'employé⁹⁹⁷ dont le sens ici est aussi large que flou. Peut-être faudrait-il mieux la comprendre, en s'inspirant plus amplement de la définition de la CJEU, comme le fait pour un individu d'être subordonné à une personne l'engageant pour un travail dans le sens d'une soumission à son pouvoir de direction en échange d'un salaire.⁹⁹⁸ Si une question, en apparence précise, pouvait répondre à sa présence ou non en droit britannique, elle impliquerait de se demander si un individu réalise des services pour et sous la direction d'un « *hirer* » (celui qui embauche) contre lesquels il reçoit une rémunération, ou bien s'il fournit ses services de manière indépendante sans se trouver subordonné à son « *hirer* » ?⁹⁹⁹ L'élément clef serait bien le fait d'être soumis au pouvoir de direction¹⁰⁰⁰ et donc d'être soumis aux ordres de la partie qui emploie.

La « *subordination* » ne constitue toutefois et pour rappel, dans le cadre d'un « *worker contract* », qu'un indice potentiel et non une condition impérative.¹⁰⁰¹ Il y a deux raisons à cela. Il est tout à fait possible qu'une entreprise soit complètement « *independent* » à tout point de vue, mais subordonnée aux demandes

963

964

⁹⁹³ *Allonby v Accrington & Rossendale College and Another*, [2004] IRLR 224, 238 et 239 à [66-69] ; CABRELLI (2018), p. 116 ; FREEDLAND/KOUNTOURIS (2012), p. 60.

⁹⁹⁴ *Allonby v Accrington & Rossendale College and Another*, [2004] IRLR 224, 238 à [67].

⁹⁹⁵ *Idem*, 238 et 239 à [68].

⁹⁹⁶ *Bates Van Winkelhof v Clyde & CO LLP*, [2014] IRLR 641, 643 à [12].

⁹⁹⁷ *Idem*, 1000 à [64].

⁹⁹⁸ CABRELLI (2018) p. 116.

⁹⁹⁹ *Jivraj v Hashwani*, [2011] IRLR 827, 833 à [34].

¹⁰⁰⁰ *Idem*, 834 à [40].

¹⁰⁰¹ *Bates Van Winkelhof v Clyde & CO LLP*, [2014] IRLR 641, 646 à [39].

du seul client majeur qu'elle possède¹⁰⁰² et qui constitue la source de la quasi-totalité de ses revenus et dépense de son temps de travail. À l'inverse, il est fréquent d'observer, cela notamment grâce à l'« *integration test* » et la « *client and customer exception* », des cadres aux compétences élevées et au degré d'autonomie important qui soient tout de même intégrés dans les opérations de l'employeur, soit le fonctionnement de l'entreprise, et donc considérés comme « *worker* ». ¹⁰⁰³ En cela, si la notion de subordination peut parfois aider à distinguer un « *self employed* », soit travailleur indépendant, d'un « *worker* », elle n'est en rien une caractéristique du « *worker contract* » ou un garant de la reconnaissance d'un « *worker* ». ¹⁰⁰⁴

§ 3 « *Contract personally to do work* »

965 Le « *contract personally to do work* » est le troisième et dernier type de contrat de travail proposé par le droit britannique. Nous nommerons brièvement les lois qui sont applicables à ces types particuliers de « *workers* » (A) et verrons en détail les conditions ou « *tests* » nécessaires à sa reconnaissance (B).

A. Lois applicables

966 Un travailleur bénéficiant d'un « *contract personally to do work* » n'est soumis et se voit offrir qu'un accès très restreint aux « *employment rights* ». Seuls les « *statutory rights* » garantis par l'« *Equality Act 2010* » lui sont applicables. ¹⁰⁰⁵ Cet « *Act* » a pour objectif notamment de réformer et d'harmoniser le droit de l'égalité, de contraindre certains employeurs à publier des informations quant aux différences de salaires entre ses employés hommes et femmes ou encore de requérir de l'exercice de certaines fonctions que celles-ci soient en phase avec un besoin d'éradiquer la discrimination et d'autres comportements interdits (« *Equality Act 2010 Introductory text* »).

¹⁰⁰² *Ibid* (encore faudrait-il que la jurisprudence précise ce qu'elle entend par « *independent* » ici, mais peut-être faut-il comprendre cela comme le fait pour l'entreprise de ne pas respecter tous les éléments caractéristiques du « *worker contract* »).

¹⁰⁰³ *Ibid*.

¹⁰⁰⁴ *Ibid*.

¹⁰⁰⁵ CABRELLI (2018), p. 109.

B. « Tests » ou conditions basiques

Nous pouvons retenir trois tests ou conditions des bases ou minimums à la reconnaissance d'un contrat en « *contract personally to do work* » : une « *mutuality of obligation* » (I),¹⁰⁰⁶ un « *personal service* »¹⁰⁰⁷ et une « *subordination* » (II).¹⁰⁰⁸ 967

I. « *Mutuality of obligation* »

La notion de « *mutuality of obligation* » est ici la même que celle développée dans le contexte de l'« *employment contract* » et du « *worker contract* », à cela près que dans le « *contract personally to do work* », seul le premier de ses deux niveaux d'exigence est requis,¹⁰⁰⁹ tout comme dans le cadre du « *worker contract* », mais non de l'« *employment contract* ». En effet, le travailleur doit posséder une obligation d'effectuer un travail, contre rémunération, à défaut de quoi un « *contract personally to do work* » ne pourra être retenu ; cela sera malheureusement le cas si la personne peut décider de travailler quand elle veut et si elle le désire ou non, cas de nombreux chauffeurs VTC par exemple.¹⁰¹⁰ 968

II. « *Personal service* »

La notion de « *personal service* » correspond ici aux définitions apportées précédemment à son sujet dans le cadre de l'« *employment contract* » et du « *worker contract* », mais plus particulièrement encore à ce dernier. En effet, sera généralement exigé et appliqué « *le dominant purpose test* » qui implique pour rappel que le besoin d'exécution personnel du travail par la partie constitue la caractéristique principale du contrat d'engagement.¹⁰¹¹ L'« *integration test* » 969

¹⁰⁰⁶ *Mingeley v Pennock and Another*, [2004] ICR 727, 731 à [5], 733 et 734 à [14] ; McCrudden (2012), p. 31.

¹⁰⁰⁷ *Jivraj v Hashwani*, [2011] IRLR 827, 832 à [35] et [36] ; *Mingeley v Pennock and Another*, [2004] ICR 727, 733 et 734 à [14] ; McCrudden (2012), p. 31.

¹⁰⁰⁸ *Jivraj v Hashwani*, [2011] IRLR 827, 833 à [34] ; McCrudden (2012), p. 32.

¹⁰⁰⁹ *Mingeley v Pennock and Another*, [2004] ICR 727, 733 et 734 à [14].

¹⁰¹⁰ *Ibid.*

¹⁰¹¹ *Jivraj v Hashwani*, [2011] IRLR 827, 832 à [35] ; *Mirror Group Newspapers Ltd v Gunning*, [1986] ICR 145, 156 et 157 ; McCrudden (2012), p. 30.

n'a pour sa part jamais été retenu dans le cadre du « *contract personally to do work* ». Toutefois, son application ne semble pas exclue tout comme l'application du « *dominant purpose test* » ne semble pas systématiquement obligatoire et dépendra en somme du cas d'espèce et des circonstances associées.¹⁰¹²

III. « *Subordination* »

- 970 L'élément de « *subordination* » est une caractéristique essentielle de la reconnaissance d'un contrat en « *contract personally to do work* ».¹⁰¹³ La notion ayant déjà été détaillée dans le cadre du « *worker contract* », pour lequel elle ne constitue cependant qu'un indice, nous n'y reviendrons pas ici.
- 971 Malgré tout, il s'agit de mettre en exergue le lien apparemment existant entre la « *subordination* » et le « *dominant purpose test* » au sein d'une tentative de qualification d'un contrat en « *contract personally to do work* »¹⁰¹⁴ et à notre sens peut-être bien dans une certaine mesure en « *worker contract* » lorsque le « *dominant purpose test* » et la « *subordination* » sont utilisés. En effet, la jurisprudence considère que si le « *dominant purpose test* » conclut à ce que l'exécution personnelle d'un travail soit le but principal d'un contrat, il y a de grandes chances que celui-ci soit effectué dans le cadre d'une relation de « *subordination* ».¹⁰¹⁵ Cela reste toutefois à nuancer, le but d'un contrat pouvant être la réalisation personnelle d'un travail par une partie sans que celle-ci implique son accomplissement sous la direction de l'autre partie.

§ 4 « *Good Work* »

- 972 La notion de « *Good work* », relativement récente dans le paysage politique britannique, s'est développée sous l'impulsion de Matthew Taylor, au travers notamment de son rapport commandé par le Premier ministre britannique : « *Good Work : The Taylor Review of Modern Working Practices* ».
- 973 Le rapport susnommé définit le « *Good Work* » comme étant « *shaped by working practices that benefit employees through good reward schemes and terms*

¹⁰¹² *Jivraj v Hashwani*, [2011] IRLR 827, 834 à [39].

¹⁰¹³ *Jivraj v Hashwani*, [2011] IRLR 827, 833 à [34] ; MCCRUDDEN (2012), p. 32.

¹⁰¹⁴ *Jivraj v Hashwani*, [2011] IRLR 827, 834 à [39].

¹⁰¹⁵ *Ibid.*

*and conditions, having a secure position, better training and development, good communication and ways of working that support task discretion and involve employees in securing business improvements ».*¹⁰¹⁶

La notion, bien plus politique que juridique à l'heure actuelle et qui cherche à influencer l'évolution des législations et jurisprudences modernes aux moyens de grands principes directionnels, s'organise autour de sept d'entre eux :¹⁰¹⁷

1. Pour commencer, les stratégies nationales en passe d'être adoptées devraient avoir pour objectif de garantir le « *Good Work* » pour tout un chacun. Un tel principe devrait s'appliquer à toutes formes d'emploi dans l'économie britannique et permettre d'amener une réelle harmonie dans l'imposition de ces différentes formes de travail et notamment celles impliquant des nouvelles technologies. 975
2. Ensuite, au sens du « *Good Work* », toutes les réglementations de droit du travail devraient être adaptées de manière à pouvoir plus aisément favoriser la distinction des travailleurs salariés des travailleurs indépendants. 976
3. De plus, les lois et la manière dont celles-ci sont rédigées devraient aider les entreprises à faire les bons choix de cadre juridique qu'elles proposeront à leurs employés et ceux-ci à connaître leurs droits et leurs exercices. 977
4. Aussi, la voie vers de meilleures conditions de travail et donc en partie vers le « *Good Work* » doit s'exprimer par le biais d'une prise de conscience et d'une responsabilisation des sociétés plus que par des réglementations nationales, et cela en mettant en place un management intraentreprise efficace et un système opérationnel de ressources humaines. 978
5. Il est de même capital que tout un chacun se sente en mesure ou du moins susceptible de progresser dans son travail et d'user des connaissances acquises pour atteindre dans le futur des perspectives professionnelles réalistes plus élevées. 979
6. Dans un autre registre, il est nécessaire, et cela dans l'intérêt des sociétés et des travailleurs, de développer une approche plus proactive de la garantie de la santé de tout un chacun sur le lieu de travail. 980
7. Enfin, au sens du « *Good Work* », l'exigence du salaire minimum tel qu'il existe au Royaume-Uni doit être accompagnée de stratégies sectorielles mobilisant les employeurs et les employés. Elles doivent permettre aux travailleurs 981

¹⁰¹⁶ TAYLOR (2017), p. 7.

¹⁰¹⁷ *Idem*, pp. 110 et 111.

concernés de ne pas se retrouver bloqués dans ce système et continuer à espérer une progression dans leur travail actuel et futur.

Chapitre 14 : « *Atypical employments* »

Les « *atypical employments* » s’opposent aux « *typical employment contracts* » ou « *standard employments* » qui rassemblent les contrats de travail à la forme dite traditionnelle.¹⁰¹⁸ Il s’agit des contrats de travail à durée indéterminée, exécutés à plein temps dans le cadre d’horaires réguliers auprès d’un seul et même employeur¹⁰¹⁹ pendant une longue durée et qui garantissent un revenu régulier et l’accès aux assurances sociales ainsi qu’aux indemnités pour maladies et une protection future pour chômage.¹⁰²⁰ De leur côté, les « *atypical employment* » se démarquent en s’opposant à l’un de ces indices et parfois par le biais de certains critères comme le nombre d’heures effectuées, le lieu de travail choisi ou la manière dont le travail est distribué et contrôlé.¹⁰²¹ 982

Sont considérés des « *atypical workers* », soit des travailleurs évoluant au sein d’« *atypical employments* » : les « *fixed-term workers* » (A), les « *part-time workers* » (B), les « *casual workers* » (C), les « *zero-hours contract workers* » (D), les « *agency workers* » (E), les « *home workers* » (F) et les « *trainees* » (G).¹⁰²² 983

Nous nous chargerons ici d’examiner le statut de ces travailleurs au regard potentiellement des trois types de contrats de travail observés ci-avant et des différents « *tests* » les constituant. 984

¹⁰¹⁸ CHRISTENSEN/AMARSHI (2002), pp. 1851ss ; MIDDLEMISS/DOWNIE (2015), pp. 145 et 146, n° 5.2 ; THAWLEY (2012), p. 19.

¹⁰¹⁹ CHRISTENSEN/AMARSHI (2002), p. 1851 ; THAWLEY (2012), p. 19.

¹⁰²⁰ MIDDLEMISS/DOWNIE (2015), p. 145, n° 5.2.

¹⁰²¹ *Idem*, pp. 145 et 146, n° 5.2.

¹⁰²² CHRISTENSEN/AMARSHI (2002), pp. 1851ss ; MIDDLEMISS/DOWNIE (2015), pp. 147ss ; SMITH/BAKER/WARNOCK (2017), pp. 61ss ; THAWLEY (2012), p. 19.

A. « Fixed-term workers »

- 985 Les « *fixed-term workers* » exécutent un « *fixed-term work* » largement réglementé par les « *Fixed-Term Employees (Prevention of Less Favourable treatment) Regulations 2002* ». ¹⁰²³ Un « *fixed-term contract* » est un « *contract of employment that, under its provisions determining how it will terminate in the normal course, will terminate — (a) on the expiry of a specific term, (b) on the completion of a particular task, or (c) on the occurrence or non-occurrence of any other specific event other than the attainment by the employee of any normal and bona fide retiring age in the establishment for an employee holding the position held by him* » ((reg. 1 (2) « *Fixed-Term Employee (Prevention of Less Favourable treatment) Regulations 2002* »)). La notion correspond là grandement à notre équivalent suisse de contrat de travail à durée déterminée. À noter qu'un « *contract of employment* » pourra toujours être considéré comme un « *fixed term* » alors même qu'il offre le droit à une partie de le résilier avant son terme en respectant un délai de congé (contrat de durée maximale en droit suisse). ¹⁰²⁴
- 986 Les « *Fixed-Term Employee (Prevention of Less Favourable treatment) Regulations 2002* » règlent également la question délicate en droit suisse des contrats de durée déterminée en cascade, appelés ici « *Successive fixed-term contracts* » ((reg. 8 « *Fixed-Term Employee (Prevention of Less Favourable treatment) Regulations 2002* »)), en empêchant la conclusion successive de « *fixed term contracts* » entre un travailleur et son employeur lorsqu'excédant une durée de quatre ans et en transformant ces travailleurs en « *permanent employees* » (travailleur au bénéfice d'un contrat de durée indéterminée en droit suisse) si cette succession de contrats ne peut être objectivement justifiée au regard du cas d'espèce. Une telle justification peut aussi résulter d'un « *collective agreement* » (« *convention collective de travail* » en droit suisse). ¹⁰²⁵
- 987 Enfin, l'utilisation du terme « *contract of employment* » par les « *Regulations* », implique que seuls les « *employees* » au bénéfice d'un tel contrat et non les « *workers* » ou « *workers* » au bénéfice d'un « *contract personally to do work* » se voient appliquer ces mêmes « *regulations* ». ¹⁰²⁶

¹⁰²³ THAWLEY (2012), p. 19.

¹⁰²⁴ *Dixon and Another v British Broadcasting Corporation*, [1979] QB 546, 546.

¹⁰²⁵ EMIR (2018), p. 70, n° 2.142 ; MIDDLEMISS/DOWNIE (2015), p. 163, n° 5.20.

¹⁰²⁶ EMIR (2018), p. 68, n° 2.134.

B. « Part-time workers »

Les « *part-time workers* » (équivalent aux « *travailleurs à temps partiel* » en droit suisse) engagés dans un « *part-time work* » sont soumis à la « *Part-time Workers (Prevention of Less Favourable Treatment) Regulations 2000* » qui s'assure que de tels employés ne soient pas traités de manière moins favorable dans les termes et conditions de leur contrat que des employés collègues à plein temps exerçant une activité comparable sous réserve de raisons objectives.¹⁰²⁷ 988

À l'inverse de la « *Fixed-Term Employees (Prevention of Less Favourable treatment) Regulations 2002* », la « *Part-time Workers (Prevention of Less Favourable Treatment) Regulations 2000* » s'applique aussi bien aux « *employees* » au bénéfice donc d'un « *employment contract* », qu'au « *workers* » ou « *workers* » au bénéfice d'un « *contract personally to do work* ». ¹⁰²⁸ 989

Ces travailleurs se voient donc par exemple garantir le même accès aux congés maternité, à une rémunération à l'heure équivalente ou encore à des indemnités pour congés maladie identiques proportionnellement au temps de travail que des employés collègues exerçant une activité comparable à plein temps.¹⁰²⁹ 990

C. « Casual workers »

Un « *casual worker* » est un « *worker who undertakes engagements on either an hourly or day-to-day basis and has the right to choose, without penalty, wether or not to come to work* ». ¹⁰³⁰ Il s'agit d'un travailleur en principe indépendant.¹⁰³¹ Bien que différentes, ces deux types de relations de travail présentent toutes les deux des engagements distincts que sont le « *general engagement* » et le « *specific engagement* ». ¹⁰³² En vertu du premier, le travailleur s'engage de manière générale à effectuer des tâches de manière sporadique quand il est fait appel à lui, tandis que le deuxième commence et se termine avec l'exécution et l'achèvement de ces mêmes tâches prises les unes séparément des 991

¹⁰²⁷ WOOFORD/GODDARD (2004), p. 35.

¹⁰²⁸ MIDDLEMISS/DOWNIE (2015), p. 165, n° 5.21.

¹⁰²⁹ EMIR (2018), p. 57, n° 2.95.

¹⁰³⁰ *O'Kelly and Others v Trusthouse Forte P.L.C.*, [1968] 1 QB 90, 96.

¹⁰³¹ *Ibid.*

¹⁰³² *McMeechan v Secretary of State For Employment*, [1997] IRLR 353, 356 à [10].

autres dans le temps.¹⁰³³ Il est toutefois clairement admis qu'il est capital d'analyser les conditions d'existences d'un contrat de travail pour chacun de ces deux engagements, dont l'interprétation sera toutefois différente entre ces deux types de contrats en raison de leur contexte divergent,¹⁰³⁴ chacun de ces contrats pouvant bien constituer un contrat de travail ou non selon le respect des conditions y relatives.¹⁰³⁵ À ce titre, le principe de second niveau de « *mutuality of obligation* », critère décisif pour le « *general engagement* », ne devrait avoir aucun poids pour le « *specific engagement* », et cela car tout mandant serait sinon forcé de proposer des tâches futures, soit de nouveaux engagements, et le mandataire de les accepter,¹⁰³⁶ ne permettant ainsi à notre sens jamais à un contrat isolé et unique de très courte durée déterminée d'être un contrat de travail, alors même que la durée ne devrait pas être un facteur déterminant dans l'existence ou non d'un contrat de travail.¹⁰³⁷ À titre d'exemple, il a été considéré dans « *O'Kelly and Others v Trusthouse Forte P.L.C* » que l'engagement général et l'engagement spécifique n'étaient tous deux pas des contrats de travail, mais cela en vertu d'analyses distinctes des deux engagements.¹⁰³⁸

- 992 On devrait maintenant se demander en quoi un « *casual worker* » peut être au bénéfice d'un « *employment contract* » pour ce qui est de son « *general engagement* », et cela à la vue de sa propre définition, contraire au second niveau du principe de « *mutuality of obligations* » qui s'applique à ce même « *general engagement* ». Comment un travailleur disposant d'une clause lui laissant le droit d'accepter ou non des missions pourrait posséder un contrat de travail comme un « *general engagement* » ? Ce cas reste envisageable. En effet, il est possible que le travailleur ne soit pas réellement un « *casual worker* » en raison du fait qu'une telle clause constitue en réalité une « *sham clause* » ou soit contraire à un comportement subséquent, termes à comprendre de manière identique à ceux examinés pour le « *personal service* ». Le second niveau de la condition de « *mutuality of obligation* » peut donc être retenu et permettre la reconnaissance du « *general engagement* » comme contrat de travail, si les conditions générales d'une « *sham clause* » ou d'un comportement subséquent sont remplies, et plus

¹⁰³³ *Idem*, 356 à [10].

¹⁰³⁴ *Idem*, 359 à [35], 360 à [38] et [39].

¹⁰³⁵ *Idem*, 356 à [10].

¹⁰³⁶ *Idem*, 360 à [41].

¹⁰³⁷ DEAKIN/MORRIS (2012), p. 167, n° 3.29.

¹⁰³⁸ *O'Kelly and Others v Trusthouse Forte P.L.C.*, [1968] 1 QB 90, 123-127.

précisément ici lorsqu'il peut être considéré qu'il existe une réelle attente légitime de la part du travailleur et du mandant de se voir respectivement offrir et accepter du travail ; une telle attente étant notamment reconnue lorsque le mandant s'efforce d'offrir au travailleur depuis un certain nombre d'années et de manière particulièrement régulière, des tâches à réaliser pour son compte.¹⁰³⁹

Si toutefois maintenant le travailleur doit se tenir à disposition de son employeur et accepter toutes les tâches qui lui sont proposées et que celui-ci possède une obligation de fournir du travail à son employé lorsqu'il devient disponible, pourra être retenu l'existence du second niveau de « *mutuality of obligation* ». ¹⁰⁴⁰

993

D. « *Zero-hours contract workers* »

Les « *zero-hours contract workers* », considérés comme une déclinaison, à notre sens pratiquement assimilable, des « *casual workers* », ¹⁰⁴¹ possèdent un « *zero-hours contract* », terme ne présentant aucune définition légale, mais qui peut se comprendre comme un accord entre deux parties en vertu duquel un travailleur pourra être amené à réaliser un travail pour un employeur sans garantie aucune d'heures minimums de travail. ¹⁰⁴²

994

Une telle définition semble à première vue exclure la possibilité pour les « *zero-hours contract workers* » d'être des « *employees* ». Le deuxième niveau de la condition de « *mutuality of obligation* » ne devrait pouvoir être respecté, l'employeur ne garantissant aucune heure de travail au travailleur. ¹⁰⁴³ Toutefois, il apparaît que malgré la condition de « *mutuality of obligation* », il est envisageable qu'un « *zero-hours contract worker* » soit au bénéfice d'un « *contract of employment* ». ¹⁰⁴⁴ La condition de « *mutuality of obligation* » et son second palier seront considérés comme remplis si le travailleur est régulièrement appelé

995

¹⁰³⁹ *Nethermere (St Neots) LTD v Taverna and Gardiner*, [1984] IRLR 240, 241, 250 à [61].

¹⁰⁴⁰ DEAKIN/MORRIS (2012), p. 167, n° 3.29.

¹⁰⁴¹ *St Ives Plymouth LTD v Haggerty*, [2008] UKEAT 0107/8/MAA, [3].

¹⁰⁴² MIDDLEMISS/DOWNIE (2015), p. 158, n° 5.17.

¹⁰⁴³ PRASSL/ALBIN in : FREEDLAND (2016), p. 349, lit. B.

¹⁰⁴⁴ *Idem*, p. 351, lit. B.

par l'employeur pour réaliser des tâches, car créant une attente chez le travailleur de recevoir une quantité et donc un temps raisonnable de travail.¹⁰⁴⁵ De plus, de son côté, le travailleur se trouve tout de même d'une certaine manière contraint de ne pas refuser systématiquement, et donc d'accepter régulièrement les tâches qui lui sont confiées, au risque de ne plus être appelé du tout par l'employeur.¹⁰⁴⁶ Ainsi, la non-garantie originelle de travail ne reflète désormais plus la volonté réelle des parties en étant contraire à leur comportement observable, à condition cependant que ce comportement se constate sur une longue période.¹⁰⁴⁷ Pourra alors être retenu un « *global contract of employment* »¹⁰⁴⁸ qui rassemblera les différentes missions ou tâches effectuées dans le temps dans le cadre d'un seul « *employment contract* ».

- 996 Toutefois, il est vrai qu'en pratique, de tels travailleurs seront plus souvent considérés comme des « *workers* » et non des « *employees* »¹⁰⁴⁹ en raison notamment de l'absence fréquente du second niveau de la condition de « *mutuality of obligation* ».

E. « *Agency workers* »

- 997 Les « *agency workers* » voient leur statut réglementé par l'« *Employment Agencies Act 1973* », les « *Conduct of Employment Agencies and Employment Businesses Regulations 2003* »,¹⁰⁵⁰ et l'« *Agency Workers Regulations 2010* » (AWR).¹⁰⁵¹ Malheureusement ces réglementations ne se prononcent pratiquement pas sur le statut des « *agency workers* » laissant à la jurisprudence le soin d'établir dans quelle mesure il s'agit ou non d'« *employees* », « *workers* »,

¹⁰⁴⁵ *Pulse Healthcare LTD v Carewatch Care Services LTD and Another*, [2012] UKEAT 0123/12/BA, [17], [21], [22] et [31-39] ; *St Ives Plymouth LTD v Haggerty*, [2008] UKEAT 0107/8/MAA, [9].

¹⁰⁴⁶ *St Ives Plymouth LTD v Haggerty*, [2008] UKEAT 0107/8/MAA, [9].

¹⁰⁴⁷ *Pulse Healthcare LTD v Carewatch Care Services LTD and Another*, [2012] UKEAT 0123/12/BA, [17], [21], [22] et [31-39] ; *St Ives Plymouth LTD v Haggerty*, [2008] UKEAT 0107/8/MAA, [9].

¹⁰⁴⁸ *Pulse Healthcare LTD v Carewatch Care Services LTD and Another*, [2012] UKEAT 0123/12/BA, [17] et [30-31].

¹⁰⁴⁹ MIDDLEMISS/DOWNIE (2015), p. 160, n° 5.17.

¹⁰⁵⁰ DEAKIN/MORRIS (2012), p. 182, n° 3.35.

¹⁰⁵¹ MIDDLEMISS/DOWNIE (2015), p. 148, n° 5.7.

« workers » au bénéfice d'un « *contract personally to do work* » ou de « *self employed* », et de déterminer qui sont leurs employeurs.¹⁰⁵²

Les « *agency workers* » s'épanouissent dans le cadre d'une relation tripartite en vertu de laquelle ils possèdent un « *employment contract* » ou tout « *contract to perform work and services personally* » avec une « *agency* », mais travaillent temporairement et sous la direction et la supervision d'un « *end-user* » ou « *hirer* » (reg. 3 AWR 2010) qui eux-mêmes concluront un contrat avec l'« *agency* » pour le prêt de l'employé en versant des « *fees* » pour ce service.¹⁰⁵³ Il n'y a en apparence aucune relation contractuelle entre le « *worker* » et l'« *end-user* ».¹⁰⁵⁴ Le travail effectué doit être temporaire de manière à ce que le « *worker* » ne soit pas placé de façon permanente chez le « *hirer* », c'est-à-dire qu'il doit se trouver au bénéfice d'un contrat de travail de durée déterminée et non indéterminée.¹⁰⁵⁵

Le contrat entre l'« *agency* » et le « *worker* » peut se diviser en deux contrats différents. Le premier chapeaute la relation en tout temps (le « *general engagement* »), et implique que l'« *agency* » s'engage à rechercher du travail pour le « *worker* » qui se met de manière générale et sans obligation d'acceptation du travail à disposition de l'« *agency* ». Le second lie les parties une fois seulement le travail attribué auprès d'un « *end user* » (le « *specific engagement* »).¹⁰⁵⁶

Il doit être examiné de manière séparée si chaque « *specific engagement* » laisse place à l'existence d'un statut d'« *employee* » ou non et de son côté si le « *general engagement* » constitue lui aussi indépendamment un « *contract of employment* ».¹⁰⁵⁷ Lorsque les « *workers* » et l'« *agency* » ont conclu des « *standard terms et conditions* » valables et applicables pour ces deux types d'engagements, ceux-ci doivent être observés à la lueur et dans le contexte de ces deux

¹⁰⁵² *Idem*, p. 149, n° 5.7.

¹⁰⁵³ Agency Workers Regulations Guidance (2011), pp. 6 et 7 ; COLLINS/EWING/MCCOLGAN (2012), p. 215.

¹⁰⁵⁴ COLLINS/EWING/MCCOLGAN (2012), pp. 215 et 217.

¹⁰⁵⁵ MIDDLEMISS/DOWNIE (2015), p. 153, n° 5.10.

¹⁰⁵⁶ *McMeechan v Secretary of State For Employment*, [1997] IRLR 353, 359 et 360 à [35], [36] et [41].

¹⁰⁵⁷ *Idem*, 359 à [35].

types pour déterminer s'ils laissent place à l'existence d'un « *contract of service* » ou non.¹⁰⁵⁸

- 1001 Il pourrait sembler surprenant d'envisager un statut d' « *employee* » et non seulement de « *worker* » ou « *workers* » au bénéfice d'un « *contract personally to do work* » dans le cadre des deux engagements des « *agency workers* », et cela en raison de la condition de « *mutuality of obligation* » et de son deuxième niveau de lecture qui ne paraissent pas conciliables avec la relation de travail entretenue par les « *agency workers* ».
- 1002 De manière générale, le « *general engagement* » ne permet pas la reconnaissance du second niveau de « *mutuality of obligation* », l' « *agency* » ne garantissant pas l'offre d'un travail futur pour le « *worker* », mais seulement la recherche, celui-ci ne pouvant dès lors n'être qu'un « *contract for services* »¹⁰⁵⁹ ou potentiellement à notre sens un « *worker contract* » ou un « *contract personally to do work* » qui ne requiert tous deux pas le besoin de respecter le second niveau de « *mutuality of obligation* » qui ne peut être rempli.
- 1003 Néanmoins, si la « *mutuality of obligation* » et ses deux niveaux sont capitaux pour déterminer de l'existence d'un « *contract of service* » pour le « *general engagement* », seul le premier niveau est important dans le cadre d'un « *specific engagement* », permettant ainsi à première vue à un « *agency workers* » de posséder un « *contract of service* » avec l' « *agency* » dans le cadre d'un « *specific engagement* ».¹⁰⁶⁰ Cependant, il devrait tout de même plutôt s'agir d'un « *worker contract* » ou un « *contract personally to do work* » et non d'un « *employment contract* », le respect du « *control test* » nécessaire à ce dernier ne pouvant être garanti,¹⁰⁶¹ l' « *agency* » partageant le « *control* » avec l' « *end-user* ». En effet, cette relation de travail tripartite répartie le rôle d'employeur entre l' « *agency* » et l' « *end-user* ».¹⁰⁶² Les fonctions générales de ressources humaines sont responsabilité de l' « *agency* », tout comme le paiement des salaires aux « *workers* » et des cotisations d'assurances.¹⁰⁶³ De l'autre côté, l' « *end user* » possède un « *day to day control* », soit un pouvoir de direction

¹⁰⁵⁸ *Idem*, 359 et 360 à [36].

¹⁰⁵⁹ PRASSL/ALBIN in : FREEDLAND (2016), pp. 349 et 353 ; COLLINS/EWING/MCCOLGAN (2012), p. 220.

¹⁰⁶⁰ *McMeechan v Secretary of State For Employment*, [1997] IRLR 353, 360 à [41].

¹⁰⁶¹ COLLINS/EWING/MCCOLGAN (2012), p. 220.

¹⁰⁶² PRASSL/ALBIN in : FREEDLAND (2016), p. 354.

¹⁰⁶³ *Ibid.*

qu'il peut exercé sur le travailleur dans l'exécution de ses tâches pour son compte.¹⁰⁶⁴

Vis-à-vis de l' « *end-user* », s'il n'y a en apparence aucune relation contractuelle entre lui et le « *worker* », il est envisageable de retenir un « *implied contract* », soit de créer artificiellement un contrat dans le cas où il peut être démontré au travers d'un accord écrit ou de comportements que le « *worker* » ne travaillait pas pour l' « *end-user* » en vertu de son accord avec l'agence, mais en vertu de « *mutual obligations* » liant directement l'« *end-user* » et le « *worker* » qui soient incompatibles avec cet accord.¹⁰⁶⁵ Un « *implied contract* » doit être retenu lorsqu'il est nécessaire de donner une « *business reality* » à une transaction entre les deux parties,¹⁰⁶⁶ c'est-à-dire donner une justification et un effet légal à leur relation.¹⁰⁶⁷ Cela ne devrait jamais être le cas, l'existence d'un contrat entre le « *worker* » et l' « *agency* » et entre l' « *agency* » et le « *hirer* » étant suffisant à empêcher la naissance d'une telle nécessité, ceux-ci offrant déjà un cadre et une justification légale à l'activité du « *worker* » pour le « *hirer* » et à la rémunération indirecte de celle-ci par ce dernier en main de l' « *agency* ».¹⁰⁶⁸

1004

F. « *Homeworkers* »

Au sens de la s. 35 (2) du « *National Minimum Wage Act 1998* », un « *home-worker* » est un « *individual who contracts with a person, for the purposes of that person's business, for the execution of work to be done in a place not under the control or management of that person* ».

1005

¹⁰⁶⁴ PRASSL/ALBIN in : FREEDLAND (2016), p. 354.

¹⁰⁶⁵ MIDDLEMISS/DOWNIE (2015), p. 151, n° 5.8.

¹⁰⁶⁶ *James v London Borough of Greenwich*, [2008] ICR 545, 555 à [36] ; COLLINS/EWING/MCCOLGAN (2012), p. 218.

¹⁰⁶⁷ *James v London Borough of Greenwich*, [2008] ICR 545, 553 et 554 à [30] ; DEAKIN/MORRIS (2012), p. 184, n° 3.35.

¹⁰⁶⁸ *James v London Borough of Greenwich*, [2008] ICR 545, 553 et 554 à [30] ; PRASSL/ALBIN in : FREEDLAND (2016), p. 356.

- 1006 Le « *homeworker* » n'est pas obligé de travailler à son domicile, bien que cela soit souvent le cas, mais dans un espace de travail qui échappe au contrôle et au management de l'employeur,¹⁰⁶⁹ soit en dehors des locaux de l'entreprise.
- 1007 Le « *homeworker* » ne doit pas nécessairement non plus entreprendre la réalisation du travail personnellement (s. 35 (1) « *National Minimum Wage Act 1998* »), pour autant qu'il ne soit pas accompli dans le cadre de l'exercice d'un « *business* » ou d'une profession.¹⁰⁷⁰ Cela s'explique par le fait que l'exécution du travail telle la conception de chaussures ou vêtements réalisée à domicile impliquera souvent l'intervention de membres de la famille ou de groupes d'amis.¹⁰⁷¹ La condition requise ici est donc que le travailleur se trouve dans une situation de dépendance économique vis-à-vis de son employeur, soit qu'il est employé pour les besoins du « *business* » de ce dernier plutôt que du sien.¹⁰⁷²
- 1008 Il n'est pas commun de considérer qu'un « *homeworker* » puisse posséder un « *employment contract* » et non seulement un « *worker contract* » ou « *contract personally to do work* » et cela en raison de l'absence fréquente du second niveau de l'exigence de « *mutuality of obligation* » dans le cadre de telles relations contractuelles.¹⁰⁷³ Toutefois, la jurisprudence n'exclut aucunement qu'une telle exigence puisse être remplie lorsque du travail régulier, comme la conception de vêtement, est offert par un employeur et accepté par le travailleur à domicile pendant une année ou plus, permettant ainsi la naissance d'un « *contract of service* ». ¹⁰⁷⁴ En revanche, la non-obligation d'effectuer son travail personnellement ne doit, au sens de la s. 35 (1) du « *National Minimum Wage Act 1998* », avoir aucun impact sur la définition du « *worker* », mais non de « *employee* », ne valant donc pas nécessairement à notre sens pour cette dernière pour qui cette exigence pourrait toujours exister. De plus, l'absence de contrôle de l'employeur sur le lieu de travail et par ailleurs les horaires de travail pourraient empêcher la réalisation du « *control test* », outil œuvrant pour la reconnaissance d'un « *employment contract* ». Autant d'éléments qui laisseraient penser que les « *homeworkers* » devraient généralement être au bénéfice d'un « *worker contract* » ou tout au moins d'un « *contract personally to do work* ».
- 1009 En plus de cette unique protection légale, certaines catégories de « *homeworkers* » tels les « *teleworkers* » peuvent profiter de la « *Telework Guidance*

¹⁰⁶⁹ *James v Redcats (Brands) LTD*, [2007] ICR 1006, 1009 à [7].

¹⁰⁷⁰ *Ibid.*

¹⁰⁷¹ *Ibid.*

¹⁰⁷² DEAKIN/MORRIS (2012), p. 182, n° 3.34.

¹⁰⁷³ *Idem*, p. 181, n° 3.34.

¹⁰⁷⁴ *Nethermere (St Neots) LTD v Taverna and Gardiner*, [1984], IRLR 240, 246 à [28].

2004 », outil non contraignant adopté par la « *Confederation of British Industry* » (CBI), le « *Trade Unions Congress* » (TUC) et la branche du Royaume-Uni du Centre Européen des employeurs et entreprises fournissant des services publics (CEEP UK) en tant que mise en application nationale d'un « *non-binding framework agreement* » sur le télétravail conclu au niveau européen entre l'Union des Confédérations de l'Industrie et des Employeurs d'Europe (UNICE), le Centre européen des employeurs et entreprises fournissant des services publics (CEEP) et la Confédération européenne des syndicats (CES).¹⁰⁷⁵

G. « *Trainees* »

Il n'est pas possible d'aborder la notion des « *trainees* », aussi brièvement soit-il, sans mentionner le « *contract of apprenticeship* ». Le « *contract of apprenticeship* » est englobé dans le terme « *contract of employment* » au sens de l'« *Employment Rights Act 1996* », de sorte qu'il bénéficie des mêmes protections garanties par cet « *Act* » que tout « *contract of service* ». ¹⁰⁷⁶ 1010

Un « *contract of apprenticeship* » est un contrat en vertu duquel un « *employer undertakes formally to train and instruct the apprentice in a particular trade or skill ; the apprentice, in turn, contracts to serve the employer and to learn from those whom he or she receives instruction* ». ¹⁰⁷⁷ Un tel contrat comporte et garantit trois éléments essentiels en faveur de l'apprenti. Il lui offre une rémunération pendant le temps de son apprentissage, lui permet en même temps de recevoir des instructions et d'être formé en vue d'acquérir des compétences qui auront une certaine valeur pour le restant de sa vie, et enfin lui donne un statut par la délivrance d'un certificat ou diplôme attestant de sa formation auprès d'un employeur qualifié qui lui assure un meilleur accès au monde du travail. ¹⁰⁷⁸ Le but principal de ce contrat doit être la formation d'un individu là où pour le « *contract of service* » le but principal est la réalisation personnelle d'un travail. ¹⁰⁷⁹ 1011

¹⁰⁷⁵ Telework Guidance (2004), p. 6.

¹⁰⁷⁶ ERA 1996, s. 230 (1) et (2).

¹⁰⁷⁷ DEAKIN/MORRIS (2012), p. 172, n° 3.32.

¹⁰⁷⁸ *Dunk v George Waller & Son LTD*, [1970] 2 All ER 630, 634.

¹⁰⁷⁹ *Daley v Allied Suppliers LTD*, [1983], IRLR 14, 17 à [21].

- 1012 Bien que proche en apparence du « *contract of apprenticeship* », le « *contract for training* », ¹⁰⁸⁰ s'en distingue tout de fois, non sans un certain manque de limpidité. Il s'agit déjà de formations proposées, encadrées par le gouvernement et dont le paiement des salaires est garanti par une délivrance de subsides par celui-ci. ¹⁰⁸¹ N'a pas à être établi, comme dans le cas d'un « *contract of apprenticeship* », l'existence de ses trois éléments essentiels vus ci-dessus, et cela dans le cadre d'une relation entre un employeur et un « *employee* », mais on a uniquement constaté pour l'employeur l'offre de compétences et d'expérience au « *trainee* », ¹⁰⁸² sans que ces deux parties n'aient à entrer plus profondément dans un échange complexe d'obligations tel que prévu par le « *contract of apprenticeship* ». ¹⁰⁸³ Il s'agirait de formations qui n'amènent pas un travailleur à apprendre un métier ou une profession au contact rapproché d'un employeur, mais plutôt à se voir enseigner et apprendre des connaissances plus générales d'éducation. ¹⁰⁸⁴
- 1013 Malgré tout, suivant le type d'obligations existantes entre le « *trainee* » et l'employeur, il n'est pas exclu que le « *contract for training* » soit traité et considéré comme un « *contract of apprenticeship* », ¹⁰⁸⁵ voire même comme un « *contract of service* » si le but principal du contrat est la réalisation du travail par le « *trainee* » et non plus la formation. ¹⁰⁸⁶
- 1014 Les « *trainee* » n'étant pas considérés comme des « *employees* » ou des « *apprentices* » pourront toujours être considérés comme des « *workers* » pour le bien de certaines lois auxquelles ils auront alors accès comme les « *Working Time Regulations 1998* », l'« *Equality Act 2010* » ou les « *Health and Safety Act (Youth Training Scheme) Regulations 1983* », à défaut d'être exclus du champ d'application de la majorité des droits protecteurs de l'ERA 1996. ¹⁰⁸⁷

¹⁰⁸⁰ *Ibid.*

¹⁰⁸¹ DEAKIN/MORRIS (2012), p. 173, n° 3.32 ; MIDDLEMISS/DOWNIE (2015), p. 166, n° 5.22.

¹⁰⁸² *Daley v Allied Suppliers LTD*, [1983], IRLR 14, 17 à [21].

¹⁰⁸³ DEAKIN/MORRIS (2012), p. 174, n° 3.32.

¹⁰⁸⁴ *Daley v Allied Suppliers LTD*, [1983], IRLR 14, 17 à [21].

¹⁰⁸⁵ DEAKIN/MORRIS (2012), p. 173, n° 3.32.

¹⁰⁸⁶ *Daley v Allied Suppliers LTD*, [1983], IRLR 14, 17 à [21].

¹⁰⁸⁷ DEAKIN/MORRIS (2012), p. 173, n° 3.32 ; MIDDLEMISS/DOWNIE (2015), p. 166, n° 5.22.

Chapitre 15 : La conclusion du contrat de travail britannique comme inspiration ?

Notre étude de la conclusion du contrat de travail en droit britannique achevée, nous sommes désormais prêt à identifier ce que de son raisonnement juridique nous devrions emprunter ou à l'inverse rejeter et ne pas envisager dans notre réforme du rapport de subordination au sens large développée en **sixième partie** de thèse. Ce chapitre devrait ainsi nous permettre d'établir les routes à suivre et celles à éviter, dans un souci toujours plus grand de proposer une réforme que nous chercherons à classer comme admissible et plus exactement efficace ici (cf. **Chapitres 18 et 19**). 1015

Pour ce faire, nous devons inéluctablement présenter ce qui rassemble et divise, pour le meilleur et pour le pire, le système de conclusion de contrat suisse et britannique. Seul un tel procédé nous habilitera à évaluer l'état des deux droits et la supériorité ou infériorité de l'un sur l'autre dans la réussite juridique des différents rôles tenus par leurs éléments caractéristiques. En effet, il n'y aurait pas lieu de s'inspirer d'outils étrangers qui soient moins ou à peine plus efficaces que nos outils nationaux ou trop similaires en réalité. C'est bien à la suite de cette entreprise, que nous tirerons des observations générales qui pourront orienter notre réflexion quant à notre projet de réforme, que celles-ci nous offrent de nouvelles pistes, des solutions concrètes, ou nous évitent d'envisager des voies inappropriées et nous permettent d'exclure définitivement des possibilités banales. 1016

C'est ainsi que nous présenterons en premier lieu les convergences (§1) et les divergences (§2) particulières constatables entre la conclusion du contrat de travail en droit britannique et en droit suisse. Puis, sur la base de ces comparaisons méticuleuses, nous prendrons de la hauteur en synthétisant ces analyses sous forme d'observations générales censées nous indiquer en quoi et pour quoi nous devrions ou non nous inspirer du droit britannique (§3). 1017

À noter que nous nous bornerons à surtout comparer le « *contract of service* » et le contrat de travail ordinaire suisse, ce premier constituant en droit britannique ce qui correspond le plus au pendant de ce second et pour les raisons vues 1018

ci-avant (cf. 910), non sans évoquer et inclure par moments dans notre analyse les deux autres contrats que sont le « *worker contract* » et le « *contract personally to do work* ».

§ 1 Convergences avec la conclusion du contrat de travail suisse

- 1019 Nous sommes parvenu à soulever un certain nombre de convergences importantes entre la conclusion du contrat de travail en droit britannique et celle en droit suisse. Nous verrons ainsi le rôle similaire que joue la jurisprudence (A), le premier niveau de « *mutuality of obligation* » vis-à-vis de la prestation de travail et du salaire de droit suisse (B), l'assimilation presque parfaite du « *control test* » au rapport de subordination au sens large (C) et le rapprochement entre l'« *integration test* » et l'élément organisationnel de ce même rapport (D). Enfin nous détaillerons l'idée commune partagée par l'« *elephant test* » et l'« *image globale* » de droit suisse (E).

A. Le rôle de la jurisprudence

- 1020 Bien que le système juridique britannique soit de « *Common law* » alors que le système juridique suisse est de « *Civil law* », le rôle de la jurisprudence est relativement comparable dans les deux ordres s'agissant de la problématique afférente à la conclusion du contrat de travail.
- 1021 Si les « *statutes* » (lois) restent plutôt silencieuses en droit britannique quant aux éléments objectivement essentiels, soit ses différents « *tests* » fondamentaux, requis à la reconnaissance d'un « *employment contract* », mais également d'un « *worker contract* » et « *contract personally to do work* », force est de constater que la loi suisse et son art. 319 CO ne présentent guère plus d'informations quant à son élément clef du contrat de travail soit le rapport de subordination au sens large. Est ainsi laissé à la jurisprudence, en droit britannique comme en droit suisse, le soin d'énumérer, d'explicitier et de détailler les différents critères déterminants à la reconnaissance d'un contrat en contrat de travail. Une fois encore, si cela peut se comprendre dans un système de « *Common law* », il est plus surprenant de constater l'attribution à la jurisprudence d'une telle mission dans un pays de « *Civil law* » comme la Suisse.

