



Avis de droit
sur le champ d'application de la loi sur le travail dans le
contexte des nouvelles formes d'emploi induites par
les technologies numériques

établi
à la demande et sur mandat
du Secrétariat d'Etat à l'économie (SECO)

du 30 avril 2018

Table des matières

- I. Introduction générale
 - A. Le mandat
 - B. Le contexte
 - C. La démarche
- II. Histoire du champ d'application de la loi sur le travail
 - A. De la République helvétique à la loi sur le travail
 - B. Le champ d'application initial de la loi sur le travail
 - C. L'évolution du champ d'application de la loi sur le travail
- III. Analyse des trois concepts permettant de déterminer le champ d'application de la loi sur le travail
 - A. L'entreprise
 - B. L'employeur
 - C. Le travailleur
- IV. Détermination du champ d'application de la loi sur le travail dans le contexte des nouvelles formes d'emploi induites par les technologies numériques
- V. Synthèse
- VI. Démarche pratique pour déterminer le champ d'application de la loi sur le travail dans un cas concret

I. Introduction générale

En date du 15 septembre 2017, le Secrétariat d'État à l'économie (SECO) a commandé un avis de droit au Centre d'étude des relations du travail (CERT) de l'Université de Neuchâtel, représenté par le Professeur Jean-Philippe Dunand et le Professeur Pascal Mahon. Ce mandat a été conféré suite à un entretien qui s'est tenu dans les locaux du SECO en date du 17 août 2017, auquel ont participé Madame Corina Müller, cheffe du secteur consacré à la protection des travailleurs (ABAS), Monsieur Alessandro Marranchelli, collaborateur scientifique, Monsieur Alain Vuissoz, juriste à l'Inspection fédérale du travail, ainsi que les professeurs susmentionnés.

Il a été convenu que M. Aurélien Witzig, avocat, docteur en droit, chargé d'enseignement à l'Université de Neuchâtel, serait associé à la rédaction de l'étude.

Il s'agira, dans cette introduction générale, premièrement, de rappeler les objectifs du mandat (**section A**), deuxièmement, d'exposer le contexte socio-économique de la « transformation numérique » (**section B**), et troisièmement enfin, d'expliquer la démarche suivie dans le présent avis de droit (**section C**).

A. Le mandat

Conformément au mandat écrit du 15 septembre 2017 et des discussions qui l'ont précédé, notre avis de droit poursuivra quatre objectifs principaux.

Il s'agira tout d'abord, en tenant compte du contexte économique actuel et des nouvelles formes d'emploi induites par les technologies numériques, d'expliquer les éléments caractéristiques de la notion d'« entreprise » au sens de la loi sur le travail (LTr)¹, afin de déterminer jusqu'où doit s'étendre le champ d'application de cette loi.

Ensuite, la définition de la notion d'entreprise et du champ d'application de la loi sur le travail devront être mises en regard des critères employés pour déterminer le champ d'application du droit privé du travail, ainsi que des critères retenus en droit des assurances sociales pour identifier le statut de salarié.

Par ailleurs, le cas particulier des contrats innommés et la possibilité de l'application simultanée de plusieurs régimes juridiques à une même relation contractuelle devront également être examinés.

Il conviendra, enfin, de proposer une démarche pratique, à l'attention des autorités d'application, afin de déterminer le champ d'application de la législation sur le travail.

B. Le contexte

Le contexte dans lequel s'inscrit le mandat susmentionné est celui des bouleversements produits sur certains modèles économiques par la « transformation numérique ».

Il s'agit d'une transformation de la vie économique liée à la fois à certains outils, comme l'ordinateur personnel ou le téléphone portable, à certains procédés, comme le traitement massif de données, l'algorithme et l'intelligence artificielle, et à certains

¹

RS 822.11.

usages, comme le recours massif à l'informatique pour accéder à l'information et organiser sa vie professionnelle et personnelle².

Cette transformation s'est initialement manifestée par le processus de l'« intermédiation numérique », c'est-à-dire par la mise en relation d'offres de services et de consommateurs qui, auparavant, se rencontraient en direct ou via un intermédiaire non numérique. Comme exemples, on peut citer les plateformes de transport, de services bancaires, juridiques, médicaux, d'aides pour le ménage, les enfants ou encore le bricolage.

La transformation numérique de l'économie tend à modifier le rapport à l'emploi, notamment en favorisant l'auto-emploi et la pluri-activité. La « société salariale »³ se transforme, à tel point que certains parlent désormais de « post-salariat » (un salariat qui deviendrait minoritaire au sein de la société)⁴, voire de « néo-salariat » (un salariat maintenu mais dépouillé de ses protections habituelles)⁵. Par un recours accru à l'indépendance, la transformation numérique peut aller jusqu'à renverser le partage classique du risque économique, en le faisant peser davantage sur le travailleur plutôt que sur l'employeur. Au-delà de la diminution de la fréquence du recours à des travailleurs salariés, la transformation numérique peut également produire un impact sur le salariat lui-même, à l'égard tant du temps de travail (en favorisant les horaires atypiques, en effaçant la séparation entre temps professionnel et temps personnel) que du lieu de travail (en encourageant le télétravail)⁶.

Il est important d'avoir à l'esprit que la transformation numérique de l'économie n'est pas exempte de soubassements idéologiques : en effet, elle s'inscrit dans la logique de l'externalisation. Selon cette théorie, « la décision d'internaliser ou d'externaliser une activité [...] dépend [...] d'une comparaison entre les coûts d'une transaction organisée à l'intérieur d'une entreprise [...] et les coûts d'une transaction sur le marché [...] »⁷.

Déjà avant la transformation numérique de l'économie, l'externalisation avait été mise en œuvre, que ce soit au niveau des fonctions (informatique, nettoyage, etc.), des infrastructures ou des processus opérationnels (franchise, etc.).

Ce contexte n'est pas sans influence sur la vie quotidienne au travail de nombreuses personnes. Rares sont les individus qui ne sont pas affectés par l'un ou l'autre des aspects induits par la transformation numérique.

Les effets les plus flagrants concernent toutefois surtout de nouvelles formes d'emplois induites par ces évolutions, notamment les emplois créés par l'extension des plateformes numériques. Dans ces cas, il s'agit souvent de nouveaux emplois, qui se déroulent en dehors de la structure de l'entreprise « classique », à savoir l'entreprise dite « fordienne » qui s'était massivement répandue au cours du XX^e siècle.

² Cf. Aurélien Witzig, « L'ubérisation du monde du travail. Réponses juridiques à une évolution économique », RDS 2016 457.

³ Le terme est de Robert Castel, in *Les métamorphoses de la question sociale. Une chronique du salariat*, Paris, Fayard, 1995.

⁴ Cf. « Uber prêt à payer cher pour ne pas avoir de salariés », *Le Point*, 24 avril 2016.

⁵ Conseil national du numérique (France), *Rapport « Travail Emploi Numérique – Les nouvelles trajectoires »*, janvier 2016, p. 34. Sur les notions de « post-salariat » et de « néo-salariat », cf. Diana Filippova, « La crise du salariat aura-t-elle lieu ? », < magazine.ouishare.net >.

⁶ Cf. TF, Rapport de gestion 2011, p. 21.

⁷ Conseil national du numérique, rapport précité, p. 31. Cf. également la « théorie des coûts de transaction », inaugurée par Ronald Coase dans un article daté de 1937, « The Nature of the Firm ».

C. La démarche

Notre démarche s'articulera comme suit. Il s'agira en premier lieu de retracer l'histoire du champ d'application de la loi sur le travail (**chapitre II**). En effet, la loi sur le travail étant tributaire des formes concrètes dans lesquelles s'exerce le travail, seule une perspective historique permet de comprendre comment son champ d'application a été pensé et conçu, et dans quelle direction il peut ou doit évoluer.

Il conviendra ensuite de déterminer les contours de la notion d'« entreprise » au sens de cette loi, et de passer en revue les exceptions prévues, du point de vue tant des employeurs que des travailleurs (**chapitre III**). En particulier, le statut de « travailleur » au sens de la LTr devra être placé en regard des critères retenus en droit privé du travail et en droit des assurances sociales. Similitudes et dissimilitudes devront être repérées et justifiées.

Ce travail d'interprétation devra emprunter aux techniques classiques d'interprétation de la loi. À l'instar du Tribunal fédéral, il s'agira d'adopter un « pluralisme pragmatique », en combinant les interprétations littérale, systématique, téléologique, historique et contextuelle⁸.

Bien entendu, les interprétations d'ores et déjà données par l'administration, la jurisprudence et la doctrine seront exposées. Elles devront toutefois être confrontées aux situations nouvelles résultant notamment des évolutions économiques récentes dans l'organisation des entreprises et la structure des emplois (**chapitre IV**).

Nous aurons souvent l'occasion dans le cadre de cette étude de nous référer aux commentaires et directives du SECO. On précisera que, selon le Tribunal fédéral, les commentaires du SECO relatifs à la loi sur le travail et à ses ordonnances ont valeur de directives⁹. Dans la mesure toutefois où ces directives n'ont pas de rang légal, nous nous autoriserons parfois un regard critique, tout en cherchant à en maintenir le plus possible le contenu, afin que la pratique de l'administration reste cohérente à travers le temps et ce, malgré les nouvelles réflexions que nous apporterons ici.

Enfin, seront proposées une synthèse (**chapitre V**) et une démarche pratique, en plusieurs étapes, pour déterminer le champ d'application de la loi sur le travail dans un cas concret (**chapitre VI**).

⁸ Pour une synthèse : ATF 140 V 227, cons. 3.2.

⁹ TF, 9 mai 2012, 2C_462/2011, c. 4.2.

II. Histoire du champ d'application de la loi sur le travail

Nous proposerons ici un survol historique qui comportera trois parties. Nous traiterons, dans l'ordre, de la République helvétique à la loi sur le travail (**section A**), puis, plus succinctement, du champ d'application initial (**section B**) et de l'évolution (**section C**) de la loi.

A. De la République helvétique à la loi sur le travail

En 1798, le Directoire helvétique proclama la liberté du commerce et de l'industrie¹⁰. Dans le nouvel ordre juridique ainsi mis en place, seuls deux contractants présumés libres et égaux – l'employeur et le travailleur – se trouvaient face à face en droit du travail, sans presque aucune contrainte légale pour organiser leurs relations.

Cette situation de libéralisme intégral parut assez vite intenable.

C'est ainsi que, rapidement, des lois furent votées, pour interdire le travail des enfants en dessous d'un certain âge, limiter la journée de travail, etc. La Suisse fut un pays précurseur en la matière¹¹ puisque, dès le 7 novembre 1815, une ordonnance sur le travail des enfants dans les fabriques était mise en œuvre à Zurich. A travers une ordonnance glaronnaise de 1846, la Suisse fit ensuite l'expérience d'une législation industrielle réglementant non seulement le travail des enfants, mais aussi celui des adultes¹². La législation du canton de Glaris, notamment par une loi du 10 août 1864, servit de prototype à la première loi fédérale sur le travail dans les fabriques de 1877¹³.

Pour comprendre l'évolution juridique qui s'opéra à ce moment-là, il est nécessaire de garder à l'esprit que, durant la seconde moitié du XIX^e siècle, l'industrie suisse se composait notamment d'ateliers de construction de locomotives et de machines, d'ateliers de tissage d'étoffes et de rubans de soie, d'ateliers de tissage et filatures de coton et de lin, d'ateliers de broderies mécaniques, de fabriques d'étoffes imprimées, de papeteries et de fabriques de papier et carton-bois, de fabriques d'objets de paille, de fabriques de cigares, de verreries, de fabriques d'horlogerie et de pièces à musique¹⁴.

Les problèmes rencontrés par les ouvriers étaient l'inhalation de substances nocives, des risques de blessure, une durée du travail excessive, le travail des enfants, le travail de nuit, le dimanche et les jours fériés, des modes de paiements désavantageux, des règlements de fabriques trop restrictifs. En somme, les ouvriers encouraient des dangers « pour [leur] santé et pour [leur] vie »¹⁵.

Depuis le milieu du XIX^e siècle, les cantons adoptèrent donc des lois visant à protéger les ouvriers et à leur donner des droits. La loi fédérale sur le travail dans les fabriques

¹⁰ Bundesarchive, 1798, vol. 548, fol. 159.

¹¹ Cf. Johannes Schregle/Wilfred Jenks, « Labour Law », in Encyclopedia Britannica, < britannica.com >.

¹² René Lavollée, *Les Classes ouvrières en Europe*, Paris, Guillaumin et cie, 2^e éd., 1884, tome II, p. 13.

¹³ William Rappard, *La Révolution industrielle et les origines de la protection légale du travail en Suisse* (1^e éd. 1914), Genève/Zurich/Bâle, Schulthess, 2008, p. 218.

¹⁴ Rapport de la Commission du Conseil national, 24 mai 1876, FF 1876 II 800.

¹⁵ Rapport précité, FF 1876 II 798.

a ainsi été voulue comme un remède aux « sérieux inconvénients qui se produisent dans l'industrie manufacturière », dans le but de « faire droit aux justes désirs de la classe ouvrière »¹⁶.

Il faut noter toutefois que la législation sur le travail ne voulut pas s'opposer frontalement au principe de liberté des métiers et du commerce¹⁷. Le but était d'apporter un « correctif », capable de concilier les intérêts des ouvriers et ceux des patrons¹⁸. Il faut rappeler qu'à l'époque, l'industrie était vue comme possédant une « mission civilisatrice »¹⁹.

En dehors des prescriptions visant à préserver la santé et la sécurité des ouvriers, la loi sur les fabriques était surtout importante en ce qu'elle prévoyait une responsabilité objective de l'employeur : « Si l'exploitation d'une fabrique occasionne la mort d'un ouvrier ou des lésions, le propriétaire est responsable des dommages qui en résultent, à moins qu'il ne puisse établir que l'accident doit être attribué à la faute de la victime elle-même » (art. 4)²⁰.

Un tel régime de responsabilité fut justifié d'une manière qui est utile également pour réfléchir, par analogie, à la situation actuelle : « En présence du rôle toujours plus important que la vapeur joue comme moteur dans les exploitations industrielles, on ne saurait objecter que l'ouvrier est libre de chercher de l'occupation dans des entreprises moins dangereuses ou prétendre, d'une manière générale, que le salaire constitue déjà une prime pour celui qui s'expose à de semblables dangers. L'ouvrier de fabrique est obligé d'avoir confiance dans les mesures prises, en faveur de sa sécurité personnelle, par son patron et de s'en remettre souvent aveuglément à ce dernier. Comment dès lors s'opposer à ce que la responsabilité de l'entrepreneur soit proportionnelle à la grandeur des dangers auxquels est exposé celui qu'il emploie ? »²¹

Ce faisant, c'est la logique *ubi onus ibi emolumentum* (celui qui reçoit le profit doit en supporter les risques) qui était appliquée : « Cette pensée du législateur a parfaitement sa raison d'être, que celui qui, dans un but de gain, utilise les forces de la nature, doit être responsable des dommages dont elles peuvent être la source, surtout lorsqu'il s'agit de la perte de la santé ou de la mort d'un homme, et que la victime nourrissait au travail de ses mains une famille qui reste plongée dans la plus profonde misère »²².

