

Le contrat de travail international : règles de droit international privé et plateformes numériques

Sommaire	Page
I. La notion de contrat de travail international	194
II. Les règles de droit international privé applicables au contrat de travail	197
A. La compétence des tribunaux suisses	197
1. L'application de la Convention de Lugano	198
a) Le domicile du défendeur dans un Etat lié par la Convention de Lugano	198
b) Les fors à disposition du travailleur	200
c) Les fors à disposition de l'employeur	205
d) La prorogation de compétence	206
e) Les règles spéciales en matière de compétence	211
2. L'application de la LDIP	213
a) Les fors à disposition du travailleur	213
b) Les fors à disposition de l'employeur	214
c) La prorogation de compétence	215
d) Les fors en cas de travailleur détaché en Suisse	217
B. Le droit applicable	218
1. Le droit applicable en l'absence d'élection de droit	219
2. L'élection de droit	221
C. La reconnaissance et l'exequatur des décisions étrangères	223
1. L'application de la Convention de Lugano	223
2. L'application de la LDIP	225
III. Le contrat de travail international dans l'environnement des plateformes numériques	226
A. La notion de plateforme numérique de travail	226
1. L'activité d'intermédiation des plateformes numériques de travail	226
a) La <i>gig economy</i>	227
b) La relation tripartite entre plateforme, client et prestataire	228
2. Les modèles de plateformes numériques de travail	229
a) Les plateformes offrant des prestations entièrement en ligne	230
b) Les plateformes offrant des prestations dans le monde réel	230
B. L'existence d'un contrat de travail entre la plateforme et le prestataire	231
1. La qualification de la relation entre la plateforme et le prestataire	231
a) La qualification <i>lege fori</i>	232
b) L'importance de la qualification pour les règles de conflit	232

2. La requalification de l'activité du prestataire en contrat de travail	234
a) La situation au niveau international	234
b) La situation en Suisse	236
c) La nécessité de procéder à une analyse fonctionnelle, opérationnelle et structurelle de la plateforme considérée	237
C. L'application des règles de conflit régissant le contrat de travail à la relation entre la plateforme et le prestataire	238
1. La localisation au moyen des règles de conflit traditionnelles	239
a) La localisation de la prestation effectuée dans le monde réel	239
b) La localisation de la prestation effectuée entièrement en ligne	240
2. L'autonomie des parties	243
a) La validité d'une élection de for et d'une élection de droit	243
b) La validité d'une clause d'arbitrage	244
IV. L'adoption de nouvelles règles de droit international privé pour les travailleurs du numérique	248
A. Plateformes numériques de travail, prévisibilité, sécurité et protection : la quadrature du cercle ?	249
B. Les plateformes numériques et la tentation de l'indépendance	251
C. Vers une réinitialisation des règles de droit international privé pour les travailleurs du numérique	253
Bibliographie	255

I. La notion de contrat de travail international

Les relations de travail font l'objet de règles spéciales en droit international privé. Ces règles visent à apporter une protection au travailleur en raison du fait qu'il est considéré comme une partie au contrat qui est économiquement plus faible et juridiquement moins expérimentée. Ces règles de conflit protectrices poursuivent avant tout un intérêt public, dès lors qu'elles cherchent à atteindre, fondamentalement, un objectif de droit matériel qui va au-delà de la simple détermination de la compétence, du droit applicable et de la reconnaissance des décisions étrangères.

Les règles de droit international privé s'appliquent à condition que le contrat de travail soit international. L'élément d'extranéité se manifeste, par exemple, lorsque les parties au contrat de travail sont domiciliées dans des Etats différents ou lorsque le lieu habituel de travail se trouve à l'étranger. La compétence des tribunaux