B. La « *mutuality of obligation* » (1^{er} niveau) comme prestation de travail et salaire

Le premier niveau de « *mutuality of obligation* » requis à la reconnaissance d'un « *employment contract* », soit le versement d'une rémunération en échange de l'exécution d'un travail, correspond aux éléments objectivement essentiels de prestation de travail et de salaire imposés par l'art. 319 CO. Tout comme le droit suisse, il ne s'agit pas là des éléments les plus déterminants à la reconnaissance d'un « *contract of service* » bien qu'ils soient bien évidemment indispensables. 1022

C. Le « *control test* » comme rapport de subordination au sens large

Le « *control test* », un des trois éléments minimums requis par le droit britannique à la reconnaissance d'un contrat de travail, comprend en grande partie les éléments du rapport de subordination au sens large. On y retrouve l'élément hiérarchique par le droit à la délivrance d'instructions, mais également l'élément spatial et temporel dans la possibilité pour l'employeur d'imposer un lieu et des horaires de travail. Seul manque l'élément économique qui nous empêche d'assimiler parfaitement le « *control test* » et le rapport de subordination au sens large. 1023

Aussi, la théorie d'une subordination essentiellement organisationnelle du Tribunal fédéral pour les professions libérales (cf. 279ss) s'observe dans l'interprétation moderne du « *control test* » qui possède aujourd'hui une portée moins personnelle, soit centré autour de l'exécution pure du travail, qu'organisationnelle, soit contrôlant les conditions dans lesquelles ce même travail est effectué. 1024

Enfin, nous pourrions encore nuancer la convergence en précisant que le « *control test* » invite à un angle de lecture qui semble s'opposer à celui du rapport de subordination au sens large, soit le fait pour ce « *test* » de pouvoir être reconnu alors même que le « *control* » n'est pas exercé en pratique par l'employeur, mais que celui-ci demeure théoriquement exerçable en vertu de droits contractuels et de l'ensemble de la situation factuelle. Un contrôle de droit primerait donc une absence de contrôle de fait. Le droit suisse s'en tient lui à la manière dont la prestation de travail est effectivement effectuée et non l'intitulé du contrat ou les déclarations des parties pour déterminer d'un rapport de subordination au sens large, ce qui pourrait en apparence amener à des résultats juridiques différents entre les deux droits à l'étude ici pour un même cas d'espèce. Malgré tout, le fait que le droit britannique prenne aussi en compte, dans ce cas spécial et à la manière du droit suisse, l'ensemble de la situation factuelle 1025

pour reconnaître ou non un « *control* », et non seulement les déclarations des parties, devrait permettre aux résultats des deux droits de ne pas être si opposés.

D. L'« *integration test* » et l'élément organisationnel

- 1026 L'« *integration test* » correspond en partie à la « *thèse d'intégration dans l'entreprise* » (cf. 104ss) s'inscrivant selon nous en droit suisse dans l'élément organisationnel (comprenant pour rappel l'élément spatial et temporel), en cela notamment que chacune permet directement la reconnaissance d'un statut de salarié à des travailleurs aux compétences très élevées comme des médecins ou avocats, bien que la nouvelle mouture du « *control test* » le peut également.
- 1027 Toutefois, si l'intégration dans l'entreprise s'examine en droit suisse au travers de l'élément spatial et temporel faisant plutôt partie du « *control test* » en droit britannique, l'« *integration test* » cherche à savoir si le travail effectué par l'employé est accessoire au business de l'employeur ou en fait intégralement partie par son aspect central à son bon fonctionnement. Malgré tout, quelle que soit la méthode choisie pour déterminer de l'intégration de l'employé, toutes deux amènent à se demander si l'employé est structurellement intégré à une entreprise au vu de son activité et sa manière de l'exercer.

E. L'« *elephant test* » et l'« *image globale* »

- 1028 La vision britannique de l'analyse et l'utilisation des « *tests* » permettant de conclure à l'existence d'un « *contract of service* » et/ou potentiellement des indices permettant de pencher pour le succès ou l'échec de ces mêmes « *tests* » se rapproche grandement de celle défendue en droit suisse. En d'autres termes, l'« *elephant test* » (cf. 941ss) correspond fortement à l'idée d'« *image globale* » de droit suisse (cf. 131ss). Les deux droits, dans leurs difficultés à définir les contours exacts d'une relation contractuelle, s'en tiennent à admettre qu'il faudrait rester flexible quant à l'utilisation des critères et indices permettant de conclure ou non à l'existence d'un contrat de travail. L'image de la relation de travail observée dans son ensemble donnerait visiblement plus d'information s'agissant de sa nature qu'une étude méticuleuse, comparative et additionnelle de ses caractéristiques et détails factuels apparents.
- 1029 Nous considérons à l'inverse qu'il s'agit bien plutôt d'un aveu de faiblesse dans la tentative de définition de ce qu'est un contrat de travail. Si la marge de manœuvre conservée par les deux droits est un avantage évident en pratique, elle comprend aussi de sérieux défauts déjà examinés en **seconde partie** de thèse pour le droit suisse que l'on retrouve donc en droit britannique. Après tout,

comme le dit Nicolas Boileau-Despréaux : « *ce qui se conçoit bien s'énonce clairement et les mots pour le dire arrivent aisément* ».

§ 2 Divergences avec la conclusion du contrat de travail suisse

L'étude des convergences achevées, on peut désormais de se tourner vers les divergences principales existantes entre les mécanismes de conclusion du contrat de travail de droit britannique et ceux de droit suisse. Nous commencerons par l'existence des trois contrats de travail en droit britannique en lieu et place d'un seul pour le droit suisse (A), puis de l'exigence particulière en « *Common law* » de « *tests* » ou conditions dites basiques ou minimums que notre droit national ignore (B). Nous poursuivrons avec les conditions britanniques de « *personal service* » (C) et de second niveau de « *mutuality of obligation* » (D), ainsi qu'avec les différences entre l'« *economic reality test* » et l'élément économique du rapport de subordination au sens large (E). Nous concluons enfin sur ce qu'implique de discordant la « *subordination* » en droit britannique par rapport à son écho en droit suisse (F).

1030

A. Les trois contrats de travail britanniques

Si le droit suisse ne reconnaît l'existence que d'un seul contrat de travail (arts. 319ss CO) et donc d'un seul statut de travailleur (mise de côté la notion bancale de travailleur libre (cf. 133ss)), le droit britannique en comprend trois ; trois ouvrant l'accès à un panel inégal de droits.

1031

Le premier, le « *contract of employment* » ou « *contract of service* » est celui offrant l'entier des protections légales de droit du travail aux travailleurs et celui, pour cette raison, qui se rapprocherait le plus du contrat de travail suisse. Il est aussi le seul aux plus hautes exigences en matière de reconnaissance, notamment en raison de sa requête du second niveau de « *mutuality of obligation* ». Le suivant, le « *worker contract* », limite l'accès aux travailleurs qu'à un certain nombre de législations, puis, le dernier qu'est le « *contract personally to do work* » ne protège ses « *workers* » qu'en vertu de l'« *Equality Act 2010* ».

1032

Le droit britannique préfère ainsi adapter les droits régissant une relation entre un travailleur et un employeur en fonction du statut du travailleur, que ceux-ci ne soient au final ni trop forts ou ni trop faibles par rapport à sa situation personnelle. Ce régime « *sur mesure* » a pour qualité de s'accommoder à la relation de travail en évitant d'offrir trop ou trop peu de droits à l'une des deux parties dans un monde du travail où les formes d'emplois sont toujours plus variées et en constante évolution. Le droit suisse n'offre lui qu'une solution « *quitte ou*

1033

double » où un individu sera entièrement protégé car considéré comme salarié ou aucunement, car considéré comme indépendant, sous réserve encore une fois de la notion obscure de travailleurs libres rarement observée ni confirmée en jurisprudence et dont l'existence ne devrait pour l'heure pas être retenue à notre sens (cf. 133ss). Au vu de la diversité de travailleurs dans le monde du travail actuel, le système suisse pourrait s'avérer quelque peu arbitraire et trop peu nuancé pour espérer un traitement équitable de la relation employeur-employé.

B. Des « tests » basiques ou minimums

- 1034 Le « *contract of service* » requiert le succès ou la constatation d'un certain nombre de « tests » ou conditions de base ou minimums que sont, un « *personal service* », le « *mutuality of obligation test* » et le « *control test* », soit des exigences obligatoires à sa reconnaissance, mais ne garantissant pas pour autant la présence d'un tel contrat. En effet, malgré leur présence, celui-ci pourra ne pas être considéré comme un « *contract of service* » en vertu de l'« *integration test* » et « *economic reality test* » auquel il pourra ou non être fait appel.
- 1035 Le droit suisse, à l'inverse, impose quatre conditions soit une prestation de travail, une durée, un salaire et un rapport de subordination au sens large qui doivent toutes être respectées, offrant le cas échéant directement la qualification de contrat de travail à un contrat donné. Ces conditions sont à la fois les conditions de base et les seules observées. Il convient cependant de nuancer cette affirmation en cela que le rapport de subordination au sens large est constitué d'un certain nombre d'éléments (hiérarchique, spatial, temporel, économique) dont l'utilisation par les tribunaux ne devrait pas permettre de conclure à une hiérarchisation ou non de ceux-ci entre eux ou une présence obligatoire de l'un ou plusieurs d'entre eux. En effet, nous l'avons vu, chacun de ces éléments n'est pas, en pratique jurisprudentielle, bien que contestée dans cette thèse, une condition *sine qua non* de l'existence d'un rapport de subordination au sens large (cf. 131).

C. Le « *personal service* »

- 1036 La condition minimum à la reconnaissance d'un « *contract of service* », « *worker contract* » et « *contract personally to do work* » qu'est celle de « *personal service* », bien que plus complexe quant à ces deux derniers, correspond au caractère dit personnel de la prestation de travail en droit suisse (cf. 43ss), élément objectivement essentiel du contrat de travail suisse.

Cependant, à l'inverse du droit britannique, la réalisation personnelle par le travailleur d'une prestation de travail n'est en rien une condition *sine qua non* à la reconnaissance d'un contrat de travail ordinaire en droit suisse. En effet, cette exigence, qui ne représente après tout qu'une simple obligation rattachée à l'élément objectivement essentiel de prestation, peut tout à fait ne pas être respectée si cela ressort de la loi comme dans le cadre du contrat de travail à domicile, mais également d'un pur accord entre les parties ou usage, voire de circonstances particulières, bien que ces deux derniers termes semblent en pratique indiquer la même chose.¹⁰⁸⁸ Il est donc uniquement question d'une obligation de droit dispositif, par ailleurs logiquement non compris dans les listes de dispositions impératives (art. 361 CO) et semi-impératives (art. 362 CO) du contrat de travail ordinaire.¹⁰⁸⁹

1037

Le droit suisse et britannique du travail se démarquent ici clairement dans l'essence même de se qu'incarne un contrat de travail, la « *Common law* » conservant ici la nature éminemment personnelle du contrat de travail entre un seul employé et employeur au travers de cette exigence minimum de prestation personnelle, le droit suisse lui préférant une approche plus pragmatique et disons-le moderne.

1038

D. La « *mutuality of obligation* » (2^{ème} niveau)

Le second niveau de « *mutuality of obligation* » qui impose un besoin de continuité dans la relation de travail et qui constitue une condition minimum de la reconnaissance d'un « *contract of service* » est une exigence totalement inconnue du droit du travail suisse et de son art. 319 CO. N'est aucunement déterminant à la reconnaissance d'un contrat de travail en droit suisse le fait qu'un travailleur soit en mesure de s'attendre à continuellement recevoir du travail de la part d'un employeur et que ce dernier puisse s'attendre à ce que son employé l'accepte tout aussi continuellement.

1039

Cette condition différencie grandement le « *contract of service* » du contrat de travail suisse et permettrait de rapprocher le « *worker contract* » ou « *contract personally to do work* » n'étant pas tenu de respecter ce second niveau de « *mutuality of obligation* » de ce même contrat de travail suisse si seulement ces deux derniers contrats offraient l'accès à l'ensemble des législations protectrices de droit du travail.

1040

¹⁰⁸⁸ DUNAND in : DUNAND/MAHON (2013), n° 1, 2, 3 22 *ad* art. 321 CO, pp. 46, 47 et 51.

¹⁰⁸⁹ *Idem*, n° 3 *ad* art. 321 CO, p. 47.

- 1041 Encore faudrait-il préciser que ce second niveau de « *mutuality of obligation* » ne peut être assimilé à notre élément objectivement essentiel de durée, quel que soit le sens donné à celle-ci, à savoir la durée comme longueur des rapports de travail (art. 319 al. 1^{er} CO) ou la durée comme répartition du temps de travail (art. 319 al. 2 CO), aucune de ces notions n'imposant une telle continuité dans la relation de travail pour être admises.
- 1042 Enfin, nous remarquons qu'en vertu de cette exigence de second niveau de « *mutuality of obligation* », si transposée en droit britannique, le travail sur appel proprement dit pourrait être considéré comme un « *contract of service* », tout comme le travail occasionnel, mais aucunement le travail sur appel improprement dit. En effet, le fait que le travailleur doive se tenir à disposition de l'employeur et accepter toute tâche que ce dernier lui propose (travail sur appel proprement dit), dans le cas où l'employeur possède une certaine obligation d'offrir un travail lorsqu'il est disponible, peut constituer un « *contract of service* ». ¹⁰⁹⁰ De son côté, « *McMeechan v Secretary of State For Employment* » a bien reconnu la possibilité qu'un travail ou emploi unique d'une journée, comme le serait le travail occasionnel, puisse être un « *contract of service* ». Cependant, désormais, le fait pour un employé de se tenir en attente d'un potentiel appel d'un employeur sans avoir à accepter une quelconque mission proposée (travail sur appel improprement dit) ne permet pas de remplir la condition du second niveau de « *mutuality of obligation* » et donc ne permet pas au travail sur appel improprement dit d'être un « *contract of service* ». Le droit britannique pourrait éventuellement retenir, si tant est que les autres conditions soient remplies, une succession de contrats à durée déterminée pour chaque mission réalisée.

E. L'« *economic reality test* » et l'élément économique du rapport de subordination au sens large

- 1043 L'« *economic reality test* », en apparence similaire à l'élément économique du rapport de subordination au sens large, s'en distingue malgré tout légèrement.
- 1044 Tout d'abord, son importance en droit britannique n'est pas comparable à celle que lui accorde le droit suisse. Quand bien même nous ignorions notre thèse qui cherche à démontrer que l'élément économique est l'élément caractéristique et principal du rapport de subordination au sens large, il n'en demeure pas moins un élément déterminant à part entière et au poids juridique indiscutable en matière de qualification du contrat de travail suisse. À l'inverse, en droit du travail

¹⁰⁹⁰ DEAKIN/MORRIS (2012), p. 167, n° 3.29.

britannique, l'« *economic reality test* » n'intervient pas nécessairement dans le processus de qualification d'un contrat en contrat de travail en cela qu'il ne s'agit que d'un « *test* » supplémentaire et non obligatoire que les juges sont libres ou non d'utiliser. Celui-ci ne possède aucun caractère décisif et pourrait tout à fait être totalement ignoré des tribunaux.

Ensuite, la notion d'« *economic reality test* » est un degré plus restrictif que la dépendance économique du rapport de subordination au sens large bien que, faut-il l'avouer, relativement semblable. Si elle reprend de manière générale quatre des cinq critères de l'élément économique (cf. 119ss) que sont un renoncement à une activité entrepreneuriale propre, une dépendance à une seule ou de moindres sources de revenus, une absence de risque d'entreprendre et une rémunération périodique et constante, le critère de restrictions à l'activité économique ne semble pas être pris en compte. Là encore, cependant, il nous faut nuancer ce propos, l'une des « *consistent provisions* » (cf. 937), en faveur donc d'un « *contract of service* », observée précédemment et concernant l'obligation de travail exclusive auprès d'un mandant, correspond au dernier critère de dépendance économique, à savoir une restriction à l'activité économique.

1045

F. La « *subordination* »

La notion de « *subordination* » de droit britannique issue du droit européen ne correspond pas à la notion de rapport de subordination au sens large, mais plutôt de rapport de subordination au sens strict, en cela qu'elle se rapporte uniquement à l'élément hiérarchique du rapport de subordination au sens large qui implique d'être sous les ordres et soumis à la direction d'un employeur. L'idée britannique de « *subordination* » est donc bien plus restrictive que celle de rapport de subordination au sens large.

1046

De plus, la subordination n'intervient que dans le cadre d'un « *worker contract* » comme indice ou « *contract personally to do work* » comme élément décisif et n'a aucun impact au sein d'un « *employment contract* », bien qu'à notre sens l'exigence de « *control test* » de ce dernier inclue d'une certaine manière cette « *subordination* » par la nécessité d'être soumis au contrôle de l'employeur quant à la réalisation de son travail.

1047

§ 3 Recommandations

Cette dernière partie qui nous intéresse maintenant devrait nous permettre de faire ressortir, de l'analyse des convergences et divergences entre la conclusion

1048

du contrat de travail britannique et suisse, un certain nombre d'observations générales sur la performance positive ou négative des outils utilisés par cette « *Common law* » par rapport aux prouesses de nos armes en droit du travail suisse et d'indications sur les solutions nous venant d'outre-Manche dont il faudrait nous inspirer ou au contraire plus sagement exclure en vue de réaliser un projet de réforme du rapport de subordination au sens large ci-après (voir **sixième partie** de thèse).

- 1049 Nous soulèverons et traiterons donc comme potentielles recommandations ou contre-indications, le triple statut de travailleurs en droit britannique (**A**), les éléments objectivement essentiels typiquement britanniques (**B**) et leurs rôles dit « *clairs* » (**C**), puis l'aura particulière que dégage la « *subordination* » dans cette « *Common law* » (**D**).

A. Un triple statut de travailleurs en droit britannique

- 1050 Comme vu précédemment, à l'aide de ses trois contrats de travail différents, à savoir le « *contract of service* », le « *worker contract* » et le « *contract personally to do work* », le droit du travail britannique protège trois statuts distincts de travailleurs aux exigences de reconnaissances diverses et aux droits attribués plus ou moins importants. Le droit suisse, lui, ne révèle qu'un type de contrat de travail et donc ne confère qu'un statut unique et type de travailleur (sous réserve une fois encore de la notion bancale de travailleurs libres que nous ne retenons pas ici).
- 1051 À première vue, dans le cadre d'un monde du travail se numérisant à l'échelle mondiale et présentant toujours plus de types nouveaux de travailleurs atypiques, il pourrait sembler jugé judicieux de soumettre une offre de divers statuts de travailleurs afin de mieux s'adapter aux besoins de ceux-ci et de leur employeur en fonction de la relation de travail constatée. Un plus grand choix de statuts pourrait en apparence garantir un traitement plus personnalisé et donc approprié à l'ensemble si disparate des travailleurs de notre temps.
- 1052 Pourtant, nous sommes d'avis que le droit suisse ne devrait pas s'inspirer ici d'une telle mécanique. À l'analyse des différents contrats de droit britannique, nous avons pu observer qu'il était parfois difficile de clairement distinguer et délimiter les outils utilisés entre eux (« *subordination* » et « *control test* », « *control test* » et « *integration test* », « *integration test* » et « *personal service* », etc.). Plus de contrats de travail impliqueraient inévitablement plus de critères qualificatifs et fatalement un chevauchement de ces éléments en raison des caractères éminemment proches de ces contrats. Ainsi, l'objectif d'apporter plus d'équité provoquerait, à l'image du droit britannique pour cette question,

un certain chaos juridique qui risquerait, à l'inverse de toute volonté initiale, de créer plus d'insécurité et d'inégalités qu'elle n'en résoudrait.

Nous estimons qu'il n'est à l'heure actuelle pas assez évident, et la lecture de cette thèse ne saurait qu'accentuer cette affirmation, de parvenir aisément à conclure à la simple existence d'un statut de salarié ou non en droit du travail suisse pour se permettre d'en inclure des nouveaux. La situation de droit britannique nous enseigne à notre sens qu'il est préférable d'améliorer notre identification du seul statut de salarié que nous possédons plutôt que d'en ajouter de supplémentaires qui ne feraient que troubler encore notre vision déjà si floue de ce qui constitue un contrat de travail en droit suisse.

1053

B. Des éléments objectivement essentiels « *made in* » UK

S'il est reconnaissable que le contrat de travail de droit suisse et les trois contrats de droit du travail britannique possèdent de nombreux éléments caractéristiques non étrangers entre eux, ils en comportent d'autres propres à leur régime. Fondamentalement, il est vrai, tous les éléments objectivement essentiels du contrat de travail suisse, incluant là les différents éléments du rapport de subordination au sens large, se retrouvent dans le processus de qualification d'un contrat en « *contract of service* » et dans une moindre mesure pour le « *worker contract* » et le « *contract personally to do work* ». Malgré tout, ces trois contrats présentent aussi des caractéristiques créatrices de contrats de travail comme l'exigence de « *personal service* » ou le second niveau de « *mutuality of obligation* » inconnu du droit suisse, en tout cas dans leur rôle de qualificateur d'un contrat en contrat de travail. Qu'en est-il toutefois de leur pertinence ?

1054

À notre sens, on ne saurait les incorporer au droit suisse. Le « *personal service* » existe déjà sous forme d'une obligation, et qui plus est loin d'être fondamentale car de droit dispositif, et le second niveau de « *mutuality of obligation* » n'a de sens que si d'autres contrats de travail protègent les parties ne respectant pas cette exigence, ce qui n'est pas le cas du droit suisse ne comportant qu'un seul type de contrat de travail. De plus, concernant le « *personal service* », à l'aune d'une numérisation toujours plus forte des relations de travail et d'une perte d'un rapport purement physique et humain entre un employeur et un employé, soit un lien éminemment moins personnel de nos jours, l'exigence de « *personal service* » ne serait plus, à notre sens, d'actualité. Enfin, quant à la « *mutuality of obligation* » et plus particulièrement son second niveau, nous pourrions rajouter que celle-ci rencontre de grandes difficultés dans son application face à des relations de travail atypiques, ce à quoi la société actuelle nous confronte de

1055

plus en plus, nous poussant donc à éviter l'incorporation d'un tel outil dans notre droit.

C. Des éléments objectivement essentiels britanniques aux rôles clairs

- 1056 Le « *contract of service* » propose une répartition de rôles, certes sommaire, mais du moins présente, pour certains de ses éléments. Ainsi les exigences de « *control* », « *mutuality of obligation* » et « *personal service* » sont des conditions obligatoires minimums, là où l'« *integration test* » et l'« *economic reality test* » ne sont que des « *test* » facultatifs supplémentaires et les « *consistent provisions* » de simples indices. De son côté, le contrat de travail de droit suisse, lui, mise à part la présence requise des éléments de prestation de travail, de salaire, de durée et de rapport de subordination au sens large, n'indique en rien une répartition des rôles ou une quelconque hiérarchie entre les éléments de ce dernier ; une faiblesse regrettable alors même que nous sommes parvenu à démontrer tout au long de cette thèse un rôle dominant de l'élément économique tel qu'il ressort naturellement et intrinsèquement de la loi sans être jamais explicité.
- 1057 Nous estimons donc que le contrat de droit suisse, à l'image du « *contract of service* », bénéficierait amplement d'une telle clarté dans l'organisation et la répartition des rôles à incarner par les différents éléments du rapport de subordination au sens large dans la mission de qualification d'un contrat en contrat de travail qui leur est attribuée. Il s'agit précisément là d'un point dont le droit suisse devrait grandement s'inspirer de son quasi-voisin britannique.

D. L'aura de la « *subordination* »

- 1058 Nous ne pouvons que conclure ce chapitre sur le parallèle entre la « *subordination* » de droit britannique et le rapport de subordination au sens large. La notion britannique pourrait-elle influencer l'évolution de notre rapport de subordination au sens large ? À première vue, ce n'est certainement pas le cas.
- 1059 En effet, l'intégration de la « *subordination* » en droit britannique via le droit européen est relativement récente et n'est que très peu comparable au rapport de subordination au sens large qui ne comprend pas uniquement, comme la première, un élément hiérarchique, mais un élément spatial, temporel et économique. Notre notion de subordination a bien été étirée afin d'inclure des éléments (spatial et temporel) que l'on retrouve aussi en droit britannique, mais

dans le cadre du « *control test* ». Il n'est par ailleurs pas évident de distinguer la « *subordination* » du simple contrôle hiérarchique imposé par ce « *control test* », ce qui nous pousse à insister sur le fait que cette notion n'en est encore qu'aux prémises de son éclosion en « *Common law* » britannique et malheureusement inutile en l'état pour une potentielle incorporation en droit suisse.

Pourtant, l'étude approfondie de cette « *subordination* », couplée à l'examen du « *control test* », nous ont permis de tirer une observation qu'une refonte rigoureuse de la conclusion du contrat de travail suisse devrait considérer. L'élément hiérarchique suisse ou rapport de subordination au sens strict, qui correspond entièrement à cette notion de « *subordination* » et à une partie du « *control test* », se retrouve dans les trois types de contrats de travail britanniques, que ce soit comme élément caractéristique ou simple indice. Ce rayonnement traduit incontestablement une volonté du législateur et des juges de conserver une certaine approche traditionnelle de la relation entre un employeur supérieur hiérarchiquement et un employé « *au service* », explicitant par là ce qui constitue peut-être encore l'essence originelle d'un réel contrat de travail en droit britannique.

1060

Une telle constatation au sein du droit fondateur de la « *Common law* » ne devrait que nous confirmer la nécessité d'offrir un rôle important à ce critère hiérarchique dans notre proposition de réforme ; cela non pas seulement en raison de sa présence accrue dans les contrats de travail britanniques, mais aussi pour l'espoir que ce critère apporterait dans le contexte d'un projet de modification législative, à savoir la préservation d'un certain aspect social et humain du contrat de travail.

1061

Cinquième partie : Les plateformes de travail pour la fourniture de services payants en droit suisse

Nous abordons désormais notre **cinquième partie** de thèse, soit notre dernière étape avant l'ultime **sixième partie** qui présentera une réforme législative admissible du rapport de subordination au sens large. Cette partie doit nous permettre, à l'instar de l'objectif poursuivi par notre **quatrième partie**, de nous aider à proposer une réforme qui soit plus efficace, soit apte à remplir avec une certaine facilité son rôle de qualificateur d'un contrat en contrat de travail. En effet, l'étude des plateformes de travail et plus précisément de celles pour la fourniture de services payants au sens du droit suisse devrait nous permettre d'adapter notre réforme de manière à ce que celle-ci puisse prendre en compte les subtilités de la structure économique et juridique de ces nouveaux modèles de relations de travail qui envahissent notre monde de l'emploi actuel et que nous peinons à identifier. Il s'agit d'une épreuve, à notre sens, difficile, tant les plateformes de travail pour la fourniture de services payants arborent des formes très diverses. Elle n'en demeure pas moins nécessaire au vu de l'ampleur toujours grandissante du phénomène actuel.

1062

N'est toutefois source d'aucune difficulté la reconnaissance du rôle structurel incarné par le phénomène de numérisation dans l'émergence de ces plateformes. Celle-ci peut se définir comme l'utilisation dans les secteurs du monde du travail des nouvelles technologies de l'information et de la communication (TIC) soutenues par des infrastructures en réseaux toujours plus puissantes.¹⁰⁹¹ Son développement jusqu'à aujourd'hui a favorisé l'éclosion des moyens technologiques permettant la création d'informatique en nuage (« *cloud computing* »), d'informatique mobile (« *mobile computing* »), de données massives (« *big data* ») et d'internet des objets (« *internet of things* »).¹⁰⁹² Le secteur numérique comprend les branches de travail où la production principale est immatérielle, soit la finance ou l'informatique.¹⁰⁹³ En Suisse, en 2015 déjà, 30% de la main-d'œuvre travaillait dans cette partie de l'économie.¹⁰⁹⁴

1063

Witzig préfère parler lui d'Uberisation, ce qui nous semble définir encore mieux le cadre dans lequel ces plateformes évoluent, c'est-à-dire une transformation de la vie économique, mais « *liée à la fois à certains outils (l'ordinateur, le*

1064

¹⁰⁹¹ DÉFAGO GAUDIN in : BELLANGER/TANQUEREL (2018), p. 63 ; ZEIN in : DUNAND/MAHON/WITZIG (2019), p. 145.

¹⁰⁹² CIRIGLIANO (2017), pp. 2 et 3 ; DÉFAGO GAUDIN in : BELLANGER/TANQUEREL (2018), p. 63.

¹⁰⁹³ ADLER/SALVI (2017), p. 7.

¹⁰⁹⁴ *Ibid.*

*téléphone portable), à certains procédés (principalement l'algorithme) et à certains usages (le recours massif à l'informatique pour accéder à l'information et organiser sa vie professionnelle et personnelle) ».*¹⁰⁹⁵

1065 Ces évolutions technologiques nous permettent de plonger dans le « *tout numérique* », où tout paraît dématérialisé, créant par là de nouvelles formes de services et produits et, plus généralement, générant des modèles économiques inédits.¹⁰⁹⁶ Cette révolution économique et sociale se définit au travers de termes tous plus flous les uns que les autres et non universels ni consensuels : « *on-demand economy* », « *collaborative economy* », « *gig economy* »¹⁰⁹⁷ ou encore économie de partage (« *sharing economy* »).¹⁰⁹⁸

1066 Malheureusement, ces nouveaux modèles d'affaires issus d'innovations technologiques, structurelles et sociales, et portés en partie par les plateformes de travail pour la fourniture de services payants qui nous intéresseront ici, créent des formes d'emplois à la nature juridique aujourd'hui encore obscure et difficilement déterminable ; à cheval entre le salariat et l'indépendance.¹⁰⁹⁹ Ces modèles d'affaires consistent, pour l'entreprise propriétaire d'une plateforme, à maîtriser cette dernière, soit les outils technologiques et numériques permettant de mettre sur pied des opportunités de travail pour des tiers et à se rémunérer sur celle-ci à l'aide de commissions, et cela sans avoir à posséder des actifs physiques capitaux à l'exécution des prestations (voitures, hôtels, etc.) et en n'engageant que le personnel strictement nécessaire.¹¹⁰⁰ Ces tiers et les actifs physiques ne font donc, en apparence, pas partie de l'entreprise propriétaire des plateformes.¹¹⁰¹ Il est possible de parler là de « *déplacement des lieux du pouvoir économique* », c'est-à-dire que le réel pouvoir économique ne s'obtient plus par la détention des actifs matériels de production d'un secteur donné, mais

¹⁰⁹⁵ WITZIG (2016), p. 457.

¹⁰⁹⁶ CONSEIL FÉDÉRAL (2017*), p. 10, n° 1.3 ; DÉFAGO GAUDIN in : BELLANGER/TANQUEREL (2018), p. 63 ; MEIER/PÄRLI/SEILER in : DUNAND/MAHON/WITZIG (2019), pp. 247 et 248.

¹⁰⁹⁷ CONSEIL FÉDÉRAL (2017*), p. 40, n° 5.1.2 ; GUILLAUME in : DUNAND/MAHON (2019), p. 227.

¹⁰⁹⁸ ALVAREZ (2018), p. 165 ; MONTEL (2017), p. 6, n° 1.1.

¹⁰⁹⁹ CONSEIL FÉDÉRAL (2017), p. 6 et 7 ; ABEGG/BERNAUER (2018), p. 82 ; ADLER/SALVI (2017), p. 9 ; DÉFAGO GAUDIN in : BELLANGER/TANQUEREL (2018), pp. 63 et 64 ; MEIER/PÄRLI/SEILER in : DUNAND/MAHON/WITZIG (2019), p. 248.

¹¹⁰⁰ ADLER/SALVI (2017), p. 37.

¹¹⁰¹ *Ibid.*

par le contrôle des systèmes de communications et d'informations qui coordonnent ces derniers.¹¹⁰² Autant de bouleversements organisationnels qui rendent difficile la qualification juridique des travailleurs de plateformes pour la fourniture de services payants.

Aujourd'hui, si le relatif faible nombre de travailleurs de ce type ne motive pas encore les États à réglementer et caractériser ces nouveaux modèles d'affaires, leur augmentation conséquente envisagée devrait enjoindre à un comportement contraire. À l'heure actuelle, plus de 10 millions d'Américains ont déjà bénéficié de revenus émanant de tels types de plateformes.¹¹⁰³ À titre indicatif, on estime le poids économique des plateformes collaboratives à 335 milliards de dollars en 2025 contre 15 en 2014, à comprendre ici celles de recrutement en ligne, de « *crowfundings* », de logement, d'autopartage de vidéos et de musique en « *streaming* ». ¹¹⁰⁴ Si seuls le recrutement en ligne et le logement concernent notre sujet, cela donne une indication de l'ampleur économique du phénomène. Pour invoquer maintenant des types de plateformes faisant partie des plateformes de travail pour la fourniture de services payants, *Uber* est présent dans plus de 300 villes dans le monde et *Airbnb* plus de 34 000 pour une valorisation de 60 milliards pour ce premier et entre 20 et 25,2 milliards pour ce second en 2015.¹¹⁰⁵ Les plateformes de « *freelances* » et de micro-travail comportaient elles 48 millions de travailleurs en 2015.¹¹⁰⁶

Au vu de ces chiffres, il est aisé de constater que de telles plateformes sont visiblement attractives pour les individus. Mais pour quelles raisons ? Il semblerait que les travailleurs de ces types de plateformes recherchent avant tout une certaine flexibilité ou autonomie dans leur manière d'organiser leur travail en vue d'une meilleure conciliation entre vie privée et vie professionnelle et sont à la recherche d'une qualité évidente d'ambiance de travail au détriment d'éléments caractéristiques d'un travail dépendant classique comme le salaire, la sécurité d'emploi ou le degré de responsabilité.¹¹⁰⁷ Enfin, ces plateformes permettent également une alternative au marché de l'emploi traditionnel souvent saturé en proposant un modèle de travail à l'accès grandement facilité.¹¹⁰⁸

¹¹⁰² WITZIG (2016), p. 457.

¹¹⁰³ ADLER/SALVI (2017), p. 32.

¹¹⁰⁴ MONTEL (2017), p. 5.

¹¹⁰⁵ MONTEL (2017), p. 5 ; NATOUR (2016), p. 315.

¹¹⁰⁶ MONTEL (2017), p. 5.

¹¹⁰⁷ ADLER/SALVI (2017), p. 36 ; ECOPLAN (2017), pp. 81 et 82.

¹¹⁰⁸ CONSEIL FÉDÉRAL (2017*), p. 5 ; ECOPLAN (2017), p. 81.

- 1069 Cette avant-dernière partie de thèse tentera en premier lieu de disséquer la notion de plateforme de travail pour la fourniture de services payants (**Chapitre 16**), puis en second lieu d'analyser ces mêmes plateformes au regard du droit suisse (**Chapitre 17**).

Chapitre 16 : Notion

Les plateformes de travail pour la fourniture de services payants ne possèdent, à l'instar de tous les nouveaux modèles d'échanges basés sur des plateformes, aucune nomenclature économique universelle les caractérisant ni définition légale, suisse ou internationale.¹¹⁰⁹ À l'inverse, la doctrine juridique, les économistes, sociologues et politologues du monde entier nous offrent un grand nombre d'approches différentes et des catégorisations très diverses obéissant toutes à des raisonnements propres aux domaines au travers desquelles elles sont examinées (légale, économique, politique, sociale, etc.). 1070

Nous tâcherons donc, à l'aide d'un maximum de ces meilleures contributions, d'apporter un éclairage satisfaisant sur la notion même de plateforme de travail pour la fourniture de services payants, non sans précéder cet exercice d'une première classification de ces types de plateformes dans un contexte plus large. 1071

C'est ainsi que nous observerons en premier lieu le cadre nomenclatural dans lequel les plateformes de travail pour la fourniture de services payants évoluent (§1), puis nous nous intéresserons de plus près à ce que sont concrètement ces plateformes, soit de manière générale leurs définitions (§2). 1072

§ 1 Le cadre nomenclatural

Les plateformes de travail pour la fourniture de services payants font partie d'un ensemble plus général de plateformes que sont les plateformes numériques (A) et commerciales (B).¹¹¹⁰ 1073

¹¹⁰⁹ CONSEIL FÉDÉRAL (2017*), p. 40, n° 5.1.2.

¹¹¹⁰ MONTEL (2017), p. 6, n° 1.1 ; SCHMIDT (2016), p. 6.

A. Des plateformes numériques

- 1074 Bien que nous sachions ou croyons tous savoir ce qu'est une plateforme numérique, lui apposer une définition, face à l'idée que l'on s'en fait, n'est point chose aisée.
- 1075 Il reste pourtant à ce titre possible d'en avancer une définition scindée en deux approches relativement peu éloignées, l'une au sens large et l'autre au sens strict. Au sens large, le terme peut définir un « *écosystème complet de services d'accès intégrés* » au bénéfice des utilisateurs et qui comprendrait aussi bien un moteur de recherche, qu'une place d'API (ex : Google Maps API) ou l'accès à des réseaux sociaux.¹¹¹¹ Au sens strict, il s'agit d'espaces numériques ou d'étendue digitale, soit dématérialisée et typiquement composée d'algorithmes, consultables sur internet au travers de téléphones portables ou ordinateurs, et qui permettent la mise en relation d'une offre et d'une demande dans le cadre d'un marché spécifique.¹¹¹² Un élément commun aux deux approches se glisse là et doit retenir toute notre attention, soit le rôle d'intermédiaire que joue la plateforme entre d'un côté un utilisateur d'internet, qu'il soit simple usager ou consommateur, et de l'autre un vendeur ou producteur.
- 1076 Nous proposons toutefois, en ce qui nous concerne et pour le bien de cette thèse, de conserver la version au sens strict qui épouse parfaitement le champ d'application des plateformes de travail pour la fourniture de services payants que l'on entend étudier dans ce chapitre et dont elles font partie.

B. Des plateformes commerciales

- 1077 Les plateformes de travail pour la fourniture de services payants ne sont pas seulement des plateformes possédant la caractéristique d'être numériques, mais également commerciales. Cela correspond en somme, et de manière très similaire, à la définition au sens strict des plateformes numériques vu ci-dessus, c'est-à-dire qui implique trois parties, soit une plateforme mettant en relation une partie effectuant une offre et une autre partie une demande, et dont l'objet peut être la vente ou la location de marchandises ou de biens matériels ou immaté-

¹¹¹¹ CNNum (2014), pp. 55 et 56.

¹¹¹² CNNum (2014), p. 55 ; HOWCROFT/BERGVALL-KÅREBORN (2018), p. 3 ; WITZIG (2016), p. 457.

riels (*eBay*, *Netflix*), la délivrance d'informations (*Yelp*, *Google search*), un accès à des moyens de communications (*Tinder*, *Facebook*) ou de divertissements (*Youtube*), le transfert d'argent via le « *crowdfunding* » (*Kickstarter*), ou encore notre sujet, la fourniture de services payants (voir ci-après).¹¹¹³

§ 2 Définition

Maintenant que nous sommes parvenu à établir le cadre nomenclatural des plateformes de travail pour la fourniture de services payants qui les entoure, nous sommes prêt à plonger dans l'analyse de ce qu'elles sont. Toutefois, en raison de l'innombrable variété d'approches et de tentatives de définitions, classifications et catégorisations non identiques existantes dans le monde de la recherche comme expliqué ci-dessus, ce travail ne sera que peu évident. L'approche que nous proposons de soumettre ici, plus claire et cohérente à nos yeux, ne saurait cependant constituer une vérité absolue au vu de ses concurrentes directes, qui ne représentent les idées que de certains auteurs seulement, notamment de Schmidt dont les travaux ont inspiré plus d'une contribution citée ici.

1078

C'est ainsi que nous souhaitons commencer par préciser que les plateformes de travail pour la fourniture de services payants peuvent se décomposer en deux grandes catégories ; deux catégories qui tiennent leur distinction quant au lieu d'exécution de la prestation.¹¹¹⁴ Bien sûr, il peut arriver que certaines plateformes rentrent, au vu des prestations diverses qu'elles proposent, dans le cadre de ces deux catégories à la fois (voir par ex : *99designs*). C'est ainsi que nous observerons en premier lieu les plateformes dites de « *cloudwork* »¹¹¹⁵ ou de

1079

¹¹¹³ MONTEL (2017), p. 6, n° 1.1 ; SCHMIDT (2016), pp. 5 et 6.

¹¹¹⁴ OECD (2016), p. 5 ; DE STEFANO (2016), p. 1.

¹¹¹⁵ SCHMIDT (2016), pp. 5 et 6.

travail participatif (I),¹¹¹⁶ puis celles dites de « *gigwork* »¹¹¹⁷ ou travail à la demande via apps/internet (II).¹¹¹⁸

I. « *Cloudwork* » (travail participatif)

- 1080 Le « *cloudwork* » ou travail participatif est la première grande catégorie de plateformes de travail pour la fourniture de services payants quant au lieu d'exécution de la prestation. Il se réfère aux situations dans lesquelles la prestation est entièrement accomplie sur la plateforme elle-même et donc directement au travers d'internet,¹¹¹⁹ soit en théorie réalisable depuis n'importe quel lieu pourvu d'une connexion et assurant le matériel informatique nécessaire.
- 1081 Le « *cloudwork* » peut ensuite à son tour se subdiviser, et cela de la même manière que le fera le « *gigwork* » ci-après, en deux sous-catégories en fonction du nombre ou de la connaissance des identités des prestataires visés et impliqués dans la mission, le mandat ou la commande du client. Le « *cloudwork* » peut ainsi prendre la forme de « *crowdwork* » (1), terme souvent associé de près ou de loin et sans unité doctrinal au « *crowdsourcing* »,¹¹²⁰ ou de mandat individuel (2).¹¹²¹

¹¹¹⁶ CONSEIL FÉDÉRAL (2017*), pp. 41 et 42, n° 5.1.2 (le Conseil fédéral, tout comme De Stefano pour ne citer que lui, parle aussi de « *crowdwork* » pour définir la notion de travail participatif, ce qui à notre sens n'est pas forcément le cas bien que vrai en partie selon SCHMIDT, le « *crowdwork* » étant une de ses sous-catégories mais également une sous-partie du « *gigwork* » comme nous le verrons).

¹¹¹⁷ CONSEIL FÉDÉRAL (2017*), pp. 41 et 42, n° 5.1.2 (le Conseil fédéral utilise lui le terme de « *gigwork* » pour définir ce qui semble être les plateformes de travail pour la fourniture de services payants et non seulement une de ses deux branches, ce qui entraîne une analyse, comme vu en note de bas de page précédente, à notre sens moins précise) ; ECOPLAN (2017), p. 73 ; SCHMIDT (2016), pp. 5 et 6.

¹¹¹⁸ CONSEIL FÉDÉRAL (2017*), pp. 41 et 42, n° 5.1.2 ; DE STEFANO (2016), p. 1.

¹¹¹⁹ CONSEIL FÉDÉRAL (2017*), p. 41, n° 5.1.2 ; SCHMIDT (2016), pp. 5 et 7.

¹¹²⁰ CONSEIL FÉDÉRAL (2017), p. 53 ; OECD (2016), p. 33 ; ZEIN (2018), p. 712.

¹¹²¹ SCHMIDT (2016), pp. 5 et 7.

1. « *Crowdwork* »

Dans le cadre du « *crowdwork* », la prestation de travail est proposée à un groupe de personnes dont l'identité n'est pas connue et n'importe d'ailleurs pas¹¹²² (les « *invisible workers* »),¹¹²³ alors que son exécution sera entreprise par un ou plusieurs des membres de ce groupe. Le « *crowdwork* » réalisé au sein du « *cloudwork* » concerne deux types de tâches, soit le « *microtasking* » (a) et les concours de créations (b).¹¹²⁴ 1082

a. « *Microtasking* »

Le « *microtasking* », aussi appelé « *human intelligence tasks (HIT)* » ou simplement les micro-tâches, constituent des prestations réalisables en peu de temps et qui ne requièrent pas de qualifications particulières.¹¹²⁵ Cela s'appelle également, dans le cadre du « *cloudwork* » seulement, du « *click work* »,¹¹²⁶ qui consiste en l'attribution d'un grand nombre de petites tâches répétitives dématérialisées à un groupe non identifié d'individus via une plateforme donnée, tâches qui prennent généralement l'apparence de traitement de données faisant appel aux capacités cognitives de l'être humain, mais dont les résultats peuvent aisément être récoltés et assemblés par des machines.¹¹²⁷ En guise de tâches caractéristiques, nous pourrions citer la numérisation de cartes de visite, la transcription de fichiers audio ou l'analyse et l'identification de contenu uploadée sur des réseaux sociaux tels des images ou du simple texte.¹¹²⁸ 1083

Ce type de tâches et le modèle d'affaire qui l'entoure, ont pour effet et caractéristique de déshumaniser le travailleur, celui-ci étant inconnu et anonyme du point de vue du client, sauf de la plateforme, et réduit à une identité et un rôle 1084

¹¹²² DE STEFANO (2016), p. 4 ; SCHMIDT (2016), pp. 5 et 7.

¹¹²³ DE STEFANO (2016), p. 4.

¹¹²⁴ SCHMIDT (2016), pp. 5 et 7.

¹¹²⁵ CONSEIL FÉDÉRAL (2017*), p. 41, n° 5.1.2 ; ECOPLAN (2017), p. 71 ; WAAS in : WAAS/LIEBMAN/LYUBARSKY/KEZUKA (2017), p. 15.

¹¹²⁶ OECD (2016), p. 22 ; HUWS/SPENCER/JOYCE (2016), p. 2.

¹¹²⁷ HUWS/SPENCER/JOYCE (2016), p. 2 ; MONTEL (2017), p. 8, n° 1.2.1 ; SCHMIDT (2016), p. 15.

¹¹²⁸ LIEBMAN/LYUBARSKY in : WAAS/LIEBMAN/LYUBARSKY/KEZUKA (2016), p. 59 ; SCHMIDT (2016), p. 15.

de logiciel, responsable de la réalisation de tâches si fragmentées qu'il n'est plus traité et considéré qu'au travers d'un groupe et non plus de sa personne.¹¹²⁹

- 1085 Les applications largement connues offrant aux prestataires la possibilité d'effectuer du « *microtasking* » dans le cadre de « *crowdwork* », réalisé en « *cloudwork* », sont *Amazon MTurk*, *Clickworker*,¹¹³⁰ *Foulefactory* ou encore *Figure Eight*.

b. Concours de créations

- 1086 La notion de concours de créations regroupe ici, dans une sous-catégorie de « *crowdwork* » réalisé dans le cadre de « *cloudwork* », toutes les tâches créatives entreprises dans le design, de la création de logos à l'élaboration de design de véhicule, mais aussi la conception d'un site internet ou d'une campagne de marketing, ainsi que le développement de produits tangibles.¹¹³¹
- 1087 Les tâches demandées par le client sont soumises à un nombre non identifié de travailleurs qui doivent accomplir des travaux qui seront mis en compétition les uns contre les autres et parmi lesquels ce même client n'en retiendra qu'un.¹¹³² Les travaux restants ne verront pas leur créateur rétribué financièrement pour leur temps de travail,¹¹³³ bien que ceux-ci conserveront généralement dessus leur droit d'utilisation malgré le peu d'intérêt que cela comporte en raison du fait que la création a été développée pour un client et une requête en particulier.¹¹³⁴
- 1088 Le résultat de ces différents travaux fait donc appel au jugement parfaitement subjectif du client, qui les évaluera de bon à mauvais, à l'inverse du « *microtasking* » qui devrait permettre un jugement objectif de juste ou faux,¹¹³⁵ ne demandant ainsi qu'un effort d'évaluation qualitative moindre en comparaison.¹¹³⁶

¹¹²⁹ DE STEFANO (2016), p. 5 ; SCHMIDT (2016), pp. 15 et 16.

¹¹³⁰ OECD (2016), p. 22 ; CONSEIL FÉDÉRAL (2017*), p. 40, n° 5.1.2.

¹¹³¹ SCHMIDT (2016), pp. 16, 17 et 19.

¹¹³² ECOPLAN (2017), p. 71 ; MATSUMURA ARAUJO (2013), pp. 17 et 18.

¹¹³³ ECOPLAN (2017), p. 71 ; WAAS in : WAAS/LIEBMAN/LYUBARSKY/KEZUKA (2017), p. 16.