Il est important d'avoir conscience qu'à côté de cette législation industrielle, la conception contractuelle, telle que la tradition romaine l'avait apportée, continuait cependant à régir le contrat de travail. Ainsi, la loi fédérale sur les obligations du 14 juin 1881 ne comportait que douze articles consacrés au contrat de travail et n'apporta que peu de dérogations au principe de liberté contractuelle²³.

¹⁶ Rapport précité, FF 1876 II 797.

¹⁷ Rapport précité, FF 1876 II 798.

¹⁸ Rapport précité, FF 1876 II 798.

¹⁹ Rapport précité, FF 1876 II 798.

²⁰ FF 1876 II 830.

²¹ Rapport précité, FF 1876 II 803.

²² Rapport précité, FF 1876 II 804.

²³ Stéphanie Perrenoud, « L'évolution historique du droit de la relation de travail », in Jean-Philippe Dunand/Pascal Mahon/Stéphanie Perrenoud (édit.), *Le droit de la relation de travail à la croisée des chemins*, Genève/Zurich/Bâle, Schulthess, 2016, p. 35.

Par la suite, la seconde « révolution industrielle » favorisa en Suisse la houille blanche, le tourisme, l'horlogerie, les machines et les produits alimentaires. On restait toutefois dans la même logique législative que précédemment.

Certes, en 1919, un projet de loi unique susceptible de régir l'ensemble des conditions de travail fut adopté par l'Assemblée fédérale²⁴. Ce projet fut toutefois rejeté lors de la votation populaire du 21 mars 1920²⁵. Le droit du travail n'a donc pas été unifié, et il ne l'est toujours pas à l'heure actuelle.

En effet, une des caractéristiques du droit du travail suisse, qu'il partage avec le droit allemand mais non avec le droit français, est que son régime n'est pas unifié au sein d'un code unique mais éclaté entre différentes lois, notamment le code des obligations (CO), la loi sur le travail (LTr), la loi sur le travail à domicile (LTrD), la loi sur les travailleurs détachés (LDét), la loi sur le service de l'emploi et la location de services (LSE), la loi sur l'égalité (LEg), la loi sur l'extension des conventions collectives de travail (LECCT), la loi sur le travail au noir (LTN), etc.

Ces lois restent marquées par leurs origines historiques et présentent dès lors des champs d'application qui ne se recoupent pas nécessairement.

Durant l'après seconde guerre mondiale, le droit du travail suisse fut modifié et structuré jusqu'à nos jours par l'adoption de trois grandes lois successives :

- sur le droit collectif du travail (loi fédérale du 28 septembre 1956 permettant d'étendre le champ d'application de la convention collective de travail),
- sur la législation industrielle (loi fédérale du 13 mars 1964 sur le travail dans l'industrie, l'artisanat et le commerce), laquelle nous occupe ici, et
- sur le contrat de travail (loi fédérale du 25 juin 1971).

B. Le champ d'application initial de la loi sur le travail

La loi sur le travail est entrée en vigueur le 1^{er} février 1966. Ses premiers articles définissent son champ d'application propre (art. 1 à 5).

L'article premier, consacré au champ d'application quant aux entreprises et aux personnes, contient le principe que la LTr s'applique à « toutes les entreprises publiques et privées » (art. 1, al. 1 LTr).

On observe donc que, de la définition retenue de l'entreprise, dépend en premier lieu l'étendue du champ d'application de la LTr.

Ce principe est toutefois soumis à des exceptions, répertoriées aux articles 2 à 4 LTr, certaines entreprises ou certains travailleurs n'étant pas soumis à la LTr. Autrement dit, la LTr est applicable à toutes les entreprises et à tous les travailleurs, sauf exemptions expresses²⁶.

L'article 2 LTr prévoit des exceptions quant aux entreprises et l'article 3 LTr des exceptions quant aux personnes. Des règles spécifiques existent pour les entreprises familiales (art. 4 LTr) et pour les entreprises industrielles (art. 5 LTr).

²⁴ FF 1919 III 880.

²⁵ Rapport du Conseil fédéral, 19 avril 1920, FF 1920 II 429.

²⁶ Thomas Geiser/Roland Müller, *Arbeitsrecht in der Schweiz*, Berne, Stämpfli, 2^e éd., 2012, N 931, p. 339. Cf. également : Peter Böhringer/Rainer Mössinger, *Das neue Arbeitsgesetz*, Zurich, KV, 2001, p. 13.

Toutefois, les exceptions peuvent n'être que partielles (cf. art. 3a et 27 LTr, OLT 2, etc.), tandis que certains travailleurs bénéficient de protections renforcées (cf. art. 29 et s. LTr, OLT 5, Ordonnance sur la protection de la maternité, etc.).

Enfin, il est important de souligner que le chapitre 1 de l'OLT 1 apporte plusieurs précisions concernant le champ d'application de la législation sur le travail. En particulier, il précise :

« Art. 1 Travailleurs

(art. 1 LTr)

1 Par travailleur on entend toute personne occupée dans une entreprise soumise à la loi, de manière durable ou temporaire, durant tout ou partie de l'horaire de travail.

2 Sont également réputés travailleurs les apprentis, stagiaires, volontaires et autres personnes qui travaillent dans l'entreprise principalement à des fins de formation ou pour se préparer au choix d'une profession. »

C. Evolution du champ d'application de la loi sur le travail

Plusieurs révisions de la LTr ont été opérées depuis sa promulgation et jusqu'à aujourd'hui. Toutefois, son champ d'application n'a pratiquement pas été modifié²⁷.

Relevons en particulier que, par une novelle du 8 octobre 1993, adoptée dans le cadre du paquet Swisslex, les travailleurs exerçant une activité scientifique ou une activité artistique indépendante, et ceux exerçant une fonction dirigeante élevée ont été soumis à la loi en ce qui concerne les prescriptions relatives à l'« hygiène » (aujourd'hui la « santé »²⁸, cf. art. 3a LTr)²⁹.

Par ailleurs, le 22 mars 1996, le Parlement avait adopté un projet de révision de large envergure de la LTr. Ce projet fut toutefois rejeté lors du vote référendaire du 1^{er} décembre 1996³⁰. A la suite du vote référendaire, un nouveau projet de révision de la LTr a été mise en route ; il a été accepté en 1998 et mis en vigueur en 2000.

²⁷ Pour la révision de 1989, cf. Philippe Bois, « La révision de la loi sur le travail (1989) », in *Etudes en droit social*, Zurich, Schulthess, 1991, p. 177.

²⁸ Cf. modification du 20 mars 1998, RO 2000 1569.

²⁹ Hans-Peter Tschudi/Thomas Geiser/Rémy Wyler, in Thomas Geiser/Adrian von Kaenel/Rémy Wyler (édit.), *Arbeitsgesetz*, Berne, Stämpfli, 2005, N 21 ad Introduction.

³⁰ Union patronale suisse, *La loi sur le travail. Guide pratique*, Zurich, 2000, p. 2.

III. Analyse des trois concepts permettant de déterminer le champ d'application de la loi sur le travail

Pour déterminer le champ d'application de la loi sur le travail, on doit commencer par analyser le libellé de son titre : « loi fédérale sur le travail dans l'industrie, l'artisanat et le commerce ».

Toutefois, le titre de la loi ne renseigne pas directement sur son champ d'application, car il est formulé de manière manifestement trop étroite par rapport à ce que disposent les premiers articles de la même loi³¹. En outre, la jurisprudence a jugé que la loi était applicable à d'autres secteurs que ceux mentionnés dans ce titre, comme par exemple au secteur de la santé³².

Plus que l'intitulé de la loi, c'est bien le premier chapitre de la loi qui nous donnera les indications les plus précises sur son champ d'application. Au total, il ressort du régime légal que le champ d'application de la LTr suppose la réunion de trois éléments :

- une entreprise ;
- un employeur non excepté ;
- un travailleur non excepté.

Ce chapitre sera précisément consacré à l'analyse de ces trois concepts.

La notion d'« entreprise » doit être définie en premier lieu (**section A**). En effet, si la structure dans laquelle une personne exerce son activité n'est pas une entreprise au sens de la LTr, cette loi ne sera pas applicable, quel que soit le travail effectué et la façon dont il est effectué³³.

Ensuite, même si l'on se trouve en présence d'une entreprise au sens de la LTr, encore faut-il que ni l'employeur (**section B**), ni le travailleur (**section C**) ne soient exclus du champ d'application de la loi.

Concernant le travailleur, l'exclusion peut ressortir soit d'une mention légale expresse, soit de la raison qu'il ne saurait, en soi, être considéré comme un « travailleur » au sens de cette législation.

Relevons enfin qu'il revient à l'autorité administrative de trancher les cas litigieux (art. 41, al. 3 LTr). Ce faisant, l'autorité doit toutefois se garder de violer la loi (cf. notamment art. 5 Cst.).

A. L'entreprise

1. Préalable : définition de l'entreprise en droit privé du travail

³¹ Du même avis : Thomas Geiser *in* Thomas Geiser/Adrian von Kaenel/Rémy Wyler (édit.), *Arbeitsgesetz*, Berne, Stämpfli, 2005, N 4 *ad* art. 1 LTr ; Roland Bachmann, *in* Alfred Blesi/Thomas Pietruszak/Isabelle Wildhaber (édit.), *Arbeitsgesetz*, Bâle, Helbing Lichtenhahn, 2018, N 7 *ad* art. 1 LTr.

³² TF, 14 juin 2002, 2P.251/2001, cons. 4 ; TF, 5 mars 2009, 2C_308/2008, cons. 2.

³³ Cf. Roland Müller/Christian Maduz, *Kommentar ArG*, Zurich, Orell Füssli, 2017, N 1 *ad* art. 3 LTr.

De manière générale, l'« entreprise » a été définie par la jurisprudence dans le domaine du droit du transfert d'entreprise (cf., par exemple, art. 333 al. 1 CO). Le Tribunal fédéral reconnaît une « entreprise » lorsqu'existe « une unité de production organisée, formant un tout, prévue pour durer, qui participe de manière indépendante à la vie économique »³⁴.

2. Définition de l'entreprise par la LTr

La LTr donne toutefois sa propre définition de l'entreprise, beaucoup plus large que celle retenue par le Tribunal fédéral en matière de transfert d'entreprise : « Il y a entreprise selon la loi lorsqu'un employeur occupe un ou plusieurs travailleurs de façon durable ou temporaire, même sans faire usage d'installations ou de locaux particuliers. » (art. 1, al. 2, 1^e phr. LTr).

Selon la jurisprudence, la notion d'entreprise doit être interprétée très largement, dès lors que c'est volontairement qu'elle est définie de façon large par la loi³⁵.

Aussi entend-on par entreprise « toute organisation de travail qui emploie durablement ou temporairement au moins un travailleur »³⁶. La durée, tout comme l'indépendance de l'entreprise, ne sont donc pas des critères³⁷.

L'entreprise au sens de la loi sur le travail n'est pas nécessairement identique à l'employeur : le rapport de travail peut exister non pas avec le propriétaire de l'entreprise mais avec un tiers, comme c'est le cas par exemple en matière de location de services³⁸.

L'entreprise au sens de la LTr est donc toute structure qui exerce un pouvoir de direction et organise le travail³⁹.

Ne sont pas pertinents : le nombre de travailleurs employés – ni même le fait que des travailleurs soient inclus dans le champ d'application personnel de la loi⁴⁰ –, la durée de l'emploi, le lieu d'exercice (art. 1, al. 2, 1^e phr. LTr *a contrario*), le fait que l'employeur soit une personne physique ou une personne morale (de droit privé ou de droit public), qu'il soit une corporation ou un établissement de droit public⁴¹, qu'il exerce une activité de type privé ou public⁴².

En dehors de la question du champ d'application des dispositions spéciales sur les entreprises industrielles (art. 5 LTr) et les entreprises soumises par le Conseil fédéral à l'approbation des plans et à l'autorisation d'exploiter (art. 8 LTr), il n'est pas requis que

³⁴ ATF 129 III 335, cons. 2.1 = JT 2003 II 75 = DTA 2003 216 = JAR 2004 212 = com. Lorandi *in* PJA 2003 1093.

³⁵ TF, 20 juin 2016, 2C_703/2015, cons. 2.1.

³⁶ TF, 20 juin 2016, 2C_703/2015, cons. 2.1.

³⁷ Roland Bachmann, *in* Alfred Blesi/Thomas Pietruszak/Isabelle Wildhaber (édit.), *Arbeitsgesetz*, Bâle, Helbing Lichtenhahn, 2018, N 8 *ad* art. 1 LTr.

³⁸ TF, 20 juin 2016, 2C_703/2015, cons. 2.1.

³⁹ TF, 20 juin 2016, 2C_703/2015, cons. 2.1.

⁴⁰ Thomas Geiser, *in* Thomas Geiser/Adrian von Kaenel/Rémy Wyler (édit.), *Arbeitsgesetz*, Berne, Stämpfli, 2005, N 10 *ad* art. 1 LTr.

⁴¹ FF 1960 II 916.

⁴² Roland Müller/Christian Maduz, *Kommentar ArG*, Zurich, Orell Füssli, 2017, N 1 *ad* art. 1 LTr.

l'entreprise présente des installations ou des locaux de nature particulière⁴³, « par exemple des salles spécialement réservées à l'exploitation »⁴⁴. Ainsi, le commerce itinérant tombe sous le coup de la LTr, de même que le télétravail (mais non le travail à domicile, expressément exclu par l'art. 3, lit. f LTr)⁴⁵. En soi, la présence d'équipements fixes ne constitue un critère que pour les prescriptions sur les entreprises industrielles et les entreprises soumises à la procédure d'approbation des plans selon l'article 8 de la loi⁴⁶.

L'entreprise n'a pas non plus à présenter un but économique ; les entreprises d'intérêt général sont également concernées ; ce qui est décisif c'est qu'une personne déterminée effectue une prestation de travail en étant intégrée à une organisation de travail extérieure à elle (« *Entscheidend ist allein, dass eine bestimmte Person Arbeit unter Eingliederung in eine fremde Arbeitsorganisation leistet.* »)⁴⁷.

Il est important de préciser aussi que l'« entreprise » au sens de la LTr n'a pas forcément un but lucratif⁴⁸.

