

Jean-Philippe Dunand | Pascal Mahon (éds)

Julien Billarant

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

*(Contrat de travail ordinaire, contrats de travail
spéciaux, télétravail, location de services,
plateformes de travail)*

CERT



**Centre d'étude
des relations de travail**

Schulthess
ÉDITIONS ROMANDES



2020

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 | 14 |
| 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 « impératif » | 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 | 23 |
| 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 | 24 |
| 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 | 31 |
| 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..... | 35 |
| C. Un double rôle..... | 37 |
| I. En matière de qualification de contrat..... | 37 |
| II. En matière de régime | 39 |
| D. Indices de présence | 39 |
| § 2 L'élément organisationnel | 40 |
| A. L'élément spatial | 41 |
| I. Notion | 41 |
| II. Indices de présence | 42 |
| B. L'élément temporel | 43 |
| I. Notion | 43 |
| II. Indices de présence | 44 |
| § 3 L'élément économique | 44 |
| A. Un renoncement à une activité entrepreneuriale propre | 45 |
| 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 | 47 |

| | |
|---|-----------|
| 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 | 58 |
| § 3 Absence de méthode d'utilisation de ses éléments caractéristiques | 59 |
| § 4 Indices de présence de ses éléments caractéristiques émanant d'autres contrats..... | 60 |
| § 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 | 64 |
| 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 | 149 |
| § 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 | 163 |
| 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 | 165 |
| 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 | 168 |
| a. Base légale | 168 |
| 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 | 170 |
| c. Directives valaisannes..... | 171 |
| 3. Synthèse | 171 |
| 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 | 246 |
| 3. | Conclusion | 246 |
| IV. | Synthèse | 246 |
| 1. | Présences et absences..... | 247 |
| 2. | Intensité des éléments présents | 247 |
| 3. | Tableau récapitulatif | 247 |
| C. | Dans le cadre de la mise à disposition occasionnelle de travailleurs..... | 247 |
| I. | L'élément organisationnel | 248 |
| 1. | L'élément spatial | 248 |
| a. | Éléments intrinsèques en faveur d'une dépendance spatiale..... | 248 |
| b. | Éléments intrinsèques en défaveur d'une dépendance spatiale | 249 |
| c. | Conclusion..... | 249 |
| 2. | L'élément temporel | 249 |
| 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 | 250 |
| b. | Éléments intrinsèques en défaveur d'une dépendance temporelle | 251 |
| c. | Conclusion..... | 251 |
| II. | L'élément hiérarchique | 251 |
| 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 | 252 |
| 2. | Éléments intrinsèques en défaveur d'une dépendance hiérarchique..... | 252 |
| 3. | Conclusion | 253 |
| III. | L'élément économique | 253 |
| 1. | Éléments intrinsèques en faveur d'une dépendance économique..... | 253 |
| 2. | Éléments intrinsèques en défaveur d'une dépendance économique | 254 |
| 3. | Conclusion | 254 |
| IV. | Synthèse | 254 |
| 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 »..... | 271 |
| D. Une « consideration » non issue d'une obligation préexistante..... | 271 |
| 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 »..... | 278 |
| 3. « Control test »..... | 279 |
| II. « Tests » supplémentaires | 280 |
| 1. « Integration test » | 281 |
| 2. « Economic reality test » | 282 |
| III. « Consistent provisions » | 284 |
| IV. « Elephant test » | 285 |
| § 2 « Worker contract » | 287 |
| A. Lois applicables..... | 287 |
| B. Conditions ou « tests » | 287 |
| I. Conditions ou « tests » basiques | 288 |
| 1. « Mutuality of obligation test »..... | 288 |
| 2. « Personal service » | 289 |
| 3. « Client and customer exception »..... | 291 |
| II. Indice de « Subordination » | 292 |

| | |
|--|-----|
| § 3 « Contract personally to do work » | 294 |
| A. Lois applicables | 295 |
| B. « Tests » ou conditions basiques | 295 |
| I. « Mutuality of obligation » | 295 |
| II. « Personal service » | 296 |
| III. « Subordination » | 296 |
| § 4 « Good Work » | 297 |
| Chapitre 14 : « Atypical employments » | 299 |
| A. « Fixed-term workers » | 299 |
| B. « Part-time workers » | 300 |
| 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 « mutuality of obligation » (1 ^{er} niveau) comme prestation de travail et salaire | 312 |
| C. Le « control test » comme rapport de subordination au sens large | 313 |
| D. L' « integration test » et l'élément organisationnel | 314 |
| E. L' « elephant test » et l' « image globale » | 314 |
| § 2 Divergences avec la conclusion du contrat de travail suisse | 315 |
| A. Les trois contrats de travail britanniques | 315 |
| B. Des « tests » basiques ou minimums | 316 |
| C. Le « personal service » | 316 |
| D. La « mutuality of obligation » (2 ^{ème} niveau) | 317 |
| E. L' « economic reality test » et l'élément économique du rapport de subordination au sens large | 318 |
| F. La « subordination » | 319 |
| § 3 Recommandations | 319 |
| A. Un triple statut de travailleurs en droit britannique | 320 |
| B. Des éléments objectivement essentiels « made in » UK | 321 |
| C. Des éléments objectivement essentiels britanniques aux rôles clairs | 322 |
| D. L'aura de la « subordination » | 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 | 331 |
| B. Des plateformes commerciales | 332 |
| § 2 Définition | 332 |
| I. « <i>Cloudwork</i> » (travail participatif)..... | 333 |
| 1. « <i>Crowdwork</i> » | 334 |
| a. « <i>Microtasking</i> » | 334 |
| b. Concours de créations | 335 |
| 2. Mandats individuels..... | 336 |
| II. « <i>Gigwork</i> » (travail à la demande)..... | 337 |
| 1. « <i>Crowdwork</i> » | 337 |
| 2. Mandats individuels..... | 338 |
| a. Les services d'hospitalité | 338 |
| b. Le transport de personnes..... | 338 |
| c. Les services de logistique..... | 339 |
| d. Les services personnels | 339 |
| 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 marktplaces</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 | 419 |
| 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 |