¹¹³⁴ SCHMIDT (2016), p. 17.

¹¹³⁵ *Ibid.*

¹¹³⁶ MATSUMURA ARAUJO (2013), p. 17.

Nous retrouvons, parmi les plateformes les plus connues de cette catégorie, *99designs*, *Crowdspring* ou encore *designContest*. 1089

2. Mandats individuels

Les mandats individuels entrepris au sein du « *cloudwork* » s’opposent aux « *crowdwork* » s’épanouissant lui aussi dans ce même « *cloudwork* » et concernent principalement la réalisation de tâches exécutées dans le cadre d’un « *Freiberufler-Marktplätze* » ou « *freelancer marktplaces* ». ¹¹³⁷ Les mandataires sont choisis individuellement par le client et selon leurs compétences afin d’accomplir un travail qui ne sera effectué que par une seule personne et dont ses honoraires auront été négociés entre les deux parties. ¹¹³⁸ Les types de tâches afférentes à ce système sont des macro-tâches, ¹¹³⁹ à l’inverse du « *microtasking* », généralement compliquées et plus exigeantes ou importantes, qui demandent des compétences spécifiques élevées, ainsi que du temps. ¹¹⁴⁰ La contrepartie financière y est aussi plus conséquente que celles accordées en échange de micro-tâches. ¹¹⁴¹ Il peut s’agir de développements de logiciels et de sites internet, ou encore de conseils juridiques. ¹¹⁴² 1090

Parmi les plus grandes applications de ce type, nous trouvons *Upwork*, *Freelancer.com*, mais également *99designs* ¹¹⁴³ ou *PeoplePerHour*. ¹¹⁴⁴ 1091

II. « *Gigwork* » (travail à la demande)

Le « *gigwork* » ou travail à la demande via apps/internet, qui s’oppose au « *cloudwork* », est la seconde grande catégorie de plateformes de travail pour la 1092

¹¹³⁷ SCHMIDT (2016), pp. 5 et 7.

¹¹³⁸ *Ibid.*

¹¹³⁹ CONSEIL FÉDÉRAL (2017*), p. 41, n° 5.1.2.

¹¹⁴⁰ CONSEIL FÉDÉRAL (2017*), p. 41, n° 5.1.2 ; MONTEL (2017), p. 8, n° 1.2.1 ; WAAS in : WAAS/LIEBMAN/LYUBARSKY/KEZUKA (2017), p. 15.

¹¹⁴¹ DE GROEN/MASELLI (2016), p. 5 ; ECOPLAN (2017), p. 75.

¹¹⁴² LIEBMAN/LYUBARSKY in : WAAS/LIEBMAN/LYUBARSKY/KEZUKA (2017), p. 64.

¹¹⁴³ OECD (2016), p. 17 ; SCHMIDT (2016), p. 14.

¹¹⁴⁴ HUWS/SPENCER/JOYCE (2016), p. 3.

fourniture de services payants quant au lieu d'exécution de la prestation. Il concerne les situations où la prestation est exécutée en dehors d'internet, sur un lieu terrestre précis et une heure parfois convenue,¹¹⁴⁵ alors même que la planification et son administration a eu lieu sur une plateforme numérique.¹¹⁴⁶ Tout comme le « *cloudwork* », le « *gigwork* » peut se réaliser sous la forme de « *crowdwork* » (1) ou de mandats individuels (2).

1. « *Crowdwork* »

- 1093 Le « *crowdwork* » réalisé dans le cadre du « *gigwork* » correspond à la définition qui en a été faite dans le cadre du « *cloudwork* », à la différence près qu'il consiste ici essentiellement à ce que l'on pourrait appeler du « *microtasking* » local.¹¹⁴⁷ Reprenant la définition de *microtasking* vues dans le cadre du « *cloudwork* », il s'agit là de tâches attribuées par des applications telles « *Streetspotr* » ou « *appJobber* » au travers desquelles un prestataire se sert de son téléphone pour prendre des photos d'informations requises par des mandants et les télécharger sur l'application,¹¹⁴⁸ et cela dans des espaces de travail qui soient accessibles aux travailleurs.¹¹⁴⁹ Il peut être question par exemple d'horaires de magasins ou de panneaux de limitations de vitesse.

2. Mandats individuels

- 1094 Les mandats individuels entrepris dans le « *gigwork* » permettent la réalisation de tâches de nature différentes, soit les services d'hospitalité (a), le transport de personnes (b), les services de logistiques (c) et les services personnels (d).¹¹⁵⁰

¹¹⁴⁵ OECD (2016), p. 5 ; CONSEIL FÉDÉRAL (2017*), pp. 5 et 7 ; ECOPLAN (2017), p. 73.

¹¹⁴⁶ CONSEIL FÉDÉRAL (2017*), p. 41, n° 5.1.2 ; DE STEFANO (2016), p. 1.

¹¹⁴⁷ SCHMIDT (2016), p. 7.

¹¹⁴⁸ *Idem*, p. 16.

¹¹⁴⁹ HUWS/SPENCER/JOYCE (2016), p. 2.

¹¹⁵⁰ OECD (2016), p. 5 ; CONSEIL FÉDÉRAL (2017*), p. 41, n° 5.1.2 ; DE STEFANO (2016), p. 1 ; SCHMIDT (2016), pp. 5 et 7.

a. Les services d'hospitalité

Les services d'hospitalités faisant partie des mandats individuels entrepris dans le cadre du « *gigwork* » sont des services d'hébergement à court terme et généralement peu ou moins onéreux que le circuit hôtelier classique, offerts par des particuliers par le biais de plateformes spécialisées tels *Airbnb*, *Wimdu* ou *9Flats*, et cela dans un cadre « *familial* »,¹¹⁵¹ soit des résidences plus personnelles dans leur aménagement et décoration de la part du propriétaire. Il peut s'agir seulement de chambres à louer ou d'appartements complets. 1095

b. Le transport de personnes

Le transport de personnes en tant que mandat individuel réalisé au sein du « *gigwork* » renvoie instantanément et sans dissociation apparente possible à l'application *Uber*, plus grande plateforme numérique d'offre de transports de personnes en véhicule, soit de « *taxi-like* ». ¹¹⁵² Elle n'est pourtant pas la seule, puisque *Lyft*, *Wingz*, *Summon* ou encore *Haxi* continuent leur progression et émancipation sur le marché mondial. ¹¹⁵³ Ces plateformes proposent des courses nettement moins chères que dans le circuit classique de taxis, soit jusqu'à 30% de moins dans certains marchés. ¹¹⁵⁴ 1096

c. Les services de logistique

Les services de logistique réalisés par des particuliers dans le cadre de mandats individuels inhérents au « *gigwork* » concernent les services de livraison de courses ou de commandes de restaurants. ¹¹⁵⁵ Le nombre de plateformes actives dans le domaine est très important et à ce titre peut être mentionné *Eat24*, *Stuart*, *Foodora*, *MyBoxMan* ou encore le célèbre *Deliveroo*. 1097

¹¹⁵¹ CONSEIL FÉDÉRAL (2017), pp. 101 et 102 ; SCHMIDT (2016), p. 19.

¹¹⁵² CONSEIL FÉDÉRAL (2017), p. 7 ; PÄRLI (2016*), p. 244 ; SCHMIDT (2016), p. 20.

¹¹⁵³ BROOKS (2015), *What is a Transportation Network Company ?*.

¹¹⁵⁴ BROOKS (2015), *What Does Service Provided by TNC's Cost ?*.

¹¹⁵⁵ SCHMIDT (2016), p. 22.

d. Les services personnels

- 1098 Les services personnels entrepris par des particuliers comme mandats individuels réalisés au sein du « *gigwork* » ont la particularité d’être effectués directement ou ayant une interaction avec le domicile ou dans un lieu privé appartenant ou loué par le client, impliquant donc par là un besoin important de confiance et de qualité assurée de la part du prestataire et de la plateforme, d’autant plus que les deux parties ne passent pas forcément du temps ensemble.¹¹⁵⁶ À ce titre, si la présence d’enfants, de personnes âgées ou d’animaux peut être source de distraction pour le travailleur, elle peut aussi provoquer un harcèlement aisément assouissable de sa part auprès de telles personnes plus vulnérables.¹¹⁵⁷
- 1099 Les tâches concernées sont ici les services de ménage, de courses, de jardinage¹¹⁵⁸ ou encore de constructions de meubles¹¹⁵⁹ et de réparations de ceux-ci, parfois simplement même de leur déplacement dans la maison en cas de poids élevé,¹¹⁶⁰ et cela avec des plateformes comme *TaskRabbit*, *Youpijob* ou *Airtasker*, mais également de babysitting ou de prostitution, respectivement par le biais de plateformes comme *Happysitters* ou *Eros*.¹¹⁶¹

¹¹⁵⁶ HUWS/SPENCER/JOYCE (2016), p. 10 ; SCHMIDT (2016), p. 22.

¹¹⁵⁷ HUWS/SPENCER/JOYCE (2016), p. 10.

¹¹⁵⁸ OECD (2016), p. 16.

¹¹⁵⁹ LUNN/COLLINSON (2018), p. 1.

¹¹⁶⁰ HUWS/SPENCER/JOYCE (2016), p. 10.

¹¹⁶¹ OECD (2016), p. 16 ; SCHMIDT (2016), p. 22.

Chapitre 17 : Analyse au sens du droit suisse

Maintenant que nous sommes parvenu à établir un cadre nomenclatural et à apporter une définition détaillée de la notion de plateformes de travail pour la fourniture de services payants en présentant ses diverses catégories, nous sommes prêt à effectuer une analyse de ces plateformes au regard du droit du travail suisse. Une tâche non aisée tant la doctrine juridique suisse, au moment de la rédaction de cette thèse s'était peu attelée encore à traiter le phénomène.¹¹⁶² 1100

Nous commencerons par souligner en quoi cette analyse sous l'angle du droit suisse est pertinente (§1). Nous verrons ensuite si ces plateformes incarnent ou non des relations de travail spéciales (§2) et si celles-ci sont soumises ou non à la LSE (§3). Nous étudierons ensuite avec précision les relations juridiques au sens du droit suisse tissées entre les différentes parties constitutives du rapport de travail triparti créé par ces plateformes (§4). Nous terminerons finalement par une analyse du rapport de subordination au sens large dans la relation prestataire de service - plateforme du rapport de travail triparti créé par cette dernière (§5). 1101

§ 1 L'application du droit suisse

Si la situation juridique des plateformes de travail pour la fourniture de service payant mérite d'être analysée sous l'angle du droit suisse, c'est que son application est clairement ou potentiellement envisageable pour un certain nombre d'entre elles déjà existantes, que celles-ci soient suisse ou étrangères, et cela pour plusieurs raisons comme nous le verrons. Aussi, indépendamment d'une telle hypothèse, et quand bien même l'application du droit suisse ne concernerait qu'une très faible partie des plateformes mondiales de ce type, dans un esprit d'anticipation et de sécurité juridique, il est capital pour le bien de notre ordre 1102

¹¹⁶² DUPONT in : DUNAND/MAHON/WITZIG (2019), p. 133.

juridique d’être à même de qualifier juridiquement la relation tripartite particulière provoquée par ces plateformes.

- 1103 Malheureusement, s’agissant des plateformes déjà existantes, la détermination d’une telle application du droit suisse à celles-ci peut s’avérer laborieuse du fait que par leur côté numérique et dématérialisé, elles engendrent des situations internationales qui génèrent de grandes interrogations dans la question du droit applicable.¹¹⁶³ Cette problématique est justement réglée par la loi fédérale sur le droit international privé (LDIP) du 18 décembre 1987, celle-ci ayant compétence pour déterminer le droit applicable en matière internationale (art. 1^{er}, lit. b LDIP). Ainsi, afin d’établir en quoi le droit suisse est ou pourrait être applicable à un certain nombre de plateformes de travail pour la fourniture de services payants, nous observerons les arts. 116 et 117 LDIP (A), puis 121 LDIP (B).
- 1104 Par ailleurs, ne sera pas étudiée la compétence des tribunaux suisse, problématique régie par la Convention concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l’exécution des décisions en matière civile et commerciale (Convention de Lugano) du 30 octobre 2007 ainsi que par la LDIP. En effet, il s’agit là d’une problématique de procédure, soit de détermination du *for* applicable et d’une possible compétence d’un tribunal arbitral, question indépendante de la notion de droit applicable, bien que liée lorsque l’application de la *lex fori* est requise dans l’analyse du droit applicable, un tribunal américain pouvant par exemple être tout à fait à même de devoir appliquer le droit suisse ou un tribunal suisse le droit néerlandais pour ce qui est du cas Uber.¹¹⁶⁴ Notre analyse portant sur le droit matériel, nous nous en tiendrons, par cohérence, à l’examen du droit applicable et renvoyons pour la question de la compétence à l’excellente étude du professeur Pärli vis-à-vis du cas Uber.

A. Arts. 116 et 117 LDIP

- 1105 L’art. 116 LDIP stipule qu’en matière de droit des obligations, soit pour des prestations découlant d’un contrat, « *le contrat est régi par le droit choisi par les parties* ». Les parties possèdent donc la possibilité d’élire le droit applicable

¹¹⁶³ ZEIN (2018), p. 714.

¹¹⁶⁴ CIRIGLIANO (2018), p. 443.

au contrat.¹¹⁶⁵ Il faut cependant ici distinguer l'élection de droit de l'incorporation de règles de droit étranger à un contrat.¹¹⁶⁶ Lorsque les parties incorporent de telles règles dans un contrat, elles les intègrent matériellement à ce dernier dont elles font désormais partie¹¹⁶⁷ et à condition seulement que ces règles ne contreviennent à aucune règle impérative issue du droit régissant le contrat en question.¹¹⁶⁸ Cela constitue une restriction vis-à-vis de l'élection de droit qui autorise par définition à se soustraire aux règles impératives, mais aussi dispositives, du droit normalement applicable, en choisissant d'autres règles impératives et dispositives d'un autre pays qui s'appliqueront en lieu et place ;¹¹⁶⁹ cela sous réserve malgré tout et en vertu de l'art. 18 LDIP du respect des règles d'ordre public de l'État du for, soit les lois dites de police au but si capital qu'elles trouveront toujours application indépendamment du droit choisi pour régir le contrat.¹¹⁷⁰ Enfin, l'intégration matérielle de ces règles de droit étrangers a pour conséquence qu'une modification législative ultérieure à l'incorporation de ces règles n'aura aucun impact sur celles fixées dans le contrat à sa conclusion, là où une election de droit permet l'application du droit en vigueur.¹¹⁷¹

En l'espèce, si les parties à une plateforme de travail pour la fourniture de services payants s'entendent sur l'application du droit suisse à leur relation de travail, celui-ci régira alors cette relation. Bien sûr, en pratique, la plateforme impose, au travers de ses conditions générales, un droit applicable au contrat qui correspond très souvent au droit du lieu de situation de l'employeur, ainsi qu'à celui du tribunal compétent dans le même temps. 1106

Toutefois, la liberté des parties d'élire le droit qu'ils désirent pour régir leur contrat souffre d'une certaine restriction. En effet, la situation contractuelle doit présenter une relation internationale (art. 1^{er} LDIP),¹¹⁷² soit posséder un élément 1107

¹¹⁶⁵ TF du 17 novembre 2008, 4A_260 2008, c.1.1.

¹¹⁶⁶ DUTOIT (2016), n° 1 *ad.* art. 116 LDIP, p. 495.

¹¹⁶⁷ ATF 132 III 285, c. 1.1.

¹¹⁶⁸ BONOMI in : BUCHER (2011), n° 4 *ad.* art. 116 LDIP, p. 982.

¹¹⁶⁹ ATF 132 III 285, c. 1.1.

¹¹⁷⁰ BONOMI in : BUCHER (2011), n° 13 *ad.* art. 116 LDIP, p. 985.

¹¹⁷¹ *Idem*, n° 4 *ad.* art. 116 LDIP, p. 982.

¹¹⁷² KELLER/KREN KOSTKIEWICZ in : ZK-GIRSBERGER/HEINI/KELLER/KREN KOSTKIEWICZ/SIEHR/VISCHER/VOLKEN (2004), n° 21 *ad.* art. 116 LDIP, p. 1205.

d'extranéité, c'est-à-dire fournir des rattachements à deux États au moins.¹¹⁷³ Il peut s'agir du lieu de situation de biens constituant l'objet du contrat se trouvant à l'étranger ou du domicile d'une ou des deux parties basée à l'étranger,¹¹⁷⁴ ce dernier cas étant plus que fréquent entre les plateformes de travail étudiées ici, leurs prestataires de services et leurs clients. Aussi, une élection de droit à un contrat purement interne, soit n'ayant aucun lien avec l'étranger, n'est pas admissible et sera potentiellement considérée comme une incorporation de règles de droits étrangers.¹¹⁷⁵ Cela étant dit, le droit choisi par les parties ne nécessite en aucun cas de posséder un lien significatif avec le contrat.¹¹⁷⁶ À noter également que l'existence et la validité de l'élection de droit sont régies par le droit choisi par les parties (art. 116 al. 2 LDIP).¹¹⁷⁷

- 1108 L'art. 117 LDIP avance lui « *qu'à défaut d'élection de droit, le contrat est régi par le droit de l'État avec lequel il présente les liens les plus étroits* ». Si la disposition expose des principes juridiques forts passionnants d'un point de vue théorique, son importance vis-à-vis des plateformes de travail pour la fourniture de service payant est nulle en pratique, les conditions générales de ces dernières prévoyant systématiquement une élection de droit.

B. Art. 121 LDIP

- 1109 L'art. 121 LDIP se rapporte à la situation contractuelle entre le prestataire de service et la plateforme uniquement, dans le cas où le prestataire de services serait considéré comme un travailleur au sens du droit du travail. En effet, l'art. 121 LDIP règle la question particulière du droit applicable aux contrats de travail.¹¹⁷⁸
- 1110 Aussi, avant de l'analyser, il devrait être vérifié si le contrat en question est bien un contrat de travail, cela soulevant la question suivante : sur la base de quel

¹¹⁷³ BONOMI in : BUCHER (2011), n° 6 *ad.* art. 116 LDIP, p. 983.

¹¹⁷⁴ KELLER/KREN KOSTKIEWICZ in : ZK-GIRSBERGER/HEINI/KELLER/KREN KOSTKIEWICZ/SIEHR/VISCHER/VOLKEN (2004), n° 22 *ad.* art. 116 LDIP, p. 1205.

¹¹⁷⁵ BONOMI in : BUCHER (2011), n° 9 et 10 *ad.* art. 116 LDIP, p. 984.

¹¹⁷⁶ MÖCKLIN-DOSS/SCHNYDER in : CHK-FURRER/GIRSBERGER/MÜLLER-CHEN (2016), n° 4 *ad.* art. 116 LDIP, p. 489.

¹¹⁷⁷ DUTOIT (2016), n° 20 *ad.* art. 116 LDIP, p. 504.

¹¹⁷⁸ GUILLAUME in : DUNAND/MAHON (2019), p. 218.

droit apprécie-t-on l'existence d'un tel contrat ? À ce titre, il s'agit d'observer la *lex fori*, dont la détermination n'est pour rappel pas étudiée dans notre thèse, qui elle seule se chargera de qualifier juridiquement le contrat en contrat de travail ou non, soit l'art. 319 CO si celle-ci est incarnée par le droit suisse.¹¹⁷⁹ De plus, il doit s'agir d'une situation internationale, conformément au champ d'application de la LDIP (art. 1^{er} LDIP), soit du cas où les parties seraient toutes deux domiciliées dans un pays différent, ou bien dans le même pays, le travailleur exécutant pour ce dernier cas sa prestation à l'étranger.¹¹⁸⁰

Ainsi, si le for est en Suisse, indépendamment du droit applicable qui peut être tout autre, le droit suisse sera appliqué pour qualifier de contrat de travail ou non une relation de travail entre une plateforme de travail pour la fourniture de services payants et un prestataire de service. Si un contrat de travail n'est pas retenu, l'art. 116 LDIP analysé ci-dessus s'appliquera probablement. À l'inverse, s'il est retenu, l'art. 121 LDIP s'appliquera à sa place. 1111

L'art. 121 al. 1^{er} LDIP précise que « *le contrat de travail est régi par le droit de l'État dans lequel le travailleur accomplit habituellement son travail* ». Cela ne vaut toutefois que si les parties n'ont prévu aucune élection de droit, ce qui tend à ne jamais se produire pour rappel dans les situations impliquant des plateformes de travail pour la fourniture d'un service payant. 1112

Aussi l'art. 121 al. 3 LDIP nous intéressera-t-il plutôt ici. Il stipule que : « *les parties peuvent soumettre le contrat de travail au droit de l'État dans lequel le travailleur a sa résidence habituelle ou dans lequel l'employeur a son établissement, son domicile ou sa résidence habituelle.* ». Ainsi, les parties à un contrat de travail se voient offrir la possibilité de choisir un droit applicable à ce même contrat, avec pour contrainte qu'il doit être celui régissant déjà l'établissement, le domicile ou la résidence habituelle de l'employeur ou la résidence habituelle du travailleur.¹¹⁸¹ Malheureusement, il est aisé de constater que malgré ces restrictions, l'employeur pourra facilement imposer, comme c'est d'ailleurs le cas des plateformes au travers de leurs conditions générales, le droit du pays de leur siège aux prestataires de services.¹¹⁸² En somme, que ceux-ci soient considérés 1113

¹¹⁷⁹ MÖCKLIN-DOSS/SCHNYDER in : CHK-FURRER/GIRSBERGER/MÜLLER-CHEN (2016), n° 1 *ad.* art. 121 LDIP, p. 517 ; KELLER/KREN KOSTKIEWICZ in : ZK-GIRSBERGER/HEINI/KELLER/KREN KOSTKIEWICZ/SIEHR/VISCHER/VOLKEN (2004), n° 5 *ad.* art. 121 LDIP, p. 1321.

¹¹⁸⁰ BONOMI in : BUCHER (2011), n° 3 *ad.* art. 121 LDIP, p. 1046.

¹¹⁸¹ TF du 11 septembre 2013, 4A_103/2013, c. 2.3 ; KNOEPFLER/SCHWEIZER/OTHENIN-GIRARD (2005), p. 250, n° 489b.

¹¹⁸² GUILLAUME in : DUNAND/MAHON (2019), p. 222.

comme étant des employés et donc bénéficient de la protection apparente de l'art. 121 al. 3 LDIP ou de simples indépendants et donc être soumis au seul art. 116 LDIP, la plateforme pourra imposer dans ses conditions générales, outils très peu souples par rapport à un contrat personnalisé, le droit de son pays d'établissement à tout prestataire de service. Une telle faiblesse de la part d'une règle censée protégée le travailleur, partie faible au contrat de travail, ne nous paraît pas acceptable et mériterait une modification plus restrictive des droits de l'employeur allant vers une meilleure défense des intérêts de l'employé placé pour l'heure au même niveau qu'un indépendant.

- 1114 Toutefois, les employeurs, et potentielles plateformes donc, ne pourront se soustraire à certaines normes impératives, soit les lois de police régissant le for ou le lieu de travail, et considérées comme d'ordre public (art. 18 et 19 LDIP).¹¹⁸³ En matière de contrat de travail, il n'est pas toujours évident de déterminer si les règles impératives de droit privé telles des limitations au licenciement sauvegardant principalement un équilibre entre les parties possèdent aussi un rôle de protection des intérêts étatiques.¹¹⁸⁴ En revanche, peuvent être considérées comme agissant de la sorte certaines normes de droit du travail de droit public telles celles assurant une prévention des accidents et une sécurité au travail, des rémunérations minimales, la protection des femmes enceintes et l'interdiction du travail d'enfant, ou encore un temps de travail maximum.¹¹⁸⁵ À ce titre, si la Suisse était, dans un cas d'espèce, le for compétent, les arts. 319 ss en qualité de droit privé pourraient potentiellement trouver application, là où la LTr et ses ordonnances, pour ne citer qu'elles en matière de droit public, s'appliqueraient en très grande partie à la relation de travail en cause.

§ 2 Des relations de travail spéciales ?

- 1115 Les plateformes de travail pour la fourniture de services payants impliquent une relation de travail triangulaire, soit trois parties qui sont la plateforme et les deux

¹¹⁸³ BONOMI in : BUCHER (2011), n° 20 *ad.* art. 121 LDIP, p. 1050 ; DUTOIT (2016), n° 6 *ad.* art. 121 LDIP, p. 549 ; KELLER/KREN KOSTKIEWICZ in : ZK-GIRSBERGER/HEINI/KELLER/KREN KOSTKIEWICZ/SIEHR/VISCHER/VOLKEN (2004), n° 53 et 55 *ad.* art. 121 LDIP, pp. 1331 et 1332.

¹¹⁸⁴ BONOMI in : BUCHER (2011), n° 22 *ad.* art. 121 LDIP, p. 1051.

¹¹⁸⁵ KELLER/KREN KOSTKIEWICZ in : ZK-GIRSBERGER/HEINI/KELLER/KREN KOSTKIEWICZ/SIEHR/VISCHER/VOLKEN (2004), n° 57 *ad.* art. 121 LDIP, p. 1332.

personnes ou groupes de personnes qu'elle met en relation, i.e. les prestataires de travail d'une part et les mandants, clients ou commanditaires de la prestation de l'autre.¹¹⁸⁶ Cette relation triangulaire peut être constituée, en fonction du rôle de la plateforme, de relations entre parties à la qualification juridique bien distincte. Il faut discerner deux systèmes juridiques, soit celui dans lequel la plateforme est un intermédiaire et celui où elle est débitrice de la prestation.¹¹⁸⁷

Dans le premier système, la plateforme ne fait que mettre en relation les commanditaires et les prestataires, qui nouent de leur côté un rapport contractuel entre eux (contrat de travail, mandat ou entreprise), sans que la plateforme n'en fasse partie et ne se trouve donc débitrice de la prestation due à ce premier.¹¹⁸⁸ La plateforme conclut un contrat d'intermédiation, soit de mandat (art. 394 CO) de courtage (art. 412 CO) ou d'agence (art. 418 CO), avec le client et potentiellement avec les commanditaires,¹¹⁸⁹ bien qu'une simple relation de fait puisse être retenue avec ce dernier, la plateforme pouvant être considérée comme étant au service du client et non du prestataire.¹¹⁹⁰ Nous doutons toutefois de la possibilité de ce dernier cas, les prestataires devant s'engager à respecter des conditions générales de la plateforme,¹¹⁹¹ entrant donc dans un rapport juridique inévitable avec celle-ci.

Dans le second système, la plateforme se trouve directement débitrice de la prestation due au commanditaire en cela qu'elle possède un lien contractuel avec cette partie (contrat de mandat ou d'entreprise) et use de prestataire à titre de mandataire, de salariés ou d'entrepreneur pour en assurer l'exécution, ces derniers n'ayant qu'une relation de fait avec le client.¹¹⁹²

Pour déterminer si ces deux systèmes juridiques propres aux plateformes de travail pour la fourniture de services payants sont des relations de travail spécial, il convient d'en rappeler ici la notion. Nous retenons deux types de relations de travail spéciales, les relations de travail approfondies et complexes.

Nous nommons relations de travail approfondies, à titre de rappel, des relations de travail possédant, en sus des quatre éléments objectivement essentiels du

¹¹⁸⁶ GUILLAUME in : DUNAND/MAHON (2019), p. 228 ; ZEIN (2018), p. 715.

¹¹⁸⁷ ZEIN (2018), p. 715 ; ZEIN in : DUNAND/MAHON/WITZIG (2019), p. 150.

¹¹⁸⁸ CONSEIL FÉDÉRAL (2017), pp. 73-74 ; ZEIN (2018), p. 715.

¹¹⁸⁹ *Ibid.*

¹¹⁹⁰ CONSEIL FÉDÉRAL (2017), pp. 73-74.

¹¹⁹¹ ONUOHA (2018), p. 328.

¹¹⁹² CONSEIL FÉDÉRAL (2017), pp. 72 et 73 ; ZEIN (2018), p. 715.

contrat de travail ordinaire, des éléments objectivement essentiels supplémentaires. Nous appelons ensuite relations de travail complexes les relations de travail qui n'impliquent pas seulement l'existence d'un contrat de travail entre un employeur et un ou des employés (voir « *Jobsharing pure* »), mais dont l'existence juridique est soumise à la présence d'une ou de plusieurs tierces parties avec lesquelles l'employeur et l'employé possèdent chacun, avec au moins l'une d'entre elles, un lien de fait ou juridique de nature généralement différente de celle d'un contrat de travail.

- 1120 Si les deux systèmes ne semblent clairement pas correspondre à la notion de relation de travail approfondie de manière à ce qu'elle ne rentre à notre sens aucunement en ligne de compte ici, il en est autrement de la notion de relation de travail complexe. En effet, que ce soit le cas d'une plateforme intermédiaire ou débitrice, et par ailleurs au même titre que la location de service, ces deux systèmes paraissent correspondre à la définition de relation de travail complexe, à l'exception majeure toutefois que pour conclure à l'existence d'une telle relation, il est nécessaire de se trouver en présence d'un contrat de travail au sens des arts. 319 CO ss. Or, les deux modèles examinés ci-avant ne garantissent pas la présence d'un contrat de travail, la qualification de contrat de mandat pouvant lui être préférée dans la relation entre le client et le prestataire lorsque la plateforme agit comme intermédiaire et entre la plateforme et le prestataire lorsque cette première agit comme débitrice principale de la prestation due au commanditaire. Il n'est donc pas possible d'avancer une réponse catégorique et générale quant à la catégorisation de tels systèmes comme relation de travail complexe, la solution dépendant de l'analyse juridique de ces relations.
- 1121 Si l'existence d'un contrat de travail devait cependant être retenue, la qualification de relation de travail complexe pourrait être admise pour les deux modèles juridiques appliqués aux plateformes de travail pour la fourniture de services payants. Pour le premier, nous serions bien en présence d'une relation qui n'impliquerait pas seulement l'existence d'un contrat de travail entre un employeur et un ou des employés (voir « *Jobsharing pure* »), mais dont l'existence juridique serait soumise à la présence d'une ou de plusieurs tierces parties, soit les plateformes, avec lesquelles l'employeur et l'employé, i.e. le client et le prestataire, possèderaient chacun, avec au moins l'une d'entre elles, un lien de fait ou juridique de nature généralement différente de celle d'un contrat de travail. Pour le second, nous serions aussi bien en présence d'une relation qui n'impliquerait pas seulement l'existence d'un contrat de travail entre un employeur et un ou des employés (voir « *Jobsharing pure* »), mais dont l'existence juridique serait soumise à la présence d'une ou de plusieurs tierces parties, soit le client, avec

lesquelles l'employeur et l'employé, i.e. la plateforme et le prestataire, possèderaient chacun, avec au moins l'une d'entre elles, un lien de fait ou juridique de nature généralement différente de celle d'un contrat de travail.

D'un point de vue pratique et pour évaluer la qualification juridique d'un tel rapport de travail, Zein suggère qu'il faudrait déterminer dans un premier temps si l'activité d'une plateforme est réellement celle d'un intermédiaire, et dans un second temps, si ce n'est pas le cas, la nature de la relation liant le prestataire de service et la plateforme, à savoir s'il s'agit d'un simple contrat de mandat ou d'un contrat de travail.¹¹⁹³ Toutefois, il nous semble que ce soit plutôt le raisonnement inverse qu'il faille effectuer. En effet, le terme d'intermédiaire n'étant pas une notion juridique déterminée, c'est par l'étude factuelle des trois relations entre les parties au rapport et conséquemment de l'appréciation de leur qualification juridique qu'il pourra être décidé si la plateforme agit comme intermédiaire ou non. La première étape du raisonnement de Zein devrait donc être une conséquence de la seconde. Ce n'est que si certains contrats sont présents entre telles et telles parties au rapport qu'il est possible de parler d'un rôle d'intermédiaire ou de débitrice directe et pas l'inverse.

1122

§ 3 Application de la LSE ?

La question peut se poser de savoir si la loi sur le service de l'emploi et la location de services du 6 octobre 1989 (LSE) pourrait s'appliquer aux plateformes de travail pour la fourniture de services payants. Nous distinguerons là encore le cas de la plateforme agissant comme intermédiaire (**A**) et celui de la plateforme agissant comme débitrice (**B**).

1123

A. Plateforme comme intermédiaire

Dans le cadre d'une plateforme agissant comme intermédiaire, il est légitime de s'interroger quant à la possible application de la partie réservée par la LSE à l'activité de placement. Au sens de l'art. 2 al. 1^{er} LSE, « *Quiconque entend exercer en Suisse, régulièrement et contre rémunération, une activité de placeur, qui consiste à mettre employeurs et demandeurs d'emploi en contact afin qu'ils puissent conclure des contrats de travail, doit avoir obtenu une autorisation de l'office cantonal du travail* ».

1124

Le placement implique deux éléments principaux que sont une mise en contact entre deux parties par un placeur, et cela seulement dans le but de conclure un

1125

¹¹⁹³ ZEIN (2018), p. 723.

contrat de travail. S'agissant de ce dernier, il est essentiel que l'objectif du placeur soit la conclusion d'un contrat de travail entre un employé placé et l'entreprise employeuse et non un contrat de mandat ou d'entreprise.¹¹⁹⁴ En ce qui concerne la mise en contact maintenant, il faut entendre « *tout acte final par lequel une partie fait savoir à une deuxième partie qu'une ou plusieurs tierces parties sont intéressées à conclure un contrat avec elle* ».¹¹⁹⁵ Le simple fait de transmettre une adresse postale ou de numéro de téléphone peut être constitutif d'un tel acte.¹¹⁹⁶ Une telle activité de placement relève du contrat de courtage (cf. 1133ss pour analyse du contrat de courtage) et cela dès le moment où le placeur a indiqué à une partie qu'une autre partie pourrait conclure un contrat de travail avec elle, indépendamment du succès d'une telle conclusion.¹¹⁹⁷

- 1126 Ainsi, une plateforme mettant régulièrement en relation des prestataires de service et des clients qui concluraient des contrats de travail ferait activité de placement au sens de la LSE. Cette constatation demeure non sans conséquence, car l'activité de placement réalisé régulièrement contre rémunération est soumise à une autorisation de l'office cantonal du travail (art. 2 al. 1^{er} LSE) et une autre supplémentaire du SECO pour le placement de l'étranger ou à l'étranger (art. 12 al. 3 LSE).

B. Plateforme comme débitrice

- 1127 S'agissant maintenant du système où la plateforme agit comme débitrice, il est possible de constater l'application de la LSE, mais pour sa partie concernant la location de service cette fois, et seulement dans le cadre d'un système sophistiqué où les prestataires sont liés juridiquement par un contrat de travail à une société autre que la plateforme (cf. **Chapitre 10** pour analyse de la location de service).¹¹⁹⁸ Le SECO a à ce titre considéré que des sociétés partenaires d'*Uber* qui possédaient un contrat de travail avec leurs propres chauffeurs et qui les prêtaient à *Uber* en leur transmettant leur pouvoir de direction étaient des bailleurs de services soumis à la réglementation de la LSE.¹¹⁹⁹ La plateforme devient, elle, le locataire de service et le chauffeur est le travailleur placé. Le client

¹¹⁹⁴ Directives SECO (Location de services), p. 13, lit. a.

¹¹⁹⁵ *Idem*, p. 14, lit. c.

¹¹⁹⁶ *Idem*, p. 14, lit. c.

¹¹⁹⁷ *Idem*, p. 14, lit. c.

¹¹⁹⁸ ZEIN (2018), p. 719.

¹¹⁹⁹ *Ibid.*

n'a toujours aucun lien avec le travailleur conformément au système où la plateforme est débitrice et toujours un contrat de mandat ou d'entreprise avec la plateforme, et aucun lien juridique avec le bailleur de service.

Cette question demeure importante, car une autorisation cantonale est obligatoire pour les bailleurs qui font commerce de prêts de travailleurs à des locataires de services (art. 12 al. 1^{er} LSE), ainsi qu'une autorisation du SECO pour louer les services de ces travailleurs vers l'étranger (art. 12 al. 2 CO). Ce cas ne nous intéressera toutefois pas ici.

1128

§ 4 Les relations juridiques entre parties au rapport de travail au sens du droit suisse

Il est temps désormais d'examiner la nature juridique des différentes relations entre parties du rapport de travail constitué par les plateformes de travail pour la fourniture de services payants. Nous commencerons par l'étude de la relation client (mandant) – plateforme (A), puis la relation plateforme – prestataire de service (B), et enfin la relation prestataire de service – client (C).

1129

A. Le client (mandant) et la plateforme

Nous examinerons la nature juridique de la relation client (mandant) – plateforme dans la situation où la plateforme est intermédiaire tout d'abord (I), puis débitrice de la prestation principale (II).

1130

Comme nous l'avons observé ci-dessus, une telle classification n'est que la conséquence, à notre sens, de la qualification des contrats entre les parties à la relation de travail, mais par souci de clarté, il nous a semblé cohérent de présenter les différents contrats que l'on peut trouver dans des sous-parties nommées par les rôles de la plateforme que ces mêmes contrats déterminent. En d'autres termes, lorsque la plateforme possède un rôle d'intermédiaire ou de débitrice principale, ce ne peut être qu'en réponse à la présence d'un ou plusieurs contrats précis au sein de la relation de travail en question, ce qui justifie cette organisation de notre développement.

1131

I. La plateforme est intermédiaire

Lorsque la plateforme se comporte comme intermédiaire entre le client et le prestataire de service, celle-ci se trouve liée juridiquement avec le client par un contrat de mandat spécial, i.e. un contrat de courtage dont elle est le courtier (1),

1132

un contrat d'agence dont elle est l'agent (2), ou par un contrat de mandat proprement dit (art. 394 CO) dont elle est le mandataire (3).¹²⁰⁰

1. Contrat de courtage

- 1133 Nous effectuerons une rapide présentation du contrat de courtage (a) sur laquelle nous nous référerons pour avancer un ou plusieurs exemples de clauses ou de situations de fait allant en faveur de sa reconnaissance dans le cadre de la relation client (mandant) – plateforme menant cette dernière à agir comme intermédiaire (b).

a. Notions générales

- 1134 En vertu de l'art. 412 al. 1^{er} CO, « *le contrat de courtage est un contrat par lequel le courtier est chargé, moyennant un salaire, soit d'indiquer à l'autre partie l'occasion de conclure une convention, soit de lui servir d'intermédiaire pour la négociation d'un contrat* ». Il s'agit d'un mandat spécial,¹²⁰¹ dont les règles sur le mandat proprement lui sont applicables (art. 412 al. 1^{er} CO), cela tout du moins en tant qu'elles ne contreviennent pas aux particularités du contrat de courtage.¹²⁰²
- 1135 Le contrat de courtage possède deux caractéristiques ou éléments objectivement essentiels que sont la nécessité pour lui d'être conclu à titre onéreux et que les services indicateurs ou négociateurs, produits par le courtier, tendent à la conclusion d'un contrat, peu importe sa nature.¹²⁰³ La première caractéristique implique que le courtier s'engage à effectuer sa prestation contre rémunération seulement, bien que celle-ci ne sera due que dans le cas où le courtier parviendra à conclure une affaire récompensant par là son succès et non son temps de travail (art. 413 al. 1^{er} CO).¹²⁰⁴ La seconde condition implique, elle, que le courtier ne déploie une activité qui n'a pour objectif que de favoriser la conclusion de contrat et non d'en conclure pour le compte et au nom de son mandant, pouvoirs

¹²⁰⁰ CONSEIL FÉDÉRAL (2017), pp. 73 et 74 ; ZEIN (2018), p. 715.

¹²⁰¹ CARRON (2018), p. 52, n° 121.

¹²⁰² ATF 139 III 217, c. 2.3.

¹²⁰³ ATF 139 III 217, c. 2.3 ; ATF 131 III 268, c. 5.1.2.

¹²⁰⁴ ATF 131 III 268, c. 5.1.2 ; TF du 29 décembre 2004, 4C.278/2004, c. 2.3.

qu'il n'a en principe pas.¹²⁰⁵ L'activité peut être celle d'un courtier indicateur qui aura pour responsabilité de trouver un tiers susceptible de vouloir conclure un contrat avec le mandant, ou d'un courtier négociateur qui aura pour travail de négocier pour le compte du mandant avec un tiers.¹²⁰⁶ Enfin, la nature du contrat à conclure peut être d'ordre très différent, tel un contrat de vente de meubles ou d'immeubles, de vente de titres, de travail ou d'entreprise, etc.¹²⁰⁷

À moins de se trouver dans le cas d'un contrat de courtage exclusif, soit dans lequel le mandant s'engage à ne pas conclure de contrat de même nature avec un autre courtier, le courtier n'a aucune obligation d'agir soit aucune obligation de toute mettre en œuvre afin de trouver une affaire, de manière à ce qu'il soit plus juste de parler d'incombance que d'une véritable obligation.¹²⁰⁸ De son côté, si le mandant doit verser une rémunération au courtier en cas de succès,¹²⁰⁹ soit de conclusion d'un contrat, il n'a aucune obligation d'accepter les propositions amenées à lui par le courtier.¹²¹⁰ 1136

Le contrat de courtage se distingue du contrat de mandat proprement dit principalement en raison du fait que le courtier est bien plus libre dans l'exécution de sa prestation que ne l'est le mandataire qui ne peut s'écarter des instructions auxquelles il est soumis qu'aux conditions restrictives de l'art. 397 al. 1^{er} CO.¹²¹¹ 1137

b. Clauses ou situations factuelles types

Si, en théorie, le choix du contrat de courtage est envisageable pour la qualification de la relation client - plateforme, les clauses se présentant en sa faveur sont minimales, à l'inverse de celles poussant à son exclusion. Il est en effet plutôt rare que, conformément à ce que demande un contrat de courtage, la prestation 1138

¹²⁰⁵ BRACHER in : CHK-HUGUENIN/MÜLLER-CHEN (2016), n° 2-4 *ad* art. 412 CO, pp. 562 et 563.

¹²⁰⁶ ATF 131 III 268, c. 5.1.2 ; GEISSBÜHLER (2016), p. 61, n° 290 ; TERCIER/BIERI/CARRON (2016), p. 719, n° 4936.

¹²⁰⁷ TERCIER/BIERI/CARRON (2016), p. 720, n° 4938.

¹²⁰⁸ TF du 17 janvier 2000, 4C.257/2009, c. 3, lit. a) ; RAYROUX in : THEVENOZ/WERRO (2012), n° 27 *ad* art. 412 CO, p. 2484.

¹²⁰⁹ BRACHER in : CHK-HUGUENIN/MÜLLER-CHEN (2016), n° 9 *ad* art. 412 CO, pp. 564 et 565.

¹²¹⁰ ENGEL (2000), p. 529, n° 2 ; ZEIN (2018), p. 717.

¹²¹¹ ATF 144 III 43, c. 3.1.2 = JdT 2018 II 207 ; ATF 131 III 268, c. 5.1.2.

due par la plateforme au client soit onéreuse, le coût étant assumé par le prestataire de service. Un client ne paye généralement pas pour se connecter à une plateforme, mais uniquement lorsqu'il utilise un service de celle-ci et seulement pour le compte du prestataire, peu importe que ce prix soit payé à la plateforme et que celle-ci le reverse ultérieurement au client. Cela devrait, en apparence, être suffisant à exclure le contrat de courtage.

- 1139 Toutefois, et premièrement, ce raisonnement ne fonctionne que si le prestataire fixe lui-même son prix et que la plateforme ne fait qu'accueillir temporairement le paiement de celui-ci. En effet, dans ce cas de figure, le prestataire est libre de reporter ou non sur le prix facturé au client ce qu'il doit lui-même payer à la plateforme. Si, en revanche, la plateforme fixe les prix des prestations que le client devra payer au prestataire comme c'est le cas de la plateforme *Uber* (cf. 1310ss), elle impose directement au client une rémunération pour son activité en conservant un pourcentage sur le paiement qu'elle reçoit du client avant de reverser le solde restant au chauffeur. Il s'agit bien là d'une prestation typique d'un contrat de courtage, soit celle de favoriser par le biais d'une application la conclusion d'un contrat par rencontre entre un tiers (le chauffeur) et le mandant (le passager), mais contre rémunération à la suite de la conclusion d'un contrat entre ces deux derniers.
- 1140 Deuxièmement, il convient enfin de souligner qu'il existe quand même des cas où le client paye directement une rémunération à la plateforme et cela dans les cas de « *micro-tasking* » et de « *cloudwork* » en « *gigwork* ». Le client est alors celui qui propose ici le travail et rémunère donc le prestataire de service en payant la plateforme qui prendra alors une commission avant de la redistribuer au prestataire. Le client n'entend par ailleurs généralement pas s'engager dans une relation sur la durée, les tâches requises sur ces plateformes étant des besoins ponctuels de clients à un moment précis qui sollicitent alors de la main-d'œuvre, ce qui rapproche plus la qualification d'un tel contrat entre le client et la plateforme d'un contrat de courtage que d'agence, ce dernier possédant un caractère permanent comme nous le verrons ci-après (cf. 1142ss).
- 1141 Cependant, si certaines plateformes ne garantissent aucune obligation de tout mettre en œuvre pour proposer un prestataire au client et qui plus est adéquat, cela restant de la simple incombance et non une réelle obligation d'offrir un choix au client, aspect représentatif du contrat de courtage, d'autres s'engagent à aider le client à trouver son prestataire idéal au travers d'un moteur de recherche et de sélection très perfectionné lui appartenant et d'un système de notation performant et parfois complexe mis en ligne par ses soins. C'est souvent le cas des plateformes de « *Freelancers markplaces* » où le prestataire est connu et recherché pour un travail complexe. Les plateformes ne peuvent alors pas

s'écarter des critères imposés par le client, ceux-ci pouvant être une note minimum ou des qualifications très particulières, une telle rigidité dans les instructions étant plus conciliable avec le mandat proprement dit que le courtage. Toutefois, là encore, la plateforme pourra parfois décider de se cantonner à mettre en ligne seulement une telle annonce sans effectuer d'autres actions actives de recherches, ce qui la rapproche de l'incombance observée ci-dessus.¹²¹² Cela sera souvent le cas des plateformes de « *crowdwork* » en « *cloudwork* » ou « *gigwork* » où les prestataires ne sont pas connus du client et où ce sont eux, dans ce cadre, qui choisissent les offres de travail soumises sur la plateforme. En effet, dans les plateformes de « *Freelancers markplaces* » ce sont les clients qui recherchent activement des « *freelancers* » et cela par le biais de la plateforme et de ses moteurs de recherches et de présélections.

2. Contrat d'agence

Nous entamerons une rapide présentation du contrat d'agence (a) sur laquelle nous nous appuierons pour soumettre des exemples de clauses ou de situations de fait allant en faveur de sa reconnaissance dans le cadre de la relation client (mandant) – plateforme, menant cette dernière à agir comme intermédiaire (b). 1142

a. Notions générales

En vertu de l'art. 418a al. 1^{er} CO, « *le contrat d'agence est le contrat par lequel une personne (« l'agent ») est chargée, à titre permanent, par un ou plusieurs mandants, de négocier la conclusion d'affaires ou d'en conclure en leur nom et pour leur compte, sans être liée à eux par un contrat de travail.* ». Il s'agit là aussi, tout comme le contrat de courtage, d'un mandat spécial.¹²¹³ Les règles sur le mandat proprement dit s'appliquent également au contrat d'agence, et cela par le premier renvoi de l'art. 418b al. 1^{er} CO qui renvoie aux règles sur le contrat de courtage pour l'agent négociateur et à celles de la commission (art. 425ss CO), tous deux renvoyant dans un second temps aux règles sur le mandat proprement dit, respectivement par le biais des arts. 412 al. 2 CO et 425 al. 2 CO.¹²¹⁴ 1143

¹²¹² FOULEFACTORY, art. 5.1.