3. Sens de la définition actuellement retenue par la LTr

La définition de l'entreprise aujourd'hui en vigueur correspond à celle qui était prévue dès le projet de loi sur le travail présenté par le Conseil fédéral en 1960⁴⁹. La première version de la loi exemplifiait en outre la définition par un certain nombre de domaines auxquels la loi devait s'appliquer : industrie, artisanat, commerce et transports, établissements d'assurance, banques, hôtels, restaurants et cafés, cliniques et hôpitaux et prestation d'autres services, ainsi que sylviculture dans les forêts publiques⁵⁰. Diverses modifications, dont la dernière intervint en 1996 ont contribué à « élarguer » cette énumération, puis à la supprimer complètement⁵¹.

Le Conseil fédéral précisa que « la loi vise, au sens large, toutes les entreprises industrielles, artisanales et commerciales qui ne sont pas expressément exclues de son champ d'application »⁵². Il faut donc notamment ajouter les mines, les carrières, l'industrie du bâtiment, les établissements d'éducation et de prévoyance sociale, les secrétariats d'associations, les rédactions de journaux et les professions libérales⁵³.

L'idée de l'époque consistait à inclure tous les domaines des secteurs dits secondaires et tertiaires, en excluant la majeure partie du secteur primaire (mais non la sylviculture

⁴³ Roland Müller/Christian Maduz, *Kommentar ArG*, Zurich, Orell Füssli, 2017, N 4 ad art. 1 LTr.

⁴⁴ FF 1960 II 916.

⁴⁵ Roland Müller/Christian Maduz, *Kommentar ArG*, Zurich, Orell Füssli, 2017, N 4 ad art. 1 LTr.

⁴⁶ SECO, Commentaire de la LTr, mars 2018, 001-1.

⁴⁷ Roland Müller/Christian Maduz, *Kommentar ArG*, Zurich, Orell Füssli, 2017, N 4 ad art. 1 LTr.

⁴⁸ FF 1960 II 916 ; Roland Bachmann, in Alfred Blesi/Thomas Pietruszak/Isabelle Wildhaber (édit.), *Arbeitsgesetz*, Bâle, Helbing Lichtenhahn, 2018, N 7 ad art. 1 LTr.

⁴⁹ FF 1960 II 1013.

⁵⁰ RO 1966 57.

⁵¹ FF 1994 II 177.

⁵² FF 1960 II 915.

⁵³ FF 1960 II 915.

des forêts domaniales)⁵⁴. À l'égard de la tripartition de l'économie en trois secteurs – tripartition certes critiquée par certains économistes –, il apparaît que, dans la logique législative initiale, le secteur primaire était en principe exclu du champ d'application de la LTr, que le secteur secondaire y était dans tous les cas soumis (cf. art. 41, al. 3 LTr : il ne peut y avoir doute sur l'application de la loi qu'à l'égard d'une entreprise non industrielle), tandis que le secteur tertiaire y était en principe soumis, sauf exception. Toutefois, cette analyse se fonde dans l'arbitrage effectué par le législateur aux articles 2 à 4 LTr, puisqu'y sont expressément désignés les employeurs et les travailleurs exclus, en tout ou partie, du champ d'application de la LTr.

Certes, le concept d'entreprise au sens de la LTr ne correspond pas au concept d'entreprise au sens général⁵⁵, puisque la loi l'assimile à l'organisation de travail. Nous l'avons vu, la LTr n'exige ni indépendance ni durabilité de l'entreprise⁵⁶. On peut le comprendre du fait que sans les exceptions de l'art. 2, al. 1, lit. a et g, la fonction publique et les ménages privés tomberaient sous le coup de cette législation⁵⁷.

Certains auteurs regrettent qu'on ne s'en soit pas tenu à la définition commune de l'entreprise, ce qui aurait rendu les choses plus simples⁵⁸.

4. Application partielle en fonction de la définition de l'entreprise

Il est précisé que « lorsque les conditions d'application de la loi ne sont remplies que pour certaines parties d'une entreprise, celles-ci sont seules soumises à la loi » (art. 1, al. 2, 2^e phr. LTr).

Initialement, cette précision visait principalement les locaux d'hébergement faisant partie d'une exploitation agricole⁵⁹. C'est-à-dire qu'elle avait pour objet d'étendre la protection aux parties du secteur primaire qui représentaient des activités relevant du secteur secondaire ou tertiaire.

Autrement dit, les parties d'entreprise qui forment une unité organisationnelle séparée peuvent être soumises à la LTr, même si tel n'est pas le cas pour le reste de l'entreprise⁶⁰. En d'autres termes, restent soumises à la LTr les parties d'entreprise qui ne tombent pas sous le coup d'une exception au champ d'application⁶¹. Pour ce faire, il était précédemment conseillé d'observer quelle était la part d'activité prépondérante dans chaque partie d'entreprise⁶². Actuellement, on considère plutôt qu'il n'est pas

⁵⁴ FF 1960 II 915.

⁵⁵ Thomas Geiser, in Thomas Geiser/Adrian von Kaenel/Rémy Wyler (édit.), *Arbeitsgesetz*, Berne, Stämpfli, 2005, N 8 ad art. 1 LTr ; Roland Müller/Christian Maduz, *Kommentar ArG*, Zurich, Orell Füssli, 2017, N 3 ad art. 1 LTr.

⁵⁶ Thomas Geiser, in Thomas Geiser/Adrian von Kaenel/Rémy Wyler (édit.), *Arbeitsgesetz*, Berne, Stämpfli, 2005, N 8 ad art. 1 LTr ; Roland Müller/Christian Maduz, *Kommentar ArG*, Zurich, Orell Füssli, 2017, N 3 ad art. 1 LTr.

⁵⁷ Roland Müller/Christian Maduz, *Kommentar ArG*, Zurich, Orell Füssli, 2017, N 3 ad art. 1 LTr.

⁵⁸ Roland Müller/Christian Maduz, *Kommentar ArG*, Zurich, Orell Füssli, 2017, N 3 ad art. 1 LTr.

⁵⁹ FF 1960 II 916.

⁶⁰ Roland Müller/Christian Maduz, *Kommentar ArG*, Zurich, Orell Füssli, N 7 ad art. 1 LTr.

⁶¹ Roland Müller/Christian Maduz, *Kommentar ArG*, Zurich, Orell Füssli, N 7 ad art. 1 LTr.

⁶² Direktion der Volkswirtschaft/ZH, décision du 24 mai 1985, DTA 1985 2 = JAR 1986 53 ; SECO, 27 avril 1984, DTA 1985 3 = JAR 1986 54.

nécessaire de savoir si une activité prédomine, mais davantage si on peut parler d'une véritable « partie d'entreprise »⁶³.

5. Entreprises exemptées

En somme, les seules exceptions à l'application de la LTr sont celles prévues par la loi elle-même. Les entreprises exemptées sont celles qui relèvent de branches dans lesquelles d'autres lois assurent déjà une protection suffisante aux travailleurs ou lorsque le type de travail rend les normes de la législation sur le travail non pertinentes⁶⁴. Ainsi, la LTr exclut expressément les entreprises qui sont déjà soumises à des dispositions particulières comme les entreprises soumises à la législation fédérale sur le travail dans les entreprises de transports publics (art. 2, al. 1, lit. b LTr) et celles soumises à la législation fédérale sur la navigation maritime sous pavillon suisse (art. 2, al. 1, lit. c LTr).

C'est donc logiquement que le commentaire produit par le SECO explique que « la loi ne prévoit aucune autre exception, même si son titre ne fait pas explicitement mention des entreprises prestataires de services »⁶⁵. Le SECO précise à juste titre que la LTr « s'applique donc également aux professions libérales et aux autres prestataires de services, pour autant qu'il y ait rapports de travail selon la loi »⁶⁶.

6. Bilan de la notion d'entreprise selon la LTr

À première vue, la notion d'« entreprise » ici retenue semble se confondre avec le rapport de travail. En effet, seule la circonstance selon laquelle « un employeur occupe un travailleur » est véritablement discriminante en pratique.

La notion d'entreprise au sens de la LTr est donc plutôt une notion neutre. Dès lors qu'elle ne représente pas vraiment une condition qui pourrait exclure une situation du champ d'application de la LTr (à part peut-être pour l'État et les ménages privés, comme nous le verrons par la suite), c'est à partir des notions d'employeur et de travailleur au sens de cette loi que sera déterminé ce champ d'application.

B. L'employeur

1. Au niveau suisse

Comme la notion d'« entreprise », la notion d'« employeur » est une notion peu discriminante pour notre étude, dont l'utilité réside en ceci qu'elle contribue à inclure des situations dans le champ d'application de la LTr, plutôt qu'à en exclure.

⁶³ Thomas Geiser in Thomas Geiser/Adrian von Kaenel/Rémy Wyler (édit.), *Arbeitsgesetz*, Berne, Stämpfli, 2005, N 5 ad art. 1 LTr.

⁶⁴ Thomas Geiser/Roland Müller, *Arbeitsrecht in der Schweiz*, Berne, Stämpfli, 2^e éd., 2012, N 931, p. 339.

⁶⁵ SECO, Commentaire de la LTr, mars 2018, 001-1.

⁶⁶ SECO, Commentaire de la LTr, mars 2018, 001-1.

L'employeur doit être considéré comme celui qui est « responsable de l'organisation professionnelle », autrement dit en principe le propriétaire de l'entreprise⁶⁷.

Une telle qualification permet de désigner comme employeur celui qui bénéficie des services d'un travailleur temporaire : dans le cadre de la location de services en effet, l'employeur juridique au sens du droit privé n'est pas la personne qui fait concrètement travailler le travailleur temporaire au quotidien⁶⁸. Au sens de la LTr, c'est bien celui qui, dans les faits, donne de l'ouvrage au travailleur qui est le sujet des obligations imposées par cette loi. Autrement dit, en cas de location de personnel, non seulement le bailleur mais aussi le locataire de services sont soumis aux obligations relevant de la LTr⁶⁹.

Dans les configurations où un contrat d'exclusivité (comme un contrat de franchise par exemple) met à disposition d'une personne la structure organisationnelle et les locaux de l'entreprise, il faut vérifier de quelle marge de manœuvre dispose le « travailleur » sur le plan décisionnel : « Il y a généralement rapports de travail au sens de la loi lorsque ledit « gérant » ne dispose pratiquement d'aucune marge décisionnelle, comme cela est le cas lorsqu'un contrat d'exclusivité l'oblige à acquérir installations, prestations ou marchandises. Dans ce cas d'espèce, l'employeur n'est pas le propriétaire « légal » de l'entreprise, mais au contraire la personne physique ou morale qui met la structure professionnelle – donc l'entreprise – à disposition »⁷⁰.

Comme on l'a vu dans la section précédente, « la loi peut ne s'appliquer qu'à certaines parties d'une entreprise, pour autant que ces dernières constituent une unité organisationnelle intrinsèque »⁷¹.

2. Disposition spéciale en matière d'employeurs étrangers

Une disposition spéciale précise le régime juridique des entreprises sises à l'étranger qui occupent des travailleurs en Suisse : la LTr s'applique, « dans la mesure où les circonstances le permettent » (art. 1, al. 3 LTr).

Cette disposition permet d'exclure du champ d'application de la loi le personnel appartenant à l'administration publique d'un État étranger ou à une organisation internationale, les conventions internationales ayant de toute façon rang juridique prééminent⁷².

Le second sens de la précision sur les circonstances est purement pratique : il signifie que « les prescriptions légales peuvent être effectivement appliquées à l'égard d'une entreprise sise à l'étranger »⁷³.

⁶⁷ SECO, Commentaire de la LTr, mars 2018, 001-1 ; Roland Müller/Christian Maduz, *Kommentar ArG*, Zurich, Orell Füssli, N 5 *ad* art. 1 LTr.

⁶⁸ Roland Müller/Christian Maduz, *Kommentar ArG*, Zurich, Orell Füssli, N 5 *ad* art. 1 LTr.

⁶⁹ Remo Wagner, « Die Rund-um-die-Uhr Betreuung in der Pflege », PJA 2016 772.

⁷⁰ SECO, Commentaire de la LTr, mars 2018, 001-2 ; Roland Müller/Christian Maduz, *Kommentar ArG*, Zurich, Orell Füssli, N 5 *ad* art. 1 LTr.

⁷¹ SECO, Commentaire de la LTr, mars 2018, 001-2.

⁷² FF 1960 II 916.

⁷³ FF 1960 II 917.

C. Le travailleur

1. Fonction de la notion de travailleur au sens de la LTr

Face aux deux notions extensives d'« entreprise » et d'« employeur », c'est la notion de « travailleur » qui doit donc jouer un rôle déterminant pour l'application de la LTr.

La question qui se pose est dès lors de savoir si le champ d'application de la LTr se superpose au champ d'application du droit privé du travail, ou si la LTr ne s'applique pas à toutes les situations tombant sous le coup du droit privé du travail ou, à l'inverse, si elle s'applique même à des situations qui ne sont pas qualifiées de rapports de travail au sens du droit privé.

2. Définition de base du travailleur donnée par la législation sur le travail

Comme nous l'avons vu, la LTr ne définit pas le « travailleur »⁷⁴.

Quant à l'OLT 1, la définition qu'elle apporte en son art. 1^{er} n'est pas d'une grande utilité pratique du fait de son caractère général⁷⁵. Cette disposition peut à la rigueur être comprise comme servant à interdire toute « distinction entre les personnes occupées dans une entreprise selon le rapport qu'elles ont avec l'entreprise », le seul fait d'être employée dans une entreprise qui ne soit pas elle-même exclue du champ d'application de la loi suffisant à garantir la protection⁷⁶.

Toutefois, le critère déterminant du « travailleur » fait ici défaut.

3. Rapports avec la définition du travailleur au sens du droit privé

Administration et doctrine considèrent en tout cas que tous les travailleurs au sens du droit privé sont inclus dans le champ d'application de la LTr, sauf exclusion expressément mentionnée par la loi elle-même⁷⁷. En effet, on considère généralement que la LTr, à l'instar d'autres règles impératives (cf. art. 341, 361 et 362 CO, LEg, LDét, etc.), est applicable dès qu'il existe un contrat de travail au sens du droit des obligations⁷⁸, ce qui règle le sort des deux premières hypothèses mentionnées sous le point 1 ci-dessus.

⁷⁴ Roland Müller/Christian Maduz, *Kommentar ArG*, Zurich, Orell Füssli, N 8 ad art. 1 LTr.

⁷⁵ Thomas Geiser, in Thomas Geiser/Adrian von Kaenel/Rémy Wyler (édit.), *Arbeitsgesetz*, Berne, Stämpfli, 2005, N 11 ad art. 1 LTr.

⁷⁶ SECO, Commentaire de la LTr, mars 2018, 101-1.

