

AURÉLIEN WITZIG

Travail 4.0 : le monde d'après

Sommaire	Page
I. Introduction	1
II. Autonomie et hétéronomie dans l'acquisition du revenu	5
A. Protection universelle des risques	5
B. Etat professionnel des personnes	7
III. Indépendance et dépendance dans le travail	8
A. Le domaine protecteur	8
B. La figure du travail en commun	14
IV. Etat et mondialisation du travail	15
A. Protéger les travailleurs de l'Etat	15
B. Protéger les travailleurs des Etats	19
V. Conclusion	22

Introduction

Tout le monde en a désormais fait l'expérience : nous vivons un changement radical de nos comportements, par notre recours de plus en plus important à certains outils (l'ordinateur, le téléphone portable, les écrans numériques, etc.) et à certains procédés (l'algorithme, la robotique, l'exploitation massive de données, l'intelligence artificielle, etc.)¹. Cette transformation, qualifiée à l'envi de « numérisation », « digitalisation », « Révolution 4.0 » ou encore d'« ubérisation »² – selon les perspectives adoptées –, s'étend à divers secteurs, des particuliers aux entreprises, des relations sociales aux achats,

¹ AURÉLIEN WITZIG, « L'ubérisation du monde du travail – Réponses juridiques à une évolution économique », *RDS* 2016 I 457, n° 2.

² Cf. MAURICE LÉVY, « Maurice Lévy tries to pick up Publicis after failed deal with Omnicom », *Financial Times*, 14 décembre 2014.

du transport à l'hébergement³, de l'immobilier⁴ à la finance⁵, en passant par la médecine⁶ et le droit^{7...8}.

Au fil du présent ouvrage, les psychologues Adrian Bangerter, Laurenz Meier et Marie-Ève Tescari nous ont rendus attentifs à la « flexibilisation » des relations, lieux et temps de travail due à la numérisation et aux risques que cette numérisation croissante implique, en termes d'employabilité, de bien-être et de santé des travailleurs⁹. Ces observations rejoignent celles de la démographe Laure Sandoz, qui a constaté l'importance prise, dans le recrutement et l'emploi, par les entreprises intérimaires et par l'exigence de mobilité imposée aux travailleurs¹⁰. C'est même toute une série de « stratégies familiales » – motiles, locales ou mobiles – qui se mettent ainsi en place, la « connectivité » ne se substituant pas entièrement à la mobilité, voire l'encourageant¹¹.

Dorothee Kohler et Jean-Daniel Weisz nous ont montré comment l'Allemagne a construit, la première, le concept de Révolution 4.0¹². Ces géographes analysent le soubassement de cette « Révolution » comme le passage d'une conception cartésienne à une conception pascalienne dans l'industrie. Aussi aurait-on tort de voir dans la transformation numérique un simple changement dans les « habitudes de consommation ». L'anthropologue Daniela

³ Voir par exemple : NICOLAS KUONEN, « La pratique des locations Airbnb et la sous-location », in : Pascal Pichonnaz/Franz Werro (édit.), *La pratique contractuelle 6*, Genève/Zurich/Bâle, Schulthess, 2018, pp. 57-89 ; CAROLE AUBERT, « Droit du bail et plateformes d'hébergement », in : François Bohnet/Blaise Carron, *20^e Séminaire sur le droit du bail*, Bâle, Helbing Lichtenhahn, 2018, pp. 35-80.

⁴ ANDREA SHARAM/LYNDALL BRYANT, « The uberisation of housing markets : putting theory into practice », *Property Management*, 2017, 35 (2), pp. 202-216.

⁵ « Financial technology and P2P lending leading to the uberization of financial services in india », *FRPT – Software Snapshot*, 2017, pp. 40-42.

⁶ JEAN-FRANÇOIS THÉBAUT, « Ubérisation de la médecine : menace ou opportunité ? », *Les Tribunes de la santé*, 2017, 54 (1), pp. 85-92.

⁷ ADRIEN ALBERINI/FRÉDÉRIC BERNARD/LIONEL BUGMANN, « Legal marketplaces : opportunité et/ou menace pour les avocats et les ordres d'avocats », *Revue de l'avocat*, 2017, pp. 253-256 ; CHRISTIANE FÉRAL-SCHUHL/MICHÈLE BATTISTI, « Vers une ubérisation du droit ? », *I2D – Information, données & documents*, 2016, 53 (1), pp. 9-10.

⁸ Le monde connecté est aussi celui de la « dictature des données » (ADRIAN LOBE, « Willkommen in der smarten Stadt – wo die Diktatur der Daten herrscht », *digma*, 2017, pp. 218-219). MICHEL FOUCAULT avait d'ailleurs montré, notamment dans ses analyses du *Panopticum* de Jeremy Bentham, que c'est celui qui voit qui est puissant. Il existe donc un enjeu majeur de pouvoir, donc de liberté, dans la question de la protection des données.

⁹ ADRIAN BANGERTER/LAURENZ MEIER/MARIE-ÈVE TESCARI, « La perspective de la psychologie du travail et des organisations », contribution dans cet ouvrage.

¹⁰ LAURE SANDOZ, « Les expatriés et autres élus de la mobilité : l'organisation de la mobilité », contribution dans cet ouvrage.

¹¹ FLORIAN TISSOT, « L'expatriation à l'heure de la quatrième Révolution industrielle », contribution dans cet ouvrage.

¹² **Dorothee Kohler/Jean-Daniel Weisz, contribution dans cet ouvrage.**

Cerqui¹³ nous apprend qu'elle relève d'une nouvelle forme de projection mentale, qui a tendance non seulement à « humaniser la machine », mais aussi à « machiniser l'humain ». Ainsi que l'a expliqué Pierre Musso, c'est la figure de « l'homme-ordinateur », dernier avatar du « techno-corps », qui préside à l'imaginaire actuel, sous le paradigme de la cybernétique et du cybermanagement¹⁴. Ce fonds de représentations mentales collectives s'inscrit dans le temps long de ce que Pierre Musso a nommé la « troisième bifurcation de l'Occident », formée d'une double révolution : industrielle et managériale¹⁵.

Ces évolutions posent la question des relations entre êtres humains et machines dans le cadre du travail¹⁶. Isabelle Wildhaber a passé en revue toute une série de questions juridiques soulevées par la robotisation et l'intelligence artificielle au travail¹⁷. Ces questions sont d'autant plus cruciales que de nouvelles formes de travail sont induites par cette transformation numérique¹⁸ ; c'est même toute la structure du travail qui pourrait être amenée à évoluer¹⁹. Au niveau de l'organisation du travail, la tendance est à l'essor des indépendants. S'ils ne représentent qu'environ 10% des actifs en Suisse ou en France, ils sont 35% aux Etats-Unis²⁰. Les ressources humaines elles-mêmes sont ubérisées²¹ et la théorie dite du « capital humain » en vient à considérer que c'est aux employés de supporter les coûts (et bénéfices) de leur investissement ; il en résulte que « l'insécurité

¹³ DANIELA CERQUI, « Des Robots et des humains. Comment, et pourquoi, vivre ensemble ? », contribution dans cet ouvrage.

¹⁴ PIERRE MUSSO, « La "nouvelle révolution industrielle" au regard de l'histoire de l'Occident », contribution dans cet ouvrage.

¹⁵ PIERRE MUSSO, « La "nouvelle révolution industrielle" au regard de l'histoire de l'Occident », contribution dans cet ouvrage. Pour approfondir, cf. également Pierre Musso, *La Religion industrielle*, Paris, Fayard, 2017.

¹⁶ Question parfois abordée sous l'étiquette « Human Machine Interaction » ou HMI : BERTRAND DAVID/RENE CHALON/CHUANTAO YIN, « Collaborative Systems and Shared Economy (Uberization) : Principles & Case Study », *2016 International Conference on Collaboration Technologies and Systems (CTS)*, IEEE, 2016.

¹⁷ ISABELLE WILDHABER, « Répercussions juridiques de la robotique et de l'intelligence artificielle sur le lieu de travail », contribution dans cet ouvrage.

¹⁸ PETER JOHANNES MEIER/SYLKE GRUHNWALD, « Sharing Economy, "Uber diktiert neue Arbeitsformen" », *Beobachter*, 22 novembre 2016 ; cf. également : HUBERT LANDIER, « Travailler au XXI^e siècle – L'ubérisation de l'économie ? », *Futuribles*, mai/juin 2017, 48, pp. 111-112.