¹²¹³ CARRON (2018), p. 52, n° 121.

¹²¹⁴ ATF 108 II 118, c. 2.

- 1144 Le contrat d'agence présente trois caractéristiques ou éléments objectivement essentiels qui sont l'objet du mandat, son caractère durable et l'indépendance de l'agent.¹²¹⁵ Concernant le premier, l'agent peut endosser un rôle de négociateur ou de stipulateur.¹²¹⁶ Dans le premier cas, il se borne à négocier des affaires, c'est-à-dire à trouver et démarcher des clients tiers en vue de la conclusion subséquente de contrats.¹²¹⁷ En effet, il ne possède pas la faculté de conclure un contrat pour le compte et au nom d'autrui.¹²¹⁸ Dans le second cas, l'agent se comporte comme un représentant direct,¹²¹⁹ possédant en sus de sa capacité de négocier des contrats,¹²²⁰ celle de les conclure au nom et pour le compte du mandant.¹²²¹ S'agissant maintenant du deuxième élément objectivement essentiel, l'activité entreprise par l'agent doit avoir un caractère durable, c'est-à-dire qui, dans l'esprit des deux parties, se conclut pour durer dans le temps sans qu'une durée minimale ne soit requise, mais qui laisse espérer une activité régulière du mandataire en vue de l'octroi de prestations répétées en faveur du mandant.¹²²² Le dernier élément impose lui une indépendance de l'agent, soit une absence de rapport de subordination entre lui et son mandant, un tel phénomène transformant potentiellement la nature d'agent du mandataire en celle de voyageur de commerce.¹²²³
- 1145 On constate la différence avec le courtier qui se distingue de l'agent stipulateur, car celui-ci peut conclure des contrats au nom et pour le compte du mandant, et de l'agent négociateur, car celui-ci n'est pas engagé pour une affaire déterminée, mais dans le cadre d'un contrat durable.¹²²⁴ L'agent a aussi, à l'inverse du

¹²¹⁵ TERCIER/BIERI/CARRON (2016), pp. 738 et 739, n° 5041-5048.

¹²¹⁶ GEISSBÜHLER (2016), p. 65, n° 311.

¹²¹⁷ BÜHLER in : ZK-GAUCH/SCHMID (2000), n° 10 *ad* art. 418a CO, p. 24.

¹²¹⁸ MATHYS : in : CHK-HUGUENIN/MÜLLER-CHEN (2016), n° 9 *ad* art. 418a CO, p. 578.

¹²¹⁹ ATF 108 II 118, c. 2.

¹²²⁰ TERCIER/BIERI/CARRON (2016), p. 739, n° 5051.

¹²²¹ BÜHLER in : ZK-GAUCH/SCHMID (2000), n° 12 *ad* art. 418a CO, p. 24 ; MATHYS in : CHK-HUGUENIN/MÜLLER-CHEN (2016), n° 9 *ad* art. 418a CO, p. 578.

¹²²² TERCIER/BIERI/CARRON (2016), p. 738, n° 5044.

¹²²³ ATF 99 II 313 ; BÜHLER in : ZK-GAUCH/SCHMID (2000), n° 17 *ad* art. 418a CO, p. 28 ; MATHYS in : CHK-HUGUENIN/MÜLLER-CHEN (2016), n° 14 *ad* art. 418a CO, p. 579.

¹²²⁴ TERCIER/BIERI/CARRON (2016), pp. 740, n° 5059.

courtier, et sauf dans le cas d'une exclusivité, l'obligation d'agir, i.e. d'entretenir la relation avec les clients du mandant et de poursuivre les recherches afin d'en trouver de nouveaux pour accroître le cercle d'affaire du mandant.¹²²⁵ De son côté le mandant devra payer une commission pour toutes les affaires négociées ou conclues par l'agent.¹²²⁶

b. Clauses ou situations factuelles types

Le rôle d'agent stipulateur pour les plateformes de travail pour la fourniture de services payants dans sa relation avec le client est quasiment systématiquement inconstatable, tant la plateforme ne s'immisçant que le moins possible dans la relation client – prestataire de service sous peine d'être considérée comme débitrice de la prestation principale par un potentiel rôle d'employeur du prestataire de service. En revanche, celle d'agent négociateur est éventuellement plausible, bien que le caractère durable de la relation entre plateforme et client qui fait appel à la délivrance de prestations régulières dans le cadre d'activités répétées dans le temps et non d'une affaire précise pose problème. En effet, les plateformes agissent en général vis-à-vis de leur client en vue de prestations bien définies et arrêtées dans le temps, et sans volonté des deux parties de s'engager nécessairement dans une relation durable où la multiplication de telles prestations serait recherchée par celles-ci. Cela correspond d'ailleurs parfaitement au caractère immédiat de l'« *on-demand economy* » où les clients veulent un résultat rapidement, peu cher, et au moment exact où celui-ci est désiré, et les prestataires vont pouvoir travailler quand et si cela les intéresse. Le caractère durable de la relation entre l'agent et le mandant est donc peu conciliable avec le modèle d'affaire des plateformes de travail pour la fourniture de services payants.

1146

Toutefois, il n'est pas impossible de mettre en exergue des exemples envisageables allant dans ce sens, et cela dans le cadre de plateforme affichant des travailleurs offrant des services personnels (notamment des services de nettoyage). Un client qui engagerait des hommes ou femmes de ménage différents chaque semaine pour venir nettoyer son appartement par le biais d'une plateforme proposant de tels « *indépendants* », entrerait dans une relation durable avec la plateforme, bien que celle-ci n'aurait qu'un très faible comportement actif. De plus, la prestation qu'elle fournirait, même si constitutive d'une activité répétée dans le temps et pour des prestations régulières avec des travailleurs

1147

¹²²⁵ *Idem*, pp. 743, n° 5080.

¹²²⁶ MATHYS in : CHK-HUGUENIN/MÜLLER-CHEN (2016), n° 2 *ad* art. 418g CO, pp. 592 et 593.

différents, ne concernerait que la proposition de travailleurs pour l'exacte et même tâche, semaine après semaine. Malheureusement, une fois encore, le peu d'activité de la plateforme et son manque de recherche actif pour la conclusion de nouveaux contrats est un frein à la reconnaissance d'un tel contrat, sauf si le client a la possibilité de réserver à l'avance et pour chaque semaine une heure déterminée de nettoyage et que la plateforme s'occupe, elle, systématiquement de trouver et de proposer des nettoyeurs pour la date et l'heure précisée par le client.

3. Contrat de mandat proprement dit

1148 Nous commencerons par présenter brièvement le contrat de mandat proprement dit (a) et nous épaulerons son développement en soumettant des exemples de clauses ou de situations de fait allant en faveur de sa reconnaissance dans le cadre de la relation client (mandant) – plateforme, menant cette dernière à agir comme intermédiaire (b).

a. Notions générales

1149 Au sens de l'art. 394 CO, le mandat proprement dit ou mandat ordinaire est un « *contrat par lequel une personne s'oblige à rendre des services dans l'intérêt d'une autre conformément à la volonté de celle-ci et pour autant que les conditions d'un autre contrat ne soient pas réalisées* ». ¹²²⁷ Celui qui s'engage à exécuter un service s'appelle le mandataire et celui qui le commande, le mandant. ¹²²⁸ Un mandat est en principe conclu à titre onéreux, donc constitue un contrat synallagmatique, bien que l'art. 394 al. 3 CO laisse encore penser du contraire par sa présomption de gratuité et cela contrairement aux exigences de la vie moderne. ¹²²⁹

¹²²⁷ ATF 144 III 43, c. 3 et 3.1 = JdT 2018 II 207; TERCIER/BIERI/CARRON (2016), p. 608, n° 4301.

¹²²⁸ ATF 127 III 357, c. 1, lit. b = JdT 2002 I 192 ; DROZ (2008), p. 9, n° 27.

¹²²⁹ ENGEL (2000), p. 483, lit. B.

Le mandat proprement dit possède deux éléments objectivement essentiels que sont une prestation de service et le principe de subsidiarité.¹²³⁰ Le premier élément implique que le mandataire exécute certains services, soit adopte un comportement positif,¹²³¹ physique ou intellectuel visant un résultat sans toutefois le garantir,¹²³² et s'obligeant par là à faire et pas seulement à respecter une obligation négative,¹²³³ telles une tolérance ou une omission.¹²³⁴ Le second, soit le principe de subsidiarité de la réglementation, assujettit, en vertu de l'art. 394 al. 2 CO, l'application des règles sur le mandat proprement « *aux travaux qui ne sont pas soumis aux dispositions légales régissant d'autres contrats* ».¹²³⁵ Cela implique, *a contrario*, que si d'autres contrats nommés ou innommés de services¹²³⁶ trouvent application dans un cas d'espèce, la qualification de mandat proprement dit ne sera pas retenue et ses règles ne trouveront elles pas application,¹²³⁷ raison pour laquelle nous l'étudions après le contrat de courtage et d'agence. Enfin, l'art. 394 al. 2 CO étant dispositif, les parties ont la possibilité d'y déroger et de volontairement exclure l'application de certaines règles du mandat proprement dit¹²³⁸ à condition qu'il ne s'agisse pas de règles impératives tel l'art 404 CO sur la révocation du contrat.¹²³⁹

1150

Le mandant a pour obligations principales de payer les honoraires du mandataire si les parties se sont entendues sur une rémunération (art. 394 al. 3 CO), cela constituant le cas général, et, indépendamment de la présence ou non d'une telle compensation, rembourser les frais du mandataire (art. 402 al. 1^{er} CO) si le

1151

¹²³⁰ TERCIER/BIERI/CARRON (2016), p. 609, n° 4308.

¹²³¹ CARRON (2018), p. 12, n° 29.

¹²³² DROZ (2008), p. 9, n° 27 ; ENGEL (2000), p. 482, lit. B.

¹²³³ TERCIER/BIERI/CARRON (2016), pp. 609-610, n° 4310.

¹²³⁴ GEHRER CORDEY/GIGER in : CHK-HUGUENIN/MÜLLER-CHEN (2016), n° 1 *ad.* art. 394, p. 449.

¹²³⁵ DROZ (2008), p. 9, n° 30 ; GEHRER CORDEY/GIGER in : CHK-HUGUENIN/MÜLLER-CHEN (2016), n° 15 *ad.* art. 394, p. 453.

¹²³⁶ CARRON (2018), p. 27-29, n° 65 et 69.

¹²³⁷ TERCIER/BIERI/CARRON (2016), pp. 611 et 612, n° 4320 et 4321.

¹²³⁸ GEHRER CORDEY/GIGER in : CHK-HUGUENIN/MÜLLER-CHEN (2016), n° 17 *ad.* art. 394, p. 454.

¹²³⁹ TERCIER/BIERI/CARRON (2016), p. 612, n° 4324.

mandat a été conclu à titre gratuit.¹²⁴⁰ Le mandataire doit lui remplir les services qu'il s'est engagé à accomplir, soit ceux prévus par la convention, ou à défaut de clauses suffisamment expresses et précises, ceux qui découleraient de la nature de l'affaire, soit qui seraient nécessaires afin d'atteindre le but visé par le contrat au regard notamment des pratiques et usages de la branche à laquelle appartient l'activité en l'espèce entreprise par le mandataire (art. 396 al. 1^{er} CO).¹²⁴¹ Enfin, le mandataire est à ce titre présumé posséder une procuration générale pour réaliser tout acte juridique dans le rôle d'un représentant direct soit pour le compte et au nom du mandant (art. 396 al. 2 CO) en vue d'atteindre le but du contrat.¹²⁴² Toutefois, cette présomption ne s'applique pas à l'exécution de certains actes protégés (art. 396 al. 3 CO) qui demandent l'existence d'une procuration spéciale accordée par le mandant, par acte concluant potentiellement, à moins que la conclusion de tels actes soit prévue par convention ou que la nature du mandat les implique inévitablement.¹²⁴³

b. Clauses ou situations factuelles types

- 1152 On trouve très régulièrement dans les conditions générales des plateformes de travail pour la fourniture de services payants une clause de ce type : « *Upwork merely makes the Site and Site Services available to enable Freelancers and Clients to find and transact directly with each other. Upwork does not introduce Freelancers to Clients, find Projects for Freelancers, or find Freelancers for Clients. Through the Site and Site Services, Freelancers may be notified of Clients that may be seeking the services they offer, and Clients may be notified of Freelancers that may offer the services they seek; at all times, however, Users are responsible for evaluating and determining the suitability of any Project, Client or Freelancer on*

¹²⁴⁰ ENGEL (2000), p. 488, lit. E ; FELLMANN in : BK-HAUSHEER (1992), n° 274 et 275 *ad* art. 394 CO, p. 151.

¹²⁴¹ ENGEL (2000), p. 483, n° 97 ; FELLMANN in : BK-HAUSHEER (1992), n° 234 et 235 *ad* art. 394 CO, pp. 141 et 142 ; GEHRER CORDEY/GIGER in : CHK-HUGUENIN/MÜLLER-CHEN (2016), n° 1-3a *ad*. art. 396, pp. 463 et 464 ; TERCIER/BIERI/CARRON (2016), pp. 624 et 625, n° 4396-4399.

¹²⁴² GEHRER CORDEY/GIGER in : CHK-HUGUENIN/MÜLLER-CHEN (2016), n° 6 *ad*. art. 396, p. 464.

¹²⁴³ ENGEL (2000), p. 483, lit. A ; GEHRER CORDEY/GIGER in : CHK-HUGUENIN/MÜLLER-CHEN (2016), n° 11 *ad*. art. 396, p. 465 ; TERCIER/BIERI/CARRON (2016), p. 626, n° 4407.

*their own. If Users decide to enter into a Service Contract, the Service Contract is directly between the Users and Upwork is not a party to that Service Contract. You acknowledge, agree, and understand that Upwork is not a party to the relationship or any dealings between Client and Freelancer. ».*¹²⁴⁴

La prestation effectuée par la plateforme en tant que mandataire n'est ici, en s'en tenant à cette clause, que d'offrir la possibilité de mettre en relation un client et un « *freelancer* » sans jamais intervenir dans leur relation ni même de la favoriser en amont en les introduisant les uns aux autres ou les aider à se trouver. La prestation consisterait donc à offrir une base de donnée brute de tiers au client au travers de laquelle celui-ci devrait naviguer pour trouver celui qu'il désire engager lui-même. La distance prise par la plateforme vis-à-vis de la relation client – prestataire ici est relativement utopique, ne serait-ce que par les facilités proposées par la plateforme pour dénicher le tiers idéal, par un système de moteur de recherche ou de notation de ces tiers mis à la disposition de tous. En apparence pourtant, une telle prestation pourrait être constitutive d'une prestation typique d'un contrat de mandat proprement dit, le caractère subsidiaire de celui-ci trouvant là application par le fait qu'il ne s'agirait d'aucun autre contrat, notamment pas d'un contrat de courtage ni d'agent qui demande au minimum la favorisation active d'une potentielle conclusion d'un contrat entre le mandant et le prestataire de service.

1153

La prestation de la plateforme n'est, elle, pas systématiquement réalisée à titre onéreux pour le compte du client, le coût étant parfois assumé directement par le tiers, soit le prestataire de service dans sa relation avec la plateforme, celui-ci étant libre de reporter ce coût sur le prix de la prestation qu'il effectue pour le compte du client. Le client payera alors tout de même à la plateforme qui redistribuera l'argent au prestataire moins la commission que celle-ci se réserve: « *Freelancers pay Upwork a Service Fee (as defined in this Section 5.1) for the use of the Site. Upwork charges service fees to Freelancers, as set forth in the Fee and ACH Authorization Agreement, for using the Site's communication, invoicing, reporting, dispute resolution and payment services, including facilitating arbitration services and Hourly Payment Protection, as described in the applicable Escrow Instructions (the "Service Fees"). The Service Fees (to use the Site and Site Services) are paid solely by Freelancer. When a Client pays a Freelancer for a Project or when funds related to a Project are otherwise released to a Freelancer as required by the applicable Escrow Instructions (See Section 6.1), Upwork Escrow Inc. ("Upwork Escrow") will credit the Freelancer Escrow Account for the full amount paid or released, and then subtract*

1154

¹²⁴⁴ UPWORK (2019), art. 2.1.

and disburse to Upwork the Service Fee. Freelancer hereby irrevocably authorizes and instructs Upwork Escrow to deduct the Service Fee from the Freelancer Escrow Account and pay Upwork on Freelancer's behalf. ».¹²⁴⁵ Bien sûr, indirectement, la prestation de la plateforme pour le client est onéreuse, mais cela ne peut-être retenu comme étant le cas dans le seul cadre de la relation client – plateforme.

II. La plateforme est débitrice de la prestation

- 1155 Si, en revanche, la plateforme est débitrice de la prestation due au client, par effet de cause, cette dernière sera liée juridiquement avec ce premier en vertu d'un contrat d'entreprise (art. 363 CO) (1) ou de mandat proprement dit (art. 394 CO) (2).¹²⁴⁶

1. Contrat d'entreprise

- 1156 Nous entamerons notre exposé par une présentation des notions générales du contrat d'entreprise (a), puis nous amènerons des exemples de clauses ou de situations de fait en faveur de sa reconnaissance dans le cadre de la relation client (mandant) – plateforme, provoquant cette dernière à agir comme débitrice de la relation principale (b).

a. Notions générales

- 1157 En vertu de l'art. 363 CO, « *le contrat d'entreprise est un contrat par lequel une des parties (l'entrepreneur) s'oblige à exécuter un ouvrage, moyennant un prix que l'autre partie (le maître) s'engage à lui payer* ».
- 1158 Il s'agit d'un contrat dit de « *résultats* », par opposition aux contrats dits de « *moyens* » comme les contrats de mandats vus ci-dessus ou le contrat de travail, en cela que le débiteur ne promet pas seulement l'exécution d'une activité en

¹²⁴⁵ *Ibid*, art. 5.1.

¹²⁴⁶ CONSEIL FÉDÉRAL (2017), pp. 72 et 73.

vue de l'accomplissement d'un certain résultat, mais assure et promet la réalisation du résultat par le biais de son activité.¹²⁴⁷

En suite logique, ce contrat comprend un élément caractéristique qu'est le besoin pour l'entrepreneur de produire un résultat, mais cela uniquement au travers de la réalisation d'un ouvrage.¹²⁴⁸ L'ouvrage peut se définir comme le résultat d'une activité de nature intellectuelle ou physique, humaine ou mécanique, dont la forme peut-être matérielle ou immatérielle, et qui consiste soit à créer une chose nouvelle soit à rénover, agrandir ou transformer une chose existante.¹²⁴⁹ Cette définition implique que l'entrepreneur soit à même, par le biais de son travail, à créer l'ouvrage demandé par le maître, soit qu'il soit pour lui objectivement possible de garantir le résultat recherché, notamment que tout un chacun soit capable de juger ce résultat correct ou erroné en raison du caractère objectif des critères de réalisations.¹²⁵⁰ Nous parlerons d'ouvrages matériels pour désigner les ouvrages « *dans lesquels le résultat de l'activité ou du travail se traduit matériellement par une modification de la chose qui en est l'objet* ». ¹²⁵¹ Il peut s'agir d'une chose mobilière ou immobilière ou même du résultat d'un travail sur un corps humain (coiffure, prothèse).¹²⁵² Les ouvrages immatériels sont eux les résultats d'un travail principalement intellectuels et qui ne prennent pas forme dans une chose, mais sont accueillis sur un support matériel (image, enregistrement,¹²⁵³ « *cloud* ») qui n'est pas à proprement parler constitutif de l'ouvrage, mais simple hôte. Il peut s'agir de l'établissement de plans de constructions, de compositions de textes ou de scénarii de films, ainsi que de l'élaboration d'une traduction.¹²⁵⁴ L'exécution d'une œuvre musicale sur

1159

¹²⁴⁷ TF du 11 juin 2018, 4A_129/2017, c. 4.1 ; TERCIER/BIERI/CARRON (2016), pp. 478, n° 3527-3529.

¹²⁴⁸ TF du 11 juin 2018, 4A_129/2017, c. 4.1 ; ATF 130 III 458, c. 4 ; CARRON (2018), p. 43, n° 100 et 101.

¹²⁴⁹ ATF 130 III 458, c. 4.

¹²⁵⁰ TF du 11 juin 2018, 4A_129/2017, c. 4.1.

¹²⁵¹ TERCIER/BIERI/CARRON (2016), pp. 476, n° 3519.

¹²⁵² GAUCH (1999), pp. 8 et 9, n° 25 et 26 ; TERCIER/BIERI/CARRON (2016), p. 476, n° 3520.

¹²⁵³ GAUCH (1999), p. 11, n° 33 ; TERCIER/BIERI/CARRON (2016), p. 477, n° 3523.

¹²⁵⁴ GAUCH (1999), p. 11, n° 34.

un instrument ou un tir de feu d'artifice sont également considérés comme des ouvrages immatériels.¹²⁵⁵

- 1160 L'entrepreneur a pour obligations principales de réaliser l'ouvrage (art. 363 CO), personnellement ou sous sa propre direction « *à moins que, d'après la nature de l'ouvrage, ses aptitudes ne soient sans importance* » (art. 364 al. 2 CO), puis de la livrer au maître de l'ouvrage.¹²⁵⁶ De son côté, le maître a pour obligation principale de payer le prix de l'ouvrage.¹²⁵⁷

b. Clauses ou situations factuelles types

- 1161 Les plateformes à la relation avec leur client la plus susceptible de tomber sous le coup d'une qualification en contrat d'entreprise sont les plateformes offrant, mais pas seulement, la création d'identité visuelle ou de logo. À ce titre, la plateforme *Agence Galilée* s'engage directement auprès de ses clients à créer directement des logos, des plaquettes, des flyers, des brochures, etc., sous les directives de ces premiers et par la réalisation de leur graphiste¹²⁵⁸ avec lesquels les clients n'ont pas de lien contractuel, mais la plateforme un contrat de travail, de mandat, voir d'entreprise. La plateforme est ici directement débitrice de l'obligation de création d'un ouvrage vis-à-vis du client.
- 1162 Les plateformes de « *micro-tasking* » sont aussi concernées en tant qu'elles collectent les différents travaux effectués par plusieurs prestataires de services sur un seul travail (corrections de grammaires, orthographe, syntaxe, mise en page, etc.) pour les rassembler en un seul ouvrage potentiel et le transmettre au client,¹²⁵⁹ bien qu'elles se défendent systématiquement, comme la majorité des autres types de plateformes, d'agir autrement que comme simple intermédiaire entre le client et les plateformes.¹²⁶⁰ Dans ce cas de figure, nous pourrions nous demander si la plateforme n'est pas en réalité un entrepreneur qui délègue la création de l'ouvrage en divisant le travail et participe finalement à son élaboration comme entrepreneur principal en assemblant les pièces distinctes les unes aux autres et en délivrant le produit final au client.

¹²⁵⁵ ENGEL (2000), p. 434, n° 2.

¹²⁵⁶ ATF 130 III 458, c. 4 ; ENGEL (2000), p. 438, lit. A.

¹²⁵⁷ ATF 130 III 458, c. 4 ; ENGEL (2000), p. 456, lit. A.

¹²⁵⁸ <http://www.agencegalilee.com/identite-visuelle-et-logo>, (consulté le 25 octobre 2019).

¹²⁵⁹ SCHMIDT (2016), pp. 15 et 16 ; <http://www.clickworker.com/how-it-works>, (consulté le 25 octobre 2019).

¹²⁶⁰ GUILLAUME in : DUNAND/MAHON (2019), p. 229.

2. Contrat de mandat proprement dit

En raison du fait que nous avons déjà examiné les notions générales du mandat proprement dit (cf. 1148ss), nous nous intéresserons directement ici aux clauses ou situations factuelles types en faveur de sa reconnaissance dans le cadre de la relation client (mandant) – plateforme, provoquant cette dernière à agir comme débitrice de la prestation principale. 1163

La plateforme suisse *Book A Tiger* qui offre des services de nettoyage incarne un parfait exemple de mandat proprement dit entre un client et une plateforme présentant la plateforme comme se comportant en seule débitrice de la prestation principale. La plateforme s’engage directement auprès du client à réaliser la prestation de nettoyage et le client à payer la plateforme en échange.¹²⁶¹ Celle-ci est directement débitrice de la prestation de ménage et envoie des travailleurs qu’elle emploie au titre d’un contrat de travail pour exécuter la tâche de nettoyage en question.¹²⁶² Il n’est évidemment pas question de contrat d’entreprise ici, aucune réalisation d’ouvrage n’étant constatable. 1164

B. La plateforme et le prestataire de service

Nous allons désormais tâcher de déterminer la nature juridique de la relation entre la plateforme et le prestataire de service. Nous commencerons une fois encore par le cas où la plateforme agit comme intermédiaire (I), puis comme débitrice de la prestation due au commanditaire (II). 1165

I. La plateforme est intermédiaire

Lorsque la plateforme n’agit que comme intermédiaire entre le client et le prestataire de service, elle possède *a priori* avec ce dernier un contrat de courtage (art. 412 CO) (1), d’agence (art. 418 CO) (2), ou de mandat proprement dit (art. 394 CO) (3).¹²⁶³ 1166

À noter que ces trois contrats ayant déjà fait l’objet d’une analyse ci-dessus, nous nous bornerons à exposer des clauses types ou situations de fait typiques 1167

¹²⁶¹ BOOK A TIGER (28 février 2017), art. 2, n° 2 et art. 3.

¹²⁶² *Idem*, art. 2, n° 1.

¹²⁶³ CONSEIL FÉDÉRAL (2017), pp. 73 et 74 ; ZEIN (2018), p. 715 ; ZEIN in : DUN-AND/MAHON/WITZIG (2019), p. 150.

de ce contrat, dans la relation qui nous intéresse ici, et qui présentent la plateforme comme intermédiaire.

1. Contrat de courtage

- 1168 Trouver des clauses ou situations de faits favorisant l'existence d'un contrat de courtage, dans la relation prestataire de services – plateforme présentant donc cette dernière comme intermédiaire, est difficile en raison du caractère non durable d'un tel contrat conclu pour une affaire déterminée. En effet, si les clients contractent souvent avec les plateformes pour une prestation spéciale requise à un moment précis, les prestataires cherchent à multiplier les prestations par l'intermédiaire de ces mêmes plateformes dans le temps pour augmenter leurs rémunérations. Le contrat d'agence est plus susceptible de s'appliquer, comme nous le verrons ci-après.
- 1169 Toutefois, nous pourrions envisager la relation entre un hôte *Airbnb* propriétaire ou locataire d'un appartement et la plateforme dont il est question comme constitutive d'un contrat de courtage, la mise en location ou sous-location d'un bien immobilier pouvant relever de la simple opportunité ponctuelle. Il est aisé d'imaginer un hôte quittant son domicile une semaine pour les vacances et le proposant à la location pendant cette période via la plateforme faisant office de courtier en exposant le bien locatif, cela pour rentabiliser la propriété ou la jouissance d'un logement inoccupé pendant un certain temps. Il s'agirait bien là d'une affaire déterminée et non d'une relation durable dans le temps, bien que les hôtes fassent souvent commerce à l'année de leur bien sur ce genre de plateforme.

2. Contrat d'agence

- 1170 Comme évoqué ci-dessus, la relation prestataire de service – plateforme aura plus aisément la qualification d'un contrat d'agence que d'un contrat de courtage quand elle place la plateforme en situation d'intermédiaire.
- 1171 La prestation de la plateforme *Uber* pour le compte de leur chauffeur pourrait ressembler à celle d'un agent pour le compte de son mandant. Comme nous le verrons grandement en détail ci-après (cf. 1278ss), lorsque le chauffeur *Uber* se connecte à la plateforme et se rend donc disponible pour travailler, l'application lui propose des courses à effectuer et agirait par là comme agent négociateur avançant des opportunités de conclure des contrats, et en l'occurrence des contrats de transports, le chauffeur étant ensuite libre d'accepter ou non les opportunités. Ce qui permet de choisir le contrat d'agence plutôt que le contrat de

courtage ici est le caractère durable que l'activité entreprise par l'agent possède, soit l'idée qu'en principe, les deux parties ont la volonté de s'engager sur le long terme, étant garantie qu'une activité régulière de la part de l'application pour trouver des courses à réaliser pour le chauffeur sera assurée par l'application tant que ce dernier sera connecté, lui offrant des prestations répétées dans le temps. Bien sûr, un chauffeur pourrait tout à fait ne se connecter qu'une fois par mois ou bien qu'une fois dans sa vie, mais les prérequis administratifs et la procédure d'inscription étant relativement longs pour une activité intéressante financièrement qu'après de longues heures de travail, elle laisse penser à une volonté du chauffeur de s'engager dans le temps avec *Uber* sans que cela ne demande pas inévitablement une analyse de chaque cas d'espèce pour s'en assurer.

Les « *freelancer marketplaces* » consacrent également des situations de fait propices à la reconnaissance d'un contrat d'agence, les « *freelancers* » étant exposés sur la plateforme avec les prestations qu'ils proposent et le prix pour celles-ci, s'installant sur la durée sur le site internet et se tenant, en apparence toutefois, à disposition de nouvelles offres émanant de clients et véhiculées par le réseau informatique de la plateforme agissant comme un agent négociateur. Si l'activité de l'agent n'est que très peu active, la mise en avant de prestataire et l'utilisation potentielle et régulièrement observée de moteur de recherche afin de trouver les plus adéquats à la réalisation d'une tâche devrait suffire à constater la quête par la plateforme d'opportunité de conclure des contrats, le site internet ou application étant les outils choisis de référence pour ce faire.

1172

3. Contrat de mandat proprement dit

Le contrat de mandat proprement dit s'applique par définition à titre subsidiaire si aucun autre contrat ne trouve application. En l'espèce, il existe bien des cas où ni le contrat de courtage, ni celui d'agence ne trouveraient application dans notre champ d'analyse ici. Nous pensons par exemple au cas des plateformes de « *micro-tasking* » ou de « *crowdwork* » en « *gigwork* ». Ces plateformes ont cela de singulier qu'elles mettent en ligne des tâches à effectuer sans viser aucun travailleur en particulier de manière à ce que tout le monde enregistré comme « *tasker* » puisse offrir sa force de travail pour réaliser ces prestations. Ce ne sont pas, comme nous le verrons ci-dessous (cf. 1199ss et 1259ss), les travailleurs qui offrent leur force de travail, mais des clients qui offrent des tâches via une plateforme. La plateforme ne fait qu'exposer des travaux soumis par des clients et ne travaille pas pour le compte d'un prestataire de service déterminé pour lequel elle chercherait des opportunités de conclure des contrats, puisqu'elle ignore tout de la personne qui se chargera d'une tâche avant que

1173

celle-ci ne l'accepte. Dans ces cas-là, un contrat de mandat proprement dit pourrait être retenu avec pour prestation principale de la part de la plateforme de rendre visible à tout utilisateur inscrit, que ceux-ci aient envie ou non d'exécuter un travail, des tâches à réaliser pour le compte de clients. Là encore, comme vu précédemment cette prestation pourra être effectuée à titre gratuit si le client est, lui, taxé pleinement et seul par la plateforme au moment de payer le prestataire de service, ou à titre onéreux comme chez la plateforme *Foulefactory* où le prestataire se voit soustraire 4% de ses revenus crédités sur son compte de plateforme au moment où celui-ci décide de les virer sur son compte bancaire, en plus de la déduction de la commission que doit le client à la plateforme au moment du paiement en sa faveur.¹²⁶⁴

II. La plateforme est débitrice de la prestation

- 1174 Lorsque la plateforme est directement débitrice de la prestation due au commanditaire, celle-ci peut l'être en vertu d'un contrat de travail (art. 319 CO) (1), d'un contrat d'entreprise (art. 363 CO) (2) ou d'un contrat de mandat proprement dit (art. 394 CO) (3).¹²⁶⁵ Cette fois encore, ces contrats ayant déjà fait l'objet d'une analyse ci-avant, seuls des exemples de clauses ou situations de fait penchant en faveur de leur reconnaissance dans la relation examinée ici et poussant donc la plateforme à agir comme débitrice seront présentées ci-après.

1. Contrat de travail

- 1175 Le rapport de subordination au sens large étant l'élément caractéristique du contrat de travail, afin de présenter des clauses ou situations de fait représentatives d'un contrat de travail au sein d'une relation prestataire de service – plateforme, il suffit de mettre en avant de telles clauses ou situations de fait témoignant d'un tel rapport. La relation prestataire de service – plateforme faisant déjà l'objet elle seule d'une analyse pratique poussée ci-dessous dans la partie qui lui ait réservée (cf. 1189ss), nous nous contenterons ici d'y renvoyer directement.

¹²⁶⁴ FOULEFACTORY, art. 7.1 et 7.2.

¹²⁶⁵ CONSEIL FÉDÉRAL (2017), pp. 72 et 73 ; ZEIN (2018), p. 715 ; ZEIN in : DUNAND/MAHON/WITZIG (2019), pp. 150 et 154.

2. Contrat d'entreprise

Les plateformes de « *crowdwork* » en « *cloudwork* » sont fortement susceptibles de présenter des cas de contrat d'entreprise avec leurs prestataires de services. Si nous prenons les tâches de traduction, classiques pour ce genre de plateformes, celles-ci constituent comme vu ci-dessus un ouvrage typiquement immatériel dont le résultat peut bien être garanti et la qualité et quantité vérifiée et évaluée relativement aisément par tout un chacun ou du moins un grand nombre de personnes, leur élaboration pouvant donc donner lieu à un contrat d'entreprise et cela par la prestation de création de cet ouvrage par l'entrepreneur (le prestataire de service) et de sa délivrance au maître de l'ouvrage (la plateforme), contre rémunération par celle-ci. Bien sûr, en pratique, si la plateforme paye le prestataire de service, celle-ci précisera généralement qu'elle n'agira que comme intermédiaire entre le client et ce prestataire en transférant l'argent reçu par le client et le reversant au prestataire.¹²⁶⁶ Encore une fois, une telle affirmation n'est gage d'aucune garantie ou vérité juridique.

1176

3. Contrat de mandat proprement dit

Le contrat de mandat proprement dit, solution subsidiaire, se trouve ici opposable au contrat de travail, rendant la comparaison inévitable alors même que la délimitation juridique entre les deux contrats n'est pas toujours évidente, tant l'existence ou non d'un rapport de subordination au sens large n'est pas toujours facilement constatable. Toutefois, il existe de nombreuses clauses ou situations de fait s'opposant totalement au concept de rapport de subordination au sens large et à ses éléments le constituant tout en présentant la plateforme comme agissant en tant que débitrice de la prestation principale.

1177

Le cas *Uber* pourrait ici nous intéresser. Il n'est aujourd'hui encore pas clair si la plateforme agit comme mandataire spécial ou proprement dit avec le rôle d'intermédiaire ou si celle-ci agit comme employeur ou mandataire proprement dit avec un rôle de débitrice principale de la prestation principale de transport. Ainsi son utilisation ici reste tout à fait à propos. Certaines clauses *Uber* pourraient être considérées comme constitutives d'un contrat de mandat proprement dit avec un rôle de débitrice de la prestation principale pour la plateforme car contraires à l'existence d'un rapport de subordination au sens large. En effet, le

1178

¹²⁶⁶ TASKRABBIT (2019), art. 3.

caractère subsidiaire du contrat de mandat proprement dit impose inévitablement l'observation d'autres contrats plus à même de qualifier une situation juridique en amont.

- 1179 Ainsi l'obligation pour le chauffeur Uber, comme nous le verrons en détail ci-dessous (cf. 1286), d'assumer les frais que sont le paiement du carburant ou encore d'assurances, est contraire au contrat de travail ordinaire où l'employeur se doit de rembourser à l'employé les frais courants d'usage et d'entretien occasionnés par l'utilisation de son véhicule personnel en tant que celui-ci sert l'exécution de sa prestation de travail (art. 327b CO). Les chauffeurs assument donc ici eux-mêmes le risque d'entreprendre, élément contraire au rapport de subordination au sens large, mais compatible et caractéristique du mandat proprement dit, le mandataire étant un indépendant agissant par ailleurs sous sa seule responsabilité.¹²⁶⁷

C. Le prestataire de service et le client (mandant)

- 1180 Nous abordons là notre dernière relation juridique, à savoir la relation entre le prestataire de service et le client. Il arrive que la plateforme prévoie elle-même dans les conditions générales les termes du contrat entre le prestataire de service et le client sans que ces derniers ne puissent s'entendre sur la question ou seulement en soulignant ce que cette relation n'est pas.
- 1181 À titre d'exemple, *Amazone Mechanical Turk* précise que : « *Workers perform Tasks for Requesters in their personal capacity as an independent contractor and not as an employee of a Requester or Amazon Mechanical Turk* », ¹²⁶⁸ stipulant, malgré le peu de valeur juridique que cela puisse avoir, que la relation entre le client et le prestataire n'ait pas un contrat de travail tout comme celle entre la plateforme et ce prestataire.
- 1182 *TaskRabbit* prévoit même dans ses conditions générales à l'art. 3 l'existence d'un « *contract between client and taskers* » commençant par : « *You acknowledge and agree that a legally binding contract (the "Service Agreement") is formed when you agree on the terms of a Task with another User. The terms of the Service Agreement include the terms set forth in this Section 3, the engagement terms proposed and accepted on the TaskRabbit Platform, and any other contractual terms accepted by both the Tasker and their Client to the extent such terms do not conflict with the terms in this Agreement, including this*

¹²⁶⁷ DUNAND in : DUNAND/MAHON (2013), n° 21 *ad* art. 319 CO, p. 7.

¹²⁶⁸ MECHANICAL TURK (2018), art. 3, lit. d.

Section 3, and do not expand Company's obligations or restrict Company's rights under this Agreement. You agree that Company is not a party to any Service Agreement and the formation of a Service Agreement will not, under any circumstance, create an employment or other service relationship between Company and the Tasker (or anyone else supplied by the Tasker), nor will it create an employment relationship between the Client and the Tasker or any such person. ». En plus d'avancer que les prestataires ne sont pas liés par un contrat de travail avec la plateforme ou les clients, la plateforme impose un contrat (*Service Agreement*) entre le « *tasker* » et le client avec ses propres clauses et conditions non énoncées ici, mais qui suivent ce même art. 3. De plus, si les deux parties ont la possibilité de prévoir d'autres clauses, il est précisé qu'elles ne doivent pas entrer en contractions avec celles contenues dans les conditions générales.

Ainsi, ici aussi, une première étude de la nature juridique unissant les deux parties que sont le prestataire de service et le client (mandant) sera effectuée lorsqu'elle contraint la plateforme à agir comme intermédiaire (I) et comme débitrice de la prestation principale (II).

1183

I. La plateforme est intermédiaire

Si la plateforme agit comme intermédiaire, la relation entre le prestataire de service et le client prend la forme d'un contrat de travail (art. 319 CO) (1), d'entreprise (art. 363 CO) (2), ou de mandat proprement dit (art. 394 CO) (3).¹²⁶⁹ À nouveau, ces contrats ayant déjà été analysés en amont, seule une présentation de clauses ou situations factuelles favorisant leur reconnaissance dans la relation qui nous intéresse ici sera réalisée.

1184

1. Contrat de travail

Les prestataires de service fournissant des services personnels présentent dans la réalisation de leur prestation pour le compte d'un client, des indices constitutifs du rapport de subordination au sens large et par là même de l'existence d'un contrat de travail. À ce titre, en effet, ils se rendent directement sur le lieu de travail d'un client, exécutant la prestation dans l'espace du créancier de celle-

1185

¹²⁶⁹ CONSEIL FÉDÉRAL (2017), pp. 73 et 74 ; ZEIN (2018), p. 715.

ci, à l'heure voulue par le client et sous sa surveillance et direction, celui-ci lui précisant la tâche à accomplir et la manière pour ce faire.¹²⁷⁰ Autant d'éléments en faveur des éléments respectivement spatiaux, temporels, et hiérarchiques.

2. Contrat d'entreprise

- 1186 Les prestataires de service fournissant des services personnels se présentent personnellement au domicile du client et peuvent être amenés à monter ou réparer des meubles ou bien tailler des haies ou couper des arbres. Ces activités de création ou transformation pourraient être considérées comme la réalisation d'un ouvrage matériel à la réussite qualitative et quantitative objectivement observable par tout un chacun et prévisible avant l'exécution, élément objectivement essentiel du contrat d'entreprise.

3. Contrat de mandat proprement dit

- 1187 Une fois de plus, et en vertu du principe de subsidiarité, s'il ne s'agit ni d'un contrat de travail ni d'un contrat d'entreprise, il est probable que nous nous rabattons sur le contrat de mandat proprement dit. Toutefois, indépendamment de ce principe, certaines clauses pourraient laisser penser à un contrat de mandat proprement dit à première vue. *TaskRabbit*, dans son « *Service Agreement* » régissant la relation client – prestataire de service, n'impose pas au client d'être présent au moment de la réalisation de la prestation.¹²⁷¹ Ainsi, un prestataire qui s'engagerait à porter des objets lourds au domicile du client, activité qui ne rentrerait pas à notre sens dans le cadre du contrat d'entreprise, car aucune réalisation d'ouvrage n'est effectuée. Il ne recevrait aucune instruction sur place et ne ferait l'objet d'aucune surveillance, liberté hiérarchique caractéristique du mandataire dans le contrat de mandat proprement dit¹²⁷² affaiblissant inévitablement le rapport de subordination au sens strict du contrat de travail si son analyse avait lieu d'être entreprise.

II. La plateforme est débitrice de la prestation

- 1188 Lorsque la plateforme est débitrice de la prestation due au client, soit liée à celui-ci par un contrat d'entreprise ou de mandat proprement dit lui donnant un

¹²⁷⁰ TASKRABBIT (2019), art. 3.

¹²⁷¹ TASKRABBIT (2019), art. 3.

¹²⁷² DUNAND in : DUNAND/MAHON (2013), n° 21 *ad* art. 319 CO, p. 7.

rôle de débiteur principal, il n'existe aucune relation juridique entre le client et le prestataire de service, de manière à ce qu'il ne s'agisse que d'une pure relation de fait.

§ 5 Examen du rapport de subordination au sens large dans la relation plateforme – prestataire de service

Nous abordons désormais la dernière partie de ce chapitre, soit l'examen du rapport de subordination au sens large dans la relation entre le prestataire de service et la plateforme. L'exercice comportera quelques similitudes avec celui entrepris en **troisième partie** de thèse et l'analyse du rapport de subordination au sens large dans les relations de travail spéciales. Cependant, ici, ce seront les plateformes de travail pour la fourniture de services payants qui feront l'objet de l'analyse.

1189

L'objectif sera de mettre en avant le maximum d'éléments typiques et parfois plus singuliers en faveur et en défaveur du rapport de subordination au sens large pour chaque type de plateforme, en s'appuyant sur les conditions générales de ces plateformes en question, mais pas seulement. Il sera essentiel de se baser sur les situations réelles dans lesquelles se trouvent les prestataires de services vis-à-vis des plateformes auscultées, sans se cantonner à reprendre exclusivement des conditions générales qui ne reflèteraient pas entièrement ou correctement le traitement qui leur est réservé. À l'inverse de la **troisième partie** de thèse et parce que nous étudierons ici des types de plateformes (ex : plateforme de transports de personnes) en faisant certes appel aux plateformes correspondantes nécessaires à l'appui (ex : *Lyft*, *Uber*...), mais sans les étudier chacune en détail, il ne pourra être conclu à l'existence ou non d'un rapport de subordination au sens large et de ses éléments pour toutes ces mêmes plateformes qui seront évoquées. Une telle conclusion demanderait une analyse exclusive en intégralité et profondeur par plateforme en prenant en compte tous les indices présentés par la plateforme, de manière à garantir une pesée des indices au résultat légitime. Et ici encore il faudrait étudier le cas précis d'un travailleur de cette plateforme en particulier pour décider de l'existence d'un rapport de subordination au sens large, deux prestataires pouvant au sein d'une même plateforme posséder un statut différent suivant l'activité effective réalisée avec toutes les modalités pratiques qui entourent leur situation individuelle et particulière.¹²⁷³ Ainsi, nous chercherons plus à mettre en avant les indices les plus forts ou les plus originaux œuvrant pour l'existence ou l'absence du rapport de su-

1190

¹²⁷³ ZEIN (2018), p. 717.

bordination au sens large ressortant des conditions générales d'un type de plateforme dont il est possible de se procurer un exemplaire. Parfois, ce sera au cœur de situations de fait plus que des conditions générales que de tels indices seront observés.

- 1191 Ces informations nous seront notamment d'une utilité certaine lors de la **sixième partie** de notre thèse, à l'instar par ailleurs de l'ensemble de l'analyse précédemment effectuée dans cette **cinquième partie**, mais permettant ici spécifiquement à notre réforme de tenir compte des effets directs des particularités des plateformes de travail pour la fourniture de services payants sur le rapport de subordination au sens large et de s'y adapter en conséquence.
- 1192 Avant de débiter, il est important de comprendre que les conditions générales dont il est question ci-dessus constituent pratiquement toujours, dans ces systèmes juridiques mis en place par les plateformes, le contrat liant la plateforme et le prestataire de service,¹²⁷⁴ Uber demeurant un parfait exemple d'exception, la « *Centrale de transport automobile numérique Uber* » concluant des contrats individuels avec ses chauffeurs.¹²⁷⁵ Toutefois, il existe parfois des conditions générales identiques pour la relation entre la plateforme et les prestataires ainsi que la plateforme et le client (ex : *Mechanical Turk*) ou deux conditions générales à la rédaction différente et exclusive à une relation (ex : *Clickworker*).
- 1193 Aussi, nous tentons de nous baser, dans la mesure du possible, sur des conditions générales applicables à des travailleurs souhaitant s'inscrire auprès de plateformes depuis la Suisse pour y travailler depuis ce pays. En effet, il existe des divergences entre conditions générales d'une même plateforme suivant les zones géographiques où celles-ci sont soumises. Des zones n'ont dans quelques cas tout simplement pas accès à certaines plateformes, ne permettant pas à des individus y résidant de contracter avec elles.
- 1194 Tous les types de plateformes de travail détaillés au début de cette **cinquième partie** de thèse ne seront cependant pas ici analysés. À ce titre, les plateformes qui proposent des concours de créations ne peuvent placer la plateforme et le

¹²⁷⁴ ONUOHA (2018), p. 328 ; ZEIN in : DUNAND/MAHON/WITZIG (2019), p. 149.

