

# Subordination personnelle, organisationnelle, économique et algorithmique dans les relations de travail

JEAN-PHILIPPE DUNAND\*

Mots-clés: contrat de travail, lien de subordination, droit de donner des instructions, droit de contrôler, droit de sanctionner, intégration dans l'entreprise, flexibilisation, dépendance économique, intelligence artificielle et algorithme, évolution de la jurisprudence

## A. Introduction

Le contrat de travail est un contrat bilatéral parfait dont l'existence dépend de la réalisation de quatre conditions cumulatives: une prestation de travail, un élément de durée, un rapport de subordination et une rémunération (cf. art. 319 al. 1 CO<sup>1</sup>)<sup>2</sup>. Autrement dit, le travailleur met son temps et sa force de travail à disposition de l'employeur, de manière subordonnée, pendant une durée déterminée ou indéterminée, en vue de l'exécution d'une prestation de travail, en échange du versement par l'employeur d'un salaire fixé d'avance ou le temps ou le travail fourni<sup>3</sup>.

Ainsi que le rappelle régulièrement le Tribunal fédéral, le contrat de travail se distingue avant tout des autres contrats de prestation de services, en particulier du mandat, par l'existence d'un lien de subordination<sup>4</sup>, qui place le travailleur dans la dépendance de son employeur sous l'angle personnel, organisationnel et temporel ainsi que, dans une certaine mesure, économique<sup>5</sup>.

---

\* Prof., Avocat, docteur en droit, professeur de droit du travail et d'histoire du droit à l'Université de Neuchâtel.

1 Code des obligations (CO) du 30 mars 1911 (RS 220).

2 ATF 148 II 426, c. 6.3; TF 4A\_117/2024 du 21 août 2024, c. 4.2; TF 4A\_53/2021 du 21 septembre 2021, c. 5.1.3.

3 Cf. JEAN-PHILIPPE DUNAND, in: Dunand/Mahon, avec la collaboration de C. Zimmermann (éd.), Commentaire du contrat de travail, Berne 2022, N 9 ss ad art. 319 CO.

4 ATF 148 II 426, c. 6.3; ATF 125 III 78, c. ATF 121 I 259, c. 3a; ATF 112 II 41; TF 4A\_53/2021 du 21 septembre 2021, c. 5.1.3.1.

5 ATF 121 I 259, c. 3a; TF 2C\_257/2022 du 22 janvier 2025, c. 6.2.1; TF 4A\_53/2021 du 21 septembre 2021, c. 5.1.3.1.

Le lien de subordination constitue ainsi le critère distinctif essentiel<sup>6</sup>. D'ailleurs, c'est la reconnaissance de l'existence d'un tel lien qui a été à l'origine, à la fin du XIX<sup>e</sup> siècle, de la naissance du droit du travail moderne et des protections des travailleurs<sup>7</sup>.

La jurisprudence a précisé que les critères formels, tels l'intitulé du contrat, les déclarations des parties ou les déductions aux assurances sociales, ne sont pas à eux seuls déterminants. Il faut bien plutôt tenir compte de critères matériels relatifs à la manière dont la prestation de travail est effectivement exécutée, tels le degré de liberté dans l'organisation du travail et du temps, l'existence ou non d'une obligation de rendre compte de l'activité et/ou de suivre les instructions, ou encore l'identification de la partie qui supporte le risque économique<sup>8</sup>.

Constituent ainsi des éléments typiques du contrat de travail le remboursement des frais encourus par le travailleur, le fait que l'employeur supporte le risque économique et que le travailleur abandonne à un tiers l'exploitation de sa prestation, en contrepartie d'un revenu assuré<sup>9</sup>. Seul l'examen de l'ensemble des circonstances du cas concret permet de déterminer si l'activité en cause relève du contrat de travail ou non<sup>10</sup>.

La jurisprudence abondante, parfois récente, de notre Haute Cour nous invite à distinguer quatre expressions du rapport de subordination, lesquelles peuvent exister cumulativement ou alternativement dans un cas donné: la subordination personnelle (**A**), la subordination organisationnelle (**B**), la subordination économique (**C**) et la subordination algorithmique (**D**).

## B. La subordination personnelle

Selon la jurisprudence, le travailleur est assujéti à la surveillance, aux ordres et instructions de l'employeur; il est intégré dans la structure hiérarchique et l'organisation de travail d'autrui et y reçoit une place déterminée<sup>11</sup>. Le contrat de travail est en principe conclu *intuitu personae*. Il est en effet étroitement lié aux qualités et prestations du travailleur, ce qui implique aussi, sauf accord contraire ou si les circonstances l'y autorisent (cf. art. 321 CO), que celui-ci exécute personnellement la prestation de travail<sup>12</sup>.

6 ATF 125 III 78, c. 4; TF 4A\_93/2022 du 3 janvier 2024, c. 3.3; TF 4A\_64/2020 du 6 août 2020, c. 6.2; TF 4A\_194/2011 du 5 juillet 2011, c. 5.6.1.

7 PASCAL LOKIEC, *Salariés, libres... et heureux?* – La face cachée de l'autonomie au travail, Paris 2024, p. 10; ALAIN SUPLOT, *Le droit du travail*, Collection Que sais-je?, Paris 2020, pp. 65 ss.

8 TF 2C\_257/2022 du 22 janvier 2025, c. 6.2.1; TF 4A\_53/2021 du 21 septembre 2021, c. 5.1.3.2; TF 4A\_64/2020 du 6 août 2020, c. 6.4.

9 TF 4A\_53/2021 du 21 septembre 2021, c. 5.1.3.2; TF 4A\_64/2020 du 6 août 2020, c. 6.3.5.

10 ATF 130 III 213, c. 2.1; ATF 129 III 664, c. 3.2; ATF 128 III 129, c. 1a/aa.

11 ATF 148 II 426, c. 6.3; TF 4A\_53/2021 du 21 septembre 2021, c. 5.1.3.1; TF 4A\_64/2020 du 6 août 2020, c. 6.3.1.

12 ATF 148 II 426, c. 6.3.

En principe, des instructions qui ne se limitent pas à de simples directives générales, mais qui influent sur l'objet et l'organisation du travail et qui instaurent un droit de contrôle du supérieur hiérarchique révèlent l'existence d'un contrat de travail plutôt que d'un mandat<sup>13</sup>.

Il résulte de ce qui précède que le droit de l'employeur de donner des instructions et des directives (I) et celui de contrôler et de surveiller les travailleurs (II) constituent des éléments caractéristiques essentiels de la subordination personnelle et du pouvoir de direction de l'employeur<sup>14</sup>. On y ajoutera le droit de l'employeur de sanctionner les travailleurs qui ne respectent pas les directives légitimes (III)<sup>15</sup>. On peut se référer ici à la formule synthétique de la Cour de cassation française qui paraît correspondre à l'optique du droit suisse: «Le lien de subordination est caractérisé par l'exécution d'un travail sous l'autorité d'un employeur qui a le pouvoir de donner des ordres et des directives, d'en contrôler l'exécution et de sanctionner les manquements»<sup>16</sup>.

Il va de soi que ces prérogatives sont, d'une manière générale, encadrées et limitées par les dispositions impératives de la loi, ainsi que par les règles contenues dans une convention collective de travail, un contrat-type, un règlement d'entreprise, ou dans le contrat individuel de travail du travailleur concerné<sup>17</sup>.

## I. Droit de donner des instructions et directives

Le droit de donner des directives générales et des instructions particulières fait l'objet de l'art. 321d al. 1 CO. Il permet à l'employeur de concrétiser unilatéralement les prestations attendues, dans les limites du contrat de travail<sup>18</sup>. Il s'agit de l'un des aspects du rapport de subordination caractérisant le contrat de travail<sup>19</sup>. A vrai dire, l'employeur a non seulement le droit de donner des directives, mais aussi l'obligation de donner les instructions nécessaires afin de garantir des conditions de travail optimales permettant de préserver la santé et la personnalité de ses employés (cf. art. 328 CO et art. 6 LTr<sup>20</sup>)<sup>21</sup>.