¹⁹ MARTIN NAY/DANIEL GWERDER, « Wie die digitale Transformation von KMU die Wirtschaftsprüfung verändert », *Expert Focus*, 2017, 11, pp. 784-790.

²⁰ Fondation Travailler autrement, site internet : < fondation-travailler-autrement.org >.

²¹ CHRISTIAN BOGHOS ET ALII, *Ubérisation des ressources humaines – La conjuration des innovateurs ou Comment onze jeunes entrepreneurs veulent changer le monde des ressources humaines*, Paris, Eyrolles, 2016.

économique croît et que diminuent la productivité et l'autonomie, tandis que la dette personnelle augmente »²².

Somme toute, la transformation numérique de l'économie est à la fois porteuse d'espoirs (gains de productivité, vie quotidienne plus pratique, ressources mieux affectées, etc.)²³ et de craintes (respect de la vie privée, dissolution du politique dans l'économie ultralibérale)²⁴. Beaucoup d'entreprises devront « muter ou périr »²⁵. Du point de vue des auteurs, il s'agit pour certains de « faire face » à l'ubérisation²⁶, voire même d'y résister²⁷.

Pour analyser la situation et proposer des solutions juridiques, partons des faits. La caractéristique des nouvelles formes d'activité que l'on voit apparaître sous l'effet du recours de plus en plus important aux plateformes numériques est l'indépendance apparente des travailleurs dans l'organisation de leur travail. Du point de vue du propriétaire de la plateforme, il existe la volonté manifeste de ne pas accueillir les prestataires comme des salariés, mais de jouer le rôle de simple intermédiaire entre les clients et les prestataires. Le propriétaire de la plateforme ne se sent fondamentalement investi d'aucune obligation positive à l'égard du prestataire, dont il laisse d'ailleurs les clients juger la prestation. De plus, les propriétaires de plateformes ne cherchent pas d'ancrage local particulier. L'aspect numérique de leur activité leur autorise une mobilité internationale importante.

Du point de vue des preneurs d'ouvrage, la question de la qualification juridique paraît généralement seconde par rapport à l'opportunité de se créer un emploi ou d'obtenir un revenu. Par ailleurs, la flexibilité des horaires apparaît généralement plutôt comme un atout, de prime abord. En outre, le principe de la mise en relation numérique reposant fondamentalement sur la connaissance par l'opérateur de la plateforme des disponibilités des prestataires, tous en concurrence les uns avec les autres, et ainsi sur la connaissance du lieu où se trouve le prestataire, à chaque instant. Quant aux évaluations des clients, elles sont répertoriées et viennent constituer une masse de données importante sur la personne concernée.

²² PETER FLEMING, « The Human Capital Hoax : Work, Debt and Insecurity in the Era of Uberization », *Organization Studies*, mai 2017, 38, 5, pp. 691-709.

²³ GRÉGOIRE LECLERCQ, « Ubérisation : Un ennemi qui vous veut du bien ? », Paris, Dunod, 2016.

²⁴ AIRLE KYROU, « L'ubérisation est un populisme », *Multitudes*, 2015, 61 (4), pp. 106-113 ; BERNARD STIEGLER, interview, *Society*, 2015.

²⁵ DENIS MARQUET/EDOUARD RENCKER, *Entreprises : muter ou périr – Face à l'ubérisation du monde*, Paris, L'Archipel, 2016.

²⁶ SANDRINE FOULON, « Faire face à l'ubérisation », *Alternatives économiques*, 2015, 352 (12), p. 55.

²⁷ EVGENY MOROZOV, « Résister à l'ubérisation du monde », *Le Monde diplomatique*, 2015, 738 (9), p. 5a.

Dans une telle constellation de faits et d'intérêts, il nous semble voir apparaître trois lignes de force majeure, qui se présentent à nous sous la forme de trois antithèses : ***autonomie et hétéronomie dans l'acquisition du revenu (I)*** ; ***indépendance et dépendance dans le travail (II)*** ; ***Etat et mondialisation du travail (III)***.

Nous proposons de voir dans quelle mesure chacune de ces trois antithèses peut être réconciliée dans l'idée de faire en sorte que la sécurité matérielle et l'épanouissement dans le travail puisse être l'apanage du plus grand nombre.

I. Autonomie et hétéronomie dans l'acquisition du revenu

Au long de la vie d'une personne, il existe inmanquablement des moments où l'acquisition de son revenu peut se faire de manière autonome, par soi-même, et d'autres moments où cette acquisition ne peut se faire que de manière hétéronome, avec l'aide de quelqu'un d'autre²⁸. Nous passons chacun de l'enfance où nous comptons sur les ressources d'autrui pour vivre, à un âge adulte où nous allons généralement pouvoir acquérir un revenu de manière autonome, avant d'avoir à nouveau recours à l'hétéronomie au moment de la vieillesse. Au cours de la vie adulte, nous aurons alterné des moments d'autonomie avec des moments, plus ou moins nombreux suivant les cas, d'hétéronomie.

Ce constat nous incite à proposer de remplacer la *summa divisio* actuelle du droit des assurances sociales, qui oppose les salariés dépendants aux indépendants, par celle de l'autonomie et de l'hétéronomie dans l'acquisition des revenus. L'avantage de l'instauration de cette nouvelle distinction autoriserait à se prévaloir d'une ***protection universelle des risques (A)***, là où elle demeure aujourd'hui liée au statut de dépendance ou d'indépendance. Elle porterait aussi en elle le projet de favoriser le retour à l'autonomie durant la vie adulte, par la création d'un ***état professionnel des personnes (B)***.

A. Protection universelle des risques

Un certain nombre de « risques » (nous préférons parler de « situations d'hétéronomie forcée dans l'acquisition du revenu ») sont couverts par la sécurité sociale : accident, maladie, invalidité, vieillesse, veuvage, orphelinage, maternité, chômage, pauvreté, etc. Or, notre système actuel ne protège pas obligatoirement les indépendants contre les risques d'accident et de chômage, ne les affine pas obligatoirement à la prévoyance

²⁸ Heureusement pour les personnes concernées, les cas d'hétéronomie complète dans l'acquisition du revenu sont rares.

professionnelle (deuxième pilier du système de retraites) ; en outre, il n'existe pas de protection sociale collective obligatoire contre la perte de gain en cas de maladie pour les personnes en Suisse.

Pour la prévoyance professionnelle et l'assurance-accidents, l'universalisation devrait pouvoir se faire assez facilement. En effet, ces deux protections sont déjà offertes aux indépendants, même si c'est pour l'instant de manière facultative²⁹. Il suffirait de les rendre obligatoires, ce qui ne dépend que d'une simple volonté politique (art. 41 al. 2 et art. 114 al. 2 Cst.).

Quant à l'assurance-chômage, la Constitution fédérale impose d'ores et déjà à la Confédération de légiférer dans ce domaine pour offrir une protection aux indépendants. Il en va de même au niveau du droit international, puisque tant la convention n° 168 de l'Organisation Internationale du Travail que le règlement européen n° 883/2004, tous deux en vigueur pour la Suisse, prévoient qu'une protection spéciale contre le chômage puisse être offerte aux indépendants, et non seulement aux dépendants. Les risques de fraude devraient toutefois être pris en considération, afin que reste prépondérant le critère du caractère volontaire de la perte de l'emploi. A défaut, on entrerait dans la logique du revenu inconditionnel, refusé par le peuple et les cantons lors d'une récente votation populaire³⁰.

Quant à la protection contre la perte de gain en cas de maladie, il suffirait d'une volonté politique claire pour la faire entrer en application en faveur de tous les Suisses.

Encore faudrait-il que nous nous libérions du schéma mental qui marque historiquement notre système d'assurances sociales. Dans le modèle dit « bismarckien », sur lequel notre sécurité sociale a été fondée, l'assurance sociale vient protéger certaines personnes qui travaillent dans certaines entreprises. Il relève donc de la logique même du système bismarckien de ne pas proposer une protection sociale universelle.

Le modèle bismarckien s'oppose principalement³¹ au modèle dit beveridgien³², lequel repose notamment sur une universalité de la couverture (il vise en principe l'ensemble de

²⁹ Pour davantage de détails, cf. AURÉLIEN WITZIG, « L'ubérisation du monde du travail – Réponses juridiques à une évolution économique », *RDS* 2016 I 457, B. II. 1.

³⁰ FF 2016 6559.