¹²⁷⁵ CONSEIL FÉDÉRAL (2017), p. 78 ; CIRIGLIANO (2018), p. 440, n° 2 ; CLICKWORKERS (2012), art. 1.2.

prestataire dans une situation de contrat de travail. Il s'agit en effet d'une promesse publique au sens de l'art. 8 al. 1^{er} CO et non pas de la conclusion d'un contrat, sauf pour le gagnant du concours ultérieurement.¹²⁷⁶

Les plateformes d'hébergement ne seront pas non plus étudiées, celle-ci ne posant pas de problèmes du côté de la présence d'un rapport de subordination clairement inexistant entre la plateforme et l'hôte offrant des hébergements, mais plutôt des soucis quant à la détermination d'un contrat de sous-location entre l'hôte et le client ou plutôt un contrat d'hôtellerie.¹²⁷⁷ 1195

Enfin, les plateformes de services personnels, en plus de ne présenter pratiquement aucun indice du rapport de subordination au sens large, proposent la réalisation, suivant la branche qu'elle touche, de tâches bien trop différentes les unes des autres pour être examinées sous l'égide d'une seule sous-partie. Chaque plateforme mériterait une analyse personnalisée. En effet, il est difficile de comparer et d'associer, dans un même processus d'analyse, les règles inhérentes à la construction de meubles à domicile à respecter pour un prestataire et celles à l'exécution d'une performance sexuelle par une prostituée sur un client. 1196

Nous étudierons ainsi les éléments issus de conditions générales et situations de fait en faveur ou défaveur d'un rapport de subordination au sens large au sein de la relation prestataire de service – plateforme, et pour des plateformes offrant du « *microtasking* » en « *cloudwork* » (**A**), les « *freelancer marketplaces* » (**B**), les plateformes proposant du « *crowdwork* » en « *gigwork* » (**C**), les plateformes de transports de personnes (**D**) et les plateformes fournissant des services de logistiques (**E**). Nous conclurons par une brève synthèse reprenant les éléments récurrents d'un type de plateforme à une autre et donc en apparence significatifs et représentatifs de ces nouvelles formes de relation de travail, afin de voir si une certaine homogénéité et cohérence s'en dégagent ou si toutes sont catégoriquement trop différentes pour leur trouver des similitudes vis-à-vis de leur impact sur le rapport de subordination (**F**). 1197

Peut-être est-il bon de noter à ce stade qu'un postulat a été déposé par Philippe Nantermod le 13 décembre 2017 chargeant le Conseil fédéral d'étudier la possibilité de créer un statut nouveau et hybride pour les travailleurs de plateformes au niveau de leur couverture sociale et qui serait toutefois moins protecteur que pour un salarié ordinaire. Le Conseil fédéral devrait, selon ce postulat, proposer 1198

¹²⁷⁶ CONSEIL FÉDÉRAL (2017*), p. 56, n° 6.2.1.1 ; ZEIN (2018), p. 716, lit. D.

¹²⁷⁷ ABEGG/BERNAUER (2018), p. 85 ; FISCHER (2016), p. 14.

des critères permettant de distinguer ces nouveaux types de travailleurs des autres types existants de manière à ce que ces premiers puissent jouir d'une sécurité juridique suffisante et notamment en matière de planification.¹²⁷⁸ En vertu de l'acceptation du postulat le 21 février 2018, les résultats de l'étude devraient être publiés, selon nos informations à ce jour, en début d'années 2020.

A. Plateformes de « *microtasking* » en « *cloudwork* »

1199 Les plateformes de « *microtasking* » en « *cloudwork* » sont les premières à faire l'objet de cette étude dans sa relation prestataire de service – plateforme. Nous commencerons par examiner l'élément organisationnel (I), puis hiérarchique (II) et enfin économique (III) du rapport de subordination au sens large.

I. Élément organisationnel

1200 Nous nous intéresserons en premier lieu à l'élément spatial (1), puis temporel (2).

1. Élément spatial

1201 Nous observerons en premier lieu les éléments issus des conditions générales de plateformes proposant du « *microtasking* » en « *cloudwork* » et de situations de fait occasionnées par celles-ci en faveur d'une dépendance spatiale (a), puis en défaveur d'une telle dépendance (b).

a. Éléments en faveur d'une dépendance spatiale

1202 Nous verrons pour commencer l'obligation d'exécuter la prestation en ligne (i), puis l'utilisation d'outils de la plateforme (ii).

(i) Exécution de la prestation en ligne

1203 Il n'est pas rare que les prestataires de service soient contraints par les plateformes de « *microtasking* » en « *cloudwork* » à exécuter les tâches uniquement en ligne sur la plateforme même.¹²⁷⁹ La prestation ne peut alors pas s'effectuer

¹²⁷⁸ NANTERMOD (Déc. 2017), p. 1.

¹²⁷⁹ MECHANICAL TURK (2018), art. 3, lit. b.

autrement que par le biais d'une connexion internet, technologie nécessaire pour accéder à la plateforme en ligne.

Cette obligation renforce l'élément spatial du rapport de subordination au sens large en ce sens que le travailleur se trouve intégré physiquement, bien que virtuellement, au centre de travail dématérialisé de l'entreprise qu'est la plateforme. 1204

(ii) *Utilisation d'outils de la plateforme*

Les prestataires ont communément accès à l'utilisation de « *softwares* », d'interfaces de programmations, de documentations et de tout matériel et information rattachés à la plateforme et dont l'utilisation est capitale à la réalisation de la tâche entreprise au sein de celle-ci.¹²⁸⁰ 1205

L'utilisation d'outils appartenant à une entreprise, bien qu'immatérielle ici, est constitutive pour rappel d'un indice en faveur d'une dépendance spatiale. 1206

b. *Éléments en défaveur d'une dépendance spatiale*

En guise d'élément en défaveur d'une dépendance spatiale, nous pourrions invoquer ici le choix du lieu physique d'exécution de la prestation laissé au prestataire. En effet, les prestataires sont libres de réaliser leur tâche où il leur plaît,¹²⁸¹ cela valant essentiellement pour le lieu physique où le travailleur se situe au moment de l'accomplissement de la tâche sur la plateforme. 1207

Ainsi, les travailleurs possèdent une certaine liberté organisationnelle fragilisant leur intégration spatiale dans l'entreprise de la plateforme, leur présence et leurs prestations physiques, sur le clavier de leur ordinateur pour une traduction par exemple, pouvant être effectuées depuis un café, un moyen de transport ou le domicile. 1208

2. Élément temporel

Nous examinerons tout d'abord les éléments issus des conditions générales de plateformes proposant du « *microtasking* » en « *cloudwork* » et de situations de 1209

¹²⁸⁰ *Idem*, art. 3, lit. g.

¹²⁸¹ FIGURE EIGHT (2018), art. 12.

fait occasionnées par celles-ci en faveur d'une dépendance temporelle (a), puis en défaveur d'une telle dépendance (b).

a. Éléments en faveur d'une dépendance temporelle

- 1210 Certaines contraintes contractuelles peuvent agir en faveur d'une dépendance temporelle comme l'obligation pour le prestataire de rendre dans un certain délai une tâche à la plateforme sous peine de se la voir refuser si délivrée en retard.¹²⁸² Si le prestataire conserve la faculté, nonobstant cette obligation, d'organiser ses horaires lors de ses journées de travail comme il l'entend, un délai lui impose inévitablement une contrainte temporelle le forçant à réaliser régulièrement des heures de travail ou tout du moins un minimum dans un temps réduit au risque de ne pas voir son travail accepté et donc rémunéré.

b. Éléments en défaveur d'une dépendance temporelle

- 1211 Les prestataires ont parfois la liberté d'attribuer le temps qu'ils désirent à la réalisation d'une tâche, que celui-ci soit important ou minime, sans fréquence minimum requise ou horaire, l'exécutant quand ils veulent, aucune obligation d'achever une tâche n'étant imposée.¹²⁸³ Il s'agit là d'un droit offert au prestataire de service que l'on pourrait qualifier de liberté temporelle absolue, tant ce dernier possède une marge de manœuvre totale en matière temporelle, sans obligation aucune de délivrer un travail, malgré le fait qu'une telle marge de manœuvre sera souvent couplée d'une obligation telle que celle vue ci-dessus de rendre une tâche avant un certain délai pour ne pas se la voir refuser et donc non rémunérée.

II. Éléments hiérarchique

- 1212 Nous soumettrons pour commencer les éléments issus des conditions générales de plateformes proposant du « *microtasking* » en « *cloudwork* » et de situations de fait occasionnées par celles-ci en faveur d'une dépendance hiérarchique (1), puis en défaveur d'une telle dépendance (2).

¹²⁸² CLICKWORKERS (2012), art. 3.2.

¹²⁸³ FIGURE EIGHT (2018), art. 12 ; FOULEFACTORY, 5.2.

1. Éléments en faveur d'une dépendance hiérarchique

Nous verrons pour débiter l'obligation du prestataire de service d'assurer la confidentialité de la prestation de travail (a) et un comportement adéquat envers le client (b), de se réserver d'user de méthodes de travail interdites, et d'accepter de se soumettre à la notation de sa performance par les clients pour qui ses tâches sont réalisées (d). 1213

a. Confidentialité de la prestation de travail

Les plateformes peuvent imposer aux prestataires de travailler d'une certaine manière de façon à ce qu'aucun tiers n'ait accès aux données traitées par les plateformes.¹²⁸⁴ Les prestataires sont généralement libres d'user des moyens qui leur plaisent pour se conformer à cette obligation relativement peu spécifique et peu directive, mais dont le résultat, soit la sauvegarde de la confidentialité des données, doit être assuré. Nous pourrions imaginer que le travailleur protège son ordinateur avec un mot de passe ainsi que les dossiers sensibles ayant trait à la tâche réalisée en faveur de la plateforme et que son compte de plateforme ne soit pas laissé connecté en tout temps, mais seulement lors de l'accomplissement d'une prestation pour celle-ci. L'on pourrait aussi penser que le travailleur se doit de garantir que l'espace de travail choisi pour travailler est sécurisé, soit avoir la possibilité de fermer à clef son bureau et le placard où réside son ordinateur. Si le travailleur exécute sa prestation dans un lieu public, il doit s'assurer à ce que personne ne puisse avoir accès ni ne puisse ne serait-ce que regarder les données traitées sur la plateforme. Autant de restrictions qui favorisent un renforcement de l'élément hiérarchique du rapport de subordination au sens large. 1214

b. Comportement adéquat envers le client

Les prestataires de service peuvent se voir contraints d'interagir avec les clients de manière courtoise et de leur rendre disponible les informations raisonnables demandées par ceux-ci en lien avec la réalisation de la tâche qui leur est confiée.¹²⁸⁵ Il s'agit là d'une directive générale en soit assez classique, mais qui pousse tout de même le prestataire de service à adapter sa conduite naturelle et 1215

¹²⁸⁴ CLICKWORKERS (2012), art. 3.2.

¹²⁸⁵ MECHANICAL TURK (2018), art. 3, lit. b.

à dévoiler, il le comprendre ainsi, un certain nombre d'informations directement au client sur sa méthode de travail.

- 1216 Ce contrôle du comportement humain et professionnel dans la réalisation de la tâche favorise grandement un renforcement du rapport de subordination au sens strict.

c. Méthodes de travail interdites

- 1217 Les prestataires peuvent être contraints de ne faire appel qu'à leur propre intelligence ou jugement indépendant, sans aucune utilisation de robots en substitution à cela,¹²⁸⁶ comme des correcteurs automatiques pour des tâches de traduction par exemple.

- 1218 Là encore, la manière d'exécuter le travail est contrôlée par la plateforme qui se réserve le droit d'interdire certains procédés ou méthodes de réalisation de prestations de travail par le prestataire de service, renforçant le rapport de subordination au sens strict vis-à-vis de ce dernier.

d. Notation des performances du prestataire par le client

- 1219 Bien que dans le « *microtasking* » exécuté dans le cadre de « *cloudwork* » les prestataires de services ont tendance à être normalement inconnus du client, ce dernier peut être amené à noter sa performance, parfois anonymement, et la plateforme à publier ces résultats sur son site et les mettre au service de leur moteur de recherche permettant de sélectionner et proposer les meilleurs prestataires de services aux clients.¹²⁸⁷ Ce facteur de notation utilisé par les plateformes peut avoir un impact énorme sur les prestataires de services, notamment parce que certaines plateformes octroient à leur client, lorsque ceux-ci proposent une tâche, la possibilité de choisir un niveau de notation minimum que devront avoir les prestataires pour entreprendre la tâche qu'ils proposent.¹²⁸⁸ Les prestataires de services n'ayant pas le niveau minimum n'auront donc pas accès à l'accomplissement de certains travaux.
- 1220 Cet emploi des résultats issus d'un outil de notation par la plateforme lui permet de consolider son rapport de subordination au sens strict vis-à-vis du prestataire

¹²⁸⁶ *Idem*, art. 3, lit. b.

¹²⁸⁷ *Idem*, art. 3, lit. f.

¹²⁸⁸ FOULEFACTORY, art. 5.1.

de service par le contrôle qu'il assure sur la qualité des prestations réalisées et à venir.

2. Éléments en défaveur d'une dépendance hiérarchique

Les prestataires de services ont la possibilité d'accomplir des tâches, pour le compte de clients, qui leurs sont proposées sur la plateforme, en soumettant une offre à cette dernière que celle-ci acceptera ou non.¹²⁸⁹ Toutefois, lorsque la tâche est attribuée au prestataire, il est commun que celui-ci n'ait aucune obligation de réaliser cette tâche,¹²⁹⁰ ou plus exactement que la plateforme ne possède aucun moyen de forcer le prestataire à exécuter sa prestation.¹²⁹¹ 1221

D'une certaine manière, le prestataire de service n'a pas d'obligation de rendre des comptes, indice pourtant caractéristique d'une dépendance hiérarchique et dont l'absence sert à démontrer un affaiblissement du rapport de subordination au sens strict. 1222

III. Éléments économiques

Nous soumettrons pour terminer les éléments issus des conditions générales de plateformes proposant du « *microtasking* » en « *cloudwork* » et de situations de fait occasionnées par celles-ci en faveur d'une dépendance économique (1), puis en défaveur d'une telle dépendance (2). 1223

1. Éléments en faveur d'une dépendance économique

Nous commencerons par mentionner l'utilisation d'outils et matériels de plateforme (a) puis le fait que le prix de la prestation est fixé par le client (b). 1224

¹²⁸⁹ CLICKWORKERS (2012), art. 3.1.

¹²⁹⁰ FIGURE EIGHT (2018), art. 12.

¹²⁹¹ CLICKWORKERS (2012), art. 3.2.

a. Utilisation du matériel et d'outils de plateforme

- 1225 Les prestataires se voient généralement offrir un accès à l'utilisation de « *softwares* », d'interfaces de programmations, de documentations et de tout matériel et informations requis à l'utilisation de la plateforme sur laquelle la tâche sera entreprise,¹²⁹² sans avoir à investir eux-mêmes.
- 1226 Il est ici clairement question d'une absence de risque d'entreprendre, soit de l'un des critères de l'élément économique, le prestataire de service jouissant de l'usage du matériel et des outils appartenant à la plateforme.

b. Prix de la prestation fixée par le client

- 1227 Le prix de la tâche, dans le cadre des plateformes de « *microtasking* » réalisées en « *cloudwork* », est essentiellement fixé par le client, de façon à ce qu'il ne soit pas possible pour le prestataire de proposer un prix qu'il choisirait lui-même pour la tâche à exécuter.¹²⁹³ Celui-ci ne peut que suivre et respecter le prix imposé par le client sans aucune marge de manœuvre ni de négociation.
- 1228 Une telle contrainte est parfaitement cohérente avec le critère de renoncement à une activité entrepreneuriale propre, critère de la dépendance économique, le travailleur ne négociant ici plus la contre-partie des prestations qu'il effectue.

2. Éléments en défaveur d'une dépendance économique

- 1229 Certaines plateformes se réservent le droit de refuser tout travail effectué par le prestataire qui ne correspond pas à la description faite dans le projet par le client et qui se retrouve par conséquent insatisfaisant.¹²⁹⁴ Cela peut entraîner soit le non-paiement du solde définitif du crédit à payer, laissant le travailleur avec son solde provisoire déjà payé au moment de la remise du travail et avant évaluation,¹²⁹⁵ soit un remboursement à la plateforme du solde provisoire ou définitif déjà acquis.¹²⁹⁶
- 1230 Le prestataire de service ne perçoit donc pas ici une rémunération périodique et constante et fait face à un risque d'entreprendre, deux critères de la dépendance

¹²⁹² MECHANICAL TURK (2018), art. 3, lit. g.

¹²⁹³ FOULEFACTORY, art. 5.1 ; MECHANICAL TURK (2018), Pricing page.

¹²⁹⁴ CLICKWORKERS (2012), art. 3.2.

¹²⁹⁵ *Ibid.*

¹²⁹⁶ FIGURE EIGHT (2018), art. 14.

économique. En effet, concernant ce premier, sa rémunération dépendra du résultat de son travail et pas de la mise à disposition de son temps de travail, indice favorable aux contrats de résultat et non au contrat de travail qui n'en est pas un, ce qui ne permet pas de garantir une rémunération périodique et constante même pour un travailleur régulier et assidu dans ses heures de travail. S'agissant de ce second, le risque d'entreprendre apparaît là où le travailleur, malgré la dépense d'une force de travail et donc la renonciation à d'autres activités économiques salariales, n'est pas assuré d'être rémunéré pour sa prestation et son sacrifice de garantie financière.

B. « *Freelancers marketplaces* »

Il est désormais temps de nous pencher sur les plateformes appelées « *Freelancers marketplaces* » et sur le fonctionnement du rapport de subordination au sens large dans sa relation prestataire de service – plateforme. Nous commencerons par étudier son élément organisationnel (I), puis hiérarchique (II) et enfin économique (III). 1231

I. Élément organisationnel

Nous débuterons notre travail par l'élément spatial (1), suivi de l'élément temporel (2). 1232

1. Élément spatial

Nous verrons pour débiter les éléments issus des conditions générales de plateformes du type de « *freelancers marketplaces* » et de situations de fait occasionnées par celles-ci en faveur d'une dépendance spatiale (a), puis en défaveur d'une telle dépendance (b). 1233

a. Éléments en faveur d'une dépendance spatiale

Le client et le prestataire de service se voient couramment contraints pendant une durée pouvant varier, mais en général de 24 mois, de devoir exclusivement utiliser la plateforme « *pour demander, faire et recevoir tout paiement dû en échange de travaux fournis directement ou indirectement avec la partie en question, ou résultant de la relation établie avec le partie en question* », ¹²⁹⁷ ainsi que 1234

¹²⁹⁷ 99DESIGNS (2019), art. 4.1.

de manière générale pour communiquer entre eux,¹²⁹⁸ et cela afin que la plateforme puisse s'assurer de percevoir une commission sur le montant payé par le client.

- 1235 Cette obligation imposée par la plateforme pousse le prestataire de service à n'interagir que par le biais de cette dernière avec les clients, intégrant le prestataire, bien que virtuellement, à l'espace de travail des plateformes qui est son environnement numérique.

b. Éléments en défaveur d'une dépendance spatiale

- 1236 Nous parlerons ici de la possibilité pour le travailleur de choisir son lieu physique de travail (i), d'absence de lieu de travail mis à disposition par l'entreprise (ii) et d'absence de prêt de matériel (iii).

(i) *Choix du lieu de travail*

- 1237 Le prestataire de service est normalement autorisé à réaliser sa prestation dans le lieu physique de travail qu'il désire.¹²⁹⁹ Si peu de conditions générales de « *Freelancers marktplaces* » le précisent ainsi, aucune ne l'interdira ni n'imposera des lieux de travail spécifiques. Le prestataire de service est donc libre de travailler depuis son domicile ou un lieu public tel un café¹³⁰⁰ ou encore des transports en commun.

- 1238 Une telle liberté dans le choix de l'espace de travail physique ne peut bien évidemment que s'affirmer comme un élément en défaveur d'une dépendance spatiale.

(ii) *Absence de lieu de travail dans l'entreprise*

- 1239 De manière systématique, et bien que les plateformes de « *Freelancers marktplaces* » ne le précisent que très rarement dans leurs conditions générales, celles-ci ne fournissent pas de lieu de travail physique qui leur appartiendrait et

¹²⁹⁸ FREELANCER (2019), art. 13.

¹²⁹⁹ UPWORK (2019), art. 2.1.

¹³⁰⁰ HUWS/SPENCER/JOYCE (2016), p. 9.

où le prestataire de service devrait, ou au minimum pourrait, réaliser sa prestation.¹³⁰¹

Une telle absence d'obligation ou offre éventuelle, de la mise à disposition d'un lieu d'exécution tangible pour la tâche de travail, pénalise fortement la dépendance spatiale du prestataire vis-à-vis de la plateforme, celui-ci n'étant volontairement pas intégré spatialement à l'entreprise. 1240

(iii) *Absence de prêts de matériel*

Le prestataire de service ne se voit jamais offrir, là encore même si cela ne ressort que rarement des conditions générales, mais plutôt des faits, l'usage et le prêt d'outils, d'équipements ou de matériels par les plateformes de « *Freelancers marketplaces* » pour la réalisation de sa prestation.¹³⁰² En effet, le prestataire se doit de se fournir lui-même en logiciels et moyens technologiques permettant d'exécuter sa prestation. 1241

Comme vu à de nombreuses reprises, l'utilisation de matériel et d'outils appartenant à l'entreprise est constitutif d'un indice en faveur d'une dépendance spatiale. Par conséquent, son absence, ajoutée à cela l'utilisation inévitable de son propre matériel par le prestataire, provoque un affaiblissement de cette même dépendance. 1242

2. Élément temporel

Nous mettons en premier lieu en valeur les éléments issus des conditions générales de plateformes du type de « *freelancers marketplaces* » et de situations de fait occasionnées par celles-ci en faveur d'une dépendance temporelle (a), puis en défaveur d'une telle dépendance (b). 1243

a. Éléments en faveur d'une dépendance temporelle

Il n'est à notre sens pas possible de mettre en valeur des éléments significatifs qui s'imposeraient en faveur d'une dépendance temporelle des prestataires de services vis-à-vis des plateformes de « *freelancers marketplaces* », tant celles-ci garantissent une réelle liberté temporelle à leurs travailleurs, opérant à ce titre, 1244

¹³⁰¹ UPWORK (2019), art. 2.1.

¹³⁰² *Ibid.*

et à ce titre-là uniquement, comme de véritables indépendants dans leur rapport avec la plateforme.

b. Éléments en défaveur d'une dépendance temporelle

- 1245 Il est commun pour ce type de plateforme que celle-ci n'impose pas de délai pour l'accomplissement d'une tâche au prestataire ni de dates ou trames temporelles durant lesquelles celle-ci sera débütée ou entreprise, le prestataire pouvant dès lors choisir ses jours et semaines de travail sans être contrôlé sur son emploi du temps ni ses heures effectives de travail.¹³⁰³ Une telle indépendance vis-à-vis du temps de travail ne peut qu'affaiblir l'élément temporel et constituer un indice en défaveur de la présence de celui-ci.

II. Éléments hiérarchique

- 1246 Nous commencerons par étudier les éléments issus des conditions générales de plateformes du type de « *freelancers marketplaces* » et de situations de fait occasionnées par celles-ci en faveur d'une dépendance hiérarchique (1), puis en défaveur d'une telle dépendance (2).

1. Éléments en faveur d'une dépendance hiérarchique

- 1247 Comme pour de multiples autres types de plateformes, les plateformes de « *freelancers marketplaces* » permettent aux clients de laisser des commentaires et des notations sur la plateforme quant à la prestation de travail du prestataire, celle-ci revendiquant subséquemment un droit de propriété sur ces mêmes commentaires.¹³⁰⁴ Les plateformes ne font donc pas que récolter les commentaires des prestations des prestataires et les rendre disponibles et visibles sur leurs sites internet ou applications. Elles s'en octroient la pleine propriété.
- 1248 Cela implique, dans un premier temps, que les plateformes exposent et utilisent des comptes rendus liés aux prestations de travail de prestataires, indice en faveur d'une dépendance hiérarchique comme observé de nombreuses fois lors de cette thèse. Dans un second temps, on peut constater que le droit de conserver la pleine propriété des commentaires et des notes renforce encore plus la dépendance hiérarchique du prestataire vis-à-vis des plateformes. En effet, ceux-ci ne

¹³⁰³ *Ibid.*

¹³⁰⁴ FREELANCER (2019), art. 11 ; UPWORK (2019), art. 2.3.

pouvant être utilisés qu'exclusivement sur la plateforme, qui les contrôlent juridiquement, la qualité du prestataire évaluée par ce compte-rendu ne vaut que pour la relation de travail dont fait partie la plateforme et donc possède un caractère hiérarchique unique à cette relation et non transmissible à d'autres relations contractuelles impliquant le prestataire de service. Celui-ci ne pourrait ainsi pas s'en prévaloir pour se mettre en avant ou vendre ses mérites dans des relations avec d'autres plateformes par exemple.

2. Éléments en défaveur d'une dépendance hiérarchique

Généralement, la plateforme ne dirige, ne surveille, ni ne supervise l'exécution de la prestation du prestataire. La plateforme n'impose pas au prestataire des méthodes ou procédés de travail particuliers ou des standards de qualité à respecter dans l'accomplissement de sa prestation.¹³⁰⁵ Le prestataire est donc laissé grandement libre dans la manière avec laquelle il devra réaliser sa prestation de travail. Il s'agit d'une liberté fortement en faveur d'une dépendance hiérarchique dans la relation entre le prestataire de service et la plateforme. 1249

III. Éléments économiques

Nous concluons par l'analyse d'éléments issus des conditions générales de plateformes du type de « *freelancers marketplaces* » et de situations de fait occasionnées par celles-ci en faveur d'une dépendance économique (1), puis en défaveur d'une telle dépendance (2). 1250

1. Éléments en faveur d'une dépendance économique

Nous observerons en premier lieu les clauses de non-contournement (a), puis la restriction à l'utilisation des commentaires et notations sur la plateforme (b). 1251

¹³⁰⁵ UPWORK (2019), art. 2.1.

a. Clauses de non-contournement

- 1252 Comme vu ci-dessus (cf. 1234ss), le client et le prestataire de service se voient souvent forcés, sous l'égide d'une clause de non-contournement (*non-circumvention clause*), pendant une durée pouvant varier selon les conditions générales, mais en général de 24 mois, de devoir exclusivement utiliser la plateforme « *pour demander, faire et recevoir tout paiement dû en échange de travaux fournis directement ou indirectement avec la partie en question, ou résultant de la relation établie avec la partie en question* », ¹³⁰⁶ ainsi que de manière générale pour communiquer entre eux, ¹³⁰⁷ et cela de manière à ce que la plateforme soit assurée de percevoir une commission sur le montant payé par le client. Il reste toutefois possible de se départir d'une telle obligation en payant des frais de contournements (« *Opt-Out Fee* ») dont le montant peut être fixe ou relatif au coût de la prestation effectuée, le montant le plus élevé étant retenu. ¹³⁰⁸ Aussi, afin de ne pas contourner ce moyen de paiement et donc la commission due à la plateforme, il est usuellement interdit d'inscrire sur le profil du prestataire, son numéro de téléphone, adresse e-mail ou tout autre moyen qui permettrait à celui-ci et au client de prendre contact directement en dehors de la plateforme. ¹³⁰⁹
- 1253 Il s'agit là d'obligations restreignant l'activité économique du prestataire de service, soit le dernier des cinq critères de dépendance économique, le prestataire se trouvant lié par des clauses d'exclusivités ou des obligations les assurant, dont il peut toutefois se départir ou dirons-nous racheter en échange d'un paiement.

b. Utilisation exclusive des commentaires et notations

- 1254 Comme vu ci-dessus (cf. 1247), il arrive que les commentaires et notations laissés sur les plateformes de « *freelancers marketplaces* » par les clients au sujet d'un prestataire de service ne puissent être utilisés par le prestataire dans le cadre d'activités réalisées en dehors de la plateforme, ¹³¹⁰ et pour se mettre en avant ou se faire de la publicité notamment. Une telle obligation est constitutive d'une claire restriction à l'activité économique, une clause d'exclusivité étant grevée sur les commentaires et notations des prestations pourtant effectuées par

¹³⁰⁶ 99DESIGNS (2019), art. 4.1 ; UPWORK (2019), art. 7.1.

¹³⁰⁷ FREELANCER (2019), art. 13.

¹³⁰⁸ 99DESIGNS (2019), art. 4.1, lit. a et b ; UPWORK (2019), art. 7.2.

¹³⁰⁹ 99DESIGNS (2019), art. 4.2, lit. a ; FREELANCER (2019), art. 13.

¹³¹⁰ FREELANCER (2019), art. 11 ; UPWORK (2019), art. 2.3.

le prestataire de service lui-même et que celui-ci ne pourra pas utiliser dans ses rapports professionnels avec d'autres plateformes ou pour son propre compte avec des clients privés.

2. Éléments en défaveur d'une dépendance économique

Nous verrons en premier lieu le fait que le prestataire de service puisse contrôler le prix de sa prestation et les termes de son contrat avec le client (a), puis l'absence de mise à disposition de matériel et d'outils de la plateforme pour le prestataire (b). 1255

a. Choix du prix et des termes du contrat

Dans le cadre de plateforme de « *freelancers marketplaces* », ce sont uniquement les prestataires de services qui fixent les prix de la prestation qu'ils ont à réaliser pour le compte du client.¹³¹¹ La plateforme n'impose aucun prix au prestataire dans sa propre relation avec le client. Les prestataires de service sont également responsables pour négocier, s'accorder et exécuter tout terme qu'ils prévoient dans ce qui est parfois appelé le « *Service Contracts* » entre eux.¹³¹² 1256

Un tel contrôle des prix et des conditions d'exécution du contrat par le prestataire ne correspond pas à un renoncement à une activité entrepreneuriale propre, critère d'une dépendance économique, mais bien à son inverse total menant indubitablement à une indépendance du même ordre. 1257

b. Absence de mise à disposition d'outils et de matériels

Les plateformes de « *freelancers marketplaces* » ne fournissent généralement comme vu plus haut (cf. 1241ss) aucun équipement, outil ou matériel au prestataire de service pour la réalisation de sa prestation en faveur du client.¹³¹³ Il s'agit tout simplement là, également comme observé à de nombreuses reprises dans cette thèse, d'un indice opposé à l'absence de risque d'entreprendre, et donc penchant ici en faveur d'une indépendance économique. 1258

¹³¹¹ 99DESIGNS (2019), art. 1.3, lit. a ; UPWORK (2019), art. 2.1.

¹³¹² UPWORK (2019), art. 2.1.

¹³¹³ *Ibid.*

C. Plateformes de « *crowdwork* » en « *gigwork* »

1259 Nous sommes désormais prêt à nous concentrer sur les plateformes impliquant du « *crowdwork* » entrepris dans le cadre de « *gigwork* » et sur le fonctionnement du rapport de subordination au sens large dans sa relation prestataire de service – plateforme. Nous commencerons par étudier son élément organisationnel (I), puis hiérarchique (II) et enfin économique (III).

I. Élément organisationnel

1260 Nous débuterons notre travail par l'élément spatial (1), suivi de l'élément temporel (2).

1. Élément spatial

1261 Nous allons maintenant nous focaliser sur l'examen des éléments issus des conditions générales et de situations de fait de plateformes de « *crowdwork* », réalisé en « *gigwork* », en faveur d'une dépendance spatiale (a), puis en défaveur de celle-ci (b).

a. Éléments en faveur d'une dépendance spatiale

1262 Les éléments en faveur d'une dépendance spatiale pour le compte de plateformes impliquant du « *crowdwork* » entrepris dans le cadre de « *gigwork* » restent bien maigres comparés à d'autres types de plateformes, et nous pourrions même dire quasiment inexistantes. On pourrait éventuellement avancer que les offres de tâches proposées par les clients sont accueillies par la plateforme et choisies par les prestataires sur celle-ci, bien que cela puisse s'avérer être un lien trop faible à notre sens pour constituer un indice crédible de dépendance spatiale.

b. Éléments en défaveur d'une dépendance spatiale

1263 Faut-il préciser qu'aucune tâche n'est réalisée par les prestataires de services sur les plateformes impliquant du *crowdwork* entrepris dans le cadre de « *gigwork* », celles-ci étant entreprises sur des lieux physiques n'appartenant pas à cette dernière et non au travers d'un software liant les prestataires et ces mêmes plateformes. Ces lieux physiques qui peuvent être publics (ex : une route) ou

privés (ex : un centre commercial), ne sont aucunement rattachés à la plateforme, de manière à ce qu'elle n'exerce pas le moindre contrôle sur le lieu d'exécution de la prestation. Le prestataire ne s'intègre donc aucunement spatialement, pendant l'accomplissement de son travail, à l'entreprise qu'est la plateforme.

2. Élément temporel

Nous débuterons par l'étude des éléments issus des conditions générales de plateformes de « *crowdwork* », réalisé en « *gigwork* », et de situations de fait occasionnées par celles-ci en faveur d'une dépendance temporelle (a), puis en défaveur d'une telle dépendance (b). 1264

a. Éléments en faveur d'une dépendance temporelle

Le prestataire de service possède généralement un temps limite assez court, de l'ordre d'une heure environ, après l'activation par celui-ci de l'offre d'emploi en sa faveur pour réaliser la prestation ; délai qui, s'il n'est pas respecté, entraînera l'annulation du contrat et la réouverture de l'offre sur la plateforme.¹³¹⁴ Ce délai, qui plus est très bref, imposé au prestataire dans l'exécution de sa prestation, le contraint inévitablement au respect d'horaires de travail stricts pour mener à bien sa mission sous peine de voir son contrat annulé et la rémunération qui l'accompagne perdue. Une telle contrainte signifie donc une dépendance temporelle entre le prestataire de service et la plateforme. 1265

b. Éléments en défaveur d'une dépendance temporelle

Le prestataire de service est là encore libre d'organiser son temps de travail comme il l'entend.¹³¹⁵ Il faut comprendre ici que dans le temps qui lui est imparti pour réaliser une prestation de travail, le prestataire de service est libre de travailler quand bon lui semble, soit accomplir la tâche au moment qui lui paraît le plus opportun. Si le travail doit être entrepris dans les deux heures qui viennent, le prestataire est par exemple libre de remplir son contrat dans les dix minutes précédant la fin du délai, pour peu que cela soit suffisant pour effectuer sa prestation. Une telle liberté est belle et bien constitutive d'un élément en défaveur d'une dépendance temporelle. 1266

¹³¹⁴ APPJOBBER (2012), art. 5, n° 7.

¹³¹⁵ *Idem*, art. 5, n° 4.

II. Élément hiérarchique

1267 Il est temps de passer désormais à l'examen des éléments issus des conditions générales de plateformes de « *crowdwork* », réalisé en « *gigwork* », et de situations de fait occasionnées par celles-ci, en faveur d'une dépendance hiérarchique (1), puis en défaveur d'une telle dépendance (2).

1. Éléments en faveur d'une dépendance hiérarchique

1268 Nous observerons pour commencer le système de notation (a), puis celui de points de fidélité (b).

a. Système de notation

1269 Là encore, comme tant d'autres plateformes, les plateformes de « *crowdwork* », réalisé en « *gigwork* », mettent en place des systèmes d'évaluation qui permettent aux clients d'évaluer non seulement la qualité du travail effectué par le prestataire de service, mais aussi sa fiabilité, soit sa capacité à achever les tâches qu'il s'est engagé à entreprendre.¹³¹⁶ Il n'est pas seulement essentiel de qualifier la performance du prestataire, mais également sa capacité à ne pas s'engager dans plusieurs tâches qu'il ne remplira pas dans les délais, forçant par là les plateformes à remettre en ligne des offres déjà attribuées. La plateforme met donc à disposition de ses futurs clients des grilles de notes qualifiant un travailleur que ces premiers pourront refuser ou accepter en fonction de la qualité de celles-ci. Une forte obligation de rendre des comptes est ainsi imposée au prestataire vis-à-vis de la plateforme. Une telle obligation est bien évidemment constitutive d'un indice en faveur d'une dépendance hiérarchique, , comme nous l'avons vu à de nombreuses reprises dans le cadre de cette thèse,.

b. Points de fidélité

1270 Certaines plateformes comme « *Streetspotr* » délivrent des points bonus (« *StreetPoints* ») censés représenter le degré d'engagement et de participation

¹³¹⁶ STREETSPOTR (2019), art. 3, n° 3, lit. a.

du prestataire au sein et pour le compte de la plateforme.¹³¹⁷ Pour tout pound gagné sur la plateforme, sachant qu'un simple travail rapporte entre un et trois pounds, dix « *street points* » sont offerts.¹³¹⁸ Ces points sont utilisés par le système d'évaluation de la plateforme,¹³¹⁹ et sont essentiels aux prestataires s'ils désirent avoir accès à de meilleures tâches, soit celles rapportant le plus d'argent, les clients pouvant dans leur offre imposer certaines exigences quant à la qualification requise des prestataires pour la réalisation de leur tâche, en la proposant à des prestataires possédant un maximum de points, ceux-ci étant soi-disant les plus fiables, mais surtout les plus fidèles à la plateforme.¹³²⁰

Un tel système de points impose indirectement au prestataire de service une obligation de rendre des comptes, indice particulièrement fort d'un rapport de subordination au sens strict envers la plateforme. 1271

2. Éléments en défaveur d'une dépendance hiérarchique

Les prestataires de services ne reçoivent en principe pas d'instructions quant à la manière d'exécuter leur travail.¹³²¹ Ils se retrouvent seuls face à leur tâche, qui plus est si simple qu'elle ne demande que peu d'instructions ou de précision, et l'accomplissent sans plus de directives que celles mentionnées dans l'offre de travail. Une telle clause vient donc grandement plaider pour l'affaiblissement d'un potentiel rapport de subordination au sens strict entre la plateforme et le prestataire de service. 1272

III. Éléments économiques

Finalement nous pouvons conclure avec l'examen des éléments issus des conditions générales de plateformes de « *crowdwork* », réalisé en « *gigwork* », et 1273

¹³¹⁷ *Idem*, art. 7.

¹³¹⁸ <https://en-streetspotr.uservoice.com/knowledgebase/articles/702939-what-are-street-points> (consulté le 25 octobre 2019).

¹³¹⁹ STREETSPOTR (2019), art. 7, n° 2.

¹³²⁰ STREETSPOTR (2019), art. 3, n° 3, lit. a ; <https://en-streetspotr.uservoice.com/knowledgebase/articles/702939-what-are-streetpoints> (consulté le 25 octobre 2019).

¹³²¹ APPJOBBER (2012), art. 5, n° 4.

de situations de fait occasionnées par celles-ci en faveur d'une dépendance économique (1), puis en défaveur d'une telle dépendance (2).

1. Éléments en faveur d'une dépendance économique

- 1274 Le prestataire de service de ce type de plateforme n'est pas à même de proposer, fixer ou négocier les prix de la prestation qu'il entend entreprendre, mais doit se contenter d'accepter l'offre d'emploi telle qu'elle est formulée par le client et publiée par la plateforme.¹³²² L'offre et la rémunération, qui lui est liée, ne font qu'un. De plus, nous pourrions dire que la rémunération est le seul attrait du prestataire tant les tâches soumises par les clients sont minimales et ne peuvent avoir pour intérêt que leur contrepartie.
- 1275 Ainsi, une absence de liberté dans la fixation du prix et sa négociation par le prestataire, pour une tâche dont celui-ci est le seul attrait, correspond parfaitement à une renonciation à une activité entrepreneuriale propre, premier critère d'une dépendance économique.
- 1276 Toutefois, bien que le prestataire de service ne soit pas à même de fixer le prix lui-même de sa prestation dans sa relation avec la plateforme, il importe de préciser que dans le même temps, cette dernière n'est pas libre non plus d'appliquer le prix qu'elle désire. En effet, si celle-ci le met en ligne sur son site ou son application et qu'elle obtient une commission sur celle-ci, c'est bien le client qui choisit en amont le prix de cette prestation. La plateforme pourrait argumenter qu'elle ne fait que transmettre et non créer l'offre d'un client sur son site ou application, de manière à ce que ce soit le client qui impose le prix de la prestation au prestataire de service et non la plateforme, rendant le prestataire dépendant économiquement du client et pas de la plateforme.

2. Éléments en défaveur d'une dépendance économique

- 1277 Les éléments en défaveur d'une dépendance économique sont multiples pour ce genre de plateforme et pourtant peu ressortent clairement comme typiques de celles-ci. Peut-être pourrions-nous soulever que les prestataires sont libres de travailler via n'importe quelles autres plateformes concurrentes en raison d'absence dans les conditions générales de restrictions de ce genre à l'activité économique. Aussi, et cette caractéristique étant certainement la plus typique de ce genre de plateforme, car constituant une indépendance économique du presta-

¹³²² *Idem*, art. 5, n° 9.

taire vis-à-vis de la plateforme, nous pourrions mentionner les très faibles contreparties délivrées pour le compte du prestataire qui ne dépassent pas quelques francs par prestations. Il s'agit d'un indice contraire au critère de rémunération, périodique et constante, constitutif d'une dépendance économique, celle-ci exigeant à notre sens un revenu permettant au prestataire d'organiser sa vie quotidienne et d'en assurer une sécurité, ce que des entrées insignifiantes ou peu importantes ne peuvent constituer. Un tel critère pourrait toutefois être retenu pour un employé s'adonnant à 100% à de telles prestations, bien que le faible revenu envisageable, même en plein emploi, laisserait penser que personne ne se consacrerait sur plusieurs mois à une activité de la sorte.

D. Transport de personnes

La catégorie d'applications touchant au transport de plateforme agite depuis de nombreuses années l'actualité, et cela au travers de son application reine, *Uber*. La question de savoir si les conducteurs *Uber* sont des employés ou des indépendants, au sens du droit du travail comme des assurances, est en cours ou a finalement été jugé devant de multiples tribunaux nationaux dans le monde. Si la question est encore irrésolue sur notre sol suisse et toujours pendante devant le Tribunal cantonal zurichois en ce qui concerne les assurances sociales, deux avis de droit suisse contraires, richement documentés, ont d'ores et déjà été publiés quant à ce sujet. Nous parlons là de l'avis de droit de la professeure Kahil-Wolff qui ne s'est toutefois prononcée qu'en matière d'assurances sociales en défendant l'indépendance des chauffeurs *Uber*, et celui du professeur Pärli défendant à l'inverse la dépendance de ces mêmes chauffeurs, en droit du travail tout comme en droit des assurances sociales.

1278

De notre côté, l'objectif n'est pas, pour rappel, de proposer une analyse exhaustive du rapport de subordination au sens large dans le cadre de chaque plateforme, mais de mettre en avant des éléments propres et caractéristiques à certains types de plateformes ayant un impact direct sur ce même rapport. Ce choix n'apparaît ici qu'encore plus évident au vu des riches développements déjà effectués sur une plateforme en particulier telle qu'*Uber* et de l'impossibilité de traiter chaque plateforme pour elle-même dans un travail comme le nôtre. Bien sûr, et par conséquent, la plateforme *Uber* nous servira principalement à illustrer nos propos.

1279

Nous sommes donc à même de débiter l'étude des plateformes de transport de personnes et la situation du rapport de subordination au sens large dans sa relation prestataire de service – plateforme. Nous commencerons par examiner son élément organisationnel (I), puis hiérarchique (II) et enfin économique (III).

1280

I. Élément organisationnel

1281 Nous débuterons notre travail par l'élément spatial (1), suivi de l'élément temporel (2).

1. Élément spatial

1282 Nous commencerons ici par étudier les éléments issus des conditions générales de plateformes de transports de personnes et de situations de fait occasionnées par celles-ci en faveur d'une dépendance spatiale (a), puis en défaveur d'une telle dépendance (b).

a. Éléments en faveur d'une dépendance spatiale

1283 La plateforme *Uber* possède un logiciel équipé d'un GPS ou système de navigation qui permet de localiser et suivre les itinéraires du prestataire de service, soit le chauffeur.¹³²³ Cela ne reste toutefois possible qu'à condition que le chauffeur ait activé l'application. La plateforme comme le client est ainsi capable de situer exactement un chauffeur sur la carte d'une ville, que celui-ci ait été commandé par le client ou qu'il se trouve à proximité de la localisation géographique de ce dernier.

1284 Cet élément constitue un lien spatial dématérialisé, soit un pont, entre l'entreprise *Uber* et le prestataire de service qu'est le chauffeur, favorisant l'intégration de ce dernier à cette première.

b. Éléments en défaveur d'une dépendance spatiale

1285 Nous étudierons en premier le fait que les chauffeurs *Uber* utilisent du matériel personnel (i), choisissent leur lieu de travail (ii) et ne portent pas de signes distinctifs (iii).

¹³²³ KAHIL-WOLFF (2017), p. 4.

(i) *Utilisation de matériel personnel*

Les chauffeurs *Uber* sont responsables de se munir de leurs propres matériels et à leurs propres frais pour réaliser leurs courses, soit leur propre voiture,¹³²⁴ son entretien, le paiement de carburant, des frais de stationnement, d'assurance ou encore le smartphone et sa capacité nécessaire à l'exploitation de l'application en question.¹³²⁵ 1286

L'ensemble du matériel du chauffeur ne permet donc pas de l'associer spatialement à la plateforme, créant par là, en conséquence, un détachement éloignant ce premier de ce dernier et œuvrant en défaveur d'une dépendance spatiale. 1287

(ii) *Choix du lieu de travail*

Les chauffeurs *Uber* sont seuls responsables du choix du lieu de l'exécution de leur prestation¹³²⁶ et sont tout à fait libres de circuler entre plusieurs villes pour la réaliser, sans être astreints à un lieu en particulier.¹³²⁷ Leur liberté d'action n'est donc pas confinée dans une zone géographique exploitée spatialement et imposée par la plateforme. Les chauffeurs entreprennent ainsi à ce titre leur activité en dehors de toute influence spatiale de la plateforme, phénomène se positionnant comme contraire à une dépendance spatiale du prestataire vis-à-vis de cette même plateforme. 1288

(iii) *Absence de signes distinctifs*

Les chauffeurs *Uber* ne possèdent aucun signe qui permettrait de les assimiler à l'entreprise en question, ni sur leur véhicule comme des autocollants ou plaques, ni sur eux-mêmes comme des uniformes.¹³²⁸ À noter toutefois, et bien que cela ne relie pas directement *Uber* aux chauffeurs, que les véhicules des chauffeurs de cette plateforme au Royaume-Uni ont un autocollant extérieur sur la portière sur lequel est inscrit : « *Pre-Booked Hirers Only* ». Un indice trop différenciable de la plateforme pour être associé à celle-ci, bien que *Uber* 1289

¹³²⁴ CIRIGLIANO (2018), p. 440, lit. a ; LUBIAN (2018), p. 281 ; MONTEL (2017), p. 29, n° 5.2.1.

¹³²⁵ KAHIL-WOLFF (2017), pp. 5, 6, 23.

¹³²⁶ ABEGG/BERNAUER (2018), p. 87.

¹³²⁷ KAHIL-WOLFF (2017), p. 35.

¹³²⁸ *Idem*, p. 24.

semble être la seule plateforme de ce type à imposer un tel signe à ses chauffeurs.

- 1290 Ainsi, l'absence de tous ces moyens qui permettent généralement de rattacher spatialement un employé à son entreprise démontre un certain affaiblissement de la dépendance spatiale du prestataire par rapport à la plateforme.

2. Élément temporel

- 1291 Nous entamerons cette nouvelle sous-partie par l'examen des éléments issus des conditions générales de plateformes de transports de personnes et de situations de fait occasionnées par celles-ci en faveur d'une dépendance temporelle (a), puis en défaveur d'une telle dépendance (b).

a. Éléments en faveur d'une dépendance temporelle

- 1292 Nous allons ici nous focaliser sur la fixation indirecte d'horaires de travail. À ce titre, chez Lyft, la valeur des prix d'une course est appliquée par la plateforme, comme nous le verrons dans le cadre de *Uber* (cf. 1309ss), et est établie bien évidemment en tenant compte d'un grand nombre de facteurs logiques telle la distance à parcourir et le temps de course,¹³²⁹ le type de service demandé (gamme de voitures, etc.),¹³³⁰ le pays dans lequel la course est entreprise,¹³³¹ mais également l'heure pendant lequel celle-ci est effectuée, de manière à ce que les heures de fortes affluences offrent aux plateformes la possibilité de hausser substantiellement les prix,¹³³² ce qui pousse inévitablement les conducteurs à travailler lors de ces heures pour collecter plus d'argent. Indirectement donc les conducteurs se voient imposer des horaires de travail car obligés de travailler à certaines heures précises pour rentabiliser au maximum leur activité déjà peu intéressante financièrement parlant. De tels éléments nous contraignent inéluctablement à conclure à une dépendance temporelle du chauffeur vis-à-vis de la plateforme.