La loi distingue les directives portant sur l'exécution du travail (instructions génériques et techniques) et celles relatives à la conduite des travailleurs (cf.

13 TF 4A\_53/2021 du 21 septembre 2021, c. 5.1.3.1; TF 4A\_64/2020 du 6 août 2020, c. 6.3.1.

14 SEMSIJA ETEMI, Le pouvoir de direction de l'employeur – Concept, étendue et limites, Berne 2022, pp. 8 ss et 75 ss.

15 ETEMI (n. 14), pp. 288 ss.

16 Arrêt Société générale du 13 novembre 1996, n° 94–13187.

17 Cf. DUNAND (n. 3), N 6 ad art. 321d CO; ETEMI (n. 14), pp. 261 ss; ULLIN STREIFF/ADRIAN VON KAENEL/ROGER RUDOLPH, Arbeitsvertrag – Praxiskommentar zu Art. 319–362 OR, Zurich/Bâle/Genève 2012, N 3 ad art. 321d CO.

18 TF 2C\_257/2022 du 22 janvier 2025, c. 6.3.2.

19 RÉMY WYLER/BORIS HEINZER/AURÉLIEN WITZIG, Droit du travail, Berne 2024, pp. 148 s.

20 Loi fédérale sur le travail dans l'industrie, l'artisanat et le commerce (LTr) du 13 mars 1964 (RS 822.11).

21 TF 4C.186/2006 du 5 septembre 2006, c. 2.3. Cf. ETEMI (n. 14), pp. 83 ss.

art. 321d al. 1 CO)<sup>22</sup>. Les instructions génériques (*Zielanweisungen*) portent sur l'exécution du travail en ce qui concerne notamment le lieu, le temps, la méthode et l'étendue du travail à fournir<sup>23</sup>. Ainsi, la mise à disposition d'un poste de travail, l'obligation de respecter des horaires de travail imposés, les contrôles de l'horaire de travail et l'obligation de se présenter régulièrement dans l'entreprise sont des éléments indiquant l'existence d'un contrat de travail<sup>24</sup>. Les directives techniques (*Fachanweisungen*) concernent de manière plus spécifique les techniques de travail, ainsi que le maniement des instruments de travail<sup>25</sup>. Enfin, les directives sur la conduite des travailleurs (*Verhaltensanweisungen*) règlent la manière de se comporter au sein de l'entreprise, tant par rapport aux relations personnelles que dans l'observation des mesures de prévention, de sécurité et des règles d'organisation administrative<sup>26</sup>.

Subordonné personnellement à son employeur, le travailleur a le devoir de s'acquitter, selon les règles de la bonne foi (cf. art. 2 CC<sup>27</sup>), des instructions et directives qui lui ont été communiquées (cf. art. 321d al. 2 CO)<sup>28</sup>. En sus des limites générales évoquées ci-dessus, les directives sont cadrées par le respect des règles de la bonne foi, opposables également à l'employeur, et des droits de la personnalité de la personne employée<sup>29</sup>.

## II. Droit de contrôler et de surveiller

Le droit de contrôler et de surveiller les personnes employées n'est pas prévu de manière expresse dans les dispositions du code des obligations sur le contrat de travail (cf. art. 319 à 362 CO). Il est toutefois inhérent au rapport de subordination<sup>30</sup>. En effet, le droit de donner des instructions et des directives comporte celui de contrôler qu'elles ont été correctement appliquées<sup>31</sup>. Comme le résume le Tribunal fédéral, le «travailleur est assujéti à la surveillance, aux ordres et instructions de l'employeur»<sup>32</sup>.

La jurisprudence relève à juste titre qu'il est toutefois difficile en pratique de faire une distinction entre, d'une part, des simples mesures de surveillance qui tirent leur justification du droit de l'employeur de contrôler la qualité du travail

22 Cf. DUNAND (n. 3), N 17 ss ad art. 321d CO; ETEMI (n. 14), pp. 15 ss.

23 MANFRED REHBINDER/JEAN-FRITZ STÖCKLI, in: Berner Kommentar, Berne 2010, N 25 ad art. 321d CO.

24 TF 4A\_64/2020 du 6 août 2020, c. 6.3.2.

25 REHBINDER/STÖCKLI (n. 23), N 26 ad art. 321d CO.

26 REHBINDER/STÖCKLI (n. 23), N 27 ad art. 321d CO.

27 Code civil suisse (CC) du 10 décembre 1907 (RS 210).

28 Cf. DUNAND (n. 3), N 24 ss ad art. 321d CO.

29 TF 2C\_103/2008 du 30 juin 2008, c. 6.2.

30 JEAN-PHILIPPE DUNAND/DAVID RAEDLER, in: Dunand/Mahon, avec la collaboration de C. Zimmermann (édit.), Commentaire du contrat de travail, Berne 2022, N 101 ad art. 328b CO.

31 ATF 139 II 7, c. 5.2; ATF 130 II 425, c. 4.2.

32 TF 4A\_53/2021 du 21.9.2021, c. 5.1.3.1.

ou tirent leur justification du droit de l'employeur de contrôler la qualité du travail ou le rendement des travailleurs, qui sont en principe licites, et d'autre part, des mesures de surveillance qui portent uniquement ou essentiellement sur le comportement des travailleurs, qui sont, en principe, illicites (cf. art. 26 OLT 3<sup>33</sup>)<sup>34</sup>. Une difficulté qui s'avère d'autant plus marquée que les mesures de surveillance peuvent englober toute forme de surveillance, dont la vidéosurveillance, l'apposition de GPS dans des véhicules de fonction, des logiciels de surveillance des moyens de télécommunication ou encore les systèmes d'enregistrement du temps de travail<sup>35</sup>.

En principe, un système de surveillance des personnes employées est licite lorsqu'il est conforme aux conditions suivantes<sup>36</sup>: justification par d'autres raisons que la surveillance du comportement des travailleurs (organisation, planification du travail et contrôle du travail, formation, prévention des accidents, protection de la sécurité des personnes et des biens); existence d'un intérêt prépondérant de l'employeur; absence d'atteinte à la santé et à liberté de mouvement des travailleurs; respect des principes généraux de la LPD<sup>37</sup>, notamment du principe de la proportionnalité; information donnée aux travailleurs sur l'existence du système et ses modalités d'utilisation, la durée de conservation des données et leur destruction.

### III. Droit de sanctionner

Le travailleur qui ne se conforme pas aux directives légitimes de son employeur viole son devoir de fidélité (cf. art. 321a CO) et son devoir d'obéissance (art. 321d al. 2 CO). Il risque diverses sanctions<sup>38</sup>. Il peut, par exemple, devoir réparer tout ou partie du dommage qu'il a causé (cf. art. 321e CO) ou se voir notifier son licenciement ordinaire ou immédiat<sup>39</sup>.

Suivant les cas, et dans le respect des dispositions légales et contractuelles applicables, l'employeur peut mettre en œuvre des sanctions disciplinaires, telles que l'avertissement, le blâme, la rétrogradation ou la peine conventionnelle<sup>40</sup>. Celles-ci doivent être proportionnées, prédéterminées et circonscrites<sup>41</sup>.

33 Ordonnance 3 relative à la loi sur le travail (OLT 3) du 18 août 1993 (RS 822.113).

34 ATF 130 II 425, c. 4.3.

35 DUNAND/RAEDLER (n. 30), N 101 ad art. 328b CO; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (n. 17), N 8 ad art. 328b CO.