⁷⁷ Thomas Geiser, in Thomas Geiser/Adrian von Kaenel/Rémy Wyler (édit.), *Arbeitsgesetz*, Berne, Stämpfli, 2005, N 11 et s. ad art. 1 LTr ; Roland Müller/Christian Maduz, *Kommentar ArG*, Zurich, Orell Füssli, 2017, N 8 ad art. 1 LTr ; Thomas Geiser/Roland Müller, *Arbeitsrecht in der Schweiz*, Berne, Stämpfli, 2^e éd., 2012, N 932, p. 340.

⁷⁸ Jean-Philippe Dunand, in Jean-Philippe Dunand/Pascal Mahon (édit.), *Commentaire du contrat de travail*, Berne, Stämpfli, 2013, N 33 ad art. 319 CO.

Concrètement, un contrat de travail formel n'est pas nécessaire, seule la subordination suffit⁷⁹. En effet, ce qui compte, c'est l'activité effectivement exercée, non pas la qualification portée dans le contrat ou la position dans l'organigramme de la société⁸⁰.

Ainsi, selon le commentaire du SECO, le critère essentiel n'est pas la qualification juridique de la relation : seul compte le point de savoir si un travailleur est occupé par un employeur. Cette analyse paraît pertinente dans le sens où l'idée qui a présidé à l'adoption de la LTr est de « protéger toutes les personnes occupées dans une entreprise contre les risques liés au travail »⁸¹.

La validité du contrat de travail au sens du droit privé est donc non pertinente, la relation de travail de fait étant protégée au même titre que celle qui peut se prévaloir d'une consécration juridique en bonne et due forme⁸². En conséquence, le critère de la bonne foi auquel l'al. 3 de l'art. 320 CO subordonne certains effets de la nullité du contrat de travail est à écarter dans tous les cas.

L'aspect factuel paraît donc prédominant en matière de législation sur le travail.

Il en va différemment en droit privé du travail où c'est plutôt la structure juridique de la relation qui distingue le contrat de travail du contrat de mandat ou d'entreprise. Ainsi, on définit généralement le contrat de travail comme celui par lequel une personne promet sa prestation de travail contre une rémunération, pour un temps déterminé ou indéterminé, au service d'autrui⁸³. Le travail ainsi accompli au service d'autrui, n'est pas « n'importe quel travail déterminé », mais « le travail qui est confié à l'une des parties, *en raison de sa situation dans l'entreprise ou le ménage de l'autre* »⁸⁴ (nous soulignons).

Le critère de la subordination juridique est donc le critère communément admis comme étant le plus important pour qualifier le contrat de travail⁸⁵. Toutefois, la jurisprudence et la doctrine n'excluent pas que certains aspects plus économiques soient pris en considération, comme la dépendance économique⁸⁶ ou l'intégration dans l'entreprise d'autrui⁸⁷. L'art. 320, al. 2 CO autorise d'ailleurs la prise en compte des circonstances

⁷⁹ Gabriela Riemer-Kafka/Nicole Elischa Krenger, *Arbeitsrecht. Kommentierte Tafeln*, Berne, Stämpfli, 2012, p. 111.

⁸⁰ Thomas Geiser/Roland Müller, *Arbeitsrecht in der Schweiz*, Berne, Stämpfli, 2^e éd., 2012, N 934, p. 341.

⁸¹ SECO, Commentaire de la LTr, mars 2018, 101-1.

⁸² Thomas Geiser, in Thomas Geiser/Adrian von Kaenel/Rémy Wyler (édit.), *Arbeitsgesetz*, Berne, Stämpfli, 2005, N 12 *ad* art. 1 LTr ; Roland Müller/Christian Maduz, *Kommentar ArG*, Zurich, Orell Füssli, 2017, N 8 *ad* art. 1 LTr ; Hans Peter Tschudi, *Schweizerisches Arbeitsschutzrecht*, Berne, Schweizerischer Gewerkschaftsbund, 1985, p. 28.

⁸³ TF, 14 décembre 2010, 2C_714/2010 = DTA 2011 115 = JAR 2011 383, cons. 3.4.1 ; voir également dans la doctrine : Jean-Philippe Dunand, in Jean-Philippe Dunand/Pascal Mahon (édit.), *Commentaire du contrat de travail*, Berne, Stämpfli, 2013, N 8 *ad* art. 319 CO.

⁸⁴ Message du Conseil fédéral, 25 août 1967, FF 1967 II 284.

⁸⁵ Sur ce point en particulier : TF, 2 mai 2006, 4C.390/2005, cons. 2.6. De manière générale, cf. ATF 112 II 41, JT 1986 I 253, SJ 1986. 388, cons. 1a/aa et 1a/bb ; ATF 125 III 78 = SJ 1999 I 385 = Pra 1999 91 506, cons. 4 ; TF, 3 septembre 2015, 4A_200/2015 = JAR 2016 321 = DTA 2015 298, cons. 4.2.1.

⁸⁶ TF, 20 avril 2005, 4C.462/2004, cons. 4.3.3 ; TF, 25 janvier 2007, 4C.276/2006, cons. 4.3 ; TF, 9 février 2009, 4A_553/2008, cons. 4.2 ; CAPH/GE, 9 avril 2010, JAR 2001 459, cons. 2.4.

⁸⁷ TF, 4 février 2000, JAR 2001 135 ; TF, 9 mars 2004, 4P.83/2003.

de fait dès lors qu'il inclut dans la qualification de contrat de travail « l'exécution d'un travail qui, d'après les circonstances, ne doit être fourni qu'en échange d'une rémunération »⁸⁸.

La définition du travailleur au sens de la LTr apparaît donc comme plus large que celle du CO. Selon le SECO, « la qualité de travailleur au sens de la loi est applicable à toute personne que l'exercice de son activité intègre nécessairement dans une structure professionnelle étrangère à la sienne et soumet à un lien de subordination individuelle par rapport à son employeur, dont il est clairement tenu de suivre les instructions »⁸⁹.

Autrement dit, « moins restrictifs que les conditions auxquelles le droit du contrat de travail subordonne la qualité de travailleur, les critères fixés par la loi permettent une définition plus élargie du terme de travailleur. En effet, la loi ne subordonne pas cette définition à un avancement personnel, contrairement au contrat de travail, qui stipule le versement d'un salaire en contrepartie du travail »⁹⁰.

La doctrine approuve le SECO en considérant l'existence même d'un contrat de travail au sens du droit privé n'est pas un critère d'application de la LTr⁹¹.

Par une forme de renversement, le critère primordial en matière de LTr pourrait même selon certains être non pas celui de « travailleur » mais d'« entreprise » : si l'entreprise est soumise à la LTr, le travailleur qui exerce son activité dans cette entreprise y sera également soumis, à condition que cette entreprise représente une organisation qui lui soit étrangère⁹². Mais cette réflexion ne nous avance pas tellement puisqu'elle nous fait retomber sur la question du critère déterminant que nous avons mentionnée au début de cette section.

Ce que l'on peut retenir toutefois de l'approche factuelle, c'est que peu importe que le travailleur soit occupé lors des heures d'ouverture de l'entreprise ou en dehors (comme ce peut être le cas pour les fonctions de nettoyage ou de surveillance)⁹³. Peu importe également qu'il faille compter l'emploi au nombre des travailleurs selon l'art. 5, al. 2, lit. a LTr⁹⁴.

En outre, peu importe que l'activité intervienne de telle sorte à enrichir le travailleur : seul compte le point de savoir si l'activité est susceptible d'enrichir l'entreprise⁹⁵. Relevons toutefois que selon un auteur, les relations non rémunérées ne seraient pas

⁸⁸ Cf. TF, 6 mars 2013, 4A_641/2012, DTA 2013 127.

⁸⁹ SECO, Commentaire de la LTr, mars 2018, 001-2.

⁹⁰ SECO, Commentaire de la LTr, mars 2018, 001-2.

⁹¹ Roland Müller/Christian Maduz, *Kommentar ArG*, Zurich, Orell Füssli, 2017, N 8 *ad* art. 1 LTr, Thomas Geiser, *in* Thomas Geiser/Adrian von Kaenel/Rémy Wyler (édit.), *Arbeitsgesetz*, Berne, Stämpfli, 2005, N 12 *ad* art. 1 LTr ; Hans Peter Tschudi, *Schweizerisches Arbeitsschutzrecht*, Berne, Schweizerischer Gewerkschaftsbund, 1985, p. 28.

⁹² Roland Müller/Christian Maduz, *Kommentar ArG*, Zurich, Orell Füssli, 2017, N 8 *ad* art. 1 LTr.

⁹³ Roland Müller/Christian Maduz, *Kommentar ArG*, Zurich, Orell Füssli, 2017, N 8 *ad* art. 1 LTr.

⁹⁴ Roland Müller/Christian Maduz, *Kommentar ArG*, Zurich, Orell Füssli, 2017, N 8 *ad* art. 1 LTr.

⁹⁵ Roland Bachmann, *in* Alfred Blesi/Thomas Pietruszak/Isabelle Wildhaber (édit.), *Arbeitsgesetz*, Bâle, Helbing Lichtenhahn, 2018, N 15 *ad* art. 1 LTr.

concernées par la LTr, à moins qu'elles ne visent un objectif de formation⁹⁶. Cette position semble isolée⁹⁷.

En somme, sont exclues les personnes qui rendent des services, durant leur temps de loisir et dans le cadre d'une association, comme par exemple des jeunes « patrouilleurs scolaires », qui ne sont pas considérées comme « travailleurs » au sens de la LTr ; en effet, « les patrouilleurs scolaires apprennent les règles de la circulation routière », ils sont « formés et entraînés à donner les premiers secours (formation de samaritain) » ; ils « remplissent pour une grande part une tâche publique que la police confie à leur association afin de décharger son propre personnel » ; or, « il ne fait aucun doute que les fonctionnaires de la police accomplissent une tâche administrative spéciale et ne sont pas des travailleurs au sens de la LTr » ; en outre, il n'existe « aucun rapport de subordination au sens du CO »⁹⁸.

4. Mise en regard de la définition du salarié en droit des assurances sociales

Le critère économique parfois employé en droit privé du travail, voire dans le cadre de la LTr, n'est pas sans rappeler celui qui prévaut en droit des assurances sociales, bien que les qualifications dans ces deux domaines du droit restent distinctes⁹⁹. Le droit des assurances sociales présente la particularité d'inclure en principe l'ensemble des revenus lucratifs dans son champ d'application. Les régimes varient alors en fonction de la qualification de « dépendant » ou d'« indépendant », les notions d'« employeur » et de « salarié » étant également pertinentes en matière de paiement des cotisations.

La définition du « salarié » au sens des assurances sociales ne provient pas de la loi, qui est autoréférentielle. En effet, selon l'art. 10 LPGa, est réputé salarié celui qui fournit un travail dépendant et qui reçoit pour ce travail un salaire déterminant au sens des lois spéciales¹⁰⁰. Ainsi, selon la loi, deux conditions doivent donc être remplies : l'exécution d'une prestation de travail dépendante et le versement d'un salaire déterminant¹⁰¹. La définition du salaire déterminant n'est toutefois pas d'une grande utilité dès lors qu'il comprend « toute rétribution pour un travail dépendant effectué dans un temps déterminé ou indéterminé » (art. 5, al 2 LAVS).

Il est donc revenu à la jurisprudence de préciser les choses. Cette dernière confirme qu'elle retient une conception autonome de la notion de « salarié » en droit de la sécurité sociale¹⁰². Ainsi, si le travailleur subordonné est toujours affilié en tant que dépendant puisque le contrat de travail est le signe certain d'une activité

⁹⁶ Thomas Geiser, in Thomas Geiser/Adrian von Kaenel/Rémy Wyler (édit.), *Arbeitsgesetz*, Berne, Stämpfli, 2005, N 17 ad art. 1 LTr.

⁹⁷ Roland Bachmann, in Alfred Blesi/Thomas Pietruszak/Isabelle Wildhaber (édit.), *Arbeitsgesetz*, Bâle, Helbing Lichtenhahn, 2018, N 15 ad art. 1 LTr.

⁹⁸ Conseil fédéral, Réponse du 20 juin 1979, DTA 1980 23.

⁹⁹ Une meilleure coordination entre ces deux domaines du droit serait souhaitable : TF, 22 décembre 2016, 8C_161/2015, cons. 4.3.

¹⁰⁰ Pour un commentaire récent de cette disposition, cf. Jean-Philippe Dunand, Commentaire de l'art. 10 LPGa, in : Dupont/Moser (édit.), *Commentaire romand LPGa*, Bâle 2018 (à paraître).

¹⁰¹ ATF 140 V 368 = Pra 2014. 928 = com. Perrenoud in SAS 2015. 77, cons. 4.

¹⁰² Cf. également : Aline Bonard, « Le statut de l'administrateur-travailleur au regard des assurances sociales », in Rémy Wyler (édit.), *Panorama II en droit du travail*, Berne, Stämpfli, 2012, p. 726.

dépendante¹⁰³, un preneur d'ouvrage lié par un autre contrat qu'un contrat de travail peut également être considéré, dans certains cas, comme dépendant au sens des assurances sociales. En effet, la notion de dépendance résultant des critères susmentionnés est plus large que celle de travailleur au sens du droit privé¹⁰⁴.

La jurisprudence a dès lors décidé que, pour déterminer si l'on a affaire, dans un cas donné, à une activité salariée ou indépendante, il faut se fonder sur les circonstances économiques. Est ainsi réputé salarié, en matière d'assurances sociales, celui qui dépend d'un employeur quant à l'organisation du travail et du point de vue de l'économie de l'entreprise, et ne supporte pas le risque économique couru par l'entrepreneur¹⁰⁵.

Dans cette perspective, les relations contractuelles telles que les parties les ont aménagées sont moins déterminantes que les circonstances économiques¹⁰⁶. Il convient donc d'observer principalement si le preneur d'ouvrage dépend d'une autre personne pour l'organisation du travail ainsi que du point de vue de l'économie de l'entreprise et s'il supporte ou non le risque économique¹⁰⁷. Ainsi, on considère qu'une prestation de travail est exercée de manière dépendante dès lors qu'une personne est plus ou moins assujettie aux ordres d'une autre personne, sans devoir supporter elle-même le risque d'entreprise¹⁰⁸. Les indices permettant de trancher en faveur de la dépendance sont variés : instructions, exécution personnelle, interdiction de concurrence, respect de certains horaires, régularité de la collaboration, usage des infrastructures de l'autre partie, etc.¹⁰⁹. Quant au risque économique, il peut être défini comme étant « celui que court la personne qui doit compter, en raison d'évaluations ou de comportements professionnels inadéquats, avec des pertes de la substance économique de l'entreprise. Constituent notamment des indices révélant l'existence d'un risque économique d'entrepreneur le fait que l'assuré opère des investissements importants, subit les pertes, supporte le risque d'encaissement et de ducroire, supporte les frais généraux, agit en son propre nom et pour son propre compte, se procure lui-même les mandats, occupe du personnel et utilise ses propres locaux commerciaux »¹¹⁰.