¹³²⁹ LYFT (2019), art. 4.

¹³³⁰ *Ibid.*

¹³³¹ *Ibid.*

¹³³² *Ibid.*

b. Éléments en défaveur d'une dépendance temporelle

Les chauffeurs *Uber* organisent leur temps de travail auprès de l'application comme ils l'entendent, décidant du moment où ils désirent exécuter leur prestation de transport, de la fréquence et de la durée de connexion à la plateforme.¹³³³ Ils ne sont jamais contraints de se tenir à disposition de la plateforme ni de respecter des plages horaires données.¹³³⁴ Une telle liberté dans l'organisation temporelle de la prestation de travail agit là clairement en faveur d'une indépendance du même type par rapport à la plateforme. 1293

II. Éléments hiérarchique

Nous commencerons par examiner les éléments issus des conditions générales de plateformes de transports de personnes et de situations de fait occasionnées par celles-ci en faveur d'une dépendance hiérarchique (1), puis en défaveur d'une telle dépendance (2). 1294

1. Éléments en faveur d'une dépendance hiérarchique

Nous observerons l'existence de directives générales à respecter par les chauffeurs *Uber* soit pour rappel les prestataires de service (a), l'obligation d'un maintien de bonnes notes chez ces prestataires de cette application (b), le contrôle de *Uber* sur ces derniers (c) et le système de notation des chauffeurs (d). 1295

a. Directives générales

Les chauffeurs *Uber* ne peuvent interrompre la course que si le passager y consent.¹³³⁵ De plus, ceux-ci doivent attendre au minimum dix minutes au point de rencontre que leur client se présente.¹³³⁶ Ils s'engagent également à systématiquement 1296

¹³³³ ABEGG/BERNAUER (2018), p. 87 ; GÄCHTER/MEIER (2018), pp. 27 et 28, n° 96 ; KAHIL-WOLFF (2017), p. 11 ; MONTEL (2017), p. 29, n° 5.2.1.

¹³³⁴ GÄCHTER/MEIER (2018), pp. 27 et 28, n° 96 ; KAHIL-WOLFF (2017), p. 35.

¹³³⁵ *Idem*, p. 4.

¹³³⁶ PÄRLI (2016), pp. 14 et 15, n° 44.

quement prendre le chemin le plus court pour transporter leur passager, à apparaître serviables envers le passager et à s'assurer d'une propreté du véhicule.¹³³⁷

Enfin, les chauffeurs *Uber* ne sont en droit d'accepter un pourboire que dans la mesure où ceux-ci l'auront refusé et que le client insiste tout de même.¹³³⁸ Il s'agit de relativiser cette dernière phrase, les pourboires étant désormais donnés après la course directement via l'application et sans aucune interaction avec le chauffeur.

- 1297 *Uber* assure donc un certain contrôle sur ses chauffeurs en leur imposant un grand nombre de directives générales,¹³³⁹ provoquant ainsi l'émergence d'une quantité importante d'indices en faveur d'une dépendance hiérarchique de ses chauffeurs vis-à-vis d'elle-même.

b. Maintien de bonnes notes

- 1298 *Uber* impose un score minimum à ses chauffeurs en dessous duquel ceux-ci ne doivent pas tomber, sous peine de voir leurs opportunités de courses limitées ou leur compte suspendu, non sans se voir offrir un délai pour l'améliorer avant la désactivation de celui-ci.¹³⁴⁰ On entend par là que les notes accordées par les clients aux chauffeurs, reflétant leur performance, ne doivent pas faire chuter leur moyenne générale sous un certain seuil.
- 1299 Ainsi, bien que les notes ne soient pas attribuées par *Uber*, le chauffeur a bien une obligation de rendre des comptes à ce dernier et, cela, en étant contraint d'assurer un service de qualité minimum sous peine de ne plus pouvoir exercer

¹³³⁷ KAHIL-WOLFF (2017), p. 9.

¹³³⁸ *Ibid.*

¹³³⁹ CJUE du 20 décembre 2017, C-434/15, n° 39 ; voir l'arrêt du 10 janvier 2019 de la Cour d'appel de Paris (6-2, RG 18/08357) pour la qualification d'un contrat entre un chauffeur *Uber* et la plateforme en contrat de travail (notamment, s'agissant du rapport de subordination au sens strict auquel cette note de bas de page fait référence : « *il est démontré que lorsqu'un chauffeur se connecte à la plateforme Uber, il intègre un service organisé par la société Uber, qui lui donne des directives, en contrôle l'exécution et exerce un pouvoir de sanction à son endroit* »).

¹³⁴⁰ DUPONT in : DUNAND/MAHON (2019), p. 301 ; KAHIL-WOLFF (2017), p. 4 ; LUBIAN (2018), p. 282 ; PÄRLI (2016), p. 15, n° 45.

son activité lucrative. Une obligation constituant dès lors un fort indice de dépendance hiérarchique. On pourrait même parler là d'une quasi-obligation de résultat.

c. Contrôles

Les chauffeurs *Uber* doivent se soumettre à l'éventualité de subir des contrôles de leur aptitude à la conduite et accepter que la plateforme enquête sur leurs infractions au Code de la route.¹³⁴¹ Cette obligation constitue une forte ingérence de la sphère privée des chauffeurs car il n'est pas précisé si les chauffeurs sont mis au courant à l'avance de la survenance d'un contrôle, ni si la vérification des infractions routières concerne celles réalisées pendant une course Uber ou une course privée ou un déplacement personnel. Une telle obligation est clairement caractéristique, bien que peut-être légèrement abusive ici, de la soumission à une subordination, au sens strict, d'un employé envers son employeur.

1300

d. Système de notation de chauffeurs

L'évaluation des courses effectuées par les chauffeurs est systématiquement entreprise par les clients directement et non par les plateformes, et cela au travers d'un système de notation.¹³⁴² Chez *Uber*, le client peut évaluer le niveau de conduite, le style vestimentaire du chauffeur, la musique de fond ou encore la propreté du véhicule.¹³⁴³ Encore une fois, et comme au sein de nombreux types de plateformes étudiées ici, avec les plateformes de services de transports et à l'inverse d'un contrat de travail ordinaire où l'employé est directement soumis à l'évaluation et la surveillance de son employeur, c'est ici le client qui est en charge de noter la performance du prestataire de service.¹³⁴⁴ Il y a là en quelque sorte une délégation partielle de l'élément hiérarchique au client par *Uber*. Toutefois, il convient de relativiser cela, les résultats globaux de cette notation étant

1301

¹³⁴¹ KAHIL-WOLFF (2017), p. 5.

¹³⁴² CONSEIL FÉDÉRAL (2017), p. 78 ; CIRIGLIANO (2018), p. 440, lit. a.

¹³⁴³ CIRIGLIANO (2018), p. 440, lit. a.

¹³⁴⁴ EGLI/DEMIR (2018), pp. 838 et 839.

rassemblés par *Uber*, et leur évaluation par la plateforme étant tout à fait possible¹³⁴⁵ comme dans le cadre d'un contrat de travail ordinaire lors d'un bilan de résultats et d'un entretien personnel annuel. De plus, ces plateformes de transports, à l'image d'*Uber*, pourraient agir en utilisant ces notations pour avertir les prestataires de service en cas de mauvaises notations et même les exclure.¹³⁴⁶ Il s'agit donc en réalité bien d'une obligation de rendre des comptes qui se présente ainsi comme un renforcement de la dépendance hiérarchique d'un chauffeur envers *Uber*.

2. Éléments en défaveur d'une dépendance hiérarchique

1302 Nous aborderons la possibilité pour les chauffeurs *Uber* de refuser un client (a) et le fait que les chauffeurs *Uber* ne sont pas soumis à des réunions de personnel (b).

a. Refus de clients

1303 Constitue un fort indice d'une dépendance hiérarchique le fait d'être obligé par l'employeur d'accepter ou *a contrario* de refuser tel ou tel client. Ce n'est à proprement parler pas le cas pour les chauffeurs *Uber*. Comme, faut-il le dire, pour la plupart des plateformes proposant des services de transports, mais également toutes celles observées ci-avant et plus particulièrement les services de logistiques venant ci-après, les chauffeurs *Uber*, même connectés, ne sont jamais obligés d'accepter une course.¹³⁴⁷ Lorsqu'une demande d'un client arrive sur leur application, ceux-ci ont tout simplement le droit de l'ignorer tout en restant connectés dans l'attente d'une offre d'un autre client plus attrayante financièrement ou les menant vers une zone géographique préférable. C'est ainsi que certains chauffeurs chercheront à accepter, en fin de service, un client désireux de se rendre aux alentours de leur propre domicile afin de ne pas consommer de l'essence non rentabilisée.

¹³⁴⁵ KAHIL-WOLFF (2017), p. 32.

¹³⁴⁶ EGLI/DEMIR (2018), p. 841.

¹³⁴⁷ CIRIGLIANO (2018), p. 440, lit. a ; LUBIAN (2018), pp. 281 et 282 ; MONTEL (2017), p. 29, n° 5.2.1 ; PÄRLI (2016), p. 14, n° 43.

Une telle liberté est, pour conclure, bien sûr contraire à une obligation d’accepter ou de refuser un client et donc constitue un indice en faveur d’une indépendance hiérarchique. 1304

Il convient de préciser malgré tout que de trop réguliers refus entraînent l’application à ne plus prendre en considération les chauffeurs responsables pour de nouvelles courses et à ainsi les ignorer, ce qui pourrait être interprété comme une obligation indirecte pour ce même chauffeur d’accepter des clients s’il veut continuer à travailler pour *Uber*.¹³⁴⁸ Une obligation donc penchant vers un renforcement du rapport de subordination au sens strict. 1305

b. Absence de réunions de personnel

Le chauffeur *Uber* ne possède aucune obligation de se rendre à des réunions du personnel données par des supérieurs hiérarchiques,¹³⁴⁹ ce qui constitue généralement un indice et une caractéristique communément observée de l’élément hiérarchique du rapport de subordination au sens large. Celui-ci est libre d’entreprendre son activité sans supervision régulière et sans partage de son quotidien professionnel avec d’autres chauffeurs ou potentiels cadres supérieurs. Il est bien sûr question là d’un indice en défaveur d’une dépendance hiérarchique du prestataire de service envers la plateforme. 1306

III. Élément économique

Nous allons maintenant nous focaliser sur les éléments issus des conditions générales de plateformes de transports de personnes et de situations de fait occasionnées par celles-ci en faveur d’une dépendance économique (1), puis en défaveur d’une telle dépendance (2). 1307

1. Éléments en faveur d’une dépendance économique

Nous examinerons le fait que les plateformes imposent les prix des courses (a), que l’application *Uber* se réserve le droit de réduire ou annuler unilatéralement le prix d’une course (b), et qu’il est interdit pour les chauffeurs *Uber* d’accepter d’autres passagers pendant une course *Uber* (c). 1308

¹³⁴⁸ LUBIAN (2018), pp. 281 et 282 ; PÄRLI (2016), p. 14, n° 43.

¹³⁴⁹ KAHIL-WOLFF (2017), p. 6.

a. Imposition des prix par la plateforme

- 1309 Chez *Lyft*, les conducteurs ne sont pas à même de fixer leur propre prix pour la course qu'ils réalisent. La plateforme impose, elle, les prix, selon des critères et en fonction de paramètres vus ci-dessus (cf. 1292), que devront payer les passagers sans que les conducteurs n'aient le moindre contrôle sur la question.¹³⁵⁰ De plus, il arrive que des plateformes s'octroient le droit d'offrir des promotions à leur client¹³⁵¹ dont il n'est pas précisé si le coût est assumé par la plateforme ou par le conducteur sans que celui-ci ne puisse s'en rendre compte, les coûts étant variables et non fixés par lui.
- 1310 Chez *Uber* toutefois, il convient de souligner que si les chauffeurs n'imposent également pas leur prix (prérogative de la plateforme),¹³⁵² celui-ci variant selon l'offre et la demande, soit le nombre de passagers et de chauffeurs connectés au moment du début de la course, ils peuvent tout de même revoir le prix à la baisse,¹³⁵³ mais ne peuvent aucunement l'augmenter, ce qui n'apporte qu'une illusion d'un contrôle des prix, celui-ci n'étant effectif que dans un sens.
- 1311 Une telle soumission à la plateforme du contrôle des prix de sa propre prestation constitue là, clairement pour les chauffeurs, un renoncement à la notion si souvent invoquée dans cette thèse d'une activité entrepreneuriale propre, critère caractéristique d'une dépendance économique.

b. Réduction ou annulation du prix de la course

- 1312 *Uber* se réserve le droit particulièrement excessif de réduire le prix d'une course ou tout simplement de l'annuler dans des cas particuliers, sans qu'il ne soit clairement déterminé lesquels ceux-ci pourraient être, si ce n'est le non-respect par le chauffeur de ses obligations et de son contrat de transport.¹³⁵⁴ Là encore, le

¹³⁵⁰ LYFT (2019), art. 4.

¹³⁵¹ *Idem*, art. 8.

¹³⁵² OECD (2016), p. 31 ; CIRIGLIANO (2018), p. 440, lit. a ; CIRIGLIANO in : DUNAND/MAHON/WITZIG (2019), p. 262 ; MEIER (2018), p. 304 ; MONTEL (2017), p. 29, n° 5.2.1.

¹³⁵³ CJUE du 20 décembre 2017, C-434/15, n° 39 ; OECD (2016), p. 34 ; MEIER (2018), p. 304.

¹³⁵⁴ KAHIL-WOLFF (2017), p. 5.

chauffeur se soumet au droit de la plateforme de contrôler le prix de sa prestation et donc renonce à une activité entrepreneuriale propre, critère caractéristique d'une dépendance économique.

c. Interdiction d'accepter d'autres passagers

Les chauffeurs *Uber* sont contraints de n'accepter aucun autre passager pendant la réalisation d'une course *Uber* que celui envers lequel ils se sont engagés par le biais de l'application.¹³⁵⁵ Cela implique qu'ils ne sont pas autorisés à repêcher d'autres clients, privés ou via une application distincte, qui se dirigeraient dans la même zone géographique, tout du moins partiellement. Cette interdiction ne vaut toutefois que pendant une course d'un client ayant commandé celle-ci par l'application *Uber*. 1313

Il s'agit là d'une restriction à une activité économique, critère caractéristique d'une dépendance économique, le chauffeur ayant, le temps d'un trajet avec un client *Uber*, une clause d'exclusivité l'empêchant de travailler pour une autre compagnie ou pour son propre compte. 1314

2. Éléments en défaveur d'une dépendance économique

Nous verrons pour débiter que les chauffeurs *Uber* utilisent leur propre matériel (a) et qu'ils ne sont pas soumis à des clauses d'interdiction de faire concurrence (b). 1315

a. Utilisation de matériel personnel

Comme vu ci-dessus, les chauffeurs *Uber*, et de plateformes de transports en général, sont responsables de se munir de leurs propres outils et à leurs propres frais pour réaliser leurs courses, soit leur voiture, son entretien, le paiement de carburant et d'assurances, les frais de stationnement ou encore le smartphone et sa capacité nécessaire à l'exploitation de l'application en question.¹³⁵⁶ 1316

Les chauffeurs assument donc eux-mêmes le risque d'entreprendre, critère caractéristique d'une dépendance économique, à l'inverse du cas d'un contrat de travail ordinaire où l'employeur se doit notamment de rembourser à l'employé 1317

¹³⁵⁵ *Idem*, p. 4.

¹³⁵⁶ CIRIGLIANO in : DUNAND/MAHON/WITZIG (2019), p. 262 ; KAHIL-WOLFF (2017), pp. 5, 6, 23 ; LUBIAN (2018), p. 281 ; MONTEL (2017), p. 29, n° 5.2.1.

les frais courants d'usage et d'entretien occasionnés par l'utilisation de son véhicule personnel en tant que celui-ci sert l'exécution de sa prestation de travail (art. 327b CO).

b. Absence d'interdiction de faire concurrence

- 1318 *Uber* n'impose aucune interdiction de faire concurrence à ses chauffeurs, de manière à ce qu'il soit envisageable pour ces derniers d'utiliser leur véhicule pour exécuter des courses en faveur d'autres plateformes de transport et même directement pour leur propre compte auprès de clients personnels,¹³⁵⁷ qu'ils aient ou non été rencontrés lors d'une course *Uber*, sous réserve que ces courses se déroulent en dehors de la réalisation de courses *Uber* (cf. 1313ss). Il est en effet possible pour les conducteurs de donner leur carte de visite personnelle à un client suite à une course *Uber* pour de futurs transports effectués à son propre compte.¹³⁵⁸
- 1319 Il y a donc là un fort indice d'absence de restriction à l'activité économique, cinquième critère caractéristique de la dépendance économique, se positionnant ainsi en défaveur d'une telle dépendance.

E. Services de logistique

- 1320 Nous entamons là notre dernière étude et cela sur les plateformes offrant des services de logistique et la situation du rapport de subordination au sens large dans sa relation prestataire de service – plateforme. Nous commencerons par examiner son élément organisationnel (I), puis hiérarchique (II) et enfin économique (III).

I. Élément organisationnel

- 1321 Nous débuterons notre travail par l'élément spatial (1), suivi de l'élément temporel (2).

¹³⁵⁷ ABEGG/BERNAUER (2018), p. 87 ; GÄCHTER/MEIER (2018), p. 30 n° 106 ; KAHIL-WOLFF (2017), p. 5 ; MONTEL (2017), p. 29, n° 5.2.1 ; RIHM (2019), pp. 3 et 4, n° 10 et 11 (bien que Rihm semble prétendre que cet indice n'est pas lié à la dépendance économique du travailleur, nous démontrons le contraire en **première partie** de thèse lorsque nous traitons des cinq critères de l'élément économique, cf. 119).

¹³⁵⁸ KAHIL-WOLFF (2017), p. 26.

1. Élément spatial

Nous allons désormais examiner les éléments issus des conditions générales de plateformes offrant des services de logistique et de situations de fait occasionnées par celles-ci en faveur d'une dépendance spatiale (a), puis en défaveur d'une telle dépendance (b). 1322

a. Éléments en faveur d'une dépendance spatiale

Nous verrons l'imposition d'un port d'uniforme par les plateformes (i), et la géolocalisation des livreurs (ii). 1323

(i) Port d'uniforme

Toutes les plateformes offrant des services de logistiques, et par là essentiellement du transport de marchandises, imposent à leurs prestataires de services ou « livreurs indépendants » le port d'un uniforme aux couleurs et nom de la plateforme. C'est notamment le cas de la plateforme *Deliveroo*, *Stuart* ou encore *Foodora*. Accompagne cela en général, la remise d'un casque, d'une glacière ou de tout accessoire peu onéreux nécessaires au transport et à la livraison et appartenant à la plateforme, généralement contre caution.¹³⁵⁹ 1324

Il s'agit là typiquement d'un indice favorisant une intégration spatiale de l'employé dans l'entreprise d'un employeur par le port d'un outil étendant spatialement l'aura de l'entreprise sur l'employé. 1325

(ii) Géolocalisation

Comme pour les plateformes de transport, les plateformes de logistique possèdent des GPS intégrés aux logiciels qui permettent de géolocaliser en temps réel un coursier lorsque celui-ci est actif.¹³⁶⁰ Là encore, peu importe la raison, et il s'agit certainement d'une façon de pouvoir attribuer au coursier une mission 1326

¹³⁵⁹ STUART, art. II, n° 1.5.

¹³⁶⁰ *Idem*, art. II, n° 1.5 ; Voir l'Arrêt (français) n° 1737 du 28 novembre 2018 (17-20.079) de la Cour de cassation – Chambre sociale, pour l'impact décisif d'un système de GPS présent sur un logiciel utilisé par des coursiers de l'application *Take Eat Easy* (ainsi que par ailleurs sur l'effet crucial d'un droit de sanction de la plateforme pour manquement de leurs coursiers à certaines obligations) sur la reconnaissance d'un rapport de subordination au sens du droit français.

proche de son lieu de stationnement, cet outil rattache spatialement ce dernier à la plateforme en créant un pont spatial virtuel entre eux, favorisant ainsi son intégration dans l'entreprise.

b. Éléments en défaveur d'une dépendance spatiale

- 1327 Tout comme pour les plateformes offrant des services de transport, le coursier est ici libre d'opérer dans le quartier qu'il préfère, sans obligation aucune d'effectuer des prestations dans une zone géographique imposée par la plateforme. Un indice œuvrant sans aucun doute en défaveur d'une dépendance spatiale, le coursier pouvant réaliser sa prestation dans le lieu physique de son choix.

2. Éléments temporel

- 1328 Nous commencerons par examiner les éléments issus des conditions générales de plateformes offrant des services de logistique et de situations de fait occasionnées par celles-ci en faveur d'une dépendance temporelle (a), puis en défaveur d'une telle dépendance (b).

a. Éléments en faveur d'une dépendance temporelle

- 1329 Bien que, comme nous le verrons ci-dessous, le coursier n'est pas contraint d'accepter une mission, celui-ci ne peut pas, chez *Stuart* par exemple, refuser un trop grand nombre de courses, sans que les conditions générales ne précisent les conséquences d'un tel manquement.¹³⁶¹ Cela implique que lorsque il est connecté à l'application, le coursier est obligé de réaliser un minimum de courses et donc de respecter un minimum de temps de travail. Une telle obligation penche nettement en faveur d'une dépendance temporelle.

b. Éléments en défaveur d'une dépendance temporelle

- 1330 Chez *Stuart* et comme généralement au sein de toutes les plateformes du même type, les coursiers sont libres de travailler les jours et aux heures qu'ils préfèrent, sans aucune obligation d'effectuer une course tant qu'ils ne sont pas connectés, mais avec la possibilité de la refuser lorsqu'ils le sont.¹³⁶² Les coursiers possèdent donc une grande liberté d'organisation dans leur temps de travail se

¹³⁶¹ *Idem*, art. I, n° 16.1.

¹³⁶² *Idem*, art. I, n° 16.1.

positionnant comme un indice en défaveur d'une dépendance temporelle vis-à-vis de la plateforme.

II. Élément hiérarchique

Nous allons maintenant nous attarder sur les éléments issus des conditions générales de plateformes offrant des services de logistique et de situations de fait occasionnées par celles-ci en faveur d'une dépendance hiérarchique (1), puis en défaveur d'une telle dépendance (2). 1331

1. Éléments en faveur d'une dépendance hiérarchique

Nous mentionnerons l'impossibilité du coursier *Stuart* de refuser trop de clients (a) et la notation de la prestation par les clients *Stuart* (b). 1332

a. Interdiction du refus excessif de clients

L'impossibilité de refus excessifs de clients imposés par la plateforme *Stuart* aux prestataires de services tant qu'ils sont connectés (cf. 1329ss) correspond à l'obligation classique typique d'une dépendance hiérarchique qui est le choix, par l'entreprise, des clients attribués aux employés. D'une certaine manière, le coursier se doit, au bout d'un certain nombre indéterminé de refus, d'accepter un client proposé par la plateforme. Il s'agit là, bien que maigre, d'un indice en faveur d'une dépendance hiérarchique du coursier envers la plateforme. 1333

b. Notation par les clients

Une fois encore, tout comme dans la quasi-totalité des plateformes, pour la fourniture de services payants, existantes et rencontrées dans notre travail,¹³⁶³ c'est ici le client qui se chargera de noter la prestation du livreur en lui attribuant, comme pour la plateforme *Stuart*, une note et un avis de qualité¹³⁶⁴ que la plateforme sera ensuite libre d'utiliser sur son logiciel pour une potentielle présé- 1334

¹³⁶³ EGLI/DEMIR (2018), p. 838.

¹³⁶⁴ STUART, art. I, n° 6.2.4.

lection de ses coursiers avant une demande d'offre ou tout du moins libre d'afficher à côté du pseudo et compte d'utilisateur du coursier. Nous sommes là encore et toujours face à une obligation de rendre des comptes imposée au coursier par la plateforme, qui pourrait logiquement voir son compte suspendu dans le cas de notations calamiteuses comme c'est quasi systématiquement la politique pour des plateformes de la sorte.¹³⁶⁵ Un tel indice se pose en faveur de l'existence d'un rapport de subordination au sens strict entre le prestataire de service et la plateforme.

2. Éléments en défaveur d'une dépendance hiérarchique

1335 Nous mentionnerons la possibilité offerte aux prestataires *Stuart* de refuser des clients (a) et de choisir leur itinéraire (b).

a. Refus de clients

1336 Comme nous l'avons vu à de nombreuses reprises, les prestataires de service *Stuart* ont la possibilité, lorsqu'ils sont connectés, de refuser des clients. Le fait d'être libre d'accepter ou non une clientèle constitue un fort indice en défaveur d'une dépendance hiérarchique et place donc, s'agissant de cette obligation, le coursier *Stuart* dans une situation d'indépendance hiérarchique.

b. Choix de l'itinéraire

1337 Le coursier *Stuart* n'est pas nécessairement tenu de suivre l'itinéraire qui lui est indiqué par l'application pour effectuer sa course et peut choisir d'emprunter celui qu'il préfère.¹³⁶⁶ Le prestataire de service est ainsi libre de réaliser une part de l'activité physique de sa prestation de la manière qu'il l'entend. Nous sommes là face à une possibilité de s'écarter d'une recommandation et d'une plus grande liberté dans l'appréciation des instructions, typiques d'un contrat de mandat et donc constitutif d'un indice en défaveur d'une dépendance hiérarchique entre un coursier et une plateforme.

¹³⁶⁵ EGLI/DEMIR (2018), p. 840.

¹³⁶⁶ STUART, art. I, n° 6.2.3.

III. Élément économique

Nous allons finalement nous concentrer sur les éléments issus des conditions générales de plateformes offrant des services de logistique et de situations de fait occasionnées par celles-ci en faveur d'une dépendance économique (1), puis en défaveur d'une telle dépendance (2). 1338

1. Éléments en faveur d'une dépendance économique

Nous évoquerons le fait que les prix sont fixés par la plateforme (a) et que la plateforme *Stuart* délivre des accessoires de transport (b). 1339

a. Fixation des prix par la plateforme

Les livreurs ne sont pas à même de fixer leur propre prix pour les courses qu'ils effectuent et doivent se plier aux tarifs imposés par la plateforme. Certaines comme *Foodora* proposent des rémunérations fixes par heures, en plus des suppléments pour les courses, quand d'autres ne rémunèrent qu'à la course, comme *Deliveroo* ou *Ubereats*, ou de plus inventives encore comme *Stuart* offrent un salaire minimum par heure si les courses ne devaient pas l'atteindre.¹³⁶⁷ Le prix, déterminé par la plateforme, dépendra d'un certain nombre de facteurs, comme le type de transport, le poids et la taille de la marchandise, la distance à parcourir pour le coursier, la variation de l'offre et la demande.¹³⁶⁸ 1340

Il s'agit là clairement d'un renoncement par le coursier à une activité entrepreneuriale propre, critère caractéristique de l'élément économique et cela par l'absence du contrôle des prix de sa prestation de livraison. 1341

b. Délivrance d'accessoires de transport

Bien que, comme nous le verrons ci-dessous (cf. 1343), le livreur a la responsabilité d'acquérir le matériel de transport, certains accessoires de livraison et même de transport comme le casque ou la glacière sont parfois donnés par la plateforme (cf. 1324ss). Le livreur n'assume pour ceux-ci aucun risque d'entreprendre, critère d'une dépendance économique. 1342

¹³⁶⁷ [Http://www.portail-autoentrepreneur.fr/actualites/coursier-velo-plateforme](http://www.portail-autoentrepreneur.fr/actualites/coursier-velo-plateforme), (consulté le 25 octobre 2019).

¹³⁶⁸ STUART, art. I, n° 5.3.

2. Éléments en défaveur d'une dépendance économique

- 1343 Les coursiers *Stuart*, et de manière générale les prestataires de service de ce genre plateforme, sont responsables de l'acquisition du matériel de transport utilisé pour leurs courses, restant ainsi leur propriété, et des frais que cela peut engendrer,¹³⁶⁹ bien que ceux-ci soient peu élevés puisque le vélo est souvent la solution soit imposée par la plateforme soit choisie par les parties pour son caractère peu onéreux (faible coup, absence de carburant et d'assurance, etc.). Il s'agit là, même si minime, d'une prise de risque financière par le coursier usant de son propre matériel. Une telle entreprise constitue un indice contraire à l'absence de risque d'entreprendre, critère caractéristique d'une dépendance économique, plaçant le coursier dans une situation d'indépendance économique vis-à-vis de la plateforme.

F. Synthèse

- 1344 Est-il réellement envisageable, en suite de cette analyse d'éléments significatifs en faveur ou défaveur d'un rapport de subordination au sens large dans le cadre de divers types de plateformes, de présenter des indices récurrents d'un type de plateforme à une autre ? Bien que les variations de schéma de la structure juridique d'une relation de travail impliquant une plateforme de travail pour la fourniture de services payants, telles qu'étudiées lors de cette partie, ne semblent pas infinies, leurs mises en œuvre laissent-elles penser, au sens de l'analyse ci-dessus, qu'elles sont innombrables ? Peut-on décemment assimiler un travailleur de « *microtasking* » en « *cloudwork* » à un chauffeur *Uber* ? Il est difficile de répondre à ces questions. Devraient-ils être soumis à des règles identiques sous prétexte qu'ils évoluent tous deux dans le cadre d'une plateforme de travail pour la fourniture de services payants alors même que leurs activités et leurs réalisations sont fortement différentes ? La réponse est ici certainement négative.
- 1345 Pourtant, s'il était possible de présenter des similitudes entre diverses voire toutes les plateformes, on peut être certain qu'un régime juridique homogène, tenant compte et applicable aux travailleurs de plateformes, ne pourrait plus être considéré comme inacceptable ou inéquitable. Voici un résumé des points ou indices significatifs communs perturbant le plus fortement le rapport de subordination au sens large que nous trouvons dans la totalité ou quasi-totalité des types de plateformes.

¹³⁶⁹ *Idem*, art. II, n° 1.2.

1. **Notation par le client ou la plateforme** : L'intégralité des types de plateformes étudiées présentent un système de notation de la performance du prestataire de service, que celle-ci soit effectuée par le client ou la plateforme. 1346
2. **Fixation du prix par le client ou la plateforme** : La quasi-totalité (plateformes de « *freelancers marketplaces* » exceptées) des types de plateformes étudiées imposent que le prix de la prestation réalisée par le prestataire de service est fixé non pas par ce dernier, mais par le client ou la plateforme. 1347
3. **Absence d'interdiction de faire concurrence** : L'ensemble des plateformes étudiées possèdent soit une clause garantissant au travailleur la possibilité de faire concurrence à la plateforme dans le cadre d'une activité personnelle (ex : utilisation de sa voiture pour livrer des personnes hors courses *Uber*) soit aucune clause interdisant de faire concurrence. 1348
4. **Utilisation de son propre matériel et de ses propres outils** : Sous réserve de la délivrance d'uniformes, d'accessoires ou de prêt de software ou d'accès aux interfaces d'applications, etc., les travailleurs de plateformes pour la fourniture de services payants utilisent en principe leurs propres matériels et outils (pour ceux qui sont les plus onéreux) tels leur voiture, leur vélo, leur téléphone ou leur ordinateur. 1349
5. **Choix du temps et du lieu de travail** : De manière générale, l'ensemble des travailleurs de plateformes de travail pour la fourniture de services payants décident eux-mêmes de quand et où ils désirent accomplir leur prestation. Il est bien entendu qu'une fois le choix effectué en toute liberté, certaines contraintes peuvent naître par la nature même de la prestation (livrer une pizza à telle adresse ou relever les horaires d'ouverture de tel magasin situé dans telle rue) ou par l'obligation imposée par certaines plateformes (réalisation de la prestation sur le site internet de la plateforme ou délai fixé pour l'exécution de la prestation). 1350

**Sixième partie : Proposition d'une
réforme législative admissible du
rapport de subordination au sens
large**

Nous voici enfin prêt, en **sixième** et dernière **partie** de thèse, à apporter une solution à notre problématique, soit proposer une réforme législative admissible du rapport de subordination au sens large, et cela grâce au travail effectué dans les parties précédentes. Nous précisons que si l'intégralité de notre réforme ne devait jamais être reprise avec exactitude par le législateur, au moins permettrait-elle d'offrir des lignes directrices précises ou tout au moins d'inspirations claires en vue d'une potentielle refonte du système de qualification d'un contrat en contrat de travail en droit suisse. 1351

Pour rappel, notre **première partie** s'est attardée sur l'examen du concept de rapport de subordination au sens large et la **seconde partie** à mettre en exergue, au sein d'une analyse critique, les différentes faiblesses et leurs conséquences qu'il présente, de manière à énumérer les défauts ne permettant pas à notre modèle actuel d'être suffisamment efficace. Notre **troisième partie**, sorte d'expérience et d'aventure empirique, s'est avérée nécessaire pour révéler un peu plus la réelle identité du rapport de subordination au sens large et examiner sa véritable essence dans l'ordre juridique suisse, un atout vers l'objectif d'une réforme légitime. Ensuite, notre **quatrième partie** nous a ouvert l'esprit vers le contrat de travail britannique ainsi que de potentielles solutions nouvelles et compatibles, à envisager dans notre proposition de réforme du rapport de subordination au sens large, de façon à la rendre plus efficace. Puis, notre **cinquième partie** nous a permis d'observer la structure juridique et économique des plateformes de travail pour la fourniture de services payants ainsi que leurs effets sur le rapport de subordination au sens large, qu'il s'agit de prendre en compte dans un tel projet de réforme, s'il se veut efficace, au vu de l'ampleur du phénomène. 1352

Aussi, nous commencerons par proposer notre réforme législative (**Chapitre 18**), puis nous verrons en quoi celle-ci est admissible (i.e. efficace et légitime) (**Chapitre 19**). 1353

Chapitre 18 : Une réforme législative

Nous allons commencer par proposer ici une réforme d'ordre législatif du rapport de subordination au sens large. 1354

À ce titre, nous suggérerons trois changements dans la loi, à savoir la modification de l'*art. 319 al. 1^{er} CO (§1)*, la création d'un *art. 319bis CO (§2)*, et la création d'un *art. 319ter CO (§3)*. 1355

§ 1 Modification de l'*art. 319 al. 1^{er} CO*

Nous présenterons la modification de l'*art. 319 al. 1^{er} CO (A)*, puis nous la commenterons (B). 1356

A. Art. 319 al. 1^{er} CO

Nous proposons la modification de l'*art. 319 al. 1^{er} CO* dans ce sens : 1357

Art. 319 A. Définition et formation / I. Définition

¹ Par le contrat individuel de travail, le travailleur s'engage, pour une durée déterminée ou indéterminée, à travailler *pour un employeur dans le cadre d'un rapport de subordination au sens large* et celui-ci à payer un salaire fixé d'après le temps ou le travail fourni (salaire aux pièces ou à la tâche).

B. Commentaire

La notion de « *rapport de subordination au sens large* » apparaît très clairement dans la définition d'un contrat de travail et en toute logique au vu de sa place d'élément caractéristique de ce dernier. Elle prend par ailleurs la place et le rôle de l'expression « *au service* », bien trop floue et peu explicite, qui disparaît. 1358

§ 2 Création d'un art. 319bis CO

1359 Nous présenterons notre proposition d'un art. 319bis CO (A) puis nous la commenterons (B).

A. Art. 319bis CO

1360 Nous proposons l'ajout d'un art. 319bis CO en ce sens :

Art. 319bis II. Rapport de subordination au sens large / 1. Définition

¹ Le rapport de subordination au sens large se compose de quatre éléments : une dépendance économique à titre d'élément principal et caractéristique, et une subordination hiérarchique, spatiale et temporelle à titre d'éléments secondaires et supplétifs.

² Un rapport de subordination au sens large est retenu si le travailleur réalise sa prestation dans le cadre d'une dépendance économique vis-à-vis de l'employeur. La dépendance économique implique, pour le travailleur, tout ou partie des critères suivants : un renoncement à une activité entrepreneuriale propre, une dépendance à une seule ou peu de sources de revenus, l'absence de risque d'entreprendre, des rémunérations périodiques et constantes, et des restrictions à des activités économiques. Une pesée entre ces différents critères présents en l'espèce et leur pendant opposé constaté est effectuée pour déterminer de l'existence d'une dépendance économique, ou à l'inverse, d'une indépendance économique.

³ Lorsque l'existence d'une dépendance économique, ou son absence due à une indépendance économique constatée ne sauraient clairement être établies à la suite de cette pesée de critères, la reconnaissance d'un rapport de subordination au sens large dépend du poids de la subordination hiérarchique, spatiale et temporelle du travailleur dans sa relation avec son employeur. Une pesée entre ces différentes subordinations présentes en l'espèce et leur pendant opposé constaté est effectuée pour déterminer de l'existence d'un rapport de subordination au sens large.

B. Commentaire

1361 Bien que complet et dense en apparence, l'art. 319bis CO demande à être expliqué en détail de sorte qu'aucune confusion ne puisse naître à sa lecture. Il apparaît donc crucial d'étudier les alinéas les uns après les autres. Nous aborderons conséquemment l'alinéa 1^{er} (I), puis 2 (II), et enfin 3 (III).

I. Alinéa 1^{er}

1362 Le premier alinéa indique clairement les quatre éléments qui composent le rapport de subordination au sens large (économique, hiérarchique, spatial, temporel). Il instaure également une hiérarchie entre ces différents éléments. Il institue

tout d'abord la dépendance économique comme élément principal et caractéristique du rapport de subordination au sens large, soit respectivement un élément intervenant immédiatement dans la qualification d'un contrat en contrat de travail (*art. 319bis al. 2 CO*), et son élément le plus représentatif et le plus à même de qualifier un contrat de telle manière. Il réserve ensuite aux trois autres éléments restant un rôle secondaire et supplétif, soit qui n'entre en jeu qu'après la dépendance économique et si tant est que cela soit nécessaire (*art. 319bis al. 3 CO*).

II. Alinéa 2

Le second alinéa commence par préciser le rôle de la dépendance économique en soutenant que celle-ci est capable, à elle seule, de déterminer l'existence d'un rapport de subordination au sens large. Là où il y a dépendance économique, il y a rapport de subordination et donc contrat de travail. 1363

L'alinéa indique ensuite de quoi est constitué cette dépendance économique en invoquant cinq critères que sont : un renoncement à une activité entrepreneuriale propre, une dépendance à une seule ou peu de sources de revenus, l'absence de risque d'entreprendre, des rémunérations périodiques et constantes, et des restrictions à des activités économiques. Au sens de la disposition, il n'est pas requis que l'ensemble des cinq critères la constituant soit présent dans un cas d'espèce pour admettre son existence. 1364

La suite et fin de l'alinéa nous donne les outils et la méthode nécessaire à la détermination de l'existence d'une dépendance économique ou bien de son inexistence, soit la constatation d'une indépendance économique. L'alinéa indique qu'une pesée des critères s'opère entre les critères qui auront pu être observés dans un cas d'espèce et l'opposé exact de ces critères favorables à une indépendance économique. 1365

En d'autres termes et d'un point de vue pratique, le juge procédera de la manière suivante : celui-ci effectuera une première pesée des indices dans le cadre de chacun des cinq critères constitutifs de cette dépendance de manière à conclure si chacun est présent ou absent. Seuls les éléments factuels du cas d'espèce doivent amener à déterminer si chacun des cinq éléments, examinés individuellement, est présent ou non. Il est aussi évident, qu'en cas de reconnaissance, ceux-ci arboreront une force plus ou moins importante selon les indices penchant en leur faveur ou contre. Toutefois, si ceux-ci devaient être considérés comme absents, on devrait retenir, en conséquence, l'inverse de ces critères, ce que le terme « *pendant opposé* » indique, soit : l'exercice d'une activité entrepreneuriale propre, une dépendance à de nombreuses sources de revenus, un risque 1366

d'entreprendre, des rémunérations erratiques et fluctuantes, et l'absence de restrictions à des activités économiques.

- 1367 Une fois cette première pesée d'indices effectuée, une seconde pesée entre critères cette fois, à laquelle l'alinéa fait justement référence, sera établie. Celle-ci devra permettre de décider si le poids des critères en faveur d'une dépendance économique présente est supérieur ou inférieur au poids des critères en faveur d'une indépendance, soit leur pendant opposé vu ci-dessus. Si celui-ci est supérieur, on retiendra une dépendance économique et donc l'existence d'un rapport de subordination au sens large, et s'il est inférieur, une indépendance économique et ainsi l'absence d'un tel rapport.

III. Alinéa 3

- 1368 Le troisième alinéa introduit le rôle des éléments hiérarchique, spatial et temporel. Ceux-ci n'interviennent qu'à titre supplétif. Si la pesée des critères opérée au niveau de la dépendance économique ne permet pas d'obtenir une détermination satisfaisante de l'existence d'une telle dépendance et donc d'un rapport de subordination au sens large, soit une marge suffisante dans la différence de poids entre les critères des deux pôles, on doit examiner, et seulement dans ce cas-là, si le travailleur se trouve subordonné à l'employeur d'un point de vue hiérarchique, spatial et temporel.
- 1369 Plus concrètement, le juge devra réaliser une première pesée analogue à la première pesée d'indices entreprise pour chacun des critères de la dépendance économique, mais, dans ce cas de figure, dans le cadre des trois types de subordinations (hiérarchique, spatiale et temporelle). Cela permettra de déterminer si chacune ou leur contraire doit être retenue, en se basant sur les faits du cas d'espèce. Enfin, il s'agira d'effectuer une seconde pesée similaire là aussi à la seconde pesée de critères entre les différents critères de l'élément économique, soit ici entre les trois subordinations ou non-subordinations observées en l'espèce, pour établir l'existence d'un rapport de subordination au sens large ou pas. Ainsi, si le poids des subordinations est supérieur à celui des non-subordinations, un rapport de subordination au sens large sera constaté et si l'inverse prévaut, aucun rapport ni contrat de travail ne sera par conséquent retenu.

§ 3 Création d'un art. 319ter CO

- 1370 Nous commencerons par exposer l'*art. 319ter CO (A)* puis nous le commenterons **(B)**.

A. Art. 319ter CO

Nous proposons l'ajout d'un art. 319ter CO dans ce sens :

1371

Art. 319ter 2. Présomption légale

L'existence d'un rapport de subordination au sens large sera présumée si le prestataire de service :

- a. a travaillé pour une durée d'un minimum de 3 mois ininterrompus au service d'un seul et même prestataire de service,*
- b. ne participe pas aux bénéfices de l'entreprise ou tout au plus à concurrence d'un montant brut n'excédant pas 5% du revenu annuel versé par prestataire de service,*
- c. et possède un engagement d'exclusivité ou de clause de non-concurrence avec son prestataire de service, le contraignant à ne travailler pour personne d'autre ni pour lui même pendant tout ou partie de l'engagement auprès de l'entreprise, mais en tout cas au minimum pour une durée de trois mois et dans le même domaine.*

B. Commentaire

L'art. 319ter institue une présomption légale d'existence d'un rapport de subordination en présence de trois conditions précises. Ces trois conditions sont dites, conformément et de manière cohérente avec la rédaction de celle-ci, cumulatives. Chacune fait référence à certains critères de l'élément économique du rapport de subordination au sens large, celui-ci étant l'élément principal et caractéristique de ce même rapport.

1372

La lettre *a* fait référence au critère de la « *dépendance à une seule ou peu de sources de revenus* » (cf. 119ss). La lettre *b* fait elle référence au critère de « *l'absence de risque d'entreprendre* » (cf. 123ss). Enfin, la lettre *c* représente le critère de « *restrictions à des activités économiques* » (cf. 125ss).

1373

Il est vrai que tous les critères de l'élément économique ne sont pas présents, mais cela pour deux raisons. La première est que seuls les critères pouvant être aisément incarnés par des chiffres ou des observations limpides et sans contestations en apparence possibles sont invoqués. De plus, l'objectif est de garantir une protection des travailleurs lorsqu'un certain degré de dépendance économique évident et non un niveau extrême et difficilement inatteignable est constaté.

1374

Finalement, cette dernière observation nous mène à indiquer que cette présomption n'est pas irréfragable, faute par ailleurs de précision dans ce sens par l'ar-

1375

ticle. En effet, cette présomption n'accorde pas un niveau de dépendance économique assez élevé pour qu'il ne soit plus possible de démontrer une indépendance économique par l'émergence d'autres indices du cas d'espèce en faveur des critères opposés de la dépendance économique. Il appartiendrait donc à la partie concernée cherchant à la renverser de prouver l'absence de dépendance économique, soit d'un rapport de subordination au sens large, ou plutôt l'existence d'une indépendance économique, cela en vertu de l'*art. 319bis CO*. Toutefois, nous notons qu'un tel exercice s'avèrerait difficile, cette présomption visant à garantir l'existence d'un rapport de subordination au sens large dans des situations claires, à notre sens, de dépendance économique.

Chapitre 19 : Une réforme admissible

Proposer une refonte de l'outil qualificatif comme le rapport de subordination au sens large, au travers d'une modification législative, est audacieux et, on peut le dire, passionnant. Toutefois, celle-ci ne saurait trouver grâce aux yeux de la doctrine et des instances législatives si elle ne pouvait justifier son existence que par la beauté du geste et non par sa forme et son fond, autrement dit être jugée, à notre sens, admissible. Cette admissibilité se traduit, non pas d'un point de vue procédural comme le terme pourrait le laisser penser, mais, selon nous, au regard de deux conditions spécifiques. Cette réforme est à la fois légitime (§1) et efficace (§2).

1376

§ 1 Une réforme légitime

La réforme du rapport de subordination au sens large que nous soumettons est en tout point légitime. Nous entendons par là que celle-ci est représentative de la réelle identité du rapport de subordination au sens large, telle qu'elle ressort de l'analyse effectuée en **troisième partie** d'un grand nombre des relations de travail spéciales (A) et respectueuse et cohérente avec le droit du travail suisse et international (B).

1377

A. Représentativité de la réelle identité du rapport de subordination au sens large

Cette représentativité authentique de l'identité du rapport de subordination au sens large se vérifie dans la réforme en de nombreux points, notamment par ce choix d'exposer la dépendance économique comme élément principal et caractéristique de sa définition (I), mais également par celui de tenir compte des subordinations hiérarchique, spatiale et temporelle à titre d'élément secondaire et supplétif (II).

1378

I. La dépendance économique comme élément principal et caractéristique

1379 Notre proposition de réforme se devait d'exhiber la dépendance économique comme élément principal et caractéristique du rapport de subordination au sens large de manière à respecter et se montrer représentative de sa réelle identité. Ce devoir se justifie à plusieurs niveaux.

1380 Premièrement, et nous l'avons vu dans le contexte de l'analyse effectuée en **troisième partie**, la dépendance économique ou élément économique demeure constamment présent dans le cadre de relations de travail spéciales (1). Deuxièmement, l'élément économique est presque systématiquement l'élément dominateur de ces mêmes relations de travail (2). Aussi, il est l'unique élément présent dans le travail temporaire et la mise à disposition de travailleurs à titre principal (3). De plus, il est en cela si puissant qu'il permet, à lui seul, de garantir l'application partielle de règles protectrices du droit du travail à certains travailleurs (travailleurs libres) (4). Enfin, il est encore présent dans les contrats de travail ordinaires particuliers (cf. 125ss) chargés de régir les professions libérales (5).

1. Un élément systématiquement présent dans les relations de travail spéciales étudiées

1381 Nous avons pu l'observer tout au long de la **troisième partie** et lors de la synthèse de celle-ci, l'élément économique a toujours été présent dans les relations de travail spéciales, censées pourtant mettre à mal le rapport de subordination au sens large et ses composants. Il parvient donc, envers et contre tous, à braver les dangers pour se positionner comme fidèle représentant du rapport de subordination au sens large dans les situations extrêmes.