36 Cf. DUNAND/RAEDLER (n. 30), N 102 ad art. 328b CO; WYLER/HEINZER/WITZIG (n. 19), pp. 410 ss.

37 Loi fédérale sur la protection des données (LPD) du 25 septembre 2020 (RS 235.1).

38 ETEMI (n. 14), pp. 383 ss; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (n. 17), N 7 ad art. 321d CO; WYLER/HEINZER/WITZIG (n. 19), pp. 158 ss.

39 ETEMI (n. 14), pp. 395 ss.

40 ETEMI (n. 14), pp. 403 ss; OLIVIER SUBILIA/JEAN-LOUIS DUC, *Droit du travail – Eléments de droit suisse*, Lausanne 2010, N 7 ss ad art. 321 CO.

41 WYLER/HEINZER/WITZIG (n. 19), p. 166.

Dans un arrêt de principe, le Tribunal fédéral s'est penché sur la validité d'une sanction disciplinaire prévue sous forme de peine conventionnelle (cf. art. 160 CO)<sup>42</sup>. Lorsqu'une telle peine remplit une fonction réparatrice (réparation du dommage causé par le travailleur), sa validité doit être examinée à la lumière des art. 321e et 362 CO. Lorsqu'elle remplit une fonction punitive, la clause doit indiquer clairement les comportements visés et les sanctions prévues, lesquelles doivent être proportionnées.

### **C. La subordination organisationnelle**

Historiquement, les premières usines industrielles, dans lesquelles il existait un puissant lien de subordination hiérarchique, spatial et temporel entre le patron et l'ouvrier, présentaient toutes les caractéristiques d'une subordination personnelle presque sans limites (lieu et temps de travail uniques et fixes, surveillance étendue, discipline autoritaire, sanctions, etc.)<sup>43</sup>. Le pouvoir (arbitraire) de l'employeur fut par la suite limité et encadré à l'occasion des premières législations protectrices de droit du travail<sup>44</sup>. Les employeurs cherchèrent de leur côté à améliorer la rentabilité des ouvriers par de nouvelles formes d'organisation scientifique du travail, notamment théorisées et mises en pratique par Frederick Winslow Taylor et Henry Ford (forte hiérarchie, aucune indépendance des travailleurs, division du travail, distinction entre conception et exécution, contrôle minutieux du temps de travail)<sup>45</sup>. Le Taylorisme et le Fordisme devinrent en quelque sorte des termes génériques pour caractériser une organisation du travail fondée sur une forte subordination personnelle.

Avec le temps, et en fonction d'une plus ou moins large autonomie conférée à certains employés, le critère traditionnel de la subordination fonctionnelle a paru inadapté pour exprimer à lui seul le lien de subordination. Dans certains cas, la jurisprudence a préféré mettre l'accent sur celui de l'incorporation dans l'organisation de l'employeur. Après avoir évoqué la notion de subordination organisationnelle **(I)**, nous présenterons, à titre d'exemple, un arrêt relatif aux prestations fournies par des vétérinaires **(II)**.

#### **I. Notion**

Le Tribunal fédéral a précisé que le critère de la subordination devait être relativisé en ce qui concerne les travailleurs qui exercent des fonctions dirigeantes ou

42 ATF 144 III 327, c. 5.

43 JEAN-PHILIPPE DUNAND, De l'esclave Stichus au chauffeur Uber – Six modalités du lien de subordination dans les relations de travail, in: Wyler (édit.), Panorama IV en droit du travail, Berne 2023, pp. 231 s.

44 DUNAND (n. 43), pp. 233 ss.

45 DUNAND (n. 43), p. 227.

des professions typiquement libérales (avocats, médecins, vétérinaires, etc.). En effet, dans ces cas de figure, comme l'indépendance de l'employé est importante, la subordination est essentiellement organisationnelle<sup>46</sup>.

Pour apprécier l'existence d'un rapport de subordination, il faut alors se fonder sur l'image globale que présente l'intégration du prestataire de services dans l'entreprise<sup>47</sup>. Plaideront notamment en faveur du contrat de travail: une rémunération fixe et périodique; la mise à disposition d'une place de travail et des outils de travail; la prise en charge par l'employeur du risque de l'entreprise; le fait que le travailleur renonce à participer au marché comme entrepreneur assumant le risque économique et abandonne à un tiers (son employeur) l'exploitation de sa prestation, en contrepartie d'un revenu assuré<sup>48</sup>. Ou encore, des clauses prévoyant des droits et obligations typiques du contrat de travail (temps d'essai, vacances, salaire en cas de maladie, délai de congé, interdiction de concurrence); la possibilité ou l'obligation d'utiliser les cartes de visite, la messagerie et le système informatique de l'employeur; l'obligation de remettre des rapports périodiques d'activité; ainsi que le devoir participer à des réunions hebdomadaires, de visiter un certain nombre de clients ou de mettre en œuvre toutes ses forces au service de l'entreprise<sup>49</sup>.

D'autres indices peuvent également plaider en faveur du contrat de travail, tels que le prélèvement de cotisations sociales sur la rémunération due ou la qualification d'activité lucrative dépendante opérée par les autorités fiscales ou en matière d'assurances sociales. Ces critères ne sont toutefois pas déterminants dès lors que les notions ne coïncident pas entièrement au sein de l'ordre juridique<sup>50</sup>.

Comme l'a précisé le Tribunal fédéral, l'intégration dans une organisation de travail ne suppose pas nécessairement que l'employé ait un poste de travail fixe dans les locaux de l'entreprise<sup>51</sup>. En effet, la subordination organisationnelle n'implique pas obligatoirement que le travail soit exécuté dans un lieu déterminé par l'employeur. Il n'est donc pas décisif, pour qu'il y ait une relation de travail, de savoir qui détermine le lieu de travail<sup>52</sup>.

D'ailleurs, d'une manière générale, avec la flexibilité croissante des relations de travail consentie par les employeurs, il est devenu fréquent que l'employé accomplisse tout ou partie de son activité en dehors des locaux de l'entreprise, par exemple à son domicile ou dans un autre lieu (télétravail)<sup>53</sup>. La flexibilité

46 TF 4A\_592/2016 du 16 mars 2017, c. 2.1; TF 4A\_592/2016 du 16 mars 2017, c. 2.1; TF 4A\_194/2011 du 5 juillet 2011, c. 5.6.1.

47 TF 4A\_93/2022 du 3 janvier 2024, c. 3.3; TF 4P.83/2003 du 9 mars 2004, c. 3.2.

48 TF 4A\_93/2022 du 3 janvier 2024, c. 3.8; TF 4A\_592/2016 du 16 mars 2017, c. 2.1; TF 4A\_194/2011 du 5 juillet 2011, c. 5.6.1.

49 Cf. DUNAND (n. 3), N 34 ad art. 319 CO et références citées.

50 TF 4A\_194/2011 du 5 juillet 2011, c. 5.6.1.

51 TF 4C.390/2005 du 2 mai 2006, c. 2.5.

52 TF 4C.276/2006 du 25 janvier 2007, c. 4.4.1; TF 4C.390/2005 du 2 mai 2006, c. 2.5.

53 TF 4A\_64/2020 du 6 août 2020, c. 6.3.2; TF 4C.276/2006 du 25 janvier 2007, c. 4.4.1.

concerne aussi les horaires de travail. Il est en effet de plus en plus habituel que ces horaires ne soient pas fixes, mais que les périodes de travail soient adaptées en fonction de la charge réelle (horaires libres ou temps de travail annualisé, par exemple)<sup>54</sup>. Ainsi, les critères de la subordination spatiale et temporelle doivent être relativisés<sup>55</sup>. Enfin, la flexibilité s'étend aussi à l'organisation et à la finalité de la prestation de travail. La mise à disposition de son temps, élément typique du contrat de travail, est remplacée pour de nombreux travailleurs par l'obligation d'atteindre des objectifs déterminés, avec une marge d'autonomie pour les réaliser<sup>56</sup>.