³¹ D'autres modèles de sécurité sociale existent, mais ils ont tendance à combiner les caractéristiques des deux modèles principaux ici présentés.

³² Cf. VLADIMIR RYS, « Le plan Beveridge et sa place dans l'histoire de l'OIT, son destin dans la période d'après-guerre et sa perception à l'époque actuelle », *Cahiers genevois de sécurité sociale*, n° 50-2014 pp. 59-71.

la population indépendamment de la situation d'emploi de chacun), une uniformité des prestations et de cotisations, et une unité d'organisation (en principe au niveau national)³³.

On constate d'ailleurs que le principe d'universalité a exercé, durant le XX^e siècle et au début du XXI^e siècle, « une action pressante et efficace en faveur de l'extension du champ d'application matériel et personnel³⁴ » des protections. Selon un auteur, le principe d'universalité « prolonge en fait l'évolution historique des régimes d'assurance sociale qui, dès l'origine, ont étendu progressivement leur compétence à l'encontre des nouveaux risques en faveur de nouvelles catégories de bénéficiaires³⁵ ». Dès lors, si le modèle bismarckien a représenté en son temps une avancée sociale majeure, puisqu'il a permis de protéger des personnes qui ne bénéficiaient précédemment d'aucune couverture, ses limites sont aujourd'hui trop criantes pour qu'on puisse le considérer comme indépassable.

Dans une même démarche, Anne-Sylvie Dupont a trouvé un nouveau paradigme pour le droit de la sécurité sociale : la dignité humaine³⁶.

B. Etat professionnel des personnes

Parallèlement à l'universalisation de la protection sociale, le désir d'accomplissement personnel et social et celui de flexibilité induits notamment par les nouveaux modes de vie et les technologies incite à repenser la linéarité de la situation d'emploi tout au long de la vie. C'est dans ce contexte qu'a été pensé l'« état professionnel des personnes ».

L'état professionnel des personnes est un concept qui vise à mettre en place des droits de tirage sociaux, autrement des avantages financiers limités dans le temps, garantis par un financement mutualisé, dont le but serait de « [permettre] à tout individu d'exercer certaines libertés durant sa vie professionnelle (acquérir de nouvelles connaissances, prendre une année sabbatique, s'occuper de ses enfants ou de parents malades, créer une entreprise, etc.) »³⁷. De tels droits de tirage permettraient d'assurer aux travailleurs une « continuité de leur statut social, en dépit de la diversité des tâches auxquelles ils se consacrent tout au long de leur vie professionnelle »³⁸.

³³ PIERRE-YVES GREBER, « Un modèle européen de sécurité sociale ? », in : *Mélanges en l'honneur de Jean-Louis Duc*, Lausanne, 2001, pp. 121-123.

³⁴ GUY PERRIN, « Le plan Beveridge : les grands principes », *Revue internationale de sécurité sociale*, 1-2/1992 p. 48.

³⁵ *Ibidem*.

³⁶ ANNE-SYLVIE DUPONT, « Révolution 4.0 et sécurité sociale : faut-il repenser la protection sociale et son financement ? », contribution dans cet ouvrage.

³⁷ ALAIN SUPPIOT (dir.), *Au-delà de l'emploi*, Paris, Flammarion, 2016, préf. p. XXX.

³⁸ *Ibidem*.

Les personnes pourraient donc bénéficier d'une source de revenus à certains moments de leur parcours professionnel, dans le but de favoriser leur avenir professionnel ou d'être utiles à leur famille ou à leurs proches. On éviterait ainsi le piège du revenu universel, puisque le travail resterait prioritaire dans la logique politique et sociale, tout en autorisant une plus grande liberté de chacun dans la réalisation de tâches utiles et émancipatrices.

Au total, puisque les évolutions technologiques permettent une vie professionnelle plus malléable, le droit de la protection sociale devrait encourager et accompagner cette flexibilité par des sécurités supplémentaires. A défaut, la technologie ne tiendrait plus les promesses d'émancipation qu'elle porte actuellement mais deviendrait au contraire le moyen d'un asservissement de tous ceux qui n'en détiendront pas les clefs³⁹.

II. Indépendance et dépendance dans le travail

La problématique de l'indépendance et de la dépendance dans le travail commande tout d'abord de chercher à *délimiter le domaine protecteur du droit du travail (A)*. Au-delà de cette étape initiale, il faut aussi s'interroger sur *la figure la plus adéquate pour le travail en commun (B)*.

A. Le domaine protecteur

La plupart des systèmes juridiques européens considèrent que le droit du travail ne s'applique pas à titre de principe en matière de travail, mais de manière résiduelle, lorsque les critères de qualification sont présents⁴⁰. Le principe est l'indépendance, et non la subordination. Cette conception est l'héritière du « Pacte révolutionnaire » de la fin du XVIII^e siècle, lequel, dans la mouvance des Lumières, était « libéral », « idéaliste » et « optimiste »⁴¹. Toutefois, le caractère résiduel du droit du travail doit être largement relativisé en pratique, en raison de l'indisponibilité de la qualification contractuelle du travail⁴².

³⁹ Cf. AURÉLIEN WITZIG, « Digitaler Wandel : Was das Sozialrecht leisten kann », in : *Sozialalmanach 2019*, Caritas, pp. 163-173.

⁴⁰ STEFAN NERINCKX, « The Uberization of the labour market : Some thoughts from an employment law perspective on the collaborative economy », *ERA Forum*, juin 2016, 17 (2), pp. 245-265.

⁴¹ ANTOINE MAZEAUD, *Droit du travail*, Issy-les-Moulineaux, 10^e éd., 2016, p. 34.

⁴² *Pro multis* : TF, 21 mars 1995, *JAR* 1996 p. 95 ; TF, 8 juin 2005, 4C.39/2005, cons. 2.1 ; TF, 14 décembre 2010, 2C_714/2010, *DTA* 2011 p. 115, *JAR* 2011 p. 383, cons. 3.4.2 ; TF, 5 juillet 2011, 4A.194/2011, cons. 5.3.

Concrètement, il faut d'abord se demander si nous devons nous situer dans le périmètre des contrats de service ou dans celui des contrats de société. En effet, il s'agit pour les parties de créer ensemble une forme d'« entreprise » (prise ici au sens le plus neutre possible⁴³). Le but pour chacune des parties est de faire du profit, dit de manière triviale, de gagner de l'argent.

On identifie classiquement le contrat de société par la présence d'un *animus societatis*, à savoir la volonté des parties prenantes de créer une société, de – précisément – former société. Il est généralement manifeste que le propriétaire de la plateforme n'a aucune intention de former une société avec ses prestataires. La situation peut être différente dans le cadre de l'économie collaborative, où des structures de société sont parfois mises en place, soit après réflexion (société coopérative, etc.), soit de manière informelle (généralement sous forme de sociétés simples ou sociétés civiles).

Si l'on met à part la situation particulière des sociétés, nous nous situons donc dans le domaine des contrats dits de service. Sont alors à envisager : le contrat de travail, le contrat d'entreprise, le contrat de mandat ; dans ces trois cas, le propriétaire de la plateforme confierait une tâche à exécuter à un prestataire, qui accomplirait cette tâche, soit dans son étroite dépendance et sous son contrôle étroit (contrat de travail), soit de manière plus indépendante, avec une obligation de résultat (contrat d'entreprise) ou une simple obligation de moyens (contrat de mandat).

Du point de vue le plus avantageux pour le propriétaire de la plateforme, on pourrait songer au contrat de courtage, le propriétaire étant alors le courtier, le facilitateur d'affaires du prestataire. Dans ce cas, on se retrouverait dans le même genre de renversement entre faits et droits qui a présidé à la conception contemporaine du contrat de travail, où le propriétaire juridique est le travailleur, l'employeur n'étant que le simple locataire de la force de travail. Analyse bien évidemment contraire à la réalité économique de la situation et ayant donné lieu à la création du droit du travail, en quelque sorte en creux du système libéral.

En réalité, quand on se pose la question du choix de la qualification, il faut bien voir que, moins que l'observation de la règle juridique, qui est encore bien souvent présentée selon la conception de Montesquieu comme une norme première à laquelle le juge devrait se soumettre, ou à la manière de Kelsen – la profusion des normes devant s'ordonner en une hiérarchie claire –, c'est davantage un choix idéologique qui s'opère. Il faut toutefois se

⁴³ ALAIN SUPLOT (dir.), *L'entreprise dans un monde sans frontières*, Paris, Dalloz, 2015.

garder de présenter ce qui relève d'une certaine idéologie comme une vérité absolue⁴⁴ : dans un système démocratique, toute idéologie doit pouvoir être discutée⁴⁵.