La pertinence de l'autonomie de qualification du dépendant en droit de la sécurité sociale par rapport au droit du travail est régulièrement remise en cause, tant par la

¹⁰³ TF, 10 janvier 2005, H 334/03, cons. 6.1-6.3 ; TF, 22 septembre 2014, 8C_183/2014, cons. 7.

¹⁰⁴ Cf. Sara Rousselle-Ruffieux, « Activité dépendante et indépendante au regard du CO et de la LAVS », in Rémy Wyler (édit.), *Panorama II en droit du travail*, Berne, Stämpfli, 2012, p. 197.

¹⁰⁵ TF, 10 janvier 2005, H 334/03, cons. 6.1-6.3

¹⁰⁶ ATF 199 V 161 = Pra 1994. 151 = PJA 1997. 1465 ; ATF 122 V 169, cons. 3 ; ATF 123 V 161 = PJA 1998 594, cons. 1 ; TFA, 13 décembre 2004, H 98/04, cons. 5.3 ; TF, 18 juin 2013, 8C_97/2013, cons. 2.2 ; TF, 1^{er} mai 2014, 8C_222/2014, cons. 2 ; TF, 17 juin 2014, 8C_357/2014, cons. 2. Pour des cas d'application, cf. ATF 121 I 259 ; ATF 122 V 169 ; ATF 122 V 281 ; ATF 124 V 97 ; cf. également : Ueli Kieser, *ATSG Kommentar*, Zurich, Schulthess, 3^e éd. 2010, N 9 ad art. 10, p. 175.

¹⁰⁷ *Inter alia* : TFA, 19 mai 2006, H 6/05 et H 23/05, cons. 2.2. Cf. également les Directives de l'Office fédéral des assurances sociales sur le salaire déterminant dans l'AVS, AI, APG (DSD), 1^{er} janvier 2016, NN 1013 à 1033, pp. 23-28.

¹⁰⁸ TF, 18 juin 2013, 8C_97/2013, cons. 2.2 ; TC/FR, 4 novembre 2014, 605 2014 91 et 605 2014 151.

¹⁰⁹ TFA, 10 janvier 2005, H 334/03, cons. 6 ; DSD, N 1014.

¹¹⁰ TFA, 10 janvier 2005, H 334/03, cons. 6.3.1 ; DSD, N 1015.

doctrine¹¹¹ que par la jurisprudence¹¹². Le pouvoir exécutif a également préconisé une application uniforme des critères de qualification de dépendant et d'indépendant en droit de la sécurité sociale et en droit du travail¹¹³. Selon les mots du Conseil fédéral, cela permettrait de « tenir compte de la tendance à l'existence de formes mixtes d'activités indépendantes et salariées »¹¹⁴.

Toutefois, la qualification en matière de sécurité sociale n'est pas davantage définitive pour définir le champ d'application de la LTr. En effet, la qualification d'indépendant au sens des assurances sociales n'exclut pas, en elle-même, l'application de la LTr¹¹⁵.

5. Mise en regard du champ d'application retenu par la loi sur les travailleurs détachés

La loi sur les travailleurs détachés ne définit pas directement son champ d'application ; cependant, elle précise son objet, à partir duquel on peut chercher à déduire son champ d'application : « La présente loi règle les conditions minimales de travail et de salaire applicables aux travailleurs détachés pendant une période limitée en Suisse par un employeur ayant son domicile ou son siège à l'étranger dans le but de : a. fournir une prestation de travail pour le compte et sous la direction de cet employeur, dans le cadre d'un contrat conclu avec le destinataire de la prestation ; b. travailler dans une filiale ou une entreprise appartenant au groupe de l'employeur » (art. 1, al. 1).

Elle indique, de façon toute générale, que « la notion de travailleur est régie par le droit suisse (art. 319 à 362 CO) » (art. 1, al. 3). Le Message précise seulement que « les employeurs qui emploient des travailleurs engagés en Suisse doivent respecter les dispositions du CO »¹¹⁶. Ce sont les critères habituels du droit privé qui doivent être utilisés¹¹⁷.

¹¹¹ RAPHAËL LANZ, « Die Abgrenzung der selbständigen von der unselbständigen Ewerbstätigkeit im Sozialversicherungs-, Steuer- und Zivilrecht », PJA 1997 1482 ; Sara Rousselle-Ruffieux, « Activité dépendante et indépendante au regard du CO et de la LAVS », in Rémy Wyler (édit.), *Panorama II en droit du travail*, Berne, Stämpfli, 2012, p. 198.

¹¹² TF, 3 février 2006, 4C.359/2005, cons. 2.1. Pour une synthèse complète et nuancée, cf. Gabriela Riemer-Kafka, *Vereinfachungen im System der schweizerischen Sozialversicherungen, Problemfelder und Lösungsvorschläge*, Berne, Stämpfli, 2014, pp. 66-69.

¹¹³ Rapport du Conseil fédéral du 14 novembre 2001 sur un traitement uniforme et cohérent des activités lucratives dépendantes et indépendantes en droit fiscal et en droit des assurances sociales, FF 2002 1076.

¹¹⁴ Rapport précité, p. 1107.

¹¹⁵ Roland Müller/Christian Maduz, *Kommentar ArG*, Zurich, Orell Füssli, 2017, N 8 ad art. 1 LTr.

¹¹⁶ Message du Conseil fédéral, 2 mars 2012, FF 2012 3184.

¹¹⁷ Message du Conseil fédéral, 23 juin 1999, FF 1999 5702-5703 : « Ces critères se rapportent essentiellement à l'existence d'un lien de subordination entre les parties au contrat, élément qui caractérise de manière typique le contrat de travail. Il faudra notamment tenir compte du degré de liberté dans l'organisation du travail et du temps, de l'obligation de rendre compte de son activité, du devoir de suivre des instructions ou encore de l'identification de la partie qui supporte le risque économique. Dès lors, si ces différents indices permettent de conclure à l'existence d'un contrat de travail, les parties seront pleinement soumises aux règles habituelles de notre ordre juridique en matière de droit du travail. Il en va de même des groupes de tâcherons indépendants qui sont, aujourd'hui déjà, soumis à toutes les règles découlant du contrat de travail si une telle relation juridique découle de l'analyse de la situation concrète de chaque cas. »

Ce qui est plus intéressant, c'est de partir de la situation inverse, à savoir celle des indépendants. En effet, selon la loi, « les prestataires de services étrangers qui déclarent exercer une activité lucrative indépendante doivent, sur demande, le prouver à l'organe de contrôle au sens de l'art. 7, al. 1. La notion d'activité lucrative indépendante est régie par le droit suisse » (art. 1a, al. 1 LDét). Autrement dit, le système veut qu'« un prestataire de services provenant de l'étranger qui allègue exercer une activité lucrative indépendante [...] en [apporte] la preuve sur demande. La preuve ne peut être considérée comme apportée que si les critères suisses de définition de l'activité indépendante sont remplis »¹¹⁸.

La loi apporte des précisions sur les documents permettant de prouver l'indépendance : il peut s'agir d'une copie de l'annonce visée à l'art. 6 LDét ou d'une copie de l'autorisation délivrée si l'exercice d'une activité lucrative en Suisse est soumis à la procédure d'annonce ou d'autorisation prévue par la législation sur les étrangers ; d'un certificat au sens de l'art. 19, al. 2, du règlement (CE) no 987/2009 (formulaire A1) ; d'une copie du contrat conclu avec le mandant ou le maître d'ouvrage ; lorsqu'il n'y a pas de contrat écrit, d'une confirmation écrite du mandant ou du maître d'ouvrage concernant le mandat ou le contrat d'entreprise qui doit être exécuté en Suisse (art. 1a, al. 2 LDét).

Le Message précise encore : « L'examen de l'activité lucrative indépendante implique la présentation de trois documents lors du contrôle effectué sur place. Il s'agit de documents que tout prestataire de services indépendant peut facilement se procurer et emporter. S'agissant des trois documents énumérés, il y a lieu de penser que leur titulaire les emporte de toute manière lors d'un engagement à l'étranger comme un permis de conduire par exemple. La confirmation de l'annonce renseigne sur la propre estimation du prestataire de services étranger quant à son statut ; le document des assurances sociales E 101 renseigne sur le statut, en droit des assurances sociales, de la personne contrôlée dans son pays d'origine ; la copie du mandat ou du contrat d'entreprise ou, en l'absence d'un tel document écrit, la confirmation écrite du mandant ou du maître d'ouvrage concernant le mandat ou le contrat d'entreprise à réaliser en Suisse fournit des indications sur la conception du rapport contractuel et sur la personne qui, en cas d'indépendance fictive, serait obligée, en tant qu'employeur, de respecter les conditions suisses en matière de salaire et de travail »¹¹⁹.

Ces trois documents ne permettent pas toujours de déterminer le statut d'un individu, raison pour laquelle les organes de contrôle peuvent, et même doivent, requérir d'autres renseignements ou documents servant à prouver le statut d'indépendant (art. 1a, al. 4 LTr). Ainsi, dès qu'un doute subsiste ou qu'il existe un soupçon d'indépendance fictive et ce, malgré que les documents susmentionnés aient été présentés, l'autorité doit requérir les autres renseignements ou documents¹²⁰.

Selon le Conseil fédéral, les autres documents qui peuvent être demandés sont en particulier : « la patente, la preuve du statut de membre d'une association professionnelle (p. ex. d'une chambre artisanale), le numéro de TVA ou d'impôt sur les chiffres d'affaires (ICHA), des décomptes prouvant le propre établissement de factures, des décomptes de nuitées au lieu d'intervention avec l'indication de la personne qui a payé les factures, quittances d'achat de matériel de travail et d'appareils, une liste de clients en Suisse, une assurance des véhicules automobiles (si la personne contrôlée

¹¹⁸ Message du Conseil fédéral, 2 mars 2012, FF 2012 3184.

¹¹⁹ Message précité, FF 2012 3184.

¹²⁰ Message précité, FF 2012 3184.

dispose de son propre véhicule), une assurance RC d'entreprise ou de baux à loyer pour les locaux commerciaux »¹²¹.

Les indices retenus dans le cadre de la LDét paraissent tout à fait pertinents pour déterminer qui doit être considéré comme travailleur ou comme indépendant, y compris dans le cadre de la LTr.

6. Loi sur la location de services

Du point de vue de la loi sur la location de services, le SECO aurait récemment répondu au syndicat UNIA que les chauffeurs travaillant pour les entreprises partenaires d'Uber sont des employés et non des travailleurs indépendants, et que les firmes les employant doivent se conformer à la LSE¹²². Selon UNIA, le SECO aurait considéré qu'il existait une relation de location de services et que la CCT location de services était applicable. Toujours selon UNIA, « seuls des employeurs font appel au personnel de bailleurs de services. Le SECO souligne qu'Uber détient clairement le pouvoir de donner des instructions aux chauffeurs et chauffeuses, et que ces personnes sont intégrées à l'organisation du travail du transporteur. Il renvoie encore aux décisions de la Suva, du Tribunal fédéral et de la Cour de justice européenne, en vertu desquelles Uber doit être considéré comme employeur »¹²³.

7. Exemples concrets de la qualification retenue en droit de la LTr

Si la notion de travailleur au sens de la LTr ne présuppose pas nécessairement l'existence d'un contrat de travail au sens du droit privé, toute personne qui travaille dans les locaux d'une entreprise n'est pas nécessairement soumise à la LTr : les mandataires et les entrepreneurs, dès lors qu'ils exercent une activité indépendante, ne sont pas soumis à la LTr¹²⁴. Autrement dit, la LTr n'est pas applicable aux personnes occupées en tant qu'entrepreneurs ou collaborateurs indépendants et dont la relation avec l'entreprise correspond à un mandat ou un contrat d'entreprise¹²⁵.

La question se complique pour les personnes qui se trouvent dans des situations que la doctrine française qualifie de « para-subordination » et la doctrine allemande de « *arbeitnehmerähnliche Personen* ».

Le législateur historique avait tenu compte de certaines situations de ce genre, créant des lois spéciales pour les travailleurs à domicile et les voyageurs de commerce, puis leur dédiant un chapitre dans le code des obligations (cf. art. 344 et s. CO). L'extension du domaine protecteur du droit privé du travail avait été justifiée en son temps par le recours à la notion de « durée », soit l'idée que le travailleur est celui qui promet la

¹²¹ Message précité, FF 2012 3185-3186.

¹²² « Uber : certains chauffeurs sont des salariés (Seco) », 19 mars 2018, < romandie.com >.

¹²³ « Confirmation du SECO : Uber est bien un employeur », 28 mars 2018, < geneve.unia.ch >.

¹²⁴ Walther Hug, *Kommentar zum Arbeitsgesetz*, Berne, 1971, N 18 ad art. 1 LTr.

¹²⁵ Bezirksgericht Zürich, Einzelrichter in Strafsachen, 23 novembre 1993, DTA 1993/1994, pp. 75-79 ; Manfred Rehbindner, *Arbeitsgesetz Kommentar*, Zurich, 1987, N 4 ad art. 1 LTr ; Manfred Rehbindner, *Schweizerisches Arbeitsrecht*, Berne, 1991, p. 26.

mise à disposition de sa force de travail durant un certain laps de temps sans promettre pour autant un résultat déterminé¹²⁶.

Selon certains auteurs, la situation de para-subordination peut être comparée à celle du travail à domicile¹²⁷. Ces travailleurs seraient donc exclus du champ d'application de la LTr, par analogie avec l'art. 3, lit. f LTr, sauf si le rapport juridique devait laisser apparaître un rapport de travail contractuel marqué¹²⁸. Une telle exclusion semble cependant en contradiction avec l'idée selon laquelle seuls les travailleurs tombant sous le coup de la loi sur le travail à domicile seraient exclus du champ d'application de la LTr¹²⁹.

Aussi, on considère généralement que la définition large retenue par la LTr permet d'inclure certains bénévoles, entrepreneurs, mandataires, franchisés, personnes en formation ou autres¹³⁰.

Certains auteurs estiment qu'on doit appliquer par analogie certaines dispositions protectrices du droit du travail¹³¹. Quant au SECO, il considère qu'un franchisé peut également se voir protégé par la LTr s'il ne dispose de pratiquement aucune marge décisionnelle, ce qui est le cas par exemple de l'exclusivité¹³². L'administration est approuvée dans cette démarche par la doctrine¹³³.