En réalité, l'aspect personnel et l'aspect organisationnel constituent deux éléments typiques exprimant le lien de subordination<sup>57</sup>. Comme le souligne Supiot, le premier désigne un lien d'obéissance de la soumission à autrui, alors que le second désigne un lien d'appartenance résultant de l'intégration à une organisation<sup>58</sup>. Dans chaque relation de travail, ces éléments peuvent exister selon des intensités diverses. Ainsi, une subordination personnelle amoindrie pourra en principe être compensée par une subordination organisationnelle évidente. Seul l'examen de l'ensemble des circonstances du cas concret permettra toutefois de déterminer si le travail a été effectué de manière dépendante ou indépendante<sup>59</sup>.

## II. Le cas du vétérinaire (TF 4A\_194/2011)

### I. Faits

H.Z. a été engagé en tant que vétérinaire indépendant dans le cabinet du docteur Y. dès le 1<sup>er</sup> août 2008. Il a été maintenu en qualité de collaborateur indépendant à temps partiel de X. Sàrl, fondée par Y., à l'essai durant trois mois dès le 1<sup>er</sup> avril 2009. F. Z. a quant à elle été engagée en tant que vétérinaire indépendante en date du 1<sup>er</sup> janvier 2009 par le Cabinet. Elle a été maintenue en qualité de collaboratrice indépendante à temps partiel de la Sàrl, à l'essai durant trois mois dès le 1<sup>er</sup> avril 2009. Enfin, B. a été engagée pour une durée indéterminée en tant que vétérinaire salariée dès le 1<sup>er</sup> avril 1999. Durant l'année 2009, elle modifia son statut de salariée en vétérinaire indépendante, rétroactivement au 1<sup>er</sup> janvier 2009, toujours pour une durée indéterminée. Elle a été maintenue en qualité de collaboratrice indépendante à temps partiel de la Sàrl. Des discus-

54 TF 4A\_64/2020 du 6 août 2020, c. 6.3.2; TF 4C.276/2006 du 25 janvier 2007, c. 4.4.1.

55 DUNAND (n. 43), pp. 238 ss; WYLER/HEINZER/WITZIG (n. 19), p. 19.

56 LOKIEC (n. 7), pp. 61 ss; SUPLOT (n. 7), p. 73.

57 ADRIAN STAEBELIN, in: Zürcher Kommentar, Zurich 2006, N 26 ss ad art. 319 CO.

58 SUPLOT (n. 7), pp. 69 s.

59 ATF 148 II 426, c. 6.3; ATF 129 III 664, c. 3.2; TF 4A\_592/2016 du 16 mars 2017, c. 2.1. Cf. JULIEN BILLARANT, Pour une approche nouvelle du rapport de subordination en droit privé suisse du travail, Genève/Zurich/Bâle 2020, pp. 49 ss; REHBINDER/STÖCKLI (n. 23), N 42 ss ad art. 319 CO; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (n. 17), N 2 ad art. 319 CO.

sions avaient été engagées en 2008 entre ces protagonistes pour constituer une association; elles n'ont pas abouti.

Aucun contrat écrit ne réglait les rapports qui ont uni Y. à H.Z. dès l'été 2008, respectivement à F.Z. dès le 1<sup>er</sup> janvier 2009. H.Z. et F.Z. percevaient une rémunération fixe de 7 500 fr. par mois qui ne dépendait aucunement de leur activité, de leurs résultats personnels ou de ceux de l'entreprise. Ils jouissaient d'une autonomie dans l'organisation de leur travail et n'entretenaient pas de relation hiérarchique avec Y. Celui-ci fournissait les locaux et le matériel et facturait à son nom les prestations de H.Z. et de F.Z. Y. a effectué des investissements de l'ordre de 50 000 à 80 000 fr., comprenant un véhicule notamment destiné à permettre à F.Z. de pratiquer en ambulatoire. La rémunération de Y., correspondait au solde du compte de pertes et profits du cabinet; en 2008 et 2009, elle s'est révélée nettement supérieure à la rémunération consentie à H.Z. et F.Z.

Par courriers du 27 avril 2009, Y. a notifié à H.Z. et à F.Z. leur «licenciement» pour le 31 mai 2009. Le 4 mai 2009, ces derniers ont formé opposition au congé qu'ils tenaient pour abusif. Au cours de l'échange de correspondances qui s'en est suivi, Y. s'est référé aux art. 335, 335c et 336 CO pour justifier sa position. Par jugement du 28 septembre 2010, le Tribunal des prud'hommes de l'arrondissement de La Côte a condamné Y. et X. Sàrl, solidairement entre eux, à payer à H.Z. et à F.Z. une indemnité de 15 000 fr. net à chacun, correspondant à deux mois de salaire. Par arrêt du 26 janvier 2011, la Chambre des recours du Tribunal cantonal vaudois a dénié à Y. la qualité de partie à la procédure de recours et a rejeté le recours formé par X. Sàrl. Celle-ci et Y. ont interjeté un recours en matière civile devant le Tribunal fédéral contre cet arrêt. Ils faisaient valoir que l'autorité précédente avait qualifié à tort la relation juridique entre Y. et H.Z., respectivement F.Z., de contrat de travail alors qu'il s'agissait, selon eux, d'une société simple.

## 2. *Droit*

Selon la jurisprudence, c'est avant tout la position des parties qui permet de distinguer le contrat de travail de la société simple. Alors que le travailleur, qui se trouve dans un rapport de subordination avec l'employeur, n'a pas d'influence et/ou de droit de contrôle étendu sur la marche des affaires, les associés sont eux sur un pied d'égalité<sup>60</sup>. L'associé n'a pas de rémunération périodique et supporte le risque de l'entreprise<sup>61</sup>.

En l'espèce, notre Haute Cour a conclu que la Chambre des recours n'avait pas enfreint le droit fédéral en retenant l'existence d'un contrat de travail. Ainsi, H.Z. et F.Z. n'avaient assumé aucun risque économique de l'entreprise. Ils tou-

60 TF 4A\_194/2011 du 5 juillet 2011, c. 5.6.1; TF 4A\_59/2007 du 17 juillet 2007, c. 3.2.

61 Cf. ATF 106 II 45, c. 3.

chaient une rémunération mensuelle fixe indépendante de leur activité ou des résultats de l'entreprise, tandis que celle de Y. dépendait du solde de compte de pertes et profits. Ce dernier a assumé seul les investissements effectués pour le cabinet. S'il est vrai que H.Z. a négocié l'engagement d'une employée, c'est bien Y. qui l'a rémunérée.

Quant au lien de subordination, H.Z. et F.Z. jouissaient certes d'autonomie dans l'organisation de leur travail, mais celle-ci était inhérente à l'exercice de la profession de vétérinaire, comme le montre l'exemple de B., qui jouissait de la même liberté en étant expressément salariée. Force était de constater que H.Z. et F.Z. ont exercé leur activité dans le cadre organisationnel mis à disposition par Y., soit dans ses locaux, avec le matériel fourni par celui-ci, qui facturait en son nom les prestations de ceux-ci. D'ailleurs, tout dans le comportement de Y. démontrait qu'il se considérait comme l'employeur de H.Z. et de F.Z. Dans sa lettre de «licenciement», il s'est référé au préavis légal d'un mois, mettant ainsi à néant la thèse d'une société simple qui aurait supposé un préavis de six mois pour sa dissolution (cf. art. 546 al. 1 CO). Dans un courrier ultérieur, il s'est référé aux art. 335, 335c et 336 CO.