Aussi le critère décisif permettant de délimiter le domaine du droit du travail n'a-t-il cessé de changer depuis un siècle et demi. On a ainsi évolué, au gré des situations de fait auxquelles on voulait apporter une réponse, entre des critères plus juridiques (obligation de moyens, lien de subordination) et des critères plus sociaux ou économiques (dépendance, intégration dans l'entreprise d'autrui).

C'est généralement de façon inductive que les juges procèdent, en partant des situations de fait et en décidant alors de quelle manière on souhaite les régir. C'est typiquement le cas lorsqu'est retenu le critère de la dépendance économique. On se demande si tel ou tel preneur d'ouvrage mérite la protection particulière offerte par le droit du travail et c'est alors qu'on décide ou non de l'appliquer. La formulation de l'article 320 du Code des obligations est à cet égard tout à fait symbolique : le droit s'applique lorsqu'une personne accepte, pour une période donnée, l'exécution d'un travail qui, d'après les circonstances, ne doit être fourni qu'en échange d'une rémunération (art. 320, al. 2 CO)⁴⁶. La tendance actuelle est d'ailleurs au syncrétisme des critères de qualification du contrat de travail⁴⁷.

Pour beaucoup des contrats d'ouvrage passant par l'intermédiaire de plateformes numériques, le responsable de la plateforme paraît se contenter de transmettre au prestataire les demandes des clients tout en percevant une commission. De prime abord, certains nient donc nient l'existence d'un lien de subordination ou d'une intégration dans l'entreprise⁴⁸. D'autres observent toutefois qu'en raison du détail très important des instructions qui doivent être respectées par le prestataire dans le cas où il décide d'effectuer la prestation un lien de subordination entre le prestataire et la plateforme, on pourrait reconnaître un lien de subordination ; en outre, le prestataire qui refuserait des ouvrages prendrait le risque d'être moins appelé par la plateforme, voire d'en être presque écarté⁴⁹. En toute hypothèse, chaque cas doit être examiné pour lui-même, certains prestataires

⁴⁴ Ce que font certains auteurs : ANDREAS ABEGG/CHRISTOF BERNAUER, « Welchen neuen Regulierungsbedarf schaffen Airbnb, Uber & Co.? », *PJA* 2018 p. 83.

⁴⁵ Cf. AURELIEN WITZIG, « Face aux libéraux dogmatiques », *Le Temps*, 18 mai 2017.

⁴⁶ TF, 6 mars 2013, 4A_641/2012, *DTA* 2013 p. 127 ; CHRISTOPH SENTI, « Zulagen, Zuschläge und 13. Monatslohn », *PJA* 2006 p. 289.

⁴⁷ Cf. TF, 10 décembre 2015, 4A_344/2015, cons. 3.4 : « Intégration dans l'organisation de travail d'autrui (rapport de subordination) ».

⁴⁸ ANDREAS ABEGG/CHRISTOF BERNAUER, « Welchen neuen Regulierungsbedarf schaffen Airbnb, Uber & Co.? », *PJA* 2018 pp. 82-88, spéc. p. 87.

⁴⁹ KURT PÄRLI, « Arbeits- und sozialversicherungsrechtliche Fragen bei Uber Taxifahrer/innen », avis de droit disponible sur le site < unia.ch >, 10 juillet 2016.

pouvant se retrouver dans une situation où, par le nombre et la durée des trajets effectués par la plateforme, une situation d'intégration, de dépendance ou même de subordination⁵⁰.

En Suisse, la situation n'a pas encore été éclaircie. Une décision tend à considérer, dans un contexte où la doctrine a exprimé des positions contradictoires⁵¹, les chauffeurs de taxi affiliés à une centrale comme étant en principe des travailleurs dépendants du point de vue du droit des assurances sociales⁵². Quant à la Caisse nationale suisse d'assurance en cas d'accidents (SUVA), elle a traité les chauffeurs Uber comme des salariés⁵³.

Aux Etats-Unis, le contrat d'une chauffeuse Uber a pu être requalifié en contrat de travail⁵⁴. Toutefois, les chauffeurs Uber se sont vu refuser le droit d'attaquer la plateforme par une action collective, en raison de la clause d'arbitrage stipulée dans leurs contrats⁵⁵. Au Canada, en revanche, la clause d'arbitrage a été considérée comme contraire au droit du travail⁵⁶.

Le juge communautaire européen considère qu'Uber n'est pas un simple système d'information mais qu'elle représente une entreprise offrant des services de transport⁵⁷. Il a été observé que la plateforme faisait davantage que favoriser la rencontre d'une offre et d'une demande : elle crée elle-même l'offre⁵⁸.

⁵⁰ Cf. ANDREAS ABEGG/CHRISTOF BERNAUER, « Welchen neuen Regulierungsbedarf schaffen Airbnb, Uber & Co. ? », *PJA* 2018 pp. 82-88, spéc. n° 28.

⁵¹ Cf. KURT PÄRLI, « Arbeits- und sozialversicherungsrechtliche Fragen bei Uber Taxifahrer/innen », avis de droit disponible sur le site <unia.ch>; Bettina Kahil-Wolff, « Der AHV-rechtliche Beitragsstatus von in der Schweiz tätigen Uber-Fahrern », avis de droit, 13 mars 2017.

⁵² TF, 9 novembre 2017, 8C_571/2017.

⁵³ Avis du Conseil fédéral du 31 août 2016 en réponse à l'interpellation de la conseillère nationale Seiler Graf « Le réseau Uber est-il un employeur ? ».

⁵⁴ Labor Commissioner of the State of California, 3 juin 2015, *Barbara Ann Berwick vs. Uber Technologies Inc.*, 11-46739 EK.

⁵⁵ U.S. District Court for the Northern District of California, 11 mars 2015, *O'Connor et al. vs. Uber Technologies Inc. et al.*, C-13-3826 EMC, Doc. 251.

⁵⁶ Court of Appeal of Ontario, 2 janvier 2019, *Heller v. Uber Technologies Inc.*, 2019 ONCA 1.

⁵⁷ CJUE, 20 décembre 2017, *Asociación Profesional Elite Taxi*, C-434/15, n° 37 et s. Le juge suisse a tenu des propos similaires, cf. TF, 31 octobre 2016, 2C_500/2016, cons. 3.4 : « En parcourant les conditions d'utilisation fixées par "Uber", [...] il apparaît que les prestations de la recourante ne se limitent pas à mettre en place une plateforme de mise en relation de chauffeurs de taxis avec leurs clients, qui serait assimilable à un central téléphonique. "Uber" se charge en sus de la facturation des services de transport aux clients du transporteur et impose ses propres conditions, y compris tarifaires, aux chauffeurs professionnels et privés recourant à ses services. C'est donc un véritable modèle économique qui est mis en place par le groupe "Uber", auquel il apparaît prématuré, dans le cadre d'un recours normatif abstrait et sans examen détaillé *in concreto*, de dénier toute influence sur le service des taxis lui-même. »

⁵⁸ Conclusions de l'avocat général Szpunar du 11 mai 2017 dans CJUE, *Asociación Profesional Elite Taxi*, C-434/15.

La doctrine analyse que « les plateformes de travail ne sont pas de simples plateformes d'intermédiation, mais des organisations productives s'inspirant bien plus que les entreprises des logiques de concurrence qui gouvernent le marché. La remise en cause de la législation sociale qu'elles provoquent s'inscrit dans une vision déterministe du droit du travail qui prétend que le droit doit nécessairement s'adapter aux exigences formulées par l'économie »⁵⁹.

En Grande-Bretagne, une affaire est en cours, mettant aux prises Uber et des chauffeurs⁶⁰. Un appel est actuellement pendant devant la Cour suprême⁶¹, si bien que nous ne sommes pas en possession d'une décision définitive. Toutefois, la dernière cour en date à avoir jugé le cas a considéré que les chauffeurs étaient des travailleurs (« *workers* ») et qu'à ce titre, ils avaient droit au salaire minimum et à des vacances payées⁶². L'argument soulevé par Uber selon lequel les chauffeurs peuvent se connecter à d'autres applications concurrentes n'a pas convaincu les juges. A noter que le statut de « travailleur » (« *worker* ») en droit anglais n'offre pas autant de protections que celui d'« employé » (« *employee* »). En revanche, les coursiers de la plateforme Deliveroo n'ont pas été reconnus comme des travailleurs et il leur a été refusé par la justice le droit de négocier une convention collective⁶³.