Par exemple, pour un franchisé, la jurisprudence considère qu'il y a lieu d'appliquer par analogie les dispositions destinées à protéger le travailleur lorsque le franchisé se trouve vis-à-vis du franchiseur dans un rapport de subordination comparable à celui existant entre un travailleur et un employeur¹³⁴. Ainsi, la jurisprudence refuse-t-elle la création juridique factice d'une situation qui revient, du point de vue de la dépendance, à celle d'un travailleur¹³⁵.

« Dès lors, il faut examiner sur la base du contenu de l'accord, par exemple lors de contrats de franchise, si le franchisé conserve une latitude d'entrepreneur suffisante pour être qualifié d'indépendant ou si la dépendance par rapport au franchiseur est

¹²⁶ Cf. Message du Conseil fédéral concernant le projet de loi destiné à compléter le projet de Code civil suisse, 3 mars 1905, FF 1905 II 28-29 ; Message du Conseil fédéral concernant la révision des titres dixième et dixième bis du code des obligations, 25 août 1967, FF 1967 II 284-285 ; Aurélien Witzig, « L'ubérisation du monde du travail », RDS 2016 457.

¹²⁷ Roland Müller/Christian Maduz, *Kommentar ArG*, Zurich, Orell Füssli, 2017, N 10 *ad* art. 1 LTr ; Roland Müller, « Arbeitnehmerähnliche Personen – Rechtsprobleme der Scheinselbstständigkeit », ArbR 2000 38.

¹²⁸ Roland Müller/Christian Maduz, *Kommentar ArG*, Zurich, Orell Füssli, 2017, N 10 *ad* art. 1 LTr.

¹²⁹ SECO, Commentaire de la LTr, mars 2018 003-2 ; Thomas Geiser, in Thomas Geiser/Adrian von Kaenel/Rémy Wyler (édit.), *Arbeitsgesetz*, Berne, Stämpfli, 2005, N 31 *ad* art. 3 LTr ; Roland Müller/Christian Maduz, *Kommentar ArG*, Zurich, Orell Füssli, 2017, N 20 *ad* art. 3 LTr..

¹³⁰ SECO, Commentaire de la LTr, mars 2018, 001-2.

¹³¹ Manfred Rehbindler, *Schweizerisches Arbeitsrecht*, Berne, Stämpfli, 2002, pp. 32-33.

¹³² SECO, Commentaire de la LTr, mars 2018, 001-2.

¹³³ Roland Müller/Christian Maduz, *Kommentar ArG*, Zurich, Orell Füssli, 2017, N 5 *ad* art. 1 LTr.

¹³⁴ ATF 118 II 157 = JT 1993 I 648.

¹³⁵ Cf. Wolfgang Portmann, « Der Arbeitnehmerbegriff im europäischen Kontext – Bewährtes und Neues im Licht aktueller Herausforderungen », in *Festschrift für Anton K. Schnyder : zum 65. Geburtstag*, 2018, p. 719.

tellement forte que le franchisé a besoin de la protection de la LTr »¹³⁶. En outre, si le franchisé exerce une fonction dirigeante élevée, sa protection sera limitée mais pas entièrement nulle¹³⁷. La personne responsable de la mise en œuvre des protections de la LTr est celle qui a le pouvoir d'organiser l'entreprise et de donner des directives concrètes¹³⁸.

L'inclusion des franchisés dans la protection offerte par la LTr n'est pas sans rappeler l'application par analogie de certaines parties du droit du travail au contrat d'agence (art. 418r, al. 2 CO) ou la démarche adoptée par la jurisprudence en matière de « franchise de subordination »¹³⁹. Aussi, lorsque l'indépendance d'une partie n'est qu'apparente, le régime du droit du travail peut s'appliquer, pour éviter que « tout l'édifice de la protection sociale » ne vacille¹⁴⁰. L'extension des règles du droit du travail ne s'étend toutefois pas indéfiniment et le Tribunal fédéral porte de temps à autre des coups d'arrêts en refusant d'appliquer certaines règles protectrices du droit du travail à d'autres contrats¹⁴¹.

Sont à l'inverse exclus les membres adhérents d'associations ou de corporations, ainsi que les associés, tout comme les chefs de leur propre entreprise ou les personnes qui exercent une profession libérale de manière indépendante¹⁴², c'est-à-dire sans être intégrées dans l'entreprise d'autrui¹⁴³. Concrètement, les travailleurs indépendants tels que les auxiliaires commerciaux (agents, courtiers, commissionnaires) ou les artisans, ainsi que les libéraux (médecins, avocats, réviseurs) qui exercent de manière indépendante ne sont pas intégrés dans l'entreprise d'autrui¹⁴⁴.

Par une logique similaire, les artistes et scientifiques indépendants sont également exclus (art. 3, lit. d LTr).

Concernant les organes de direction des personnes morales, il faut, selon le SECO, prendre en considération les circonstances concrètes du travail (notamment la taille de l'entreprise, l'indépendance des dirigeants ayant tendance à s'amenuiser à mesure que l'entreprise augmente)¹⁴⁵. En outre, la structure juridique de la société peut présenter des particularités en matière de pouvoir de direction, comme dans la société en commandite par exemple (cf. art. 594 CO)¹⁴⁶. Le SECO établit une distinction pour

¹³⁶ Thomas Geiser in Thomas Geiser/Adrian von Kaenel/Rémy Wyler (édit.), *Arbeitsgesetz*, Berne, Stämpfli, 2005, N 12 ad art. 1 LTr.

¹³⁷ Thomas Geiser in Thomas Geiser/Adrian von Kaenel/Rémy Wyler (édit.), *Arbeitsgesetz*, Berne, Stämpfli, 2005, N 12 ad art. 1 LTr.

¹³⁸ Roland Bachmann, in Alfred Blesi/Thomas Pietruszak/Isabelle Wildhaber (édit.), *Arbeitsgesetz*, Bâle, Helbing Lichtenhahn, 2018, N 11 ad art. 1 LTr.

¹³⁹ ATF 118 II 157 = JT 1993 I 648 ; TF, 8 septembre 2011, 4A_148/2011, cons. 4 ; cf. également : Jacques de Werra, « Contrat de franchise », in *Recueil de contrats commerciaux*, 2013, p. 998.

¹⁴⁰ Cour de cassation/NE, RJN 2001. 83 ; cf. également : Franz Waldner, « Chancen und Risiken flexibilisierten Arbeitsverhältnisse für Frauen », PJA 2000 1223.

¹⁴¹ Cf. TF, 6 mars 2007, 4P.243/2006, SJ 2007 I 482, cons. 8.3. Cf. également : Aurélien Witzig, « L'ubérisation du monde du travail », RDS 2016 457.

¹⁴² SECO, Commentaire de la LTr, mars 2018, 001-2.

¹⁴³ Cf. BezG/ZH, DTA 1993/94 75 ; cf. également : Roland Müller/Christian Maduz, *Kommentar ArG*, Zurich, Orell Füssli, 2017, N 9 et 11 ad art. 1 LTr.

¹⁴⁴ Roland Müller/Christian Maduz, *Kommentar ArG*, Zurich, Orell Füssli, 2017, N 9 ad art. 1 LTr.

¹⁴⁵ SECO, Commentaire de la LTr, mars 2018, 001-2.

¹⁴⁶ Roland Müller/Christian Maduz, *Kommentar ArG*, Zurich, Orell Füssli, 2017, N 9 ad art. 1 LTr.

les organes de direction de personnes morales, en prenant en compte « le contexte concret (statuts, règlements et situation réelle de l'entreprise) dans lequel évoluent les personnes morales concernées. Dans le cas des entreprises de taille moyenne – et dans celui des grandes entreprises, a fortiori – la direction est confinée dans des structures juridiques données sur lesquelles son influence est bien moindre que dans les petites entreprises »¹⁴⁷. Le SECO rappelle que le droit révisé en matière de sociétés anonymes du 4 octobre 1991 a mené au renforcement des prescriptions concernant les organes de direction ainsi que les organes de révision : il en résulte que « lorsque, comme cela est généralement le cas, la gestion de l'entreprise ne revient pas au conseil d'administration, la mise sur pied d'un règlement d'organisation s'impose : il désigne la direction, définit ses tâches et précise son obligation de faire rapport (art. 716b CO). La direction ainsi désignée assume dès lors la responsabilité à l'égard non seulement du conseil d'administration, mais encore de l'assemblée des actionnaires. Les grandes sociétés coopératives peuvent, elles aussi, présenter ce genre de structure (art. 898 CO), intégrant impérativement les membres de la direction à une organisation professionnelle étrangère à la leur. Il est plus vraisemblablement question, dans ce cas, de travailleurs. Dans ce cas, il reste à déterminer si la personne en question exerce une fonction dirigeante élevée (art. 9 OLT 1) »¹⁴⁸.

Certains auteurs ne partagent pas ce point de vue et considèrent que les organes dirigeants d'une personne morale ne sont pas étrangers à elle et ne peuvent dès lors être considérés comme des travailleurs au sens de la LTr¹⁴⁹. Selon eux, il en va de même des personnes qui, dans l'entreprise, sont titulaires d'un pouvoir de direction originaire (à la différence, par exemple, du commanditaire) et de celles qui ont l'obligation de fournir une prestation de travail en vertu du droit des sociétés (comme par exemple de s'occuper de clients pour le membre d'un club)¹⁵⁰.

L'exclusion du champ d'application de la LTr n'interviendrait donc plus que pour les indépendants ou en vertu de l'exception spécifique des personnes exerçant une fonction dirigeante élevée (art. 3, lit. d LTr et art. 9 OLT 1)¹⁵¹, soit principalement celles qui sont en mesure de prendre des décisions de nature à influencer fortement l'avenir de l'entreprise ou sa structure, le montant de la rémunération n'étant toutefois pas déterminant en soi¹⁵².

8. Exclusions retenues par la LTr

« La LTr n'est [...] pas invocable par tous les travailleurs, puisque certaines entreprises et catégories de travailleurs échappent à tout ou partie des prescriptions qu'elle énonce (cf. art. 2-4 LTr) »¹⁵³.

La LTr écarte les ecclésiastiques (art. 3, lit. a LTr) – dont l'institution relève souvent d'un statut spécial de droit public cantonal –, les enseignants des écoles privées et les

¹⁴⁷ SECO, Commentaire de la LTr, mars 2018, 001-2 et 3.

¹⁴⁸ SECO, Commentaire de la LTr, mars 2018, 001-2 et 3.

¹⁴⁹ Roland Müller/Christian Maduz, *Kommentar ArG*, Zurich, Orell Füssli, 2017, N 9 ad art. 1 LTr.

¹⁵⁰ Roland Müller/Christian Maduz, *Kommentar ArG*, Zurich, Orell Füssli, 2017, N 9 ad art. 1 LTr.

¹⁵¹ SECO, Commentaire de la LTr, mars 2018, 001-3.

¹⁵² ATF 98 Ib 344 ; ATF 126 III 337 ; TF, 14 février 2003, 4C.310/2002, cons. 5.2 ; TF, 27 mars 2015, 2C_745/2014, com. Dunand in *Droitdu travail.ch* mai 2015, cons. 3.

¹⁵³ Stéphanie Perrenoud, « Durées du travail et discrimination », PJA 2017 668.

enseignants, assistants sociaux, éducateurs et surveillants occupés dans des établissements (art. 3, lit. e LTr) – certaines protections leur étant toutefois applicables (art. 3a LTr) –, et, précisément, les travailleurs à domicile (art. 3, lit. g LTr) et les voyageurs de commerce (art. 3, lit. g LTr).

Lorsque la LTr exclut certains types de travailleurs, une telle exclusion est impérative du point de vue du droit public. Les parties au contrat de travail peuvent toutefois décider de respecter contractuellement les protections de la LTr¹⁵⁴.

Le maintien de l'exclusion de certains travailleurs ne semble donc pouvoir être tolérée qu'en raison de la présence d'une autre réglementation prenant d'ores et déjà en compte leur situation ou lorsqu'ils sont véritablement indépendants. En effet, « ces exceptions étaient motivées par des raisons d'ordre politique (volonté du législateur fédéral de laisser aux collectivités publiques – administrations fédérales, cantonales et communales – le soin de régler elles-mêmes les conditions de travail de leur personnel), d'ordre juridique (existence de traités internationaux, comme dans le cas du personnel navigant des compagnies aériennes, des bateliers rhénans ou encore des personnes sous statut diplomatique) ou d'ordre pratique (activités dépendant fortement des conditions atmosphériques telles que la pêche et l'agriculture ; existence de conditions particulières, par ex. pour les ecclésiastiques) »¹⁵⁵.

Des raisons d'opportunité ont conduit à exclure également les travailleurs des ménages privés (art. 2, al. 1, lit. g LTr) et des entreprises familiales, à certaines conditions (art. 4 LTr).

Les entreprises dites « familiales » sont celles dans lesquelles sont seuls occupés le conjoint ou le partenaire enregistré du chef de l'entreprise, ses parents en ligne ascendante et descendante et leurs conjoints ou partenaires enregistrés, ainsi que les enfants du conjoint ou du partenaire enregistré du chef de l'entreprise (art. 4, al. 1 LTr)¹⁵⁶. Autrement dit, seules les personnes appartenant à la famille sont soustraites à la protection de la loi sur le travail¹⁵⁷. Une société commerciale ne peut pas être qualifiée d'entreprise familiale¹⁵⁸. Lorsque d'autres personnes que celles qui viennent d'être listées travaillent aussi dans l'entreprise, la loi sur le travail s'applique à elles (art. 4, al. 2 LTr). Certaines prescriptions de la loi peuvent, par ordonnance, être rendues applicables à des jeunes gens membres de la famille du chef de l'entreprise, si c'est nécessaire pour protéger leur vie ou leur santé ou pour sauvegarder leur moralité (art. 4, al. 3 LTr).

Pour l'exclusion des dirigeants, l'article 9 OLT 1 dispose qu'exerce une fonction dirigeante élevée quiconque dispose, de par sa position et sa responsabilité et eu égard à la taille de l'entreprise, d'un pouvoir de décision important, ou est en mesure d'influencer fortement des décisions de portée majeure concernant notamment la structure, la marche des affaires et le développement d'une entreprise ou d'une partie d'entreprise. Selon la jurisprudence, la notion de « fonction dirigeante élevée » doit

¹⁵⁴ Du même avis : Thomas Geiser, *in* Thomas Geiser/Adrian von Kaenel/Rémy Wyler (édit.), *Arbeitsgesetz*, Berne, Stämpfli, 2005, N 36 *ad* art. 3 LTr ; Roland Müller/Christian Maduz, *Kommentar ArG*, Zurich, Orell Füssli, 2017, N 1 *ad* art. 3 LTr.

¹⁵⁵ Message du Conseil fédéral, 15 juin 1992, FF 1992 V 644.