En substance, le Tribunal fédéral a considéré que la Chambre des recours n'avait fait que constater, conformément à la doctrine et à la jurisprudence, que lorsque la prestation porte sur une profession typiquement libérale telle que celle exercée par H.Z. et F.Z., certains aspects du lien de subordination sont absents et qu'en l'occurrence, l'incorporation dans l'organisation de Y. et l'absence de lien économique, et d'autres indices, permettaient néanmoins de conclure en faveur du contrat de travail. Ainsi, les recours en matière civile interjetés par X. Sàrl et Y. ont été rejetés dans la mesure où ils étaient recevables.

## **D. La subordination économique**

Comme le relève le Tribunal fédéral, la dépendance économique constitue également un aspect typique du contrat de travail<sup>62</sup>. Après avoir précisé les contours de la subordination économique **(I)**, nous évoquerons un arrêt dans lequel la dépendance économique a été prise en compte comme critère complémentaire de l'existence d'un rapport de subordination, et donc, d'un contrat de travail conclu avec un chef d'orchestre de réputation mondiale **(II)**.

### **I. La notion**

Pour la plupart des personnes salariées le salaire perçu en échange de la prestation de travail constitue le revenu unique ou principal leur permettant de subve-

---

62 ATF 148 II 426, c. 6.3; TF 4A\_53/2021 du 21 septembre 2021, c. 5.1.3.2.

nir à leurs besoins<sup>63</sup>. Dans le rapport de force économique, l'enjeu de la conclusion du contrat de travail est en principe plus important pour le travailleur que pour l'employeur<sup>64</sup>. La dépendance économique peut concerner structurellement tout type de travail ou de travailleur, indépendamment du montant du salaire.

Selon la jurisprudence, est déterminant le fait que, dans le contexte de la prestation que le travailleur doit exécuter, d'autres sources de revenus sont exclues et qu'il ne puisse pas, par ses propres décisions entrepreneuriales, influencer sur son revenu<sup>65</sup>. En définitive, il s'agit de savoir si, en se liant par contrat, l'employé a abdiqué son pouvoir de disposition sur sa force de travail, car il ne peut plus participer au résultat économique de sa force de travail ainsi investie, au-delà de la rémunération qu'il reçoit à titre de contre-prestation<sup>66</sup>.

Un indice important d'une telle dépendance réside dans le fait qu'une personne exerce son activité exclusivement pour un employeur unique<sup>67</sup>. Ces indices sont renforcés lorsque les parties conviennent d'une interdiction d'exercer toute activité économique similaire<sup>68</sup>.

Selon la jurisprudence, la dépendance économique ne permet pas à elle seule de caractériser l'existence d'un lien de subordination. Elle peut en revanche être utilisée comme indice ou critère complémentaire d'un tel lien lorsqu'il paraît résulter d'autres éléments convergents<sup>69</sup>. Ainsi, dans certaines situations, les éléments d'une subordination économique peuvent inciter à retenir l'existence d'un contrat de travail alors que la subordination personnelle ou la subordination organisationnelle sont moins marquées.

## II. Le cas du chef d'orchestre de renommée mondiale (TF 4A\_53/2021)

### 1. Faits

Suite à des pourparlers ayant débuté en mars 2015, B., chef d'orchestre de renommée mondiale, a signé, en date du 23 août 2017, un «contrat de travail» que la Fondation A. lui avait fait parvenir. Le contrat avait pour objet la direction, par le chef d'orchestre, de l'œuvre X. lors de la saison 2018–2019.

Il s'agissait d'un contrat de travail à durée maximale régi par les art. 319 ss CO (art. 1); le chef d'orchestre devait, sauf accord écrit et préalable de la direction de A., obligatoirement se trouver sur le lieu de travail du 21 mai au 14 octobre 2018 inclus pour les répétitions ainsi que pour trois représentations

63 STAEHELIN (n. 57), N 29 ad art. 319 CO.

64 GILLES AUZÉRO/DIRK BAUGARD/EMMANUEL DOCKÈS, *Droit du travail*, Paris 2023, N 201.

65 TF 4A\_53/2021 du 21 septembre 2021, c. 5.1.3.2.

66 TF 4A\_93/2022 du 3 janvier 2024, c. 3.4.

67 TF 4A\_365/2021 du 28 janvier 2022, c. 4.3.2.

68 TF 4A\_53/2021 du 21 septembre 2021, c. 5.1.3.2.

69 TF 4A\_93/2022 du 3 janvier 2024, c. 5.2; TF 8C\_38/2019 du 12 août 2020, c. 6.

du cycle X (soit douze soirées et représentations), un programme détaillé des répétitions devant lui être communiqué ultérieurement (art. 2 et 13); sauf entente préalable et écrite de la direction de A., le chef d'orchestre s'engageait formellement à ne pas se produire en Suisse romande une année civile pleine au moins avant la première représentation (art. 2); il s'engageait, pendant la durée de la production, à ne pas se produire sur une scène tierce ni à exercer aucune autre activité, rémunérée ou non, sauf accord de A., et à ne pas se produire en Suisse romande pour un spectacle identique ou similaire pendant une durée de six mois à compter de la dernière représentation auprès de A. (art. 2); le cachet du chef d'orchestre s'élevait à 18 000 fr. par représentation et ses divers frais professionnels seraient couverts par un montant de 20 000 fr.; ces montants seraient soumis aux retenues légales (art. 3); une prime journalière de 2 fr. serait retenue pendant la durée du contrat à titre de contribution à l'assurance-accident (art. 3); que le chef d'orchestre était tenu de souscrire une assurance-maladie (art. 4); une représentation pouvait être enregistrée et diffusée à la radio sans que le chef d'orchestre n'ait droit à un cachet (art. 6.1); le chef d'orchestre autorisait la fondation, sans contrepartie financière, à diffuser totalement ou partiellement le spectacle sur Internet (art. 6.3); il s'engageait à participer à toutes les répétitions prescrites par les billets de service de A. ou ordonnées par la direction de celui-ci (art. 8); toute représentation non effectuée pour cause de maladie serait déduite et de ce fait non remplacée ni payée (art. 14); chacune des parties pouvait résilier le contrat sans indemnité en cas de force majeure (art. 15); si le chef d'orchestre exerçait une activité parallèle, rémunérée ou non, pendant la durée du contrat et sans le consentement de A., celle-ci pouvait lui infliger une peine conventionnelle pouvant s'élever jusqu'à l'équivalent du quart du montant du cachet global, sans préjudice du dommage supplémentaire causé (art. 16 let. f); le chef d'orchestre n'était pas autorisé à voyager le jour même d'une représentation, sauf accord préalable de la direction (art. 16); en cas de manquements graves ou répétés, la résiliation du contrat pour justes motifs selon l'art. 337 CO, sans aucune indemnité en faveur du chef d'orchestre, restait réservée (art. 16); celui-ci s'engageait à appliquer et à respecter le règlement général intérieur de A., lequel faisait partie intégrante du contrat (art. 18).

Le 18 septembre 2017, le directeur général de A. informa le chef d'orchestre que de graves problèmes d'infiltration d'eau étaient apparus lors des travaux de rénovation et que cela rendait obsolète la planification prévue de l'œuvre X. Aucune entente n'a pu être trouvée entre les parties pour un report du spectacle à une date ultérieure.

Par jugement du 20 décembre 2019, le Tribunal des prud'hommes du canton de Genève a condamné la Fondation A. à verser au chef d'orchestre la somme brute de 216 000 fr., sous déduction de la somme nette de 13 600 euros, avec intérêts à 5% l'an dès le 9 février 2018. Par arrêt du 3 décembre 2020, la Chambre des prud'hommes de la Cour de justice du canton de Genève a rejeté l'appel formé par la Fondation A. En substance, la cour a jugé que c'était à bon droit

que le tribunal avait qualifié le contrat litigieux de contrat de travail, de sorte que son art. 15 (consacré à la force majeure), qui était contraire aux règles impératives du droit du travail, n'avait pas de portée, et que le chef d'orchestre avait droit à son salaire. Le 25 janvier 2021, la Fondation A. a formé un recours en matière civile devant le Tribunal fédéral contre cet arrêt cantonal. Dans ce cadre, elle a invoqué une violation des art. 18 et 319 CO et a soutenu que le contrat litigieux devait être qualifié de «contrat innommé, comportant des éléments du contrat d'entreprise et d'autres relevant du contrat de mandat».