1382 Sa présence systématique dans notre étude des prééminentes relations de travail spéciales existantes ne nous permet bien évidemment pas de faire abstraction de cet élément dans la nouvelle définition du rapport de subordination au sens large que nous souhaitons apporter ni de lui offrir un rôle autre que principal.

2. Un élément souvent dominateur dans les relations de travail spéciales étudiées

1383 Une fois encore, nous l'avons constaté lors de la **troisième partie** et lors de la synthèse de celle-ci, l'élément économique s'est présenté, par cinq fois sur six relations, comme l'élément caractéristique du rapport de subordination au sens

large, soit l'élément au rayonnement, à l'influence et à l'intensité nettement la plus forte et la plus représentative de ce rapport. Le droit positif, et plus précisément le droit du travail, lui reconnaît implicitement, et peut-être même inconsciemment, une place prépondérante dans la qualification d'un contrat en contrat de travail.

Il n'était ainsi pas possible, à notre sens, d'offrir une réforme du rapport de subordination au sens large, qui ne positionnerait pas l'élément économique, soit la dépendance économique, comme élément naturellement fondamental et caractéristique du rapport de subordination au sens large.

1384

3. Un élément seul présent dans le travail temporaire et la mise à disposition de travailleurs à titre principal

Nous avons pu constater, lors de l'analyse des relations de travail spéciales en **troisième partie** de thèse, que le rapport de subordination au sens large n'était présent, dans le travail temporaire et la mise à disposition de travailleurs à titre principal, qu'au travers de son élément économique. En d'autres termes, la qualité de salarié, soit le fait que celui-ci soit au bénéfice d'un contrat de travail, dans le cadre de cette relation de travail spéciale, ne dépend que d'une dépendance économique. Seule la dépendance économique permet à un travailleur temporaire ou mis à disposition à titre principal, de se prévaloir d'un statut de travailleur au sens des arts. 319ss CO.

1385

Il s'agit peut-être là de l'un des arguments les plus probants quant à notre tentative de justifier le pouvoir déterminant de l'élément économique dans la qualification d'un contrat de travail que nous avons choisi de lui donner dans notre réforme. L'élément économique est déjà l'élément caractéristique du rapport de subordination au sens large, lorsqu'il sert à qualifier une relation de travail comme location de service, le contrat de travail en faisant partie comme tel.

1386

4. Un élément exclusivement décisif pour la reconnaissance d'un travailleur libre

Lors de l'examen de la notion de travailleurs libres (cf. 133ss), nous avons pu observer que cette catégorie absurde et rare de travailleurs dans la jurisprudence n'était considérée comme répondant en partie aux règles sur le contrat de travail qu'en vertu d'une dépendance économique vis-à-vis de l'employeur. Il doit dès lors en être déduit que seul l'élément économique, tout du moins dans ce cas précis, est à même d'offrir une partie des protections apportées par le contrat de travail.

1387

- 1388 Ne peut-on y voir par là la preuve de la force qualificative de la dépendance économique, capable à elle seule de protéger un individu en le qualifiant, certes ici en partie seulement, de travailleur ? C'est une vérité que l'on peut constater et qui justifie un peu plus l'utilisation ainsi cohérente de l'élément économique comme moteur principal du rapport de subordination au sens large.

5. Un élément présent dans les contrats de travail ordinaires particuliers régissant l'exercice d'une profession libérale

- 1389 Non content d'être présent dans l'ensemble des relations de travail spéciales étudiées, il l'est aussi dans l'une des formes de contrats de travail ordinaires particuliers qui les opposent (cf. 133ss) comme le contrat de travail ordinaire régissant l'exercice d'une profession libérale.
- 1390 Nous l'avons vu (cf. 279ss) la jurisprudence distingue le cas d'un travailleur exerçant une profession libérale, dans le cadre d'un contrat de travail, d'un travailleur exerçant une profession non libérale dans un même contrat, soit la norme. Dans le premier cas, celui-ci n'est au bénéfice que d'une dépendance économique et organisationnelle, soit spatiale et temporelle, vis-à-vis de son employeur. L'élément économique n'est certes pas seul au sens de la jurisprudence, mais une fois de plus, bien présent, et permettant, malgré l'absence d'élément hiérarchique, de considérer les travailleurs concernés comme étant au bénéfice d'un contrat de travail au sens des arts. 319ss CO. Ainsi, là encore, l'élément économique démontre toute son influence dans la qualification d'un contrat en contrat de travail.

II. Une définition qui tient compte des éléments hiérarchique, temporel et spatial à titre supplétif

- 1391 Si l'élément économique se doit d'être, et se trouve être, selon notre proposition de réforme du rapport de subordination au sens large, l'élément caractéristique de la définition du rapport de subordination au sens large, il est capital de ne pas exclure de celle-ci les trois autres éléments que sont les éléments hiérarchique, spatial et temporel et de leur offrir une place et un rôle, tout du moins à titre supplétif.
- 1392 Nous évoquons deux justifications à cela, soit le fait que ces éléments sont certes parfois présents dans les relations de travail spéciales étudiées mais aussi souvent absents (1), et le fait qu'ils n'incarnent en tout cas jamais un élément dominateur et à l'intensité supérieure aux autres qui les positionneraient comme éléments caractéristiques du rapport de subordination au sens large. (2).

1. Des éléments tantôt présents tantôt absents des relations de travail spéciales étudiées

Il nous est impossible de ne pas tenir compte, dans notre réforme, des trois éléments du rapport de subordination au sens large que sont les éléments hiérarchique, spatial et temporel. Si ceux-ci sont parfois et même souvent absents des relations de travail spéciales comme nous l'avons vu en **troisième partie** de thèse et lors de sa synthèse, ils sont aussi présents à plus d'une occasion. Sans répéter l'analyse qui en a été faite à l'occasion de cette synthèse, nous pouvons constater que ces trois éléments sont présents huit fois sur dix-huit occurrences possibles et aucun de ces trois éléments n'est présent systématiquement dans toutes les relations de travail spéciales étudiées. 1393

Ces chiffres montrent bien que si l'on ne peut pas considérer comme incontournable ces éléments dans le but de qualifier un contrat en contrat de travail, il possède tout de même une certaine force qualificative dont nous ne pouvons nous passer si nous souhaitons présenter une définition légitime. 1394

C'est pourquoi il a été choisi, dans la réforme soumise, de leur attribuer un rôle subsidiaire au cas où l'élément économique ne saurait être déterminant. Cette mécanique garantit leur participation tout en les privant d'une capacité de jouer les premiers rôles dans la qualification d'une relation contractuelle qui serait incohérente avec la place réelle que leur donnent les relations de travail spéciales étudiées. 1395

2. Des éléments jamais dominateurs dans les relations de travail spéciales étudiées

Les trois éléments du rapport de subordination au sens large que sont les éléments hiérarchique, spatial et temporel n'ont jamais été observés, au travers des relations de travail spéciales étudiées en **troisième partie** de thèse, comme des éléments dominateurs du rapport de subordination au sens large. En d'autres termes, ils ne se sont jamais avancés comme des éléments au rayonnement, à l'influence et à l'intensité nettement plus forte et plus représentative du rapport de subordination au sens large, qui leur aurait permis de postuler pour un rôle d'élément caractéristique. 1396

En conséquence, il paraissait difficile de proposer une réforme du rapport de subordination au sens large qui mettait en avant de tels éléments fragiles en leur garantissant un rôle crucial qu'ils n'étaient pas à même d'assumer. C'est pourquoi on a préféré que ces trois éléments n'endossent qu'une fonction supplétive, 1397

au cas où l'élément économique ne suffirait pas à qualifier une relation contractuelle.

B. Respect ou cohérence avec le droit du travail suisse et international

- 1398 Le caractère légitime de cette réforme se justifie, en second lieu, par son respect et sa cohérence avec le droit du travail suisse et international. Il s'agit en effet tout d'abord d'une réforme qui reprend l'essence même de la notion de rapport de subordination au sens large telle qu'arrêtée par la jurisprudence et la doctrine (I) et qui se trouve être en accord avec le droit de l'OIT (II).

I. Une réforme aux notions inchangées

- 1399 La notion de rapport de subordination au sens large et de ses éléments hiérarchique, temporel, spatial et économique incorporés dans notre réforme sont identiques à celles étudiées en **première partie** de thèse et qui se veulent fidèles des définitions prônées par la jurisprudence et la doctrine et adoubées par de multiples exemples illustreurs. L'objectif n'est aucunement de recréer une nouvelle notion de rapport de subordination au sens large et d'orchestrer par là une révolution du droit du travail, mais d'utiliser ces notions de manière originale en proposant une approche novatrice.
- 1400 À noter que le terme « *élément organisationnel* » qui regroupe l'élément spatial et temporel a été supprimé de notre réforme par souci de simplicité et que seuls ses deux sous-éléments subsistent désormais sans être rattachés entre eux. Ce terme avait principalement été avancé pour offrir une cohérence entre les différentes définitions jurisprudentielles et doctrinales du rapport de subordination au sens large, mais l'étude de son existence se faisant systématiquement par l'examen séparé de ses deux sous-éléments, chacun existant pour lui même sans aucune interaction avec l'autre, il n'est pas nécessaire de l'ajouter à notre réforme.

II. Une réforme en accord avec le droit de l'OIT

- 1401 La réforme avancée permet le respect du droit de l'OIT à plus d'un titre. Tout d'abord, elle institue la différenciation de terme chère à l'OIT entre la dépendance et la subordination (cf. 174ss), la première valant pour l'élément économique et l'autre pour les éléments hiérarchique, spatial et temporel. De plus, et

surtout, elle propose une présomption légale d'existence d'un rapport de subordination au sens large à même de présumer d'un contrat de travail, ce que recommande l'OIT comme nous l'avons vu (cf. 158ss). Aussi, elle offre une méthode claire et efficace de détermination de l'existence d'un contrat de travail, ce que l'OIT conseille également (cf. 150).

§ 2 Une réforme efficace

La réforme que nous nous sommes efforcé de proposer ne doit pas seulement, afin d'être admissible, être légitime, mais aussi efficace, i.e qui soit apte à remplir avec une certaine facilité son rôle de qualificateur d'un contrat en contrat de travail. Nous entendons principalement et concrètement par là, au sens de cette thèse, qu'elle puisse résoudre les faiblesses actuelles du rapport de subordination au sens large et endiguer ses conséquences néfastes sur le droit du travail suisse et son ordre juridique (**A**), mais également permettre la disparition définitive de la notion bancale et injuste de travailleur libre (**B**), et enfin être adaptée à la structure juridique et économique des relations de travail créées par les plateformes numériques, et plus exactement les plateformes de travail pour la fourniture de services payants (**C**).

1402

A. Résolution des faiblesses du rapport de subordination au sens large et de leurs conséquences

Nous allons reprendre, dans l'ordre, les diverses faiblesses du rapport de subordination au sens large étudiées en **deuxième partie** de thèse (cf. 138ss), expliquer en quoi notre réforme soigne ces fragilités et, très brièvement, comment leurs conséquences néfastes sont logiquement anéanties. Nous commencerons par préciser que la réforme offre une définition légale du rapport de subordination au sens large (**I**), soit stable juridiquement (**II**). Elle présente aussi une méthode d'utilisation des différents éléments du rapport de subordination au sens large (**III**). De plus, cette réforme n'est pas perturbée par la présence d'indices des éléments caractéristiques du rapport de subordination au sens large au sein d'autres contrats (**IV**). Enfin, elle fait don d'une présomption légale d'un rapport de subordination au sens large (**V**) et permet le recoupement de la notion de salarié en droit du travail et en droit des assurances sociales (**VI**).

1403

I. Une définition légale du rapport de subordination au sens large

- 1404 La réforme que nous suggérons inscrit dans le code des obligations et dans le chapitre dédié au contrat de travail aux nouveaux *arts. 319 al. 1^{er} et 319bis CO* une définition légale de la notion de rapport de subordination au sens large.
- 1405 Cette manœuvre vient amender une incohérence actuelle, à savoir l'absence quasi totale de l'élément caractéristique du contrat de travail dans la loi, lui conférant dès lors une force juridique supérieure à celle assumée par la/les définition(s) jurisprudentielles et doctrinales en vigueur et lui permettant de corriger le risque d'insécurité juridique inhérent à cette faiblesse.

II. Une définition juridiquement stable du rapport de subordination au sens large

- 1406 En introduisant une définition du rapport de subordination au sens large dans la systématique du code des obligations, nous garantissons à la notion une stabilité juridique à même de favoriser la sécurité juridique et nous l'affranchissons du risque d'évolution constante et imprévisible par la jurisprudence.
- 1407 Le caractère fluctuant actuel d'une définition d'une telle importance échapperait alors à la jurisprudence et à la doctrine qui semblent parfois en chercher encore les contours exacts.

III. Une méthode d'utilisation des différents éléments du rapport de subordination au sens large

- 1408 Cette réforme a ceci de singulier qu'elle présente, comme cela n'a jamais, à notre connaissance, été proposé par le passé, une méthode claire d'utilisation des différents éléments du rapport de subordination au sens large.
- 1409 Les éléments sont tout d'abord hiérarchiquement distingués, l'élément économique étant l'élément caractéristique, soit à la force qualificative supérieure et prioritaire sur les trois autres éléments, situés eux au même niveau inférieur. L'élément économique constitue donc le plus fidèle représentant du rapport de subordination au sens large et incarne le rôle principal dans la qualification d'un contrat de travail, quand les éléments hiérarchique, spatial et temporel ne font office que de remplaçants en cas d'inefficacité de ce premier.
- 1410 L'élément économique et les trois autres excipent ensuite une procédure précisément articulée pour la reconnaissance de leur existence dans une relation de

travail. La détermination de cette existence de l'élément économique est chirurgicalement prévue par la réalisation en deux étapes de deux pesées successives d'indices puis de critères. L'établissement de l'existence des trois subordinations est aussi méticuleusement et originalement orchestré en proposant là encore une pesée d'indices puis de critères, en deux étapes. La structure d'un tel raisonnement rend l'évaluation de présence d'un rapport de subordination au sens large plus aisée pour les tribunaux et plus facilement prévisible pour les individus.

Nous ne nous contentons donc pas uniquement de l'« *image globale* » suisse ou « *elephant test* » britannique qui s'avèrent trop flous et manquent de sécurité juridique, transformant l'anticipation de la qualification exacte d'un contrat en contrat de travail ou non impossible. Toutefois, nous nous inspirons quelque peu du droit britannique en ce sens que celui-ci donne des rôles inégaux et hiérarchisés dans leur pertinence aux « *tests* » de l'« *employment contract* » et que nous cherchons à faire de même en offrant une force qualificative différente aux éléments caractéristiques du rapport de subordination au sens large.

1411

IV. Des indices de présence inoffensifs des éléments caractéristiques du rapport de subordination au sens large émanant d'autres contrats

Bien que d'autres contrats que le contrat de travail présentent des indices de présences des éléments économique, hiérarchique, spatial et temporel, ceux-ci ne sauraient perturber la qualification correcte d'une relation contractuelle en contrat de travail et non en contrat divers. En effet, l'utilisation des quatre éléments du rapport de subordination au sens large que nous proposons est suffisamment structurée et rigoureusement fidèle à l'image singulière qu'il dégage à l'étude des différentes relations de travail spéciales.

1412

De plus, il n'existe, à notre connaissance, pas de contrats qui ne seraient pas un contrat de travail et qui exhiberaient une dépendance économique d'une partie envers une autre partie. Cette spécificité permet une qualification sereine d'un contrat en contrat de travail lorsqu'une dépendance économique est établie, sans risque de mélange avec d'autres contrats qui présenteraient une telle dépendance susceptible de provoquer une qualification biaisée, ou tout du moins perturbée.

1413

V. Une présomption légale d'un rapport de subordination au sens large

- 1414 Notre réforme propose une nouveauté totalement absente du droit suisse et qui consiste à offrir une présomption légale d'un rapport de subordination au sens large par le biais d'un art. 319^{ter} CO. Cette présomption n'est certes pas celle de l'existence d'un contrat de travail, mais le rapport de subordination au sens large étant son élément caractéristique, le résultat en est le même.
- 1415 Cette présomption devrait permettre une meilleure prévisibilité dans la qualification des relations contractuelles conclues entre les parties. Aussi, son caractère réfragable garantit une certaine adaptabilité du droit au regard de l'émergence de futures relations de travail encore inconnues de celui-ci et dont la construction juridique mériterait une protection par les règles de droit du travail.
- 1416 De plus, l'utilisation de valeurs numériques dans les conditions de reconnaissance de la présomption et le fait que l'existence de ces dernières soit par ailleurs facilement attestables ou non, ne laisse place qu'à très peu d'argumentation possible pour les parties et garantit ainsi une rapidité et une prévisibilité dans la qualification d'une relation contractuelle.

VI. Un recouplement de la notion de salarié en droit du travail et en droit des assurances sociales

- 1417 Notre proposition de réforme permet d'assimiler la notion de salarié en droit du travail et en droit des assurances sociales. En effet, un salarié en droit des assurances sociales est une partie exerçant une activité lucrative dépendante lorsqu'en droit du travail c'est une partie au bénéfice d'un contrat de travail. L'existence d'une activité lucrative dépendante dépend, elle, de son élément caractéristique qui est l'activité dépendante, quand l'existence du contrat de travail est soumise, elle, à la reconnaissance d'un rapport de subordination au sens large. Enfin, la dépendance économique permet, en droit des assurances, d'attester d'une activité dépendante, en cela qu'elle constitue son critère caractéristique, en même temps que, selon notre proposition, cette dépendance représente le critère décisif de la présence d'un rapport de subordination au sens large. Nous pouvons donc constater, qu'en suivant notre réforme, la notion de salarié est identique dans ces deux domaines du droit. En effet, elle est désormais déterminée par les mêmes critères.
- 1418 Cette assimilation des notions garantirait la réalisation optimale des buts communs du droit du travail et du droit des assurances, soit l'amélioration des conditions économiques et sociales de la grande masse des travailleurs.

B. Disparition définitive de la notion bancaire et injuste de travailleur libre

Cette réforme vient corriger une aberration légale et jurisprudentielle en provoquant la disparition définitive de la notion bancaire et injuste de travailleur libre. 1419

La notion de travailleur libre, nous l'avons vu (cf. 133ss), implique l'existence d'un seul des éléments du rapport de subordination au sens large, soit son élément économique. La seule reconnaissance de son existence permet à la partie concernée de se présenter comme travailleur libre et de bénéficier d'une partie des protections inhérentes à la qualité de travailleur, au sens des arts. 319ss CO. 1420

Notre réforme amène justement l'élément économique à incarner l'élément caractéristique du rapport de subordination au sens large à même, en premier lieu, de déterminer de l'existence de ce dernier, comme c'est le cas pour un travailleur libre. En raison du fait que la constatation d'un rapport de subordination au sens large démontre l'existence d'un contrat de travail, ce sont tous les droits offerts aux travailleurs que des parties pourront invoquer lorsque soumises à une dépendance économique dans le cadre de notre réforme. Les travailleurs libres deviendront donc des travailleurs à part entière. Cela permettrait à cette notion de disparaître et de se fondre dans une nouvelle définition de travailleurs les englobant et leur garantissant une protection totale et égalitaire vis-à-vis de tout autre employé. 1421

En effet, il n'est pas normal et c'était déjà le cas lors de la création de cette notion, de n'octroyer qu'une partie des protections du contrat de travail à des travailleurs qui ne possèderaient qu'une dépendance économique avec leur employeur alors que c'est le cas dans certaines relations de travail spéciales que nous avons étudié en **troisième partie** de thèse, notamment le travail temporaire et la mise à disposition à titre principal, et que les travailleurs issus de ces relations ont toujours été considérés comme des travailleurs normaux à part entière ayant accès à tous les droits offerts par le contrat de travail. 1422

C. Adaptation aux plateformes de travail pour la fourniture de services payants

Nous verrons ici en quoi notre réforme s'adapte bien à la qualification des travailleurs des plateformes pour la fourniture de services payants. Nous observerons en premier lieu en quoi le nouveau rôle de l'élément économique du rapport de subordination au sens large y est adapté (**I**), puis en quoi celui de l'élément spatial et temporel l'est également (**II**). Ensuite, nous soulèverons la représentativité complète des indices significatifs des plateformes de travail pour 1423

la fourniture de services payants au travers des éléments du rapport de subordination au sens large de notre réforme (III). Enfin, nous verrons comment notre réforme s'adapte à l'hétérogénéité des divers types de plateformes de travail pour la fourniture de services payants (IV).

I. Un rôle de l'élément économique adapté

- 1424 Il est aisé de constater que trois des cinq grands points significatifs communs aux plateformes de travail pour la fourniture de services payants affaiblissant le rapport de subordination soulevés ci-avant (cf. 1345) concernent l'élément économique. En effet, la fixation du prix par le client ou la plateforme relève du critère de l'élément économique de renoncement à une activité entrepreneuriale propre, l'absence d'interdiction de faire concurrence de celui de restriction à l'activité économique et l'utilisation de son propre matériel et propres outils de celui d'absence de risque d'entreprendre (bien qu'il touche l'élément spatial aussi). Ainsi, la majorité des indices significatifs concerne l'élément économique.
- 1425 Heureusement, notre réforme considère l'élément économique avant les trois autres éléments que sont l'élément hiérarchique, spatial et temporel qui ne seront pas forcément examinés en pratique. De cette manière, notre proposition devrait permettre d'efficacement traiter le statut d'un travailleur de plateforme, la valeur portée à l'élément économique étant similaire dans le cadre de l'approche du rapport de subordination au sens large que nous prônons que dans la situation juridique, contractuelle et factuelle des travailleurs de plateformes.

II. Un rôle des éléments spatial et temporel adapté

- 1426 Nous avons pu remarquer que l'un des points significatifs commun aux plateformes de travail pour la fourniture de services payants affaiblissant le rapport de subordination relevé ci-avant (cf. 1345ss) est le choix de l'espace et du temps de travail, sous réserve de certaines contraintes, somme toute minimes.
- 1427 Aussi, par cet indice, c'est la quasi-totalité de l'élément spatial et temporel qui se voit anéanti. Si la reconnaissance d'un statut de travailleur reposait directement sur l'existence de ces deux éléments, il serait impossible de conclure à ce que des travailleurs de plateformes pour la fourniture de services payants soient considérés comme des salariés.

Bien heureusement, notre réforme ne fait intervenir l'élément spatial et temporel qu'après l'analyse de l'élément économique et uniquement si celui-ci ne permet pas d'établir le statut d'un travailleur. De plus, lorsque sollicité en deuxième temps, les éléments spatial et temporel sont eux-mêmes et avec l'élément hiérarchique mis en balance sans pouvoir à eux seuls apporter une décision définitive. Ainsi, la force destructrice de cet indice, évoqué ci-dessus, est grandement minimisée par notre réforme qui s'efforce tout de même d'en tenir compte. 1428

III. Une représentativité complète des indices significatifs

À l'image des cinq indices significatifs relevés ci-avant (cf. 1345) qui touchent, à eux cinq, l'ensemble des quatre éléments du rapport de subordination au sens large (hiérarchique : notation par le client ou la plateforme ; temporel : choix du temps et du lieu de travail ; spatial : choix du temps et du lieu de travail, utilisation de son propre matériel et de ses propres outils ; économique : fixation du prix par le client ou la plateforme, absence d'interdiction de faire concurrence, utilisation de son propre matériel et de ses propres outils), notre réforme tient aussi compte de ces quatre éléments, bien que la dépendance économique possède un rôle prédominant. 1429

Malgré tout, notre proposition devrait ainsi être à même de qualifier avec efficacité le statut d'un travailleur de plateforme pour la fourniture de services payants, la situation juridique, contractuelle et factuelle de celui-ci pouvant potentiellement être examinée sous tous les aspects qu'elle présente vis-à-vis de tous les éléments du rapport de subordination au sens large. 1430

IV. Adaptation à l'hétérogénéité des plateformes de travail pour la fourniture de services payants

La grande diversité de types de plateformes que nous avons pu observer ne favorise, en apparence, pas une solution juridique commune à la qualification de ces travailleurs. Pourtant, les multiples pesées de critères et d'indices que nous proposons dans notre réforme, qu'elles apparaissent au sein d'un même élément (ex : élément économique) ou entre plusieurs éléments (hiérarchique, spatial et temporel), sont de nature à prendre en compte le caractère hétéroclite des plateformes de travail pour la fourniture de services payants en s'adaptant à chacune de leurs spécificités dans l'examen du statut d'un travailleur. 1431

Conclusion

Ici se conclut et s'achève notre thèse de doctorat. Que de réponses trouvées ou suggérées, de questions irrésolues ou à peine identifiées... Mais nous avons la certitude d'avoir couvert le traitement de notre problématique, soit la proposition d'une approche nouvelle du rapport de subordination en droit suisse. Un défi qui nous a amené à révéler un certain nombre de secrets juridiques enfouis dans notre droit du travail suisse, par l'itinéraire vers la solution, qu'il nous a imposé ou que nous avons choisi. Et n'est-ce pas là l'objectif d'un travail de thèse ? Le chemin vers la solution n'est-il pas plus important que la solution elle-même ? Dans l'expérience personnelle comme dans l'analyse juridique ? Nous sommes en tout cas persuadé que notre véritable apport à la doctrine suisse se situe là. C'est pourquoi il est temps de nous remémorer ce qu'est ce « là ». Ces découvertes juridiques concrètes aux conséquences pratiques fondamentales que notre contribution s'est plu à mettre en lumière. 1432

Nous sommes tout d'abord parvenu, en **première partie** de thèse, à composer une définition du rapport de subordination sur la base de la jurisprudence et doctrine actuelles et à disséquer puis expliquer ses nombreux éléments caractéristiques. Une tâche loin d'être aisée tant nous avons été surpris de constater la quantité non négligeable d'approches diverses empruntées par les auteurs et les tribunaux. 1433

Cependant, non content de posséder une étude sur la question, nous avons cherché à exposer, en **deuxième partie** de thèse, toutes les faiblesses de ce rapport de subordination et des conséquences que celles-ci pourraient avoir sur l'ordre juridique suisse notamment. Celles-ci se sont avérées nombreuses et parfois dangereuses. Il faut bien l'avouer, nous sommes à l'heure actuelle relativement inquiet face à l'ampleur non négligeable de ces faiblesses au coeur d'une notion au rôle pourtant si crucial dans le droit du travail suisse. Malgré tout, au moins connaissons-nous maintenant les points sensibles qui demanderaient à être ré-examinés par le législateur et la jurisprudence et qui permettraient, si amendés, de détenir un outil efficace à la qualification d'un contrat de travail. 1434

Ensuite, en **troisième partie** de thèse, et peut-être cela constitue-t-il l'éclairage le plus original de notre travail, nous avons réussi à révéler la force qualificative 1435

des divers éléments du rapport de subordination au sens large telle que la loi et ses relations de travail spéciales la reconnaissent. Nous savons désormais que l'élément économique représente l'élément caractéristique du rapport de subordination au sens large, soit son élément principal, à l'inverse des éléments hiérarchique et surtout organisationnel. Être conscient de la place donnée, aussi implicitement soit-elle, par ces relations de travail spéciales aux différents éléments du rapport de subordination au sens large, permet de lever le voile sur son identité juridique et de contempler la notion telle qu'elle est dessinée par le droit suisse lui-même. La quête vers un rapport de subordination au sens large, légitime, n'en est que plus proche. Par ailleurs, nous pouvons le souligner, il y a ce terme même de « *relation de travail spéciale* », un terme qui s'accompagne de celui de « *relation de travail approfondie et complexe* ». Une proposition personnelle de lexique assumée de notre part pour traduire des situations juridiques réelles et ne bénéficiant d'aucune classification : c'est aussi cela l'apport de notre thèse.

1436 Une autre contribution, en **quatrième partie** de thèse, aura été la comparaison du droit suisse et du droit britannique du travail, s'agissant de la question de la conclusion du contrat de travail, une réalisation encore jamais entreprise, à notre sens, dans une telle ampleur. Nous sommes fier de pouvoir estimer connaître à présent le fonctionnement de la qualification d'un contrat en contrat de travail de droit britannique et ce que ce système possède comme avantage et inconvénient par rapport au nôtre. Il s'agit d'une source d'inspiration potentielle remarquable dans un contexte de tentative d'amélioration du caractère efficace du rapport de subordination au sens large en droit suisse et comme aide à l'interprétation de nos critères nationaux. Le droit britannique est à la fois si éloigné de nous par ces trois contrats de travail et ses critères bien à lui, mais si proche dans ses difficultés à définir ce qu'est un travailleur. Il est bon de pouvoir s'en inspirer. Le rôle précis de ses critères et les grands développements de ceux-ci par la jurisprudence et la doctrine sont une force.

1437 Est ensuite venue, en **cinquième partie** de thèse, l'étude des plateformes de travail et en particulier celles pour la fourniture de services payants. Que de catégories diverses et variées de ces plateformes et que de difficultés à toutes les distinguer. Et si le classement s'est avéré délicat au niveau de la nomenclature économique, la révélation de leurs identités juridiques, en droit suisse, n'en a été que plus compliquée. En effet, les formes de la relation de travail adoptées par chacune d'entre elles sont très différentes. Employeuses de salariés une fois, mandataires une autre... Il n'est pas possible d'apporter de réponses communes quant à la nature juridique de ces plateformes. Seule une analyse spécifique à une plateforme en particulier pourra nous indiquer si celle-ci devrait être considérée comme une employeuse ou non de ses travailleurs. Malgré tout, nous sommes quand même parvenu, à la suite d'une étude approfondie de diverses

conditions générales issues de multiples plateformes, à relever des indices récurrents et pertinents en faveur ou défaveur des éléments du rapport de subordination au sens large. Si un tel exercice ne nous a pas permis directement de déterminer la nature juridique exacte de la relation entre une plateforme donnée et ses travailleurs, elle offre, aux juges et avocats notamment, un panel d'indices cruciaux à utiliser afin de prouver ou démontrer l'existence ou non d'un contrat de travail. Un tel travail nous aura aussi toutefois permis de soumettre une réforme plus efficace, celle-ci pouvant désormais tenir compte des spécificités de ces plateformes numériques.

Car en effet, nous proposons cette réforme, proposition que nous pouvons faire comme une approche nouvelle. Il s'agit de la dernière étape de ce travail qui se trouve en **sixième partie** de thèse : une réforme législative du rapport de subordination au sens large admissible, qui est efficace et légitime. Un objet pertinent d'inspiration avec comme objectif, à l'avenir, d'une refonte de la notion et du rôle de ce rapport par le législateur. Une proposition qui ne se voulait pas parfaite, mais seulement la synthèse précise d'une grande partie de nos recherches sur le rapport de subordination au sens large. Ainsi a-t-elle poussé notre souci d'apporter des solutions pratiques directement applicables un peu plus loin encore...

1438

Retenons pour conclure que les frontières entre salariés et indépendants, en droit du travail comme en assurances sociales suisses, ne sont pas aussi clairement tracées qu'on pourrait l'espérer. Plus nous les étudions, moins nous sommes à même de suivre les tracés sinueux qu'elles empruntent. Plus nous en apprenons sur ce rapport de subordination au sens large, moins nous semblons comprendre ce qu'il est... Mais après tout, un salarié n'est pas une notion immuable, mais mouvante, soit une pure création de l'homme qui se doit d'évoluer avec son temps. Notre réforme cherche à y participer. Peut-être se base-t-elle sur des critères, certes de droit positif, mais d'un temps révolu... L'heure est peut-être venue de se demander ce que nous voudrions qu'un salarié soit, et non ce qu'il est. Et c'est peut-être là le défi grandissant porté par une ère numérique toujours plus perturbatrice. Le salariat est mort, vive le salariat ? Ou un slogan du même genre...

1439

Bibliographie

Note : en raison de la grande diversité des sources de notre travail d'un point de vue de leurs origines nationales (suisses, françaises, britanniques, américaines, allemandes, européennes, etc.), nous avons préféré, par souci de clarté, les classer ensemble sans distinction quant à leur identité linguistique, de peur, en situation inverse, de créer plus de confusion lors de la consultation de la bibliographie que de faciliter la recherche.

A

ABEGG Andreas, BERNAUER Christof,

Welchen neuen Regulierungsbedarf schaffen Airbnb, Uber & Co. ?, in : PJA 2018, p. 82.

ADLER Tibère, SALVI Marco,

Quand les robots arrivent, Zurich 2017.

ALVAREZ Cipriano,

Buchungsplattformen im mietrechtlichen Bereich, in : mp 2018, p. 163.

AUER Andreas, MALINVERNI Giorgio, HOTTELIER Michel,

Droit constitutionnel suisse, Volume II, Berne 2013.

AUBERT David,

Le contrat de travail des voyageurs de commerce : Articles 347 à 350a du Code des obligations, Thèse, Lausanne 2010.

AUBERT Gabriel,

Droit du licenciement : la Suisse « condamnée » par l'OIT ?, in : *Piliers du droit social : Mélanges en l'honneur de Jacques-André Schneider*, Berne 2019, p. 261 à 275.

AUBERT Jean-François, MAHON Pascal,

Petit commentaire de la constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, Zurich, Bâle, Genève 2003.

B

BEATSON Jack, BURROWS Andrew, CARTWRIGHT John,

Anson's Law of Contract, Oxford 2016.

BELLANGER François, TANQUEREL Thierry (Eds.),

Le droit disciplinaire, Zurich 2018.

BEYELER Jean-Marc,

Le télétravail in : Question de droit, Lausanne 2002.

BOUGNOUX Daniel (Ed.),

Sciences de l'Information et de la Communication, Paris 1993.

BROOKS Ron,

Do Transportation Networking Companies Like Uber and Lyft Offer a Viable Alternative to Takicabs for People who are Blind or Visually Impaired ?, in : <https://acb.org/transportation-network-companies>, avril 2015 (consulté le 25 octobre 2019).

BRÜHWILER Jürg,

Einzelarbeitsvertrag : Kommentar zu den Art. 319-343 OR, 3^{ème} édition, Bâle 2014.

BRUNNER Christiane, BÜHLER Jean-Michel, WAEBER Jean-Bernard, BRUCHEZ Christian,

Commentaire du contrat de travail, 3^{ème} édition, Lausanne 2010.

BUCHER Andreas (Ed.),

Commentaire Romand : Loi sur le droit international privé, Convention de Lugano, Bâle 2011.

BURROWS Andrew,

A casebook on Contract, 6^{ème} édition, Oxford, Portland, Oregon 2018.

BUSER Martine, POSCHET Lena, PULVER Bernhard,
Télématique et nouvelles formes de travail, Berne 2000.

C

- CABRELLI David,
Employment Law in Context, 3^{ème} Edition, Oxford 2018.
- CARRON Maxence,
Le mandat de durée, Zurich 2018.
- CARRUZZO Philippe,
Le contrat individuel de travail : Commentaire des articles 319 à 341 du Code des obligations, Zurich, Bâle, Genève 2009.
- CARRY Paul,
Voyageur de commerce dépendant ou agent autonome ?, Genève 1953.
- CHRISTENSEN Christa, AMARSHI Rahim,
A typical worker or atypical workers, in : The New Law Journal, December 2002, Volume 152, Issue 7059, p. 1851.
- CIRIGLIANO Luca,
La numérisation, défi pour le droit du travail ? in : Jusletter 6 février 2017.
- CIRIGLIANO Luca,
Numérisation et droit du travail in : PJA 2018, p. 438.
- COLLINS Hugh, EWING K.D., MCCOLGAN Aileen,
Labour Law, Cambridge 2012.
- CONSEIL FÉDÉRAL (2004),
Rapport du Conseil fédéral établi en réponse au postulat Cina du 19 décembre 2003 (No 03.3663) sur les professions libérales en Suisse.
- CONSEIL FÉDÉRAL (2014),
Rapport du Conseil fédéral du 15 janvier 2014 donnant suite au postulat 11.3899 Cassis du 29 septembre 2011 : Professions libérales : quel est leur poids dans l'économie nationale ?

CONSEIL FÉDÉRAL (2016),

Rapport du Conseil fédéral du 16 novembre 2016 en réponse au postulat 12.3166 Meier-Schatz : Conséquences juridiques du télétravail.

CONSEIL FÉDÉRAL (2017),

Rapport du Conseil fédéral du 11 janvier 2017 sur les principales conditions-cadre pour l'économie numérique.

CONSEIL FÉDÉRAL (2017*),

Rapport du Conseil fédéral du 8 novembre 2017 donnant suite aux postulats 15.3854 Reynard du 16 septembre 2015 et 17.3222 Derder du 17 mars 2017 : Conséquences de la numérisation sur l'emploi et les conditions de travail : opportunités et risques.

CNNUM,

Rapport du conseil national du numérique sur la neutralité des plateformes, avis n° 2014-2, Mai 2014.

D

DAGRON Stéphanie, DUPONT Anne-Sylvie, LEMPEN Karine,

L'OIT et le droit social en Suisse : 100 ans et après ?, Genève 2019.

DEAKIN Simon, MORRIS Gillian S.,

Labour Law, 6^{ème} Édition, Oxford, Portland, Oregon 2012.

DEAKIN Simon, WILKINSON Frank,

Industrialization, Employment and Legal Evolution, Oxford 2005.

DE GROEN Pieter Willem, MASELLI Ilaria,

The Impact of the Collaborative Economy on the Labour Market, CEPS Special Report, Bruxelles 2016.

DE STEFANO Valerio,

The rise of the « just-in-time workforce » : On-demand work, crowdwork and labour protection in the « gig-economy », in : Conditions of work and employment series n° 71, OIT, Genève 2016.

DÉPARTEMENT FÉDÉRAL DE L'ÉCONOMIE PUBLIQUE (Ed.),

La Suisse économique et sociale, Einsiedeln 1926.

DOMENIG Pascal,

Homeoffice-Arbeit als besondere Erscheinungsform im Einzelarbeitsverhältnis, Thèse, Berne 2016.

DROZ Johan,

La substitution dans le contrat de mandat, Genève 2008.

DUNAND Jean-Philippe, LEMPEN Karine, MAHON Pascal (Eds.),

L'égalité entre femmes et hommes dans les relations de travail : 1996-2016 : 20 ans d'applications de la LEg, Zurich 2016.

DUNAND Jean-Philippe, MAHON Pascal (Eds.),

Commentaire du contrat de travail, Berne 2013.

DUNAND Jean-Philippe, MAHON Pascal (Eds.),

Internet au travail, Zurich 2014.

DUNAND Jean-Philippe, MAHON Pascal (Eds.),

Les aspects internationaux du droit du travail, Zurich 2019.

DUNAND Jean-Philippe, MAHON Pascal, PERRENOUD Stéphanie (Eds.),

Le droit de la relation de travail à la croisée des chemins : Convergences et divergences entre le droit privé du travail et le droit de la fonction publique : Droit suisse et droit comparé, Zurich 2016.

DUNAND Jean-Philippe, MAHON Pascal, WITZIG Aurélien (Eds.),

La révolution 4.0 au travail : Une approche multidisciplinaire, Zurich 2019.

DUPONT Anne-Sylvie, MOSER-SZELESS Margit,

Commentaire Romand : Loi sur la partie générale des assurances sociales, Bâle 2018.

DUTOIT Bernard,

Droit international privé suisse : Commentaire de la loi fédérale du 18 décembre 1987, 5^{ème} Édition, Bâle 2016.

E

ECOPLAN,

Die Entwicklung atypisch-prekärer Arbeitsverhältnisse in der Schweiz,
in : SECO Publikation Arbeitsmarktpolitik No 48, Berne novembre
2017.

EGLI Philipp, DEMIR Eylem,

Peer Regulation – Bewertungssysteme in der Plattformökonomie,
in : PJA 2018, p. 837.

EICHENHOFER Eberhard,

Soziale Menschenrechte, in : SZS 2014, p. 1.

EMIR Astra,

Law of Employment, 20^{ème} édition, Oxford 2018.

ENGEL Pierre,

*Contrats de droit suisse : Traité des contrats de la partie spéciale du
Code des obligations, de la vente au contrat de société simple, ar-
ticles 184 à 551 CO, ainsi que quelques contrats innommés,* 2^{ème} Édi-
tion, Berne 2000.

F

FAVRE Christian, MUNOZ Charles, TOBLER Rolf A.,

Le Contrat de Travail : Code Annoté, 2^{ème} édition, Lausanne 2010.

FISCHER Sylvie,

Conditions de la sous-location à l'heure d'Airbnb in : Plaidoyer
6/2016, p. 14.

FREEDLAND Mark (Ed.),

The Contract of Employment, Oxford 2016.

FREEDLAND Mark,

The Personal Employment Contract, Oxford 2003.

FRÉSARD-FELLAY Ghislaine, KAHIL-WOLFF Bettina, PERRENOUD Stéphanie,

Droit suisse de la sécurité sociale, Volume II, Berne 2015.

FURRER Andreas, GIRSBERGER Daniel, MÜLLER-CHEN Markus (Eds.),
Handkommentar zum Schweizer Privatrecht : Internationales Privatrecht Art. 1-200 IPRG, 3^{ème} Édition, Zurich 2016.

G

GÄCHTER Thomas, MEIER Michael E.,
Zur sozialversicherungsrechtlichen Qualifikation von Uber-Fahrern,
 in Jusletter 3 septembre 2018.

GAUCH Peter, SCHMID Jörg (Eds),
Zürcher Kommentar : Der Agenturvertrag, Art. 418a-418v OR : Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Kommentar zur 1. Und 2. Abteilung (Art. 1-529 OR), Zurich 2000.

GAUCH Peter,
Le contrat d'entreprise, (édition française), Zurich 1999.

GEISER Thomas, MÜLLER Roland,
Arbeitsrecht in der Schweiz, 3^{ème} édition, Berne 2015.

GEISER Thomas, VON KAENEL Adrian, WYLER Rémy,
Loi sur le travail, Berne 2005.

GEISSBÜHLER Grégoire,
Le recouvrement privé de créances : Aspects contractuels et protection du débiteur, Zurich 2016.

GILLESPIE Alisdair, WEARE Siobhan,
The English Legal System, 6^{ème} édition, Oxford 2017.

GIRSBERGER Daniel, HEINI Anton, KELLER Max, KREN KOSTKIEWICZ Jolanta, SIEHR Kurt, VISCHER Frank, VOLKEN Paul,
Zürcher Kommentar zum IPRG : Kommentar zum Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht (IPRG) vom 18. Dezember 1987, 2^{ème} Édition, Zurich 2004.

GREBER Pierre-Yves, KAHIL-WOLFF Bettina, FRÉSARD-FELLAY Ghislaine, MOLO Romolo,
Droit suisse de la sécurité sociale, Berne 2010.

GUYOT UNGER Olivia,

Le télétravail dans le droit suisse in : <https://www.hrtoday.ch/fr/article/le-teletravail-dans-le-droit-suisse>, 2013 (consulté le 25 octobre 2019).

H

HARDER Wolfgang S.,

Freie Mitarbeit und ähnliche Formen freier Zusammenarbeit : Ein Beitrag zur Abgrenzung in der Grauzone zwischen abhängiger und selbständiger Arbeit, Thèse, Berne 2000.

HARDER Wolfgang S.,

Abgestufter Beschäftigungsschutz für Freie Mitarbeiter, in : PJA 2001, p. 984.

HAUSHEER Heinz (Ed.),

Berner Kommentar : Der einfache Auftrag, Art. 394-406 OR, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Die einzelnen Vertragsverhältnisse, Berne 1992.

HEAD John,

Great Legal Traditions : Civil Law, Common Law, and Chinese Law in Historical and Operational Perspective, Durham 2011.

HIRT Thomas,

Zum Begriff des Handelsreisendenvertrags in : ArbR Zurich 1991, S. 63-99.

HONEYBALL Simon,

Employment Law, 14^{ème} Édition, Oxford 2016.

HONSELL Heinrich,

Kurzkommentar : Obligationenrecht, Bâle 2014.

HONSELL Heinrich, VOGT NEDIM Peter, WIEGAND Wolfgang (Eds.),

Basler Kommentar : Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, 6^{ème} édition, Bâle 2015.

HOWCROFT Debra, BERGVALL-KÅREBORN Birgitta,

A Typology of Crowdwork Platforms, in : WES, 4 mai 2018.

HUGUENIN Claire, MÜLLER-CHEN Markus (Eds.),

*Handkommentar zum Schweizer Privatrecht : Vertragsverhältnisse
Teil 2: Arbeitsvertrag, Werkvertrag, Auftrag, GoA, Bürgschaft :
Art. 319-529 OR*, 3^{ème} Édition, Zurich 2016.

HUWS Ursula, SPENCER Neil, JOYCE Simon,

Crowd Work in Europe, FEPS Studies, Décembre 2016.

K

KAHIL-WOLFF Bettina,

*Der AHV-rechtliche Beitragsstatus von in der Schweiz tätigen Über-
Fahrern : Gutachten zu Händen von Uber Switzerland GmbH*,
Lausanne 2017.

KIESER Ueli,

Sozialversicherungsrecht in a nutshell, 4^{ème} Édition, Zurich, Saint-Gall
2018.

KIESER Ueli/REICHMUTH Marco,

Bundesgesetz über die Familienzulagen, Zurich, Saint-Gall 2010.

KNAPP Blaise,

Constitution et sécurité juridique : Suisse, in : *Annuaire international
de justice constitutionnelle*, Vol. XV, p. 261, Paris 1999.

KNOEPFLER François, SCHWEIZER Philippe, OTHENIN-GIRARD Simon,

Droit international privé suisse, 3^{ème} édition, Berne 2005.

KULL Michael (Ed.),

Arbeitsvermittlungsgesetz (AVG), Berne 2014.

L

LE ROY Yves, SCHOENENBERGER Marie-Bernadette,

Introduction générale au droit suisse, 4^{ème} Édition, Genève, Zurich, Pa-
ris 2015.

LOOSER Fabian,

Der Personalverleih : unter besondere Berücksichtigung des GAV Personalverleih, Thèse, Bâle 2015.

LUBIAN Federico,

The Uber qualification dilemma : a comparative analysis driven by the concept of online trading community, Genève, Zurich, Bâle 2018.

LUNN Emma, COLLINSON Patrick,

Boring Chore ? Airtasker or TaskRabbit could help – at a price, in : The Guardian, 10 mars 2018.

M

MATILE Pierre, ZILLA José,

Travail temporaire, Zurich 2010.

MATSUMURA ARAUJO Ricardo,

99designs : An Analysis of Creative Competition in Crowdsourced Design, in : First AAAI Conference on Human Computation and Crowdsourcing, p. 17, AAAI Publications 2013.

MCKENDRICK Ewan,

Contract Law, 8^{ème} édition, Oxford 2018.

MCCRUDDEN Christopher,

Two Views of Subordination : The Personal Scope of Employment Discrimination Law in Jivraj v Hashwani, in : Industrial Law Journal (2012) 41 (1) : 30.

MEIER Anne,

Pour un retour du critère de l'intégration dans la définition du contrat de travail, in : DTA 2013, p. 97.

MEIER Anne,

Risques de précarisation des travailleurs induits par les plateformes in : PJA 2018, p. 302.

Message (1938),

Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale sur la protection des ouvriers à domicile, du 8 juillet 1938, FF 1938 II 201.

Message (1940),

Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale à l'appui d'un projet de loi sur le statut des voyageurs de commerce, du 6 décembre 1940, FF 1940 1341.

Message (1967),

Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale concernant la révision des titres dixième et dixième bis du code des obligations (Du contrat de travail), du 25 août 1967, FF 1967 II 249.