En France, un coursier de la plateforme Take Eat Easy a été qualifié de travailleur salarié : les juges ont constaté l'existence d'un lien de subordination du fait que, d'une part, l'employeur suivait en temps réel le travailleur par un système de géolocalisation et que, d'autre part, il disposait d'un pouvoir de sanction⁶⁴. En outre, il y a été jugé qu'un

⁵⁹ BARBARA GOMES, *Le droit du travail à l'épreuve des plate-formes numériques*, résumé du projet de thèse, disponible sur le site < theses.fr >.

⁶⁰ *Aslam, Farrar & Others vs. Uber B.V., Uber London Ltd, Uber Britannia Ltd.*

⁶¹ MARTIN COULTER, « Uber loses key Court of Appeal hearing on worker rights », *Financial Times*, 19 décembre 2018.

⁶² Court of Appeal, 19 décembre 2018, *Aslam, Farrar & Others vs. Uber B.V., Uber London Ltd, Uber Britannia Ltd*, [2018] EWCA Civ 2748. Le jugement de première instance est disponible sous la référence : Central London Employment Tribunal, *Aslam, Farrar & Others vs. Uber B.V., Uber London Ltd, Uber Britannia Ltd*, Case Nos. 2202550/2015, 28 octobre 2016.

⁶³ High Court of Justice, 5 décembre 2018, *The Independent Workers Union of Great Britain vs. Central Arbitration Committee vs. Rooffoods Limited t/a Deliveroo*, [2018] EWHC 3342 (Admin).

⁶⁴ Cour de cassation, chambre sociale, 28 novembre 2018, n° 17-20079 : « Le lien de subordination est caractérisé par l'exécution d'un travail sous l'autorité d'un employeur qui a le pouvoir de donner des ordres et des directives, d'en contrôler l'exécution et de sanctionner les manquements de son subordonné. Viole l'article L.8221-6, II du code du travail la cour d'appel qui retient qu'un coursier ne justifie pas d'un contrat de travail le liant à une société utilisant une plate-forme web et une application afin de mettre en relation des restaurateurs partenaires, des clients passant commande de repas par le truchement de la plate-forme et des livreurs à vélo exerçant sous le statut de travailleur indépendant des livraisons de repas, alors qu'il résulte de ses constatations que l'application était dotée d'un système de géolocalisation permettant le suivi en temps réel par la société de la position du coursier et la

chauffeur Uber n'était pas un indépendant car les conditions de la libre entreprise n'étaient pas réunies⁶⁵. Selon les juges de la Cour d'appel de Paris, « une condition essentielle de l'entreprise individuelle indépendante est le libre choix que son auteur fait de la créer ou de la reprendre, outre la maîtrise de l'organisation de ses tâches, sa recherche de clientèle ou de fournisseurs ». Or, les juges ont constaté l'impossibilité pour le chauffeur de se constituer une clientèle propre et de fixer les tarifs, et parallèlement sa soumission à un contrôle de son activité et à un pouvoir de sanction. En somme, que la subordination soit « personnelle » (ordres, directives, sanctions) ou « managériale » (contrôle, évaluation, sanction), les conséquences juridiques sont les mêmes : la qualification de contrat de travail⁶⁶.

Au total, c'est un appel à une simplification dans le processus de qualification du travailleur qui semble être lancé, parallèlement à une volonté de protéger socialement les travailleurs indépendamment de leur statut juridique au travail⁶⁷. Dans cette perspective, les critères du droit du travail suisse, par leur capacité d'adaptation, paraissent adéquats. Une adaptation du droit en vigueur en fonction des évolutions technologiques est donc remise à plus tard⁶⁸. Aussi la création d'un nouveau statut de travailleur pour les travailleurs de plateformes ne nous apparaît-elle pas opportune. Les justifications avancées, à savoir la « perte de flexibilité » et l'« insécurité juridique »⁶⁹, laissent perplexes. D'une part, nous avons vu qu'il n'existait pas d'insécurité juridique mais qu'au contraire, le droit pouvait parfaitement se saisir des nouvelles situations ; d'autre part, l'appel au concept de « flexibilité », comme un véritable mantra, porte à s'interroger sur les véritables aspirations des travailleurs, qui ne sont certainement pas celles d'une précarisation de leur emploi⁷⁰.

comptabilisation du nombre total de kilomètres parcourus par celui-ci et que la société disposait d'un pouvoir de sanction à l'égard du coursier. »

⁶⁵ Cour d'appel de Paris, 10 janvier 2019, *M. Maximilien Petrovic c. Société Uber B.V et SAS Uber France*.

⁶⁶ THOMAS PASQUIER, « Les plateformes numériques dans la tourmente », *Semaine sociale Lamy*, 21 janvier 2019, p. 8.

⁶⁷ ORLY LOBEL, « The Gig Economy & The Future of Employment and Labour Law », *University of San Diego Legal Studies Research Paper Series*, mars 2016, n° 16-223.

⁶⁸ Conseil fédéral, « Rapport sur les principales conditions-cadre pour l'économie numérique », 11 janvier 2017, p. 88.

⁶⁹ Postulat 17.4087, « Société numérique. Etudier la création d'un nouveau statut de travailleur », 13 décembre 2017. Cf. également la motion 16.3068 de Derder Fathi, 9 mars 2016, « Adapter la loi sur la circulation routière aux nouvelles offres », qui propose notamment de supprimer l'OTR 2.

⁷⁰ Pour des réflexions approfondies à ce sujet venant de divers acteurs, cf. Caritas, *Sozialalmanach 2019*.

B. La figure du travail en commun

A mon sens, le tournant numérique est aussi l'occasion de réfléchir plus profondément au cadre juridique dans lequel s'exerce le travail⁷¹.

L'instrument central est actuellement le contrat. L'entrée dans la relation de travail est, juridiquement, l'entrée dans une relation contractuelle. Or, si l'on y réfléchit un tant soit peu, rien n'est plus illogique que de faire du travail humain l'objet d'un contrat. Comme l'ont souligné d'éminents juristes, l'objet du rapport de travail n'est pas une « œuvre » (*Werk*), mais un « agir » (*wirken*)⁷². Seule une fiction juridique a pu faire entrer cet « agir » dans la catégorie d'un objet contractuel⁷³. C'est de cette façon qu'il a fallu rappeler plusieurs fois au cours du XX^e siècle qu'en réalité, « le travail n'est pas une marchandise », autrement dit qu'il n'est pas une chose qui puisse s'acheter et se vendre.

Aussi la figure du contrat est-elle grosse du risque d'enfermer les potentialités de l'Homme dans un jeu de domination/soumission tel que nous avons pu le voir à l'œuvre dans de nombreuses situations où la personnalité des travailleurs a pu être violée.

A l'inverse, l'institution de la société, particulièrement sous la forme de la société simple, de la société en nom collectif ou de la société à responsabilité limitée pourrait être davantage sollicitée pour régir le travail : les tâches ne seraient dès lors plus automatiquement réparties, dans la perspective taylorienne, entre des concepteurs et des argentiers qui tireraient toutes les ficelles, mais les apporteurs de travail pourraient devenir associés, même sans apport financier préalable.

Cette solution convient plus particulièrement à certains types d'entreprises qu'à d'autres. Dans celles où serait maintenu le régime juridique actuel, il conviendrait de renforcer les possibilités de participation des travailleurs, aujourd'hui très embryonnaires en Suisse dans le cadre de la loi sur la participation.

En outre, quand les employeurs cherchent à intéresser financièrement les travailleurs aux bénéfices de l'entreprise, il serait opportun qu'ils le fassent en toute transparence. En effet, la tendance actuelle consiste à limiter le domaine du contractuel par le recours à la figure incertaine du « bonus ». Les travailleurs sont tentés d'y opposer des revendications constitutionnelles, comme celle de l'égalité salariale entre hommes et femmes. L'usage de

⁷¹ Les paragraphes qui suivent reprennent certains éléments d'une publication antérieure : AURÉLIEN WITZIG, « Digitaler Wandel : Was das Sozialrecht leisten kann », in : *Sozialalmanach 2019*, Caritas, pp. 163-173.