¹⁵⁶ Pour des précisions sur la notion d'entreprise familiale, cf. Roland Müller/André Bomatter, « Die juristische Person als Familienbetrieb im Sinne von Art. 4 ArG », PJA 2012 975 et s.

¹⁵⁷ TF, 21 décembre 2015, 2C_1135/2015 = DTA 2015 313.

¹⁵⁸ TF, 29 juin 2013, 2C_886/2012 ; TF, 1^{er} juillet 2013, 2C_129/2013 ; Thomas Geiser, « Übersicht über die arbeitsrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts 2013 », PJA 2014 118.

être interprétée restrictivement¹⁵⁹. Les affaires dont se charge celui qui occupe une fonction dirigeante élevée doivent être de nature à influencer de façon durable la marche et la structure de l'entreprise dans son ensemble, ou du moins dans l'une de ses parties importantes¹⁶⁰. La jurisprudence estime que ne sont pas des critères décisifs le fait de revêtir une position de confiance, de posséder la compétence de signer au nom de l'employeur ou celle de donner des instructions, puisqu'ils peuvent aussi être conférés à des travailleurs qui n'exercent pas de fonction dirigeante élevée¹⁶¹. Au total, la portée de l'exception portant sur les hauts cadres dirigeants doit être déterminée de cas en cas, sans égard ni au titre ni à la formation de la personne concernée, mais d'après la nature réelle de sa fonction. Il faut aussi tenir compte de la grandeur de l'entreprise¹⁶². Ainsi, dans une petite entreprise, celui qui est appelé à remplacer régulièrement le patron et à prendre des décisions importantes à sa place pourra être considéré comme exerçant une fonction dirigeante élevée, même s'il ne porte aucun titre spécial et n'a reçu aucune formation supérieure¹⁶³.

En revanche, les dispositions de la LTr relatives à la protection de la santé (à savoir principalement les art. 6, 35 et 36a LTr) s'appliquent aussi aux travailleurs qui exercent une fonction dirigeante élevée, une activité artistique indépendante ou une activité scientifique (art. 3a, lit. b LTr), ainsi qu'aux enseignants des écoles privées, de même qu'aux enseignants, assistants sociaux, éducateurs et surveillants occupés dans des établissements (art. 3a, lit. c LTr). L'OLT 3 est applicable car elle est fondée sur l'article 6 LTr¹⁶⁴. Il serait dès lors plus correct de dire que ces travailleurs ne sont pas exclus, mais que seule une partie de la réglementation leur est applicable¹⁶⁵.

Notons encore que des dispositions spéciales visant certaines catégories d'entreprises (petites entreprises artisanales, magasins dans les gares à forte fréquentation, dans les stations-services, dans les aéroports, hôtels, restaurants et cafés, les journaux, les hôpitaux, les pharmacies, etc.) ou de travailleurs peuvent être prévues (art. 27 LTr). De telles dispositions aménagent les protections issues de la loi sur le travail en fonction de spécificités propres à certaines branches (cf. OLT 2).

Concernant les voyageurs de commerce, le contrat de voyageur de commerce est proche du contrat d'agence. L'agent et le voyageur de commerce exercent une fonction économique identique : tous deux sont des représentants chargés d'établir ou de maintenir la liaison entre l'entreprise représentée et sa clientèle¹⁶⁶. Ce qui diffère,

¹⁵⁹ ATF 126 III 337, cons. 5a ; TF, 14 février 2003, 4C.310/2002, cons. 5.2 ; TF, 23 août 2010, 4A_258/2010, cons. 1 ; TF, 27 mars 2015, 2C_745/2014, com. Dunand *in* Droitdu travail.ch mai 2015, cons. 3 ; cf. aussi la Directive du SECO aux autorités d'exécution et concernant les contrôles de l'enregistrement de la durée du travail, Berne, 2013, N 2 A.

¹⁶⁰ ATF 98 Ib 344, cons. 2 ; ATF 126 III 337, cons. 5b ; TF, 14 février 2003, 4C.310/2002, cons. 5.2 ; TF, 27 mars 2015, 2C_745/2014, com. Dunand *in* Droitdu travail.ch mai 2015, cons. 3.

¹⁶¹ ATF 126 III 337, cons. 5b ; TF, 4 juillet 1997, 4C.322/1996, cons. 2b ; TF, 25 octobre 2005, 4C.157/2005, cons. 5.2.

¹⁶² ATF 126 III 337, cons. 5b ; TF, 4 juillet 1997, 4C.322/1996, cons. 2b ; TF, 25 octobre 2005, 4C.157/2005, cons. 5.2.

¹⁶³ TF, 27 mars 2015, 2C_745/2014, com. Dunand *in* Droitdu travail.ch mai 2015, cons. 3.

¹⁶⁴ Michèle Schnider, « Schutz des Arbeitnehmers vor psychischem Druck », *Abhandlungen zum Schweizerischen Recht*, vol. 823, 2017, p. 90.

¹⁶⁵ En ce sens : lettre d'information du SECO du 14 septembre 2016, *in* JAR 2016 58.

¹⁶⁶ ATF 99 II 313 = JT 1974 I 287 ; ATF 129 III 664 = JT 2004 I 60 = Pra 2004 67 381, cons. 3.2 ; TF, 29 avril 2015, 4A_86/2015, cons. 4.1.

c'est leur situation juridique : l'agent exerce sa profession à titre indépendant, tandis que le voyageur de commerce se trouve dans un rapport de subordination envers son employeur¹⁶⁷. Contrairement à l'agent, le voyageur de commerce se voit imposer des contraintes dans l'organisation de son travail et dans l'usage de son temps ; il est généralement incorporé dans l'organisation hiérarchisée de l'entreprise représentée et assujéti à des instructions et directives strictes, comportant des obligations de fournir des rapports périodiques, de visiter un nombre minimum de clients ou d'atteindre un chiffre d'affaires minimum¹⁶⁸. L'exclusion des voyageurs de commerce du champ d'application de la LTr, qui se justifiait au moment de l'adoption de la loi sur le travail en 1964, peut être remise en question, dès lors que l'ancienne loi spéciale sur les voyageurs de commerce a été abolie¹⁶⁹.

Il faut également se demander si l'article 328 du code des obligations ne devrait pas avoir pour effet de protéger également un certain nombre de travailleurs soustraits au champ d'application de la loi sur le travail, pour certaines normes à propos desquelles un traitement différencié se révélerait injustement discriminatoire. C'est le cas en particulier des dispositions octroyant certains droits aux parents comme l'article 36 de la loi sur le travail¹⁷⁰ : il n'y a pas de raison de ne pas en faire bénéficier tous les parents.

Notons enfin que même pour les exceptions prévues, la doctrine estime qu'elles doivent être interprétées restrictivement ; en cas de doute, la LTr devrait s'appliquer¹⁷¹.

¹⁶⁷ ATF 99 II 313 = JT 1974 I 287 ; ATF 129 III 664 = JT 2004 I 60 = Pra 2004 67 381 = com. Koller *in* RJB 2004 520 = com. Reinert *in* PJA 2009 4, cons. 3.1 ; ATF 137 III 32 = JT 2010 I 439 = JT 2011 II 225 = SJ 2011 I 168, cons. 2.4.2 ; TF, 21 juin 2011, 4A_184/2011, cons. 6 ; TF, 29 avril 2015, 4A_86/2015, cons. 4.

¹⁶⁸ TF, 29 avril 2015, 4A_86/2015, cons. 4.1 ; cf. également : TF, 1^{er} septembre 2000, 4C.135/2000, cons. 3 ; TF, 3 février 2006, 4C.359/2005, cons. 2 ; sous d'anciennes lois : cf. ATF 40 I 474 ; ATF 86 IV 190 = JT 1961 IV 150.

¹⁶⁹ Du même avis : David Aubert, *in* Jean-Philippe Dunand/Pascal Mahon (édit.), *Commentaire du contrat de travail*, Berne, Stämpfli, 2013, N 7 ad 347 CO ; cf. également David Aubert, *Le contrat de travail des voyageurs de commerce*, Lausanne, Éditions Bis et Ter, 2010, N 32-35, pp. 9-10 ; Aurélien Witzig, *Droit du travail*, Zurich, Schulthess, 2018, p. 179.

¹⁷⁰ Du même avis : Ullin Streiff/Adrian von Kaenel/Roger Rudolph, *Arbeitsvertrag*, Zurich, Schulthess, 2012, N 20 ad art. 324a/b CO ; Rémy Wyler/Boris Heinzer, *Droit du travail*, Berne, Stämpfli, 2014, p. 223. *Contra* : Angela Hensch, « Arbeitnehmer mit Familienpflichten », PJA 2016 1634.

¹⁷¹ Adrian Staehelin, « Zur Anwendung des Arbeitsgesetz auf öffentliche Betriebe, namentlich auf öffentliche Spitäler », DTA 2002 7 ; Thomas Geiser/Roland Müller, *Arbeitsrecht in der Schweiz*, Berne, Stämpfli, 2^e éd., 2012, N 933, p. 341 ; Roland Bachmann, *in* Alfred Blesi/Thomas Pietruszak/Isabelle Wildhaber (édit.), *Arbeitsgesetz*, Bâle, Helbing Lichtenhahn, 2018, N 1 ad art. 1 LTr.

IV. Détermination du champ d'application de la loi sur le travail dans le contexte des nouvelles formes d'emploi induites par les technologies numériques

Pour mener à bien la mission consistant à déterminer de manière claire les personnes devant être admises au bénéfice de la protection offerte par la LTr, il s'agit de reprendre la systématique du champ d'application de la LTr, telle que la volonté du législateur l'a transcrite dans le texte légal, et de repenser ce dernier à nouveaux frais, eu égard aux nouvelles formes d'emploi qui existent aujourd'hui.

Comme fil conducteur, on retiendra les points saillants suivants :

- le champ d'application de la LTr est marqué par son origine historique de législation industrielle ;
- de nouvelles considérations ont conduit à étendre passablement son champ d'application, au point de n'en tenir exclu aujourd'hui pratiquement plus que le secteur primaire, les secteurs secondaire et tertiaire y étant en principe soumis ;
- cela étant, le respect des particularités étatiques conduit à exclure certains travailleurs de l'État suisse et des États étrangers, du moins dans l'exercice de certaines de leurs prérogatives régaliennes. Ce point n'a pas lieu d'être modifié ici ;
- des raisons pragmatiques ont conduit à exclure également les travailleurs déjà protégés par des réglementations spéciales ou ceux qui travaillent en famille ou dans des ménages privés. Ce point n'a pas non plus lieu d'être modifié ici ;
- reste à identifier le ou les critères permettant de marquer la limite entre ceux qui méritent une protection et ceux qui en sont exclus, les critères pouvant être indépendants de ceux retenus en droit privé du travail ou en droit des assurances sociales ;
- il s'agit donc d'identifier les critères qui répondent à la *ratio legis* de la législation sur le travail, *ratio legis* qu'il s'agit donc de construire en observant à quel but répondent les différentes normes contenues dans ladite législation.

A titre préalable, il faut encore rappeler les conséquences juridiques d'une soumission à la LTr :

- premièrement, la question de la qualification par l'autorité administrative est un préalable¹⁷² ;
- deuxièmement, le champ d'application de la LTr est de droit impératif, car la protection de la santé et de l'hygiène au travail présente un but d'intérêt public¹⁷³. Autrement dit, « la liberté contractuelle ne doit pas permettre d'éluder les dispositions de protection »¹⁷⁴ ;

¹⁷² Anne Meier, « Risques de précarisation des travailleurs induits par les plateformes », PJA 2018 314.

¹⁷³ Rémy Wyler, in Jean-Philippe Dunand/Pascal Mahon (édit.), *Commentaire du contrat de travail*, Berne, Stämpfli, 2013, N 16 *ad* art. 320 CO.

¹⁷⁴ Thomas Geiser in Thomas Geiser/Adrian von Kaenel/Rémy Wyler (édit.), *Arbeitsgesetz*, Berne, Stämpfli, 2005, N 12 *ad* art. 1 LTr.

- troisièmement, le travailleur peut faire valoir directement contre son employeur les dispositions protectrices issues du droit public (art. 342, al. 2 CO).

1. La ratio legis de la LTr

La LTr se scinde en *normes d'application et de mise en œuvre* (art. 1 à 5, 40 à 62) et en *normes prescriptives* (art. 6 à 39).

Les normes prescriptives concernent soit les entreprises dites *industrielles* (art. 7, 37 à 39), soit *l'ensemble* des entreprises (art. 6, 8 à 36a, 37 al. 3).

Les normes prescriptives concernant les entreprises industrielles portent sur les plans de l'entreprise et l'autorisation d'exploiter (art. 7), ainsi que sur le règlement d'entreprise (art. 37 à 39).

Les normes prescriptives concernant l'ensemble des entreprises portent d'abord sur la « *protection de la santé* » (art. 6). L'article 6 LTr est la norme-pivot, sur laquelle s'articule la protection générale de la santé au travail.

Elles portent ensuite sur des règles limitant la « *durée du travail* » (art. 9 à 13) et imposant le « *repos* » (art. 15 à 22). Des normes spécifiques traitent du « *travail continu* » (art. 24) et de l'« *alternance des équipes* » (art. 25).

La possibilité est prévue de *régimes spéciaux* adaptés en fonction de certaines entreprises ou de certains types de tâches (art. 26 à 28).

Enfin, des *dispositions spéciales de protection*, pour les jeunes travailleurs (art. 29 à 32), les femmes enceintes et allaitantes (art. 35 à 35b) et les travailleurs ayant des responsabilités familiales (art. 36), voire d'autres catégories de travailleurs (art. 36a) forment la matière de la section suivante.

En synthèse, la LTr traite de la protection de la santé sous deux aspects : contre les *atteintes à la santé au sens étroit*, pour les adultes en général (art. 6 LTr, OLT 3) et pour certaines tranches de la population plus vulnérables : jeunes, femmes enceintes, accouchées et allaitantes (art. 29 et s. LTr, OLT 1, OLT 5, OPM) ; contre les *atteintes à la santé au sens large* (art. 9 et s. LTr, OLT 1)¹⁷⁵.

Il faut relever qu'à l'instar d'autres réglementations comme la LAA et l'OPA, la LTr traite également de la protection de la *sécurité*, notamment par l'approbation des plans et l'autorisation d'exploiter (art. 7 et 8 LTr, OLT 4)¹⁷⁶.