Message (1980),

Message concernant la révision de la loi fédérale sur le travail à domicile (Loi sur le travail à domicile), du 27 février 1980, FF 1980 II 282.

Message (1985),

Message concernant la révision de la loi fédérale sur le service de l'emploi et la location de services, du 27 novembre 1985, FF 1985 III 524.

Message (2000),

Message concernant la loi fédérale sur le commerce itinérant, du 28 juin 2000, FF 2000 3849.

MEYER Beat,

Das Anstellungsverhältnis des Handelsreisenden, Thèse, Zurich 1978.

MIDDLEMISS Sam, DOWNIE Margaret,

Employment Law in Scotland, 2^{ème} Édition, West Sussex 2015.

MONTEL Olivia,

L'économie des plateformes : enjeux pour la croissance, le travail, l'emploi et les politiques publiques, DARES n° 213, Août 2017.

N

NANTERMOD Philippe,

Postulat 17.3203 : Clarification du statut d'indépendant (16 mars 2017), in : <https://www.parlament.ch/fr/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaefte?AffairId=20173203> (consulté le 25 octobre 2019).

NANTERMOD Philippe,

Postulat 17.4087 : Société numérique : Étudier la création d'un nouveau statut de travailleur (13 décembre 2017), in : <https://www.parlament.ch/fr/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaefte?AffairId=20174087> (consulté le 25 octobre 2019).

NATOUR Faris,

Respecting Human Rights in the On-Demand Economy : Closing the New Governance Gap, in : *Business and Human Rights Journal*, 1 (2016) Cambridge University Press, p. 315.

O

OECD,

New forms of work in the digital economy, OECD Digital economy papers n° 260, Paris 2016.

ONUOHA Ndiya,

Umgang mit der Digitalisierung aus sozialversicherungsrechtlicher Perspektive, in : *PJA* 2018, p. 327.

P

PÄRLI Kurt,

Gutachten « Arbeits- und sozialversicherungsrechtliche Fragen bei Uber Taxifahrer/innen », Berne, Bâle 2016.

PÄRLI Kurt,

Neue Formen der Arbeitsorganisation : Internet-Plattformen als Arbeitgeber, in : *DTA* 2016, p. 243 (cité : Pärli (2016*)).

PEEL Edwin,

The Law of Contract, 14^{ème} Édition, Londres 2015.

PERRENOUD Stéphanie,

Durées du travail et discrimination in : *PJA* 2017, p. 657.

PETERMANN Nathanaël, CHAVANNE Michel,

Surveillance des communications électroniques, vie privée, in : Newsletter DroitDuTravail.ch (consulté le 25 octobre 2019) de novembre 2017.

PULVER Bernhard,

Aspects Juridiques du Télétravail, Berne 2000.

R

REHBINDER Manfred, STÖCKLI Jean-Fritz,

Berner Kommentar : Art. 319-330a OR, Der arbeitsvertrag : Der Einzelarbeitsvertrag, Berne 2010.

RIHM Thomas,

Vermittlungsplattformen sind keine Arbeitgeber, in : Jusletter 1^{er} avril 2019.

ROHNER Tobias, MAAS Sanna,

Home office-arbeits-, sozialversicherungs- und steuerrechtliche Aspekte in : SJZ 111/2015, p. 325.

RUDD G. R.,

The English Legal System, GB 1962.

S

SANER Corinne Andrea,

Telearbeit : Organisationsformen, Rechtsformen, Zurich 1992.

SCHMIDT Florian A.,

Arbeitsmärkte in der Plattformökonomie – Zur Funktionsweise und den Herausforderungen von Crowdwork und Gigwork, Bonn 2016.

SMITH Ian, BAKER Aaron, WARNOCK Owen,

Employment Law, 13^{ème} Édition, Oxford 2017.

STAEHELIN Adrian,

Zürcher Kommentar : Art. 319-330a OR, Der Arbeitsvertrag, 4^{ème} édition, Zurich, Bâle, Genève 2006.

STAEHELIN Adrian,

Zürcher Kommentar : Art. 330b-355 OR, Art. 361-362, Der Arbeitsvertrag, 4^{ème} édition, Zurich, Bâle, Genève 2014.

STREIFF Ullin, VON KAENEL Adrian, RUDOLPH Roger,

Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319-362 OR, 7^{ème} édition, Zurich, Bâle, Genève 2012.

SUBILIA Olivier, DUC Jean-Luc,

Droit du travail, éléments de droit suisse, Lausanne 2010.

SUPIOT Alain,

Critique du droit du travail, 3^{ème} édition, Paris 2015.

SUPIOT Alain,

Le droit du travail, 7^{ème} édition, Paris 2019.

SUPIOT Alain,

Les nouveaux visages de la subordination, in : *Droit Social* 2000, pp. 131-145.

SUPIOT Alain,

Temps de travail : pour une concordance des temps, in : *Droit Social* 1995, pp. 947-954.

T

TANNER Albert,

Travail à domicile (24 février 2014), in : <http://www.hls-dhs-dss.ch/textes/f/F16213.php> (consulté le 25 octobre 2019).

TAYLOR Matthiew,

Good Work : The Taylor Review of Modern Working Practices (juillet 2017), in : https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/627671/good-work-taylor-review-modern-working-practices-rg.pdf (consulté le 25 octobre 2019).

- TERCIER Pierre, BIERI Laurent, CARRON Blaise,
Les contrat spéciaux, 5^{ème} édition, Genève, Zurich, Bâle 2016.
- TERCIER Pierre, PICHONNAZ Pascal,
Le droit des obligations, 5^{ème} édition, Zurich 2012.
- THAWLEY Louise,
Atypical workers : it's not unusual ?, in : Tolley's Employment Law Newsletter, September 2012, Volume 18, Issue 3, p. 19.
- THE WORLD JURIST ASSOCIATION (Ed.),
Law and Judicial Systems of Nations, Washington 2002.
- THÉVENOZ Luc, WERRO Franz (Eds.),
Commentaire Romand : Code des Obligations I, Art. 1-529 CO, 2^{ème} édition, Bâle 2012.
- THÉVENOZ Luc,
Le travail intérimaire, Lausanne 1987.
- THÉVENOZ Luc,
Travail intérimaire et location de services, in : Fiches juridiques suisses 1991, n° 772, pp. 1-15.
- THÜRER Daniel, AUBERT Jean-François, MÜLLER Jörg Paul (Eds.),
Droit constitutionnel suisse, Zurich 2001.
- TSCHUDI Hans Peter,
La protection des travailleurs en droit suisse, Berne 1987.

V

- VALTERIO Michel,
Droit de l'assurance-vieillesse et survivant (AVS) et de l'assurance-invalidité (AI), Genève, Zurich, Bâle 2011.
- VISCHER Frank, MÜLLER Roland,
Der Arbeitsvertrag, 4^{ème} édition, Bâle 2014.

W

- WAAS Bernd, LIEBMAN Wilma B., LYUBARSKY Andrew, KEZUKA Katsutoshi,
Crowdwork – A Comparative Law Perspective, Francfort-sur-le-Main
2017.
- WEDDERBURN Lord,
The Worker and the law, 3^{ème} édition, Middlesex 1986
- WILDHABER Isabelle, GEISER Thomas,
Arbeitsrechtliche Fallstricke beim Jobsharing, in : ARV 2016 S. 1.
- WITZIG Aurélien,
Droit du travail, Zurich 2018.
- WITZIG Aurélien,
L'ubérisation du monde du travail : Réponses juridiques à une évolution économique in : ZSR 2016/I, Heft 5, p. 457.
- WITZIG Aurélien,
La subordination dans le contrat de travail, in : SJ 2015 II p. 39.
- WOOFORD Crowley, GODDARD Nick,
Part-time workers regulations – Four years on Part-time workers, in :
Tolley's Employment Law Newsletter, December 2004, Volume 10, Issue 5, p. 35.
- WYLER Rémy, HEINZER Boris,
Droit du travail, 4^{ème} édition, Berne 2019.
- WYLER Rémy (Ed.),
Panorama II en droit du travail, Berne 2012.
- WYLER Rémy (Ed.),
Panorama III en droit du travail, Berne 2017.

Z

ZEIN Bassem,

Travail par les plateformes : quelles relations contractuelles ?, in :
PJA 2018, p. 711.

ZWYGART Estelle,

*L'application des conventions collectives de travail aux contrats de
travail temporaire*, Thèse, Bâle 2012.

Conditions générales de plateformes

99DESIGNS,

Conditions générales d'utilisation (2 septembre 2019) in : <https://99designs.fr/legal/terms-of-use>, (consulté le 25 octobre 2019).

APPJOBBER,

Termes et conditions (9 novembre 2012) in : <https://fr.appjobber.com/info/agb>, (consulté le 25 octobre 2019).

BOOK A TIGER,

Allgemeine Geschäftsbedingungen zur Nutzung von Book a Tiger (28 février 2017) in : https://www.helpling.ch/ch_fr/conditions-generales, (consulté le 25 octobre 2019).

CLICKWORKERS,

General terms and conditions (3 décembre 2012) in : https://workplace.clickworker.com/en/agreements/10123?_ga=2.107326274.1922699493.1535981707-539017914.1529409717, (consulté le 25 octobre 2019).

FIGURE EIGHT,

Master Terms of Service (17 mai 2018) in : <https://www.figure-eight.com/legal/>, (consulté le 25 octobre 2019).

FOULEFACTORY,

Conditions Générales d'utilisation in : <https://www.foulefactory.com/conditions-generales-dutilisation/>, (consulté le 25 octobre 2019).

FREELANCER,

User Agreement (30 juillet 2019) in : <https://www.freelancer.com/about/terms>, (consulté le 25 octobre 2019).

LYFT,

Lyft Terms of Service (26 août 2019) in : <https://www.lyft.com/terms>, (consulté le 25 octobre 2019).

MECHANICAL TURK,

Participation agreement (17 décembre 2018) in : <https://www.mturk.com/participation-agreement>, (consulté le 25 octobre 2019).

STREETSPOTR,

Terms and conditions (octobre 2019) in : https://app.streetspotr.com/en/terms_of_use, (consulté le 25 octobre 2019).

STUART,

Conditions générales d'utilisation in : <https://stuart.com/fr/terms/>, (consulté le 25 octobre 2019).

TASK RABBIT,

Terms of Service (9 mai 2019) in : <https://www.taskrabbit.com/terms>, (consulté le 25 octobre 2019).

UPWORK,

User Agreement (19 septembre 2019) in : <https://www.upwork.com/legal#useragreement>, (consulté le 25 octobre 2019).

Table des matières

Sommaire	IX
Table des abréviations	XI
Introduction.....	1
Première partie : Le concept de rapport de subordination en droit suisse.....	7
Chapitre 1 : Le cadre juridique du rapport de subordination : Le contrat de travail ordinaire	11
§ 1 Historique.....	11
A. Code des obligations du 14 juin 1881	11
B. Révision générale du 30 mars 1911	12
C. Révision du titre dixième et dixième <i>bis</i> du 25 juin 1971	12
§ 2 Notion 13	
A. Définition.....	13
B. Caractéristiques	13
I. Un contrat de droit privé	13
1. Droit privé du travail.....	14
2. Droit collectif du travail.....	14
3. Droit public du travail.....	15
a. Loi fédérale sur l'assurance-accidents du 20 mars 1981 (LAA).....	16
b. Loi fédérale sur le travail dans l'industrie, l'artisanat et le commerce du 13 mars 1964 (Loi sur le travail, LTr)	16
c. Autres lois fédérales	17
II. Un contrat individuel.....	17
III. Un contrat synallagmatique.....	17
IV. Un contrat de durée	18
V. Un contrat « <i>impératif</i> »	18
§ 3 Les éléments objectivement essentiels	18
A. Une prestation de travail	19
I. Un élément personnel.....	19
II. Une prestation positive.....	20

III. Une obligation de moyen	20
B. Une durée	21
I. La durée comme longueur des rapports de travail (art. 319 al. 1 ^{er} CO)	21
II. La durée comme répartition du temps de travail (art. 319 al. 2 CO)	22
C. Un salaire	22
I. Un élément matériel	22
II. Les types de salaires	23
1. Le salaire en espèce et le salaire en nature	23
2. Le salaire au temps et le salaire à la tâche	23
III. Le travail à titre gratuit	24
IV. La problématique du stage	25
Chapitre 2 : La notion de rapport de subordination	27
§ 1 Les définitions du rapport de subordination selon la jurisprudence	28
§ 2 Les définitions du rapport de subordination selon la doctrine	29
Chapitre 3 : Les éléments constitutifs du rapport de subordination	31
§ 1 L'élément hiérarchique	31
A. Notion	32
I. Les directives générales	33
1. Notion	33
2. Exemples de directives	34
3. Distinction avec le règlement d'entreprise	34
II. Les instructions particulières	35
B. Une subordination au sens strict	36
C. Un double rôle	38
I. En matière de qualification de contrat	38
II. En matière de régime	39
D. Indices de présence	40
§ 2 L'élément organisationnel	40
A. L'élément spatial	41
I. Notion	42
II. Indices de présence	43
B. L'élément temporel	44
I. Notion	44
II. Indices de présence	44
§ 3 L'élément économique	45
A. Un renoncement à une activité entrepreneuriale propre	46
B. Une dépendance à une seule ou peu de sources de revenus	46

C. Une absence de risque d'entreprendre	47
D. Des rémunérations périodiques et constantes.....	48
E. Des restrictions à l'activité économique	48
§ 4 Le caractère alternatif des éléments du rapport de subordination au sens large	49
Deuxième partie : Analyse critique du rapport de subordination au sens large	53
Chapitre 4 : Faiblesses du rapport de subordination au sens large.....	57
§ 1 Faible présence dans la loi.....	57
§ 2 Définition fluctuante.....	59
§ 3 Absence de méthode d'utilisation de ses éléments caractéristiques	59
§ 4 Indices de présence de ses éléments caractéristiques émanant d'autres contrats.....	61
§ 5 Absence de présomption légale	63
§ 6 Non-conformité avec le droit des assurances sociales	64
A. Notion de salarié en droit des assurances sociales	65
B. Analyse et comparaison avec le droit du travail	66
C. Subordination = dépendance ?	69
D. Effets d'une qualification en droit des assurances sociales d'un individu comme salarié ou indépendant sur le droit du travail et inversement	70
Chapitre 5 : Conséquences des faiblesses du rapport de subordination au sens large.....	73
§ 1 La difficulté à qualifier une relation de travail en contrat de travail	73
A. Face à une forme de relation de travail connue.....	74
B. Face à une forme de relation de travail inconnue.....	75
§ 2 L'insécurité juridique.....	76
A. Le principe de la légalité.....	77
B. L'interdiction de l'arbitraire	79
§ 3 L'anéantissement des buts communs du droit du travail et du droit des assurances sociales	80
Troisième partie : Étude du rapport de subordination au sens large dans les relations de travail spéciales	85
Chapitre 6 : Les relations de travail spéciales.....	89
§ 1 La classification légale des contrats de travail.....	89
A. Contrat de travail ordinaire.....	89
B. Contrats individuels de travail de caractère spécial	90
§ 2 Problème et conséquences de la classification actuelle des contrats de travail	91
A. Problème : Des relations de travail rejetées par la classification légale	91
B. Conséquences	93
I. Manque d'harmonisation.....	93

II. Préjudice à l'émergence de nouvelles formes de relation de travail modernes.....	94
§ 3 Solution : Les relations de travail spéciales.....	94
A. Notion	95
I. Les relations de travail approfondies	95
II. Les relations de travail complexes	96
B. Contrats de travail ordinaires particuliers.....	98
I. Les contrats atypiques de travail	98
1. Le travail occasionnel.....	98
2. Le travail sur appel.....	99
3. Le « <i>Jobsharing</i> ».....	100
a. Le « <i>Jobsplitting</i> »	101
b. Le « <i>Jobparing</i> »	101
(i) Le « <i>Jobsharing pur</i> ».....	101
(ii) Le « <i>Jobsharing hybride</i> »	102
c. Synthèse.....	102
II. Les contrats de travail ordinaires régissant l'exercice d'une profession libérale.	103
Chapitre 7 : Le contrat d'engagement des voyageurs de commerce.....	107
§ 1 Historique	108
A. Loi fédérale sur les voyageurs de commerce du 4 octobre 1930	108
B. Loi fédérale sur les conditions d'engagement des voyageurs de commerce du 13 juin 1941	109
C. Contrat d'engagement des voyageurs de commerce de 1971	110
D. Loi fédérale sur le commerce itinérant du 23 mars 2001.....	110
§ 2 Notion 111	
A. Base légale	111
B. Une relation de travail approfondie	112
C. Distinction avec le contrat d'agence.....	112
D. Application de la LTr ?	113
§ 3 Les éléments objectivement essentiels.....	113
A. La négociation ou la conclusion d'affaires	114
B. Des voyages	115
C. Inscription au registre du commerce	116
D. Une activité non occasionnelle ou passagère.....	117
I. Travail occasionnel	117
II. Travail passager	117
E. Travail pour le compte et au nom d'un représenté	117
§ 4 L'existence et l'intensité des éléments du rapport de subordination au sens large	118

A.	L'élément organisationnel	120
I.	L'élément spatial.....	120
1.	Éléments intrinsèques en faveur d'une dépendance spatiale.....	120
2.	Éléments intrinsèques en défaveur d'une dépendance spatiale	121
a.	Des prestations extérieures	121
b.	Des prestations nomades	121
3.	Les droits et obligations issus de la liberté contractuelle en faveur d'une dépendance spatiale.	122
a.	Des itinéraires et lieux imposés	122
b.	Le port de signes distinctifs	122
c.	Une voiture de fonction.....	122
d.	Des réunions d'entreprise	123
e.	Un contrôle des locaux d'activité	123
f.	La surveillance des trajets	123
g.	L'octroi d'un bureau professionnel.....	124
4.	Les droits et obligations issus de la liberté contractuelle en défaveur d'une dépendance spatiale	124
a.	Le choix des itinéraires et clients.....	124
b.	Le choix des moyens de transport	124
c.	La réalisation des tâches administratives en dehors de l'entreprise	125
5.	Conclusion	125
II.	L'élément temporel	125
1.	Éléments intrinsèques en faveur d'une dépendance temporelle	126
2.	Éléments intrinsèques en défaveur d'une dépendance temporelle.....	126
3.	Les droits et obligations issus de la liberté contractuelle en faveur d'une dépendance temporelle.....	126
a.	Des horaires imposés.....	127
b.	Un contrôle du temps de travail.....	127
4.	Les droits et obligations issus de la liberté contractuelle en défaveur d'une dépendance temporelle.....	127
5.	Conclusion	127
B.	L'élément hiérarchique.....	128
I.	Éléments intrinsèques en faveur d'une dépendance hiérarchique.....	128
1.	La soumission aux instructions et directives	128
2.	Le rendu de rapports	129
II.	Éléments intrinsèques en défaveur d'une dépendance hiérarchique	129
III.	Les droits et obligations issus de la liberté contractuelle en faveur d'une dépendance hiérarchique	130
1.	Des obligations liées à la clientèle	130

2. Une politique commerciale particulière.....	130
3. Des cours de formations ou d'enseignements.....	131
4. Un contrôle des prestations de travail.....	131
IV. Les droits et obligations issus de la liberté contractuelle en défaveur d'une dépendance hiérarchique.....	131
V. Conclusion.....	132
C. L'élément économique.....	132
I. Éléments intrinsèques en faveur d'une dépendance économique.....	132
1. Art. 348a al. 1 ^{er} CO.....	132
2. Art. 349d CO.....	133
3. Art. 349a CO.....	133
4. Art. 347 al. 2 CO.....	133
II. Éléments intrinsèques en défaveur d'une dépendance économique.....	134
III. Les droits et obligations issus de la liberté contractuelle en faveur d'une dépendance économique.....	134
1. Un rendement minimum.....	134
2. Un nombre minimum de clients.....	135
IV. Les droits et obligations issus de la liberté contractuelle en défaveur d'une dépendance économique.....	135
1. Art. 349a al. 1 ^{er} CO.....	135
2. Art. 349b al. 1 ^{er} CO.....	136
3. Provision démesurément élevée.....	136
V. Conclusion.....	137
D. Synthèse.....	137
I. Présences et absences.....	137
II. Intensité des éléments présents.....	137
III. Tableau récapitulatif.....	138
Chapitre 8 : Le contrat de travail à domicile.....	139
§ 1 Historique.....	141
A. Loi sur le travail à domicile du 12 décembre 1940.....	141
B. Arrêté fédéral tendant à encourager le travail à domicile du 12 février 1949 et Ordonnance sur l'encouragement du travail à domicile du 28 juin 1949.....	141
C. Révision du titre dixième et dixième <i>bis</i> du code des obligations de 1971.....	142
D. Loi sur le travail à domicile du 20 mars 1981.....	142
§ 2 Notion 143	
A. Base légale.....	143
B. Une relation de travail approfondie.....	144
C. Application de la LTr?.....	144

§ 3 Les éléments objectivement essentiels	145
A. Le lieu de travail	146
I. Un lieu de travail choisi par le travailleur.....	146
II. Un lieu de travail extérieur à l'entreprise	146
III. Un lieu de travail fixe.....	147
B. La réalisation d'un ouvrage	147
C. Une activité industrielle, artisanale, technique ou commerciale	148
§ 4 Une spécificité du contrat de travail à domicile : le recours aux auxiliaires	150
§ 5 L'existence et l'intensité des éléments du rapport de subordination au sens large	151
A. L'élément organisationnel	152
I. L'élément spatial.....	152
1. Éléments intrinsèques en faveur d'une dépendance spatiale.....	152
2. Éléments intrinsèques en défaveur d'une dépendance spatiale	152
3. Conclusion	153
II. L'élément temporel	153
1. Éléments intrinsèques en faveur d'une dépendance temporelle	153
2. Éléments intrinsèques en défaveur d'une dépendance temporelle.....	153
3. Conclusion	154
B. L'élément hiérarchique.....	154
I. Éléments intrinsèques en faveur d'une dépendance hiérarchique.....	154
II. Éléments intrinsèques en défaveur d'une dépendance hiérarchique	155
1. L'absence de surveillance de l'employé par l'employeur	155
2. La délégation du travail à des membres de la famille	156
III. Conclusion	156
C. L'élément économique	157
I. Éléments intrinsèques en faveur d'une dépendance économique	157
1. Indemnité pour le matériel fourni par le travailleur (art. 351a al. 1 ^{er} CO)....	157
2. Restitution du matériel fourni par l'employeur (art. 352a al. 1 ^{er} CO)	158
II. Éléments intrinsèques en défaveur d'une dépendance économique.....	158
III. Conclusion	159
D. Synthèse	159
I. Présences et absences	159
II. Intensité des éléments présents.....	159
III. Tableau récapitulatif.....	160
Chapitre 9 : Le télétravail dans le cadre du contrat de travail ordinaire	161
§ 1 Historique.....	163
A. Accord-cadre européen sur le télétravail.....	164

B.	« <i>Telework Enhancement Act</i> »	164
C.	Directives fédérales et cantonales suisses en matière de télétravail.....	165
I.	Directives fédérales.....	165
II.	Directives cantonales	165
§ 2 Notion		166
A.	Le télétravail	166
B.	Le télétravail dans le cadre du contrat de travail	167
I.	Le télétravail dans le cadre du contrat de travail en droit public suisse.....	168
1.	Le télétravail dans le cadre du contrat de travail en droit public fédéral.....	169
a.	Base légale.....	169
b.	Directives fédérales.....	169
2.	Le télétravail dans le cadre du contrat de travail en droit public cantonal ...	170
a.	Directives bernoises	170
b.	Règlement genevois	171
c.	Directives valaisannes	171
3.	Synthèse	172
II.	Définition en droit européen	172
III.	Définition synthétique du télétravail dans le cadre d'un contrat de travail.....	172
IV.	Un contrat atypique de travail ou une relation de travail approfondie ?	173
1.	Un contrat atypique de travail ?	174
2.	Une relation de travail approfondie ?	175
3.	L'importance de la distinction	175
4.	Quid d'un droit au télétravail ?	177
§ 3 Les éléments objectivement essentiels.....		178
A.	Une activité exercée, tout ou en partie, en dehors des locaux de service.....	179
I.	Des formes de télétravail relatives au temps de travail par lieu	179
1.	Le télétravail alterné.....	179
2.	Le télétravail intégral ou isolé	180
II.	Des formes de télétravail relatives au lieu même	180
1.	Le télétravail fixe.....	181
2.	Le télétravail nomade ou mobile	181
3.	Le télétravail collectif.....	181
B.	Un travail effectué avec régularité.....	182
C.	Un travail effectué par le biais des technologies de l'information et de la communication.....	183
D.	Un travail qui aurait pu être effectué dans les locaux de l'employeur	185
E.	Des conditions pratiques d'accès à une demande de télétravail.....	185
§ 4 Des spécificités du télétravail.....		185

A. Droit d'accès de l'employeur au lieu du télétravail	186
B. Répartition du temps de travail.....	186
C. Planification et contrôle du travail.....	187
D. Intégration sociale.....	187
§ 5 Convergences et divergences avec le contrat de travail à domicile.....	188
A. Convergences	188
I. Un travail entrepris à l'extérieur des locaux de l'employeur	188
II. Des activités à haut degré d'autonomie	188
III. L'importance du résultat du travail sur le temps de travail.....	189
B. Divergences	189
I. La réalisation d'un ouvrage	190
II. Un cercle différent d'activité.....	190
III. Un lieu de travail fixe.....	190
IV. Un lieu de travail choisi par le travailleur.....	191
V. Une exécution du travail avec les membres de la famille.....	191
VI. L'application de la LTrD.....	191
VII. Une plus grande indépendance générale du travailleur à domicile	191
§ 6 L'existence et l'intensité des éléments du rapport de subordination au sens large	192
A. L'élément organisationnel	193
I. L'élément spatial.....	193
1. Éléments intrinsèques en faveur d'une dépendance spatiale	194
a. Une prestation réalisée en partie dans les locaux de l'employeur.....	194
b. L'utilisation des technologies de communication et de l'information ..	194
c. Le droit d'accès de l'employeur au lieu du télétravail	194
d. L'obligation d'intégration sociale du télétravailleur.....	195
e. L'obligation d'un espace de travail isolé.....	196
f. L'aménagement de l'espace de travail par l'entreprise.....	196
g. Un accès aux services de l'entreprise	197
2. Éléments intrinsèques en défaveur d'une dépendance spatiale	197
3. Conclusion	197
II. L'élément temporel	198
1. Éléments intrinsèques en faveur d'une dépendance temporelle	198
2. Éléments intrinsèques en défaveur d'une dépendance temporelle.....	198
3. Conclusion	200
B. L'élément hiérarchique.....	200
I. Éléments intrinsèques en faveur d'une dépendance hiérarchique.....	200
1. La soumission de l'employé aux instructions et directives de l'employeur ..	200
2. La planification du travail de l'employé	201

3. Le contrôle du travail de l'employé.....	201
II. Éléments intrinsèques en défaveur d'une dépendance hiérarchique.....	202
1. Une transmission d'instructions affectée	202
2. Un choix de directives restreint	203
3. Une absence de surveillance directe	203
III. Conclusion	203
C. L'élément économique.....	204
I. Éléments intrinsèques en faveur d'une dépendance économique.....	204
II. Éléments intrinsèques en défaveur d'une dépendance économique	204
III. Conclusion	205
D. Synthèse	205
I. Présences et absences.....	205
II. Intensité des éléments présents	205
III. Tableau récapitulatif	206
Chapitre 10 : La location de services.....	207
§ 1 Historique du contrat.....	209
A. Loi sur le service de l'emploi et la location de service (LSE) du 6 octobre 1989.....	209
B. Ordonnance sur le service de l'emploi et la location de services (OSE) du 16 janvier 1991.....	210
C. Ordonnance sur les émoluments, commissions et sûretés prévus par la loi sur le service de l'emploi (OEmol-LSE) du 16 janvier 1991	211
D. CCT Location de services	211
§ 2 Notion 212	
A. Définition	212
B. Une relation de travail complexe.....	213
C. Les formes de location de services.....	214
§ 3 Les relations entre parties.....	214
A. Bailleur de services – Locataire de services (contrat de location de services).....	215
I. Notion.....	215
1. Définition	215
2. Un contrat innommé <i>sui generis</i>	216
II. Les éléments objectivement essentiels.....	217
1. Une location de services à une entreprise tierce	217
2. Une location à titre commercial.....	218
a. Une location contre rémunération	218
b. Une location régulière.....	218
3. Un transfert du pouvoir de direction.....	219
B. Bailleur de services – Travailleur (contrat de travail).....	220

I.	Le travail temporaire	221
1.	Définition.....	221
2.	But principal	221
3.	Forme du contrat de travail	222
a.	Contrat-cadre.....	222
b.	Contrat de mission.....	223
II.	Mise à disposition de travailleurs à titre principal.....	224
1.	Définition.....	225
2.	But principal	225
3.	Forme du contrat de travail	225
III.	Mise à disposition occasionnelle de travailleurs.....	226
1.	Définition.....	226
2.	But principal	227
3.	Forme du contrat de travail	227
C.	Locataire de services -Travailleur.....	228
I.	Exercice du pouvoir de direction.....	228
II.	Responsabilité du locataire de services vis-à-vis du travailleur.....	229
III.	Responsabilité du travailleur vis-à-vis du locataire de services.....	230
§ 4	L'existence et l'intensité des éléments du rapport de subordination au sens large	231
A.	Dans le cadre du travail temporaire	231
I.	L'élément organisationnel.....	232
1.	L'élément spatial	232
a.	Éléments intrinsèques en faveur d'une dépendance spatiale.....	232
b.	Éléments intrinsèques en défaveur d'une dépendance spatiale.....	233
(i)	Lieu d'exécution de la prestation de travail en dehors des locaux de l'employeur	233
(ii)	Fourniture d'outils par l'entreprise locataire.....	233
c.	Conclusion.....	233
2.	L'élément temporel.....	234
a.	Éléments intrinsèques en faveur d'une dépendance temporelle.....	234
b.	Éléments intrinsèques en défaveur d'une dépendance temporelle	234
(i)	Des horaires imposés en amont par le locataire de services	235
(ii)	Des heures réalisées exclusivement au siège du locataire de services	235
c.	Conclusion.....	235
II.	L'élément hiérarchique	236
1.	Éléments intrinsèques en faveur d'une dépendance hiérarchique	236
2.	Éléments intrinsèques en défaveur d'une dépendance hiérarchique.....	236

3. Conclusion.....	237
III. L'élément économique.....	237
1. Éléments intrinsèques en faveur d'une dépendance économique	237
2. Éléments intrinsèques en défaveur d'une dépendance économique.....	238
3. Conclusion.....	238
IV. Synthèse.....	239
1. Présences et absences	239
2. Intensité des éléments présents	239
3. Tableau récapitulatif.....	239
B. Dans le cadre de la mise à disposition de travailleurs à titre principal.....	239
I. L'élément organisationnel	240
1. L'élément spatial	240
a. Éléments intrinsèques en faveur d'une dépendance spatiale	240
b. Éléments intrinsèques en défaveur d'une dépendance spatiale.....	240
c. Conclusion	241
2. L'élément temporel	241
a. Éléments intrinsèques en faveur d'une dépendance temporelle	241
(i) Fixation d'horaires en cas de mission	242
(ii) Fixation d'horaires en cas d'occupation par le bailleur	242
b. Éléments intrinsèques en défaveur d'une dépendance temporelle.....	242
c. Conclusion	243
II. L'élément hiérarchique	243
1. Éléments intrinsèques en faveur d'une dépendance hiérarchique	243
a. Un travail effectué sous les ordres de l'employeur hors de missions ...	243
b. Un rapport de subordination au sens strict général.....	244
c. Une obligation d'accepter une mission	244
2. Éléments intrinsèques en défaveur d'une dépendance hiérarchique	245
3. Conclusion.....	245
III. L'élément économique.....	245
1. Éléments intrinsèques en faveur d'une dépendance économique	246
2. Éléments intrinsèques en défaveur d'une dépendance économique.....	247
3. Conclusion.....	247
IV. Synthèse.....	247
1. Présences et absences	247
2. Intensité des éléments présents	247
3. Tableau récapitulatif.....	248
C. Dans le cadre de la mise à disposition occasionnelle de travailleurs	248
I. L'élément organisationnel	248

1. L'élément spatial	248
a. Éléments intrinsèques en faveur d'une dépendance spatiale.....	249
b. Éléments intrinsèques en défaveur d'une dépendance spatiale.....	249
c. Conclusion.....	250
2. L'élément temporel.....	250
a. Éléments intrinsèques en faveur d'une dépendance temporelle.....	250
(i) Fixation d'horaires en cas d'occupation par le bailleur	250
(ii) Fixation d'horaires en cas de mission	251
b. Éléments intrinsèques en défaveur d'une dépendance temporelle	251
c. Conclusion.....	251
II. L'élément hiérarchique	252
1. Éléments intrinsèques en faveur d'une dépendance hiérarchique	252
a. Un but de soumission aux ordres de l'employeur	252
b. Un rapport de subordination au sens strict général	253
2. Éléments intrinsèques en défaveur d'une dépendance hiérarchique.....	253
3. Conclusion	253
III. L'élément économique	254
1. Éléments intrinsèques en faveur d'une dépendance économique.....	254
2. Éléments intrinsèques en défaveur d'une dépendance économique	254
3. Conclusion	255
IV. Synthèse	255
1. Présences ou absences.....	255
2. Intensité des éléments présents	255
3. Tableau récapitulatif	256
Chapitre 11 : Synthèse	257
§ 1 Tableau récapitulatif	258
§ 2 Valeur qualificative par la récurrence	259
§ 3 Valeur qualificative par l'intensité	259
Quatrième partie : La conclusion du contrat de travail en droit britannique.....	261
Chapitre 12 : La notion de contrat en droit britannique.....	267
§ 1 « Offer ».....	267
§ 2 « Acceptance »	268
§ 3 « Consideration ».....	269
A. Définitions	269
B. « Something of value ».....	270
C. Une « sufficient consideration »	270
D. Une « consideration » non issue d'une obligation préexistante.....	271
	475

E. « Past consideration » ≠ « good consideration »	272
Chapitre 13 : Les types de contrats de travail	273
§ 1 « Contract of service (contract of employment) »	273
A. Lois applicables.....	273
B. Conditions ou « tests »	274
I. Conditions ou « tests » basiques	274
1. « Personal service »	275
2. « Mutuality of obligation test ».....	277
3. « Control test »	278
II. « Tests » supplémentaires	280
1. « Integration test »	281
2. « Economic reality test »	282
III. « Consistent provisions »	283
IV. « Elephant test »	285
§ 2 « Worker contract »	286
A. Lois applicables.....	287
B. Conditions ou « tests »	287
I. Conditions ou « tests » basiques	287
1. « Mutuality of obligation test ».....	288
2. « Personal service »	289
3. « Client and customer exception ».....	290
II. Indice de « Subordination »	292
§ 3 « Contract personally to do work »	294
A. Lois applicables.....	294
B. « Tests » ou conditions basiques	295
I. « Mutuality of obligation ».....	295
II. « Personal service »	295
III. « Subordination »	296
§ 4 « Good Work »	296
Chapitre 14 : « Atypical employments »	299
A. « Fixed-term workers »	300
B. « Part-time workers ».....	301
C. « Casual workers ».....	301
D. « Zero-hours contract workers »	303
E. « Agency workers »	304
F. « Homeworkers »	307
G. « Trainees »	309

Chapitre 15 : La conclusion du contrat de travail britannique comme inspiration ?	311
§ 1 Convergences avec la conclusion du contrat de travail suisse.....	312
A. Le rôle de la jurisprudence.....	312
B. La « <i>mutuality of obligation</i> » (1 ^{er} niveau) comme prestation de travail et salaire.....	313
C. Le « <i>control test</i> » comme rapport de subordination au sens large	313
D. L'« <i>integration test</i> » et l'élément organisationnel	314
E. L'« <i>elephant test</i> » et l'« <i>image globale</i> ».....	314
§ 2 Divergences avec la conclusion du contrat de travail suisse.....	315
A. Les trois contrats de travail britanniques	315
B. Des « <i>tests</i> » basiques ou minimums	316
C. Le « <i>personal service</i> ».....	316
D. La « <i>mutuality of obligation</i> » (2 ^{ème} niveau)	317
E. L'« <i>economic reality test</i> » et l'élément économique du rapport de subordination au sens large	318
F. La « <i>subordination</i> ».....	319
§ 3 Recommandations	319
A. Un triple statut de travailleurs en droit britannique.....	320
B. Des éléments objectivement essentiels « <i>made in</i> » UK	321
C. Des éléments objectivement essentiels britanniques aux rôles clairs	322
D. L'aura de la « <i>subordination</i> ».....	322
Cinquième partie : Les plateformes de travail pour la fourniture de services payants en droit suisse	325
Chapitre 16 : Notion.....	331
§ 1 Le cadre nomenclatural.....	331
A. Des plateformes numériques.....	332
B. Des plateformes commerciales	332
§ 2 Définition.....	333
I. « <i>Cloudwork</i> » (travail participatif).....	334
1. « <i>Crowdwork</i> »	335
a. « <i>Microtasking</i> ».....	335
b. Concours de créations.....	336
2. Mandats individuels	337
II. « <i>Gigwork</i> » (travail à la demande)	337
1. « <i>Crowdwork</i> »	338
2. Mandats individuels	338
a. Les services d'hospitalité	339
b. Le transport de personnes.....	339

c. Les services de logistique.....	339
d. Les services personnels.....	340
Chapitre 17 : Analyse au sens du droit suisse.....	341
§ 1 L'application du droit suisse	341
A. Arts. 116 et 117 LDIP	342
B. Art. 121 LDIP	344
§ 2 Des relations de travail spéciales ?	346
§ 3 Application de la LSE ?	349
A. Plateforme comme intermédiaire.....	349
B. Plateforme comme débitrice.....	350
§ 4 Les relations juridiques entre parties au rapport de travail au sens du droit suisse... 351	
A. Le client (mandant) et la plateforme.....	351
I. La plateforme est intermédiaire	351
1. Contrat de Courtage.....	352
a. Notions générales.....	352
b. Clauses ou situations factuelles types	353
2. Contrat d'agence.....	355
a. Notions générales.....	355
b. Clauses ou situations factuelles types	357
3. Contrat de mandat proprement dit	358
a. Notions générales.....	358
b. Clauses ou situations factuelles types	360
II. La plateforme est débitrice de la prestation.....	362
1. Contrat d'entreprise	362
a. Notions générales.....	362
b. Clauses ou situations factuelles types	364
2. Contrat de mandat proprement dit	365
B. La plateforme et le prestataire de service	365
I. La plateforme est intermédiaire	365
1. Contrat de courtage	366
2. Contrat d'agence.....	366
3. Contrat de mandat proprement dit	367
II. La plateforme est débitrice de la prestation.....	368
1. Contrat de travail	368
2. Contrat d'entreprise	369
3. Contrat de mandat proprement dit	369
C. Le prestataire de service et le client (mandant)	370

I.	La plateforme est intermédiaire.....	371
1.	Contrat de travail	371
2.	Contrat d'entreprise	372
3.	Contrat de mandat proprement dit.....	372
II.	La plateforme est débitrice de la prestation	372
§ 5	Examen du rapport de subordination au sens large dans la relation plateforme – prestataire de service	373
A.	Plateformes de « <i>microtasking</i> » en « <i>cloudwork</i> ».....	376
I.	Élément organisationnel.....	376
1.	Élément spatial.....	376
a.	Éléments en faveur d'une dépendance spatiale.....	376
(i)	Exécution de la prestation en ligne.....	376
(ii)	Utilisation d'outils de la plateforme.....	377
b.	Éléments en défaveur d'une dépendance spatiale.....	377
2.	Élément temporel.....	377
a.	Éléments en faveur d'une dépendance temporelle.....	378
b.	Éléments en défaveur d'une dépendance temporelle	378
II.	Élément hiérarchique.....	378
1.	Éléments en faveur d'une dépendance hiérarchique	379
a.	Confidentialité de la prestation de travail	379
b.	Comportement adéquat envers le client.....	379
c.	Méthodes de travail interdites.....	380
d.	Notation des performances du prestataire par le client	380
2.	Éléments en défaveur d'une dépendance hiérarchique.....	381
III.	Élément économique	381
1.	Éléments en faveur d'une dépendance économique.....	381
a.	Utilisation du matériel et d'outils de plateforme	382
b.	Prix de la prestation fixée par le client	382
2.	Éléments en défaveur d'une dépendance économique	382
B.	« <i>Freelancers marketplaces</i> ».....	383
I.	Élément organisationnel.....	383
1.	Élément spatial.....	383
a.	Éléments en faveur d'une dépendance spatiale.....	383
b.	Éléments en défaveur d'une dépendance spatiale.....	384
(i)	Choix du lieu de travail	384
(ii)	Absence de lieu de travail dans l'entreprise.....	384
(iii)	Absence de prêts de matériel	385
2.	Élément temporel.....	385

a.	Éléments en faveur d'une dépendance temporelle	385
b.	Éléments en défaveur d'une dépendance temporelle.....	386
II.	Élément hiérarchique	386
1.	Éléments en faveur d'une dépendance hiérarchique.....	386
2.	Éléments en défaveur d'une dépendance hiérarchique	387
III.	Élément économique.....	387
1.	Éléments en faveur d'une dépendance économique	387
a.	Clauses de non-contournement	388
b.	Utilisation exclusive des commentaires et notations	388
2.	Éléments en défaveur d'une dépendance économique.....	389
a.	Choix du prix et des termes du contrat.....	389
b.	Absence de mise à disposition d'outils et de matériels.....	389
C.	Plateformes de « <i>crowdwork</i> » en « <i>gigwork</i> ».....	390
I.	Élément organisationnel.....	390
1.	Élément spatial	390
a.	Éléments en faveur d'une dépendance spatiale	390
b.	Éléments en défaveur d'une dépendance spatiale	390
2.	Élément temporel	391
a.	Éléments en faveur d'une dépendance temporelle	391
b.	Éléments en défaveur d'une dépendance temporelle.....	391
II.	Élément hiérarchique	392
1.	Éléments en faveur d'une dépendance hiérarchique.....	392
a.	Système de notation	392
b.	Points de fidélité	392
2.	Éléments en défaveur d'une dépendance hiérarchique	393
III.	Élément économique.....	393
1.	Éléments en faveur d'une dépendance économique	394
2.	Éléments en défaveur d'une dépendance économique.....	394
D.	Transport de personnes.....	395
I.	Élément organisationnel.....	396
1.	Élément spatial	396
a.	Éléments en faveur d'une dépendance spatiale	396
b.	Éléments en défaveur d'une dépendance spatiale	396
(i)	Utilisation de matériel personnel	397
(ii)	Choix du lieu de travail	397
(iii)	Absence de signes distinctifs.....	397
2.	Élément temporel	398
a.	Éléments en faveur d'une dépendance temporelle	398

b.	Éléments en défaveur d'une dépendance temporelle	399
II.	Élément hiérarchique.....	399
1.	Éléments en faveur d'une dépendance hiérarchique	399
a.	Directives générales	399
b.	Maintien de bonnes notes	400
c.	Contrôles	401
d.	Système de notation de chauffeurs	401
2.	Éléments en défaveur d'une dépendance hiérarchique.....	402
a.	Refus de clients	402
b.	Absence de réunions de personnel.....	403
III.	Élément économique.....	403
1.	Éléments en faveur d'une dépendance économique.....	403
a.	Imposition des prix par la plateforme	404
b.	Réduction ou annulation du prix de la course.....	404
c.	Interdiction d'accepter d'autres passagers	405
2.	Éléments en défaveur d'une dépendance économique	405
a.	Utilisation de matériel personnel	405
b.	Absence d'interdiction de faire concurrence	406
E.	Services de logistique	406
I.	Élément organisationnel.....	406
1.	Élément spatial.....	407
a.	Éléments en faveur d'une dépendance spatiale.....	407
(i)	Port d'uniforme	407
(ii)	Géocalisation	407
b.	Éléments en défaveur d'une dépendance spatiale.....	408
2.	Élément temporel.....	408
a.	Éléments en faveur d'une dépendance temporelle.....	408
b.	Éléments en défaveur d'une dépendance temporelle	408
II.	Élément hiérarchique.....	409
1.	Éléments en faveur d'une dépendance hiérarchique	409
a.	Interdiction du refus excessif de clients.....	409
b.	Notation par les clients	409
2.	Éléments en défaveur d'une dépendance hiérarchique.....	410
a.	Refus de clients	410
b.	Choix de l'itinéraire.....	410
III.	Élément économique	411
1.	Éléments en faveur d'une dépendance économique.....	411
a.	Fixation des prix par la plateforme	411

b. Délivrance d'accessoires de transport	411
2. Éléments en défaveur d'une dépendance économique.....	412
F. Synthèse	412
Sixième partie : Proposition d'une réforme législative admissible du rapport de subordination au sens large	415
Chapitre 18 : Une réforme législative.....	419
§ 1 Modification de l'art. 319 al. 1^{er} CO	419
A. Art. 319 al. 1 ^{er} CO.....	419
B. Commentaire.....	419
§ 2 Création d'un art. 319bis CO	420
A. Art. 319bis CO	420
B. Commentaire.....	420
I. Alinéa 1 ^{er}	420
II. Alinéa 2	421
III. Alinéa 3	422
§ 3 Création d'un art. 319ter CO	422
A. Art. 319ter CO.....	423
B. Commentaire.....	423
Chapitre 19 : Une réforme admissible.....	425
§ 1 Une réforme légitime.....	425
A. Représentativité de la réelle identité du rapport de subordination au sens large.....	425
I. La dépendance économique comme élément principal et caractéristique	426
1. Un élément systématiquement présent dans les relations de travail spéciales étudiées	426
2. Un élément souvent dominateur dans les relations de travail spéciales étudiées.....	426
3. Un élément seul présent dans le travail temporaire et la mise à disposition de travailleurs à titre principal.....	427
4. Un élément exclusivement décisif pour la reconnaissance d'un travailleur libre	427
5. Un élément présent dans les contrats de travail ordinaires particuliers régissant l'exercice d'une profession libérale	428
II. Une définition qui tient compte des éléments hiérarchique, temporel et spatial à titre supplétif	428
1. Des éléments tantôt présents tantôt absents des relations de travail spéciales étudiées	429
2. Des éléments jamais dominateurs dans les relations de travail spéciales étudiées.....	429
B. Respect ou Cohérence avec le droit du travail suisse et international.....	430

I. Une réforme aux notions inchangées.....	430
II. Une réforme en accord avec le droit de l'OIT	430
§ 2 Une réforme efficace.....	431
A. Résolution des faiblesses du rapport de subordination au sens large et de leurs conséquences	431
I. Une définition légale du rapport de subordination au sens large	432
II. Une définition juridiquement stable du rapport de subordination au sens large ..	432
III. Une méthode d'utilisation des différents éléments du rapport de subordination au sens large	432
IV. Des indices de présence inoffensifs des éléments caractéristiques du rapport de subordination au sens large émanant d'autres contrats	433
V. Une présomption légale d'un rapport de subordination au sens large.....	434
VI. Un recoupement de la notion de salarié en droit du travail et en droit des assurances sociales.....	434
B. Disparition définitive de la notion bancale et injuste de travailleurs libre.....	435
C. Adaptation aux plateformes de travail pour la fourniture de services payants	435
I. Un rôle de l'élément économique adapté	436
II. Un rôle des éléments spatial et temporel adapté.....	436
III. Une représentativité complète des indices significatifs	437
IV. Adaptation à l'hétérogénéité des plateformes de travail pour la fourniture de services payants.....	437
Conclusion	439
Bibliographie	443
Conditions générales de plateformes	461
Table des matières.....	463