⁷² Idée d'Otto von Gierke ; cf. MANFRED REHBINDER, « Annahmeverzug im Arbeitsverhältnis ? », *RSJ* 1982 p. 354 ; reprise par la jurisprudence allemande, cf. par exemple : Bundesarbeitsgericht, 11 décembre 2003, 2 AZR 667/02, juris Rn. 90, *NZA* 2004 p. 78.

⁷³ ALAIN SUPIOT, *Critique du droit du travail*, Paris, Presses Universitaires de France, 3^e éd., 2015.

critères objectifs et transparents dès le départ éviterait que bien des situations ne dégénèrent en conflit⁷⁴.

L'aménagement des relations juridiques du travail dans le sens que nous prôtons ici trouve un appui direct dans les aspirations des travailleurs eux-mêmes. C'est ainsi que, selon une étude de l'*Institut für angewandte Sozialwissenschaft*, l'élément le plus important pour les travailleurs allemands est de « se sentir bien au travail »⁷⁵. Dans une société d'abondance comme la nôtre, l'aspect financier n'est plus nécessairement prépondérant pour un certain nombre de travailleurs. Le paradigme psychologique et celui, plus métaphysique, du sens de son travail ont tendance à venir au premier plan. Le droit du travail, qui met aujourd'hui l'accent sur les aspects quantitatifs de la relation de travail, serait donc bien inspiré de prendre également en considération les aspects plus qualitatifs de ce dernier.

III. Etat et mondialisation du travail

Dans le contexte de la mondialisation, il est de plus en plus difficile d'identifier le droit à l'Etat⁷⁶. On observe aujourd'hui une pluralité d'espaces normatifs, au sein d'un droit international lui-même éclaté⁷⁷. Les acteurs du numérique s'engouffrent dans la brèche et n'hésitent pas à exploiter les potentialités technologiques et les failles politiques pour tenter de se mettre à l'écart des contraintes résultant du respect des règles étatiques.

Chaque Etat peut donc légitimement chercher à protéger les travailleurs qui exercent leur activité sur son sol. Une telle protection ne saurait toutefois suffire si tous les Etats ne jouent pas le même jeu. Aussi *protéger les travailleurs de l'Etat (A)* ne se conçoit-il pas véritablement sans une *protection des travailleurs de tous les Etats (B)*.

A. Protéger les travailleurs de l'Etat

Protéger les travailleurs d'un Etat, dans le cadre de la mobilité technologique et de la mondialisation, consiste à leur permettre de se prévaloir des protections prévues par le droit national et de faire valoir leurs droits devant le juge national.

⁷⁴ Cf. AURÉLIEN WITZIG, *Le renouveau des rémunérations variables*, Genève, Slatkine, 2014.

⁷⁵ MORITZ MÜLLER-WIRTH, « Was wünschen sich die Deutschen von ihrer Arbeit ? », *Die Zeit*, 3 décembre 2018.

⁷⁶ Le processus d'internationalisation étant commencé depuis des décennies, un auteur avait déjà renoncé à l'identification droit-Etat depuis longtemps : SANTI ROMANO, *Ordinamento giuridico*, (2^e éd. 1945), trad. fr. par L. François et P. Gothot, Paris, Dalloz, 2002.

⁷⁷ MIREILLE DELMAS-MARTY, *Le relatif et l'universel*, Paris, Seuil, 2004, p. 10.

En matière d'application du droit national, on se trouve face à l'alternative entre un droit imposé par la loi ou une autonomie laissée aux parties dans le choix du droit applicable⁷⁸.

Pour répondre à cette problématique, il faut avoir en tête ce que recherchent les multinationales, et qui s'apparente à une forme de personnalité des lois : une loi applicable aux personnes indépendamment du territoire sur lequel elles se trouvent. Une telle prétention pose le problème du *law shopping*. Or, « comme pour le contrat de consommation, abandonner le contrat international de travail au droit international privé commun reviendrait à faire courir des risques importants au salarié. Ces derniers se produiront chaque fois qu'afin d'obtenir l'emploi proposé le salarié aura accepté, sur la base d'un principe d'autonomie de droit commun très libéral, de renoncer à la protection que lui offre la loi objectivement compétente, en souscrivant une clause soumettant le contrat à la loi moins protectrice d'un autre Etat »⁷⁹.

Pour autant, ces considérations ne sont pas entièrement prises en compte par notre droit positif. Le principe retenu est certes la *lex loci laboris*, soit le droit de l'Etat dans lequel le travailleur accomplit habituellement son travail (art. 121 al. 1 de la Loi sur le droit international privé – LDIP). Le droit suisse autorise toutefois une élection de droit : les parties peuvent ne pas s'en tenir au régime légal et décider de soumettre le contrat de travail au droit de l'Etat dans lequel le travailleur a sa résidence habituelle ou dans lequel l'employeur a son établissement, son domicile ou sa résidence habituelle (art. 121 al. 3 LDIP).

Une protection existe cependant lorsqu'un droit étranger a été choisi par les parties : l'application de dispositions du droit étranger choisi est exclue si elle conduit à un résultat incompatible avec l'ordre public suisse (art. 17 LDIP). En outre, même si le droit étranger reste applicable sur le principe, certaines dispositions impératives du droit suisse sont, en raison de leur but particulier, applicables quel que soit le droit désigné par la loi (art. 18 LDIP). Selon la jurisprudence, les lois d'application immédiate telles que l'entend cette norme sont, en règle générale, les dispositions impératives qui répondent à des intérêts essentiels d'ordre social, politique ou économique⁸⁰ et qui correspondent aux valeurs fondamentales de l'ordre juridique⁸¹.

⁷⁸ Les paragraphes qui suivent reprennent certains éléments d'un article précédemment publié : AURÉLIEN WITZIG, « Tournant numérique et territoire juridique du rapport de travail », in : Ilaria Pretelli (éd.), *Le droit international privé dans le labyrinthe des plateformes digitales*, Genève, Schulthess, 2018, pp. 193-208.

⁷⁹ YVON LOUSSOUARN/PIERREBOUREL/PASCAL DE VAREILLES-SOMMIÈRES, *Droit international privé*, Paris, Dalloz, 10^e éd., 2013, p. 574.

⁸⁰ Cf. TF, 21 janvier 2002, ATF 128 III 201, cons. 1b.

⁸¹ TF, 17 novembre 2009, ATF 135 III 614, cons. 4.2.

Selon la doctrine, la Loi sur le travail⁸² et les conditions minimales de travail et de salaire au sens de l'article 2 de la loi sur les travailleurs détachés, tout comme le régime du licenciement immédiat⁸³, représentent en tout cas des lois d'application immédiate. Le même principe doit selon nous s'appliquer à l'ensemble des lois de droit public applicables en droit du travail (outre la Loi sur le travail et la Loi sur les travailleurs détachés, notamment : la Loi sur le travail à domicile, la Loi sur le travail au noir, la Loi sur l'égalité, la Loi sur la location de services, la Loi sur la durée du travail, etc.), ainsi qu'au droit international directement applicable⁸⁴.

Dans la même logique et par souci de sécurité juridique, on doit considérer selon nous que l'article 341 du Code des obligations est d'application immédiate pour tout litige soumis à un juge suisse concernant un rapport de travail effectué en Suisse. En effet, cet article paralyse toute renonciation du travailleur à des créances résultant de dispositions impératives de la loi ou d'une convention collective. Une élection de droit, dans la mesure où elle aurait pour conséquence une telle renonciation, doit logiquement être frappée de nullité, comme n'importe quelle autre clause contraire au principe d'ordre public des dispositions impératives. En revanche, si le droit étranger est plus avantageux, l'objection tirée de la protection contre la renonciation au droit impératif tombe⁸⁵.

En matière de saisine du juge national, l'employeur peut être attiré devant le tribunal du lieu où le travailleur accomplit habituellement son travail ou devant le tribunal du dernier lieu où il a accompli habituellement son travail, ou, lorsque le travailleur n'accomplit pas ou n'a pas accompli habituellement son travail dans un même pays, devant le tribunal du lieu où se trouve l'établissement qui a embauché le travailleur (art. 19 de la Convention de Lugano – CL). Aux termes de l'article 20 de la Convention de Lugano, l'action de l'employeur ne peut être portée que devant les tribunaux de l'Etat lié par la Convention sur le territoire duquel le travailleur a son domicile. Lorsqu'un travailleur conclut un contrat individuel de travail avec un employeur qui n'est pas domicilié dans un Etat lié par la Convention mais possède une succursale, une agence ou tout autre établissement dans un Etat lié par la Convention, l'employeur est considéré, pour les contestations relatives à leur exploitation, comme ayant son domicile dans cet Etat (art. 18, al. 2 CL). Lorsque la Convention de Lugano n'est pas applicable, les tribunaux suisses du domicile du défendeur

⁸² KURT PÄRLI, « Neue Formen der Arbeitsorganisation : Internet-Plattformen als Arbeitgeber », *DTA* 2016 p. 248.