Au total, on observe que la LTr porte principalement sur la santé au travail ; elle « garantit un standard minimal pour la protection des travailleurs dans un Etat social »¹⁷⁷. La LTr entend protéger les travailleurs « contre les effets préjudiciables d'une activité lucrative » ; elle veut « préserver la santé et le bien-être des salariés au

¹⁷⁵ A la place d'atteintes à court terme ou à moyen ou long terme, la doctrine alémanique parle de protection de la santé au sens étroit et au sens large (Roland Müller/Christian Maduz, *Kommentar ArG*, Zurich, Orell Füssli, 2017, N 2 p. 26 ; Scheidegger/Pitteloud, in Thomas Geiser/Adrian von Kaenel/Rémy Wyler [édit.], *Arbeitsgesetz*, Berne, Stämpfli, 2005, N 9 ad art. 6 LTr).

¹⁷⁶ Cf. Roland Müller/Christian Maduz, *Kommentar ArG*, Zurich, Orell Füssli, 2017, N 3 p. 26.

¹⁷⁷ Rémy Wyler, in Jean-Philippe Dunand/Pascal Mahon (édit.), *Commentaire du contrat de travail*, Berne, Stämpfli, 2013, N 16 ad art. 320 CO ; Thomas Geiser, in Thomas Geiser/Adrian von Kaenel/Rémy Wyler (édit.), *Arbeitsgesetz*, Berne, Stämpfli, 2005, N 36 ad art. 3 LTr, N 25 ad Introduction.

moyen de durées réglementaires de travail et de mesures techniques modernes appliquées au lieu de travail »¹⁷⁸.

2. Application de la ratio legis de la LTr à des cas concrets

On observe ainsi que le LTr protège tous ceux qui ne peuvent pas choisir librement leurs horaires de travail, ou qui ne peuvent pas choisir leurs instruments de travail ou leur lieu et installations de travail. Ces éléments sont ceux qui servent généralement à repérer l'existence d'un *rapport de subordination*.

Il paraît donc clair que toute personne qui a un rapport de subordination est protégée par la loi sur le travail, sauf si cette dernière prévoit une exception spécifique.

La question se pose pour les autres critères du contrat de travail – tantôt considérés comme alternatifs tantôt considérés comme cumulatifs –, comme la *mise à disposition de son temps sans obligation de résultat* (lorsque le preneur d'ouvrage ne connaît que la fonction qu'il aura à remplir, mais ne sait pas à l'avance le contenu précis des tâches qu'il aura à accomplir pour chaque jour donné), la *dépendance économique* (lorsque le preneur d'ouvrage tire l'ensemble ou l'essentiel de ses moyens de subsistance d'un seul donneur d'ouvrage) ou l'*intégration dans l'entreprise* (lorsque, vis-à-vis de tiers extérieurs, le preneur d'ouvrage apparaît comme faisant partie de l'entreprise, parce qu'il a un bureau dans l'entreprise, une adresse courriel au nom de l'entreprise, qu'il a le droit de se prévaloir de son logo, etc.)¹⁷⁹.

Si ces critères doivent conduire à reconnaître un contrat de travail au sens du code des obligations, la LTr doit être également applicable. Il en va de la sécurité juridique.

Se pose encore la question de savoir si la LTr devrait trouver vocation à s'appliquer à des situations qui ne représentent pas un contrat de travail au sens du droit privé. Son champ d'application est-il plus large ?

On constate tout d'abord que l'art. 1 LTr décrit le champ d'application « de manière aussi large que possible »¹⁸⁰. En outre, pour les autres contrats (mandat, entreprise, contrats mixtes, contrats innommés, etc.), « les dispositions impératives de la loi doivent être appliquées de manière analogue, lorsque les intérêts protégés se présentent de la même manière que dans le type de contrat pour lequel le législateur a édicté des dispositions impératives »¹⁸¹.

Il faut donc examiner « pour chaque question de manière indépendante si, dans la relation contractuelle litigieuse, les intérêts se présentent de la même manière que dans le contrat de travail »¹⁸².

Concrètement, il faut donc déterminer si le preneur d'ouvrage a la main sur les matières protégées par la LTr : choix des locaux, des installations et des instruments de travail ; choix des horaires de travail et de repos. Si le preneur d'ouvrage n'a pas la

¹⁷⁸ Union patronale suisse, *La loi sur le travail, Guide pratique*, Zurich, 2000, p. 2.

¹⁷⁹ Cf. Aurélien Witzig, « La subordination dans le contrat de travail », SJ 2015 II 39.

¹⁸⁰ Thomas Geiser in Thomas Geiser/Adrian von Kaenel/Rémy Wyler (édit.), *Arbeitsgesetz*, Berne, Stämpfli, 2005, N 2 ad art. 1 LTr.

¹⁸¹ Thomas Geiser in Thomas Geiser/Adrian von Kaenel/Rémy Wyler (édit.), *Arbeitsgesetz*, Berne, Stämpfli, 2005, N 12 ad art. 1 LTr.

¹⁸² Thomas Geiser in Thomas Geiser/Adrian von Kaenel/Rémy Wyler (édit.), *Arbeitsgesetz*, Berne, Stämpfli, 2005, N 12 ad art. 1 LTr.

possibilité de décider librement de ces éléments, il doit être considéré comme un travailleur au sens de la LTr et bénéficier des protections correspondantes. Si le travailleur est libre sur un point (par exemple sur le choix des installations ou des instruments de travail), mais non pas sur un autre point (par exemple parce que des horaires d'ouverture ou d'intervention lui sont imposés), alors les dispositions idoines de la LTr sont applicables.

Reste à identifier sur la base de quels critères on doit considérer qu'une personne peut décider librement des installations et instruments de travail, et de ses horaires de travail. Décider librement revient à n'avoir aucun compte à rendre au donneur d'ouvrage. Ce dernier doit donc ignorer les circonstances concrètes de l'exécution des tâches confiées. Il ne doit pas avoir de droit de regard contractuel sur ces éléments.

Se conçoit uniquement un droit de regard sur des exigences d'intérêt public relatives à l'exercice de l'activité. Ainsi, le donneur d'ouvrage peut déterminer les règles relatives à la santé et à la sécurité des clients, à la protection de leur vie privée et de leur personnalité en général ; il peut également exiger le respect des règles de la déontologie professionnelle.

Toutefois, de telles exigences ne doivent pas fonder un pouvoir de direction ou son corollaire un pouvoir de contrôle.

Concrètement, il faut se demander si le preneur d'ouvrage peut faire prévaloir librement, en cas de divergence d'opinion, sa propre vision des mesures ou de l'organisation à adopter dans l'entreprise¹⁸³, ou s'il doit respecter celles que le donneur d'ouvrage impose. En d'autres termes, le preneur d'ouvrage est-il véritablement « maître à bord » ou doit-il obtempérer aux choix stratégiques du donneur d'ouvrage ?

Un point concret très symptomatique est de savoir qui fixe le prix de la prestation effectuée par le preneur d'ouvrage. Si le prix est fixé uniquement par le donneur d'ouvrage, on voit mal comment le preneur d'ouvrage ne serait pas considéré comme un travailleur au sens de la LTr.

¹⁸³

Le Tribunal fédéral a ainsi jugé que le devoir de fidélité du travailleur l'empêche de faire prévaloir sa propre opinion sur les mesures ou l'organisation à adopter dans l'entreprise : TF, 6 octobre 2008, 4A_325/2008, cons. 3 ; TF, 24 octobre 2011, 4A_381/2011, cons. 6.

V. Synthèse concrète

En synthèse, toute « entreprise » est soumise à la LTr.

Concernant le « travailleur », trois éléments retiennent l'attention :

- la situation la plus souhaitable juridiquement consiste à adopter une définition identique de la notion de « travailleur » en droit privé et en droit public du travail. Tout travailleur au sens du droit privé doit être protégé par la LTr, sauf exception expressément prévue par cette dernière ;
- l'évolution de la jurisprudence tend de plus en plus à utiliser concomitamment les critères de la subordination juridique, de la dépendance économique et de l'intégration dans l'entreprise. En particulier, il importe de vérifier si le donneur d'ouvrage décide lui-même du prix du service ou si le preneur d'ouvrage a toute liberté pour le faire. Le critère historique de la mise à disposition de son temps sans obligation de résultat doit également être utilisé. C'est cette définition large du travailleur qui paraît la plus adéquate à retenir, tant en droit privé qu'en droit public du travail ;
- au-delà même de cette définition, toute personne qui ne serait pas en mesure de décider d'elle-même des éléments sur lesquels porte la protection prévue par la LTr doit être protégée par cette loi, totalement ou partiellement. Autrement dit, une personne qui ne peut pas librement décider des locaux, des installations ou des instruments dans ou avec lesquels elle exerce son activité doit être protégée par les dispositions de la LTr correspondantes ; une personne qui ne peut pas librement décider de ses horaires de travail doit être protégée par les dispositions de la LTr correspondantes.

Pour expliciter ce troisième élément, deux précisions composant un faisceau d'indices :

- ne doit être considérée comme pouvant librement décider qu'une personne qui ne subit aucune contrainte de la part de son donneur d'ouvrage, c'est-à-dire dont le donneur d'ouvrage ignore quand et comment elle exerce son activité et, notamment, ne décide pas du prix de la prestation ;
- certes, il est acquis que certaines exigences doivent être posées dans le cadre de l'exercice de toute activité lucrative, la question essentielle est celle de savoir si les exigences posées pour l'exécution de la prestation de travail relèvent uniquement de l'intérêt public (santé et sécurité des clients, protection de la vie privée des clients, respect de la déontologie professionnelle) ou si elles relèvent, même partiellement, de l'intérêt privé du donneur d'ouvrage. En d'autres termes, tant que les conditions posées pour l'exécution de la prestation ne relèvent que de l'intérêt public (par exemple l'obligation pour un avocat de protéger la confidentialité des informations qu'il reçoit, l'obligation pour un chauffeur de conduire un véhicule régulièrement vérifié par un garagiste, etc.), on peut considérer que le preneur d'ouvrage conserve sa liberté. En revanche, dès lors que les exigences excèdent le simple intérêt public, mais relèvent davantage d'une stratégie commerciale (obligation de ponctualité, fixation d'un prix, exigences en matière de standing des locaux ou des véhicules, etc.), on peut considérer que le preneur d'ouvrage perd la liberté qui ferait de lui un indépendant.

VI. Démarche pratique pour déterminer le champ d'application de la loi sur le travail dans un cas concret

Pour déterminer le champ d'application de la législation sur le travail dans un cas concret, il faut se poser deux questions principales :

- premièrement, y a-t-il un rapport de travail ?
- deuxièmement, la personne concernée ne peut-elle pas décider librement quand et comment elle exercera son activité ?

S'il est répondu par l'affirmative aux deux questions, alors la législation sur le travail a vocation à s'appliquer.

La LTr a également vocation à s'appliquer s'il est répondu négativement à la première question mais positivement à la seconde question.

Nous proposons ci-dessous une démarche pratique – une *check-list*, en quelque sorte – consistant en une série de sous-questions dont la réponse doit permettre de répondre aux deux questions principales.

1^{ère} question : Y a-t-il rapport de travail ?

Pour répondre à cette 1^{ère} question, il convient de déterminer si des réponses positives peuvent être majoritairement apportées aux questions suivantes :

- a. Y a-t-il une prestation de travail ?
- b. Y a-t-il une rémunération ou devrait-il y en avoir une (cf. art. 320 CO) ?
- c. Y a-t-il un rapport de subordination :
 - le lieu de l'exécution de la prestation est-il imposé ?
 - le moment de l'exécution de la prestation est-il imposé ?
 - existe-t-il une hiérarchie au sein de laquelle le preneur d'ouvrage vient s'insérer ?
 - les instructions que doit suivre le preneur d'ouvrage sont-elles assez précises et assez détaillées ?

OU une simple mise à disposition de son temps sans obligation de résultat :

- le preneur d'ouvrage est-il prêt à mettre sa force de travail à disposition en ne connaissant que sa fonction mais non le contenu concret des tâches à remplir au jour le jour ?

OU une dépendance économique :

- le preneur d'ouvrage est-il tributaire entièrement ou très largement d'un seul donneur d'ouvrage ?
- est-il inscrit comme salarié auprès des caisses de compensation ? ne règle-t-il pas la TVA en son nom ? ne dispose-t-il pas de sa propre assurance RC ?
- le preneur d'ouvrage ne fixe-t-il pas le prix de la prestation selon son bon vouloir ?

OU une intégration dans l'entreprise :

- le preneur d'ouvrage a-t-il un bureau dans l'entreprise du donneur d'ouvrage ? une adresse courriel à son nom ? le droit – voire l'obligation – de faire usage du nom et du logo de l'entreprise ?
- les prestations des clients ne sont-elles pas conclues au nom du preneur d'ouvrage mais au nom du donneur d'ouvrage ?

Si un rapport de travail est observé au terme de ce questionnaire, la LTr s'applique (sauf exception légale).

Même s'il n'y a pas de rapport de travail au terme de ce questionnaire, la LTr peut trouver vocation à s'appliquer – au moins partiellement – s'il est répondu positivement à la seconde question ci-après.

En outre, dans cette deuxième hypothèse, il peut y avoir application soit complète, soit même uniquement partielle de la LTr, en fonction des deux sous-questions posées (par exemple s'appliqueraient seulement les dispositions quant aux horaires [durée, pauses, etc.] de travail, ou seulement celles quant aux locaux et installations, etc.).

2^{ème} question : la personne concernée ne peut-elle pas décider librement quand et comment elle exerce son activité ?

Pour traiter cette 2^{ème} question, il convient de répondre successivement aux deux sous-questions suivantes :

- a. Le preneur d'ouvrage ne décide-t-il pas des locaux, des installations ou des instruments qui doivent être utilisés pour effectuer la prestation de travail ? Par ailleurs, les exigences posées par le donneur d'ouvrage pour l'exécution de la prestation de travail relèvent-elles uniquement de l'intérêt public ou relèvent-elles en partie de l'intérêt privé du donneur d'ouvrage ?
 - ⇒ Si tel est le cas – autrement dit si le preneur d'ouvrage ne décide pas des locaux, des installations ou des instruments de travail, ou si le preneur d'ouvrage impose des exigences qui relèvent en partie de son propre intérêt –, les dispositions idoines de la LTr, c'est-à-dire celles qui concernent la sécurité des locaux et des installations, l'hygiène ou la santé, trouvent application.
- b. Le preneur d'ouvrage ne décide-t-il pas des heures durant lesquelles la prestation de travail doit être effectuée ? Concrètement les exigences posées en la matière pour l'exécution de la prestation de travail relèvent-elles uniquement de l'intérêt public ou relèvent-elles en partie de l'intérêt privé du donneur d'ouvrage ?
 - ⇒ Si tel le cas – autrement dit si le preneur d'ouvrage ne décide pas des heures durant lesquelles la prestation doit être effectuée ou si le donneur d'ouvrage impose des exigences à cet égard qui relèvent en partie de son propre intérêt –, les dispositions idoines de la LTr, c'est-à-dire celles qui concernent les horaires de travail (durée, pauses, etc.) trouvent application.