## 2. *Droit*

Selon la jurisprudence, le contrat ayant pour objet l'engagement d'un artiste doit être considéré soit comme un contrat de travail, soit comme un contrat d'entreprise ou éventuellement un contrat innommé (contrat de spectacle), en tenant compte de l'ensemble des circonstances du cas particulier et en fonction des critères que sont le rapport de subordination ou de dépendance, la durée de l'engagement, l'obligation de résultat, le mode de rémunération, le devoir de diligence et de fidélité et la désignation du contrat par les parties<sup>70</sup>.

Dans le cas d'espèce, le Tribunal fédéral a considéré que c'était à bon droit que la cour cantonale avait qualifié le contrat litigieux de contrat de travail. Tout d'abord, le contrat, rédigé par la Fondation A. et signé, pour elle, notamment par sa présidente, qui était avocate de profession, était intitulé «contrat de travail» et prévoyait qu'il s'agissait d'un «contrat de travail à durée maximale régi par les articles 319 et suivants du Code suisse des obligations». Ensuite, l'examen des clauses contractuelles attestait que le chef d'orchestre s'engageait à de nombreux égards à s'intégrer dans l'organisation de la Fondation A. et à en suivre les instructions; celle-ci se réservait à plusieurs reprises le droit de l'obliger ou de lui interdire un comportement ou une action particulière. Sa liberté organisationnelle était très limitée. Enfin, il existait aussi un lien de dépendance économique.

Notre Haute Cour a précisé que le montant de la rémunération du chef d'orchestre n'était pas déterminant dans l'examen de la dépendance économique; était en revanche déterminante l'exclusion contractuelle d'autres sources de revenus, ce qu'indiquait notamment le fait de travailler pour une seule société et une interdiction contractuelle d'exercer toute activité économique similaire. Or, les parties avaient, en l'occurrence, convenu d'une interdiction pour le chef d'orchestre de se produire en Suisse romande pendant la durée du contrat et pour une période totale de près de deux ans. La portée de cette clause était notamment renforcée par la peine conventionnelle. Dès lors, la recourante ne pouvait être suivie lorsqu'elle niait la dépendance économique du travailleur durant

---

70 TF 4A\_53/2021 du 21 septembre 2021, c. 5.1.2.

la période contractuelle<sup>71</sup>. En conclusion, le recours en matière civile interjeté par la Fondation A. a été rejeté.

## E. La subordination algorithmique

Les prérogatives usuelles de l'employeur (diriger, surveiller et sanctionner) peuvent désormais être exercées par une intelligence artificielle ou un algorithme, sans intervention humaine. Après avoir circonscrit la notion de subordination algorithmique (I), nous nous référons à un arrêt concernant des livreurs de plats cuisinés intervenant par le biais d'une plateforme numérique.

### I. Notion

Les progrès technologiques liés à la puissance de calcul des ordinateurs sont exponentiels et les technologies de l'apprentissage automatique connaissent des progrès fulgurants<sup>72</sup>. Le monde du travail recourt de manière croissante aux techniques algorithmiques (professionnels de la santé, juristes, travailleurs des plateformes)<sup>73</sup>. Les algorithmes sont par exemple utilisés pour gérer tous les stades de la relation de travail (recrutement, gestion des carrières, licenciement)<sup>74</sup>.

La subordination algorithmique concerne les situations dans lesquelles un employé est subordonné à un algorithme dans le sens où le lien d'obéissance (pouvoir de direction, subordination personnelle) et le lien d'appartenance (subordination organisationnelle) s'expriment par l'intermédiaire d'une intelligence artificielle ou d'un algorithme.

De nombreuses contraintes pèsent généralement sur les prestataires de service (tâches à réaliser selon un rythme et un ordre établis par l'algorithme, contraintes de lieu et d'horaire, imposition du prix des courses, obligation de rendre compte, etc.)<sup>75</sup> qui sont en outre surveillés de manière constante et en temps réel<sup>76</sup> et peuvent être sanctionnés au moyen d'une décision automatisée (avertissement ou licenciement). Ce sont finalement les trois aspects de la subordina-

---

71 TF 4A\_53/2021 du 21 septembre 2021, c. 5.4.2.2.

72 LAURENT GAMET, Le travailleur et (les deux visages de) l'algorithme, in: *Droit social* (Paris), 10/2022, p. 775; ISABELLE WILDHABER, Répercussions juridiques de la robotique et de l'intelligence artificielle sur le lieu de travail, in: Dunand/Mahon/Witzig (édit.), *La révolution 4.0 au travail – Une approche multidisciplinaire*, Genève/Zurich/Bâle 2019, pp. 201 ss.

73 GAMET (n. 72), pp. 775 ss.

74 GAMET (n. 72), p. 780 s.

75 BILLARANT (n. 59), pp. 395 ss.

76 ANTONIO A. CASILLI, *En attendant les robots – Enquête sur le travail du clic*, Paris 2019, pp. 104 ss et 259 ss.

tion personnelle qui peuvent être affectées par le pouvoir des algorithmes et les capacités de l'intelligence artificielle: direction, contrôle et sanction<sup>77</sup>.

Tel peut être le cas lors de la planification d'une tournée à partir d'un traçage GPS du véhicule, d'un système de guidage vocal (*voice picking*) ou de la direction des travailleurs des plateformes numériques<sup>78</sup>. Dans l'ordre juridique suisse, ce sont pour l'instant les plateformes numériques qui ont donné lieu à la plus grande attention. Par le biais d'une application dédiée, ces dernières mettent en relation directe, de manière quasi instantanée, des clients avec des personnes disponibles pour fournir des prestations de service dans des domaines variés (transports de personnes et/ou de marchandises, travaux ménagers, gardes d'enfants, informatique, innovation, etc.)<sup>79</sup>.

Ainsi que l'a relevé le Tribunal fédéral, la qualification de «plateforme numérique de travail» n'a pas toutefois d'implication directe quant à l'éventuelle existence d'un contrat de travail. Il faut, en effet, toujours examiner la structure de la plateforme mise en place par la société concernée pour déterminer qu'elle est son rôle effectif. Une société qui gère une plateforme numérique de travail peut, par exemple, intervenir en qualité de simple intermédiaire entre des clients et des prestataires de service. Il n'y a alors pas de contrat de travail entre elle et les personnes qui offrent leurs services. Mais une telle société peut aussi offrir elle-même directement une prestation dont elle fixe les contours. Dans ce cas, la question se pose de savoir si les prestataires auxquels elle recourt pour exécuter cette prestation sont dans une relation de travail avec elle ou demeurent indépendants<sup>80</sup>.

Comme le précise notre Haute Cour, les sociétés proposant des prestations de travail par le biais de plateformes numériques ont pour trait commun de reposer sur des modèles plus flexibles de travail. Elles offrent une souplesse temporelle, spatiale et organisationnelle aux prestataires auxquels elles recourent<sup>81</sup>. De telles caractéristiques n'excluent toutefois pas l'existence de contrats de travail. Les relations doivent être examinées pour chaque plateforme en fonction du modèle économique mis en place, ainsi que des circonstances concrètes de la relation<sup>82</sup>. L'existence ou non d'un lien de subordination sera décisive<sup>83</sup>.