⁸³ WERNER GLOOR, « Der Vertragsbruch des Arbeitnehmers », *DTA* 2013 pp. 219-220, se référant également à IVO SCHWANDER, « Zwingende Normen im internationalen Verhältnis », in *Aktuelle Fragen zum Arbeitsrecht, Tagung Universität St. Gallen in Zürich*, 14 novembre 2003, pp. 13-14 et à Andrea Bonomi, *Le norme imperativa nel diritto internazionale privato*, Zurich, 1998, p. 193.

⁸⁴ AURÉLIEN WITZIG, *Droit du travail*, Genève, Schulthess, 2018, p. 209 ; cf. également, Message du Conseil fédéral du 10 novembre 1982, FF 1983 I 304.

⁸⁵ AURÉLIEN WITZIG, *op. cit.*, pp. 209-210.

ou du lieu dans lequel le travailleur accomplit habituellement son travail sont compétents pour connaître des actions relatives au contrat de travail (art. 115 al. 1 LDIP). L'action intentée par un travailleur peut, de surcroît, être portée au for de son domicile ou de sa résidence habituelle en Suisse (art. 115, al. 2 LDIP).

Ces règles sont supplétives et n'interdisent pas l'élection par les parties d'un for différent⁸⁶. Cependant, sous peine d'inefficacité, le travailleur ne doit pas être privé de manière abusive de la protection que lui assurent les fors prévus par l'article 115 (art. 5 al. 2 LDIP)⁸⁷. Selon la doctrine, l'existence d'un abus de droit doit être appréciée en fonction des circonstances du cas particulier, en considérant notamment si la clause d'élection de for a été imposée au travailleur en profitant de sa situation d'infériorité⁸⁸.

La problématique de la compétence judiciaire doit encore être liée à celle de l'admissibilité de l'arbitrage. Selon la jurisprudence, les prétentions auxquelles le travailleur ne peut pas valablement renoncer selon l'article 341, alinéa 1 du Code des obligations ne sont pas susceptibles d'arbitrage⁸⁹. En droit interne, la possibilité offerte par l'article 353, alinéa 2 du Code de procédure civile d'exclure l'application du même code et de convenir que les dispositions du chapitre 12 de la Loi sur le droit international privé sont applicables en lieu et place n'est pas admissible en droit du travail⁹⁰. Après la fin du délai de protection de l'article 341 du Code des obligations toutefois, l'ensemble des prétentions du travailleur sont arbitrables⁹¹.

Qu'en est-il alors de l'arbitrage du travail dans les relations internationales ? Aux termes de l'article 177, alinéa 1 de la Loi sur le droit international privé, toute cause de nature patrimoniale peut faire l'objet d'un arbitrage. Se pose dès lors la question de savoir si les fors impératifs, tels que ceux prévus en droit du travail, trouvent vocation à s'appliquer également en matière internationale ou si seule la règle de la LDIP est applicable.

Si l'on ne soustrait pas le travail de l'arbitrabilité en matière internationale, les fors protecteurs du Code de procédure civile et la gratuité de la procédure au-dessous de 30'000 francs au moins restent lettre morte. Or, si l'on songe que la quasi-totalité des clauses d'arbitrabilité avec siège à l'étranger insérées par les plateformes numériques à

⁸⁶ Cf. KURT PÄRLI, « Neue Formen der Arbeitsorganisation : Internet-Plattformen als Arbeitgeber », *DTA* 2016 p. 247.

⁸⁷ BERNARD DUTOIT, *Droit international privé suisse*, Bâle, Helbing Lichtenhahn, 5^e éd., 2016, N 2 *ad* art. 115 LDIP.

⁸⁸ ANDREAS BUCHER/ANDREA BONOMI, *Droit international privé*, Bâle, Helbing Lichtenhahn, 2013, N 930 ; FRANÇOIS KNOEPFLER/PHILIPPE SCHWEIZER/SIMON OTHENIN-GIRARD, *Droit international privé suisse*, Berne, Stämpfli, 3^e éd., 2005, pp. 347 et s.

⁸⁹ TF, 18 avril 2018, ATF 144 III 235, cons. 2.2.2.

⁹⁰ TF, 18 avril 2018, ATF 144 III 235, cons. 2.3.3.

⁹¹ *Ibidem*.

l'égard des leurs preneurs d'ouvrage sont des clauses standard, il paraît d'autant plus insoutenable de retirer la protection procédurale liée au droit du travail⁹².

En somme, accorder à une entreprise multinationale numérisée, qui choisit d'établir son siège dans un Etat étranger en pratiquant clairement le *law shopping*, dans le seul but de se soustraire le plus largement possible à ses obligations juridiques au titre de la protection des travailleurs, le bénéfice de l'exception d'arbitrage paraîtrait contraire à la protection que doit recevoir tout justiciable contre l'abus de droit.

B. Protéger les travailleurs des Etats

Les Etats ont beau mettre en place, dans leur ordre juridique propre, des protections en faveur des travailleurs, ces protections risquent de demeurer en grande partie vaines si les acteurs du numérique les contournent. La pratique du *law shopping*, soit la mise en concurrence des différents systèmes juridiques nationaux et le choix par les acteurs d'une implantation dans le pays qui leur offre la réglementation la plus avantageuse⁹³, n'a fait que renforcer cette tendance. Autrement dit, les plateformes de dimension internationale mettent « les travailleurs de tous pays en concurrence » et tiennent « les Etats en respect par leur poids économique »⁹⁴.

Pour pallier cette situation, la solution juridique consiste à donner des principes juridiques communs aux différents ordres juridiques. C'est le rôle notamment de l'Organisation des Nations Unies et, en particulier, de l'Organisation Internationale du Travail. Rien n'est à attendre en effet de l'Organisation Mondiale du Commerce. Après l'échec de la Charte de La Havane, qui visait notamment, au sein des différents pays, « le plein emploi, l'équilibre de la balance des paiements et l'adoption de normes du travail équitables »⁹⁵, la question du travail a été largement évacuée des préoccupations du commerce international. Et c'est en vain que l'on chercherait, dans l'Accord général du 30 octobre 1947 sur les tarifs douaniers et le commerce (GATT) ou dans l'Accord général du 15 avril 1994 sur le commerce des services, des dispositions directement protectrices pour les travailleurs ou l'emploi. Ainsi, dans les principes généraux du GATT, le travail, qui est pourtant la matière même des biens qui font l'objet de cette convention, est passé sous silence (à l'exception du travail en prison). Pour y remédier, on pourrait selon nous recourir à une interprétation

⁹² KURT PÄRLI, « Questions de droit du travail et des assurances sociales dans le cas des chauffeuses et chauffeurs de taxis Uber », avis de droit disponible sur le site < unia.ch >, p. 11.

⁹³ Cf. ALAIN SUPLOT, *L'Esprit de Philadelphie*, Paris, Seuil, 2010.

⁹⁴ MARIE-CÉCILE ESCANDE-VARNIOL, « Un ancrage stable dans un droit du travail en mutation », *Recueil Dalloz*, 2019 p. 177.

⁹⁵ Conférence des Nations Unies sur le commerce et l'emploi, tenue à La Havane du 21 novembre 1947 au 24 mars 1948, Acte final, disponible sur le site < wto.org >.

particulière des notions de « moralité publique » et de « protection de la santé et de la vie », prévues à l'article XX (a) du GATT, de telle manière à tenir compte des conditions de travail dans lesquelles se sont trouvés les travailleurs ayant contribué à la confection des produits importés⁹⁶.

Quant à l'Organisation Internationale du Travail, elle promeut certes le travail décent et la justice sociale. Toutefois, les instruments juridiques qu'elle édicte, conventions ou recommandations, ne s'appliquent, la plupart du temps, qu'aux « travailleurs »⁹⁷. Or, ce concept n'est pas défini au niveau international. Telle personne, qualifiée de « travailleuse » par le système juridique d'un Etat, et protégée comme telle, ne bénéficiera pas forcément de la même qualification dans un autre Etat. Les entreprises du numérique ont ainsi beau jeu d'installer leur siège juridique dans l'Etat qui leur proposera la qualification de « travailleur » la plus restreinte, et dès lors législation sociale la moins contraignante.