---

77 LOKIEC (n. 7), p. 75.

78 GAMET (n. 72), pp. 778 s.

79 BILLARANT (n. 59), pp. 331 ss; DUNAND (n. 43), pp. 242 s.

80 ATF 148 II 426, c. 6.1.

81 ATF 148 II 426, c. 6.4.

82 ATF 148 II 426, c. 6.4.

83 WYLER/HEINZER/WITZIG (n. 19), pp. 28 ss.

## II. Le cas des livreurs de plats de restaurants à domicile (ATF 148 II 426)

### 1. *Faits*

Faisant partie du groupe international Uber, Uber CH a notamment pour but statutaire de soutenir d'autres entreprises en relation avec des services de transport et des services de livraison à la demande, par le biais d'appareils mobiles et de services de soutien sur internet et de services connexes, ainsi que de fournir des services de diffuseurs de courses. Uber Eats est l'une des plateformes numériques développée par le groupe Uber. Elle propose un service de livraison de plats à domicile.

Entre fin 2018 et début 2019, des rencontres ont eu lieu entre des représentants du groupe Uber et l'Office cantonal de l'emploi du canton de Genève, afin de déterminer si les activités déployées à Genève au moyen de l'application Uber Eats relevaient de la location de services, soumise à autorisation. Les représentants de Uber ont notamment remis les documents suivants à l'office cantonal: un «contrat de services technologiques», qui lie Uber à une personne physique (le livreur), permettant à celle-ci d'exécuter des demandes de livraison provenant d'un utilisateur autorisé par la plateforme (un restaurateur), ainsi qu'une «lettre de contrat-cadre directeur Uber Eats», qui lie Uber et un restaurateur concernant la plateforme mise à disposition pour demander des services de livraison.

Par décision du 11 juin 2019, l'office cantonal a enjoint Uber CH d'inscrire sa succursale de Genève au Registre du commerce de Genève, a assujéti cette succursale à la LSE<sup>84</sup> et imparti un délai de 30 jours à Uber CH pour lui faire parvenir un dossier complet de demande d'autorisation, faute de quoi les peines prévues par la loi seraient prononcées et la cessation des activités de la plateforme Uber Eats ordonnée. Uber CH a formé un recours contre cette décision auprès de la Chambre administrative de la Cour de justice du canton de Genève, que celle-ci a rejeté par arrêt du 29 mai 2020. Contre cet arrêt, Uber CH a formé un recours en matière de droit public au Tribunal fédéral. Dans ce cadre, elle a notamment conclu à ce qu'il soit dit qu'Uber CH n'a pas de rapport contractuel avec les coursiers inscrits sur l'application Uber Eats en vue de leur utilisation de ladite application et qu'elle n'est pas soumise à la LSE pour son activité relative à l'application Uber Eats.

### 2. *Droit*

Le litige portait sur la confirmation par la Chambre administrative de la Cour de justice du canton de Genève de la décision de l'Office cantonal de l'emploi du canton de Genève enjoignant à Uber CH d'inscrire sa succursale de Genève et l'assujétissement à la LSE dans le cadre de ses activités de livraison de repas à domicile au moyen de la plateforme Uber Eats.

---

84 Loi sur le service de l'emploi et la location de services (LSE) du 6 octobre 1989 (RS 823.11).

La première question à résoudre était et de vérifier si les livreurs Uber Eats étaient des travailleurs au sens des art. 319 ss CO<sup>85</sup>. Notre Haute Cour a recensé plusieurs caractéristiques démontrant l'existence d'un lien de subordination, par le biais de l'algorithme, entre les livreurs et Uber CH.

Tout d'abord, les livreurs recevaient de nombreuses consignes et instructions, par l'intermédiaire de l'application Uber Eats, sur la manière d'exécuter leurs prestations: choix de leur mission et attribution d'un restaurateur et d'un client final; imposition des conditions tarifaires; fixation des délais à respecter; itinéraire à respecter<sup>86</sup>.

Ensuite, les livreurs étaient surveillés en temps réel par leur géolocalisation, qui constituait un «moyen de contrôle» des livreurs. La plateforme exerçait, par ce biais, «une surveillance caractéristique d'une relation de subordination».

Enfin, les livreurs pouvaient être sanctionnés. Ainsi, une évaluation moyenne insuffisante (par le restaurateur ou le client final) ou des refus d'effectuer des livraisons, pouvait conduire à un avertissement, voire à l'exclusion de la plateforme (soit un licenciement) si la note ne s'améliorait pas dans un délai imparti. La notation constituait ainsi un moyen de contrôle des livreurs qui les plaçaient dans une relation de subordination à l'égard de la plateforme<sup>87</sup>.

Inversement, la liberté (relative) offerte aux livreurs de se connecter à l'application Uber Eats quand ils voulaient, puis de refuser des livraisons, n'excluait pas l'existence d'un contrat de travail. En effet, la relation pouvait s'apparenter à un contrat de travail sur appel improprement dit<sup>88</sup>. Il en allait de même de la possibilité de se procurer d'autres sources de revenus auprès d'autres employeurs qui pouvait se comprendre comme la liberté d'exercer plusieurs activités à temps partiel<sup>89</sup>.

En résumé, le Tribunal fédéral a considéré qu'Uber Eats était liée aux livreurs par un contrat de travail. En revanche, la relation entre Uber et les restaurateurs ne relevait pas de la location de services, à défaut d'un transfert du pouvoir de direction à ces derniers et d'une intégration des livreurs dans l'organisation des restaurants<sup>90</sup>. Le recours d'Uber CH a donc été admis et l'arrêt cantonal attaqué a été annulé.

Rappelons que dans un arrêt rendu le même jour (soit le 30 mai 2022), notre Haute Cour a confirmé que les chauffeurs actifs auprès du service de transport «Uber» étaient liés par un contrat de travail avec la société Uber. Comme pour les livreurs Uber Eats, le lien de subordination résultait notamment du contrôle des travailleurs par le biais d'un système de géolocalisation permanente, ainsi

85 ATF 148 II 426, c. 6.

86 ATF 148 II 426, c. 6.1–5.

87 ATF 148 II 426, c. 6.5.1.

88 ATF 148 II 426, c. 6.6.1.

89 ATF 148 II 426, c. 6.6.2.

90 ATF 148 II 426, c. 7.

que des possibilités de restriction d'accès et de désactivation des comptes des chauffeurs, sans préavis<sup>91</sup>.

## F. Conclusion

La jurisprudence subtile du Tribunal fédéral a permis de préciser les contours du lien de subordination qui n'est pas défini dans la loi. Lorsque la subordination personnelle (lien d'obéissance) est restreinte, notamment parce que des formes d'indépendances sont accordées aux travailleurs, on peut rechercher des indices des liens de dépendance dans la subordination organisationnelle (lien d'appartenance). La subordination ou dépendance économique est parfois utilisée comme critère complémentaire permettant d'attester de l'existence d'un contrat de travail. En substance, le critère traditionnel de la subordination personnelle est relativisé au profit d'une approche plus organisationnelle et plus économique de la relation de travail<sup>92</sup>. Enfin, dans les plateformes numériques, les liens d'obéissance et de dépendance s'exercent au moyen d'un algorithme (subordination algorithmique).

L'évolution de l'organisation des relations de travail et le développement des plateformes numériques invitent à s'interroger sur le périmètre du contrat de travail et du droit du travail. Des solutions, parfois antagonistes, sont proposées allant de l'évitement à la présomption de l'existence d'un contrat de travail.

Certains pays européens ont opté pour la création d'un statut hybride ou d'une catégorie intermédiaire entre salariat et indépendance (Allemagne, Espagne, Italie, Royaume Uni)<sup>93</sup>. Dans la même optique, il a été proposé en Suisse par une motion parlementaire de créer un nouveau statut pour les travailleurs de plateformes indépendants. Selon le texte déposé, le nouveau statut pouvait être inscrit dans le code des obligations «en tant que forme alternative au contrat de travail»<sup>94</sup>. Suite à une proposition de rejet du Conseil fédéral du 24 août 2022, le Conseil national a rejeté cette motion en date du 17 avril 2024.

Plus récemment, le 14 février 2025, la Commission de la sécurité sociale et de la santé publique du Conseil national a proposé de donner suite à une initiative parlementaire souhaitant que l'on accorde la qualité de personne exerçant une activité lucrative indépendante en tenant compte du degré de subordination d'un point de vue organisationnel, du degré de risque entrepreneurial et des éventuels accords passés entre les parties (révision de l'art. 12 LPG<sup>95</sup>)<sup>96</sup>. Les

---

91 TF 2C\_34/2021 du 30 mai 2022, c. 10.

92 AURÉLIEN WITZIG, L'ubérisation du monde du travail – Réponses juridiques à une évolution économique, in: RDS I 2016, p. 466.

93 Cf. LOKIEC (n. 7), pp. 121 s.

94 Motion 22.3630 déposée le 15 juin 2022 par le conseiller national Philippe Nantermod.

95 Loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales (LPGA) du 6 octobre 2000 (RS 830.1).

partisans du projet de réforme estiment que la pratique actuelle des autorités d'exécution de la législation en matière d'assurances sociales freine le développement économique et qu'il faut mieux prendre en compte la volonté des personnes directement concernées. La réforme vise notamment les travailleurs des plateformes. Un projet de révision législative en ce sens sera soumis au Parlement<sup>97</sup>.

A l'opposé, dans une nouvelle directive du 23 octobre 2024 relative à l'amélioration des conditions de travail dans le cadre du travail via une plateforme, le Parlement européen et le Conseil de l'Union européenne ont posé le principe d'une présomption légale de l'existence d'un contrat de travail dans la relation contractuelle entre une plateforme de travail numérique et une personne exécutant un travail via cette plateforme (cf. article 5)<sup>98</sup>. Avant même l'adoption de cette directive (non applicable dans l'ordre juridique helvétique), une initiative parlementaire<sup>99</sup> et une interpellation<sup>100</sup> ont été déposées au Conseil national en vue notamment de prévoir en droit suisse une présomption similaire. Alors que l'initiative parlementaire a été rejetée, la discussion sur l'interpellation a été reportée en date du 14 juin 2024. Notons que dans sa thèse de doctorat consacrée au rapport de subordination, Billarant propose l'adoption d'un nouvel article 319ter CO instituant une présomption légale de l'existence d'un rapport de subordination en présence de trois critères cumulatifs (durée minimale des rapports de service, absence de participation aux bénéfices et engagement d'exclusivité)<sup>101</sup>.

Globalement, la jurisprudence pragmatique du Tribunal fédéral, que nous avons exposée dans notre contribution, nous paraît adaptée aux évolutions et aux enjeux. Est-il possible et souhaitable de sortir du modèle du travail subordonné? Le risque est grand de consacrer un modèle basé sur la reconnaissance complaisante de (pseudos) travailleurs indépendants qui perdraient leur statut de travailleur (droit du travail) et de salarié (assurances sociales) au profit d'une indépendance très relative<sup>102</sup>. A moins que l'on ne favorise des formes de coproduction réalisées au sein de plateformes coopératives créatrices de valeur<sup>103</sup>. Les diverses parties prenantes seraient, par exemple, liées par un contrat de société organisant la création en commun de valeur en vue d'en assurer le

---

96 Initiative parlementaire 18.455 déposée le 27 septembre 2018 par le conseiller national Jürg Grossen.

97 Cf. le rapport de la Commission de la sécurité sociale et de la santé publique du Conseil national du 14 février 2025 (cf. FF 2025 713). Notons que, dans un avis du 21 mars 2025, le Conseil fédéral a manifesté son opposition à cette réforme (cf. FF 2025 1042).

98 Directive UE 2024/2831.

99 Initiative parlementaire 22.463 déposée le 26 septembre 2022 par le conseiller national Christian Dandrès.

100 Interpellation 24.3346 déposée le 15 mars 2024 par la conseillère nationale Martine Docourt.

101 Cf. BILLARANT (n. 59), pp. 423 s.

102 CASILLI (n. 76), pp. 241 ss; LOKIEC (n. 7), pp. 109 ss; WITZIG (n. 92), pp. 460 ss.

103 CASILLI (n. 76), pp. 310 ss.

partage<sup>104</sup>. Dans un tel contexte, où chacun serait en quelque sorte son propre employeur, on pourrait envisager une société dans laquelle il n'y aurait (réellement) plus de hiérarchie ou de subordination, ni de salariat<sup>105</sup>.

### *Résumé*

Le lien de subordination entre un travailleur et son employeur constitue le critère distinctif essentiel du contrat de travail. Selon la jurisprudence, le travailleur est assujéti à la surveillance, aux ordres et aux instructions de l'employeur (subordination personnelle). Lorsque le travailleur se voit accorder une indépendance importante, on doit alors se fonder sur l'image globale que présente son intégration dans l'entreprise (subordination organisationnelle). Les deux types de subordination se complètent. Alors que le premier exprime un lien d'obéissance, le second marque un lien d'appartenance. Par ailleurs, la dépendance économique constitue également un aspect typique du contrat de travail (subordination économique). Elle peut être utilisée comme critère complémentaire de l'existence d'un contrat de travail. Enfin, les prérogatives usuelles de l'employeur sont désormais susceptibles d'être exercées par une intelligence artificielle. Le lien d'obéissance et le lien d'appartenance s'expriment alors par l'intermédiaire d'un algorithme (subordination algorithmique). Globalement, la jurisprudence pragmatique du Tribunal fédéral paraît adaptée aux évolutions des relations de travail.

### *Zusammenfassung*

Das Subordinationsverhältnis zwischen einem Arbeitnehmer und seinem Arbeitgeber stellt das wesentliche Unterscheidungskriterium des Arbeitsvertrags dar. Nach der Rechtsprechung ist der Arbeitnehmer der Überwachung, den Anordnungen und Weisungen des Arbeitgebers unterworfen (persönliche Subordination). Wenn dem Arbeitnehmer eine weitgehende Unabhängigkeit gewährt wird, muss auf das Gesamtbild abgestellt werden, das sich aus seiner Integration in das Unternehmen ergibt (organisatorische Subordination). Die beiden Arten der Subordination ergänzen sich. Während die erste ein Gehorsamsverhältnis ausdrückt, markiert die zweite ein Zugehörigkeitsverhältnis.

104 GRÉGOIRE DUCHANGE, Recueil Dalloz (Paris) 2022, pp. 2108 ss; AURÉLIEN WITZIG, Travail 4.0: le monde d'après, in: Dunand/Mahon/Witzig (édit.), La révolution 4.0 au travail – Une approche multidisciplinaire, Genève/Zurich/Bâle 2019, p. 304.

105 Cf. DOMINIQUE MÉDA, Le travail, Collection Que sais-je?, Paris 2022, pp. 84 s.

Darüber hinaus stellt auch die wirtschaftliche Abhängigkeit ein typisches Merkmal des Arbeitsvertrags dar (wirtschaftliche Subordination). Sie kann als zusätzliches Kriterium für das Vorliegen eines Arbeitsvertrags herangezogen werden. Schliesslich können die üblichen Befugnisse des Arbeitgebers nunmehr auch von einer künstlichen Intelligenz ausgeübt werden. Die Gehorsams- und Zugehörigkeitsverhältnisse werden dann durch einen Algorithmus vermittelt (algorithmische Subordination). Insgesamt erscheint die pragmatische Rechtsprechung des Bundesgerichts den Entwicklungen in den Arbeitsbeziehungen angemessen.