A cet égard, l'Union européenne présente une voie originale. En 2003, la Commission européenne avait identifié les éléments constitutifs du lien de subordination que l'on a tendance à retrouver le plus généralement⁹⁸. Nous les regroupons sous un triple pouvoir reconnu à l'employeur : le pouvoir de direction, de contrôle et de sanction. Des critères additionnels ont permis d'élargir le champ du droit du travail à d'autres relations : degré d'intégration, degré de risque financier, paiement d'un salaire, liberté d'organisation du travail, propriété de l'entreprise, apport de matériaux⁹⁹.

Toutefois, les textes communautaires eux-mêmes ne présentent pas de définition du « travailleur ». C'est donc la jurisprudence la Cour de justice de l'Union européenne qui a forgé un concept de « travailleur ». Le juge communautaire a en effet pris conscience qu'il était nécessaire de préciser le concept de « travailleur », faute de quoi le champ

⁹⁶ Dans le même ordre d'idées, voir également : ÉMILIE CONWAY, « De quelques apports de la doctrine de la "marge d'appréciation" à l'interprétation de l'exception de moralité publique en droit de l'Organisation mondiale du commerce (OMC) », *Les Cahiers du droit*, vol. 54, n° 4, décembre 2013, p. 736 ; ROBERT HOWSE, « The World Trade Organization and the Protection of Workers' Rights », *Journal of Small & Emerging Business Law*, vol. 3, 1999, p. 131 ; RENEE CHARTRES/BRYAN CHRISTOPHER MERCURIO, « Call for an Agreement on Trade-Related Aspects of Labor : Why and How the WTO Should Play a Role in Upholding Core Labor Standards », *North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation*, vol. 37, 2012, p. 665.

⁹⁷ Bien évidemment, l'OIT cherche à protéger toutes les personnes travaillant, même dans des conditions illégales ou « informelles » (cf. par exemple la Recommandation 204 sur la transition de l'économie informelle vers l'économie formelle).

⁹⁸ ADALBERTO PERULLI, « Travail économiquement dépendant/para-subordination : les aspects juridiques, sociaux et économiques », Etude pour la Commission européenne, 2003, disponible sur le site internet < metiseurope.eu >.

⁹⁹ STEFAN NERINCKX, « The Uberization of the labour market : Some thoughts from an employment law perspective on the collaborative economy », *ERA Forum*, juin 2016, 17 (2), pp. 245-265.

d'application des directives pouvait varier entre les Etats membres en fonction du sens qu'ils donnent aux notions de « salarié », de « relation de travail » et de « contrat de travail »¹⁰⁰, avec pour « risque d'exclure un nombre croissant de travailleurs occupant des formes d'emploi atypiques, comme les travailleurs domestiques, les travailleurs à la demande, les travailleurs intermittents, les travailleurs effectuant un travail basé sur des "chèques" et les travailleurs des plateformes »¹⁰¹. C'est le principe même de libre circulation des travailleurs qui risquait d'être menacé si une interprétation variant selon les droits nationaux était adoptée¹⁰².

Une proposition de directive relative à des conditions de travail transparentes et prévisibles dans l'Union européenne, adoptée le 21 décembre 2017, prévoit l'inscription dans le droit communautaire d'une définition du « travailleur » : « une personne physique qui accomplit, pendant un certain temps, en faveur d'une autre personne et sous la direction de celle-ci, des prestations en contrepartie d'une rémunération » (art. 2)¹⁰³.

Les critères retenus dans le cadre de ce projet se fondent sur la jurisprudence de la Cour de justice, telle qu'elle a été développée depuis l'affaire *Lawrie-Blum*¹⁰⁴ (« la caractéristique essentielle de la relation de travail est la circonstance qu'une personne accomplit, pendant un certain temps, en faveur d'une autre et sous la direction de celle-ci, des prestations en contrepartie desquelles elle touche une rémunération »¹⁰⁵), et rappelée récemment dans l'affaire *Ruhrlandklinik*¹⁰⁶ (« la caractéristique essentielle d'une relation de travail est la circonstance qu'une personne accomplit, pendant un certain temps, en faveur d'une autre et sous la direction de celle-ci, des prestations en contrepartie desquelles elle perçoit une rémunération, la qualification juridique en droit national et la forme de cette relation, de même que la nature du lien juridique qui lie ces deux personnes, n'étant, à cet égard, pas déterminantes »¹⁰⁷)¹⁰⁸.

¹⁰⁰ Commission Staff Working Document, « REFIT Evaluation of the "Written Statement Directive" (Directive 91/533/CEE) », 26 avril 2017, SWD (2017) 205 final, disponible sur le site < ec.europa.eu >.

¹⁰¹ Document COM (2017) 797 final, disponible sur le site < eur-lex.europa.eu >.

¹⁰² CJCE, 3 juillet 1986, C-66/85, N 16 : « En tant qu'elle définit le champ d'application de cette liberté fondamentale, la notion communautaire de travailleur doit être interprétée de façon extensive. »

¹⁰³ Document COM (2017) 797 final, disponible sur le site < eur-lex.europa.eu >.

¹⁰⁴ CJCE, 3 juillet 1986, C-66/85.

¹⁰⁵ Cons. 17.

¹⁰⁶ CJUE, 17 novembre 2016, C-216/15.

¹⁰⁷ Cons. 27.

¹⁰⁸ Pour un panorama plus complet de la jurisprudence communautaire en la matière, cf. aussi CJCE, 23 mars 1982, *Levin*, C-53/81 ; CJCE, 14 décembre 1989, *Agegate*, C-3/87 ; CJCE, 26 septembre 1992, *Raulin*, C-357/89 ; CJCE, 16 septembre 1999, *Becu e.a.*, C-22/98 ; CJCE, 7 septembre 2004, *Trojani*, C-456/02 ; CJUE, 4 février 2010, *Genc*, C-14/09 ; CJUE, 14 octobre 2010, *Union syndicale solidaire Isère*, C-428/09 ; CJUE, 11 novembre 2010, *Danosa*, C-232/09 ; CJUE, 7 avril 2011, *May*, C-519/09 ;

Il est intéressant de relever que la doctrine européenne pousse à l'élargissement des critères actuellement retenus par la Cour de justice, afin que soit prise en considération de manière plus nette la dépendance économique¹⁰⁹.

Ce sont des constructions systématiques et unificatrices de ce genre qui peuvent seules apporter une réponse juridique un tant soit peu efficace face à la mobilité extraordinaire offerte par la technologie numérique.

Conclusion

S'il n'y avait qu'une seule chose à retenir de ces réflexions, c'est qu'il n'existe aucune fatalité quant à la façon dont nous vivons les changements technologiques. Il nous appartient de décider la place que nous entendons donner aux différents acteurs du numérique, et la place que nous entendons accorder au numérique dans nos vies professionnelles et personnelles.

Entendons-nous bien : ce n'est pas forcément contre l'évolution technologique elle-même qu'il s'agit de s'élever. Mais il faut être conscients qu'une bataille idéologique se mène parallèlement à l'introduction des technologies, notamment d'un point de vue politique. En particulier, ce sont les cadres de l'Etat et de la démocratie qui sont attaqués par certains de nouveaux acteurs¹¹⁰. Il en va dès lors de la responsabilité de chacun individuellement et de tous en commun d'accepter les idéologies que certains cherchent à imposer, ou de leur opposer une autre conception de l'humain.

CJUE, 10 septembre 2014, *Haralambidis*, C-270/13 ; CJUE, 4 décembre 2014, *FNV Kunsten Informatie en Media*, C-413/13 ; CJUE, 9 juillet 2015, *Balkaya*, C-229/14.

¹⁰⁹ MARTIN RISAK/THOMAS DULLINGER, « The concept of "worker" in EU law – Status quo and Potential for Change », *European Trade Union Institute*, Report 140.

¹¹⁰ Cf. JEAN-FABIEN SPITZ, « Le capitalisme démocratique. La fin d'une exception historique ? », *La vie des idées*, 10 juillet 2018. Cf. également, pour davantage de précisions, AURÉLIEN WITZIG, « Le droit de propriété a-t-il un avenir ? », *SJ* 2018 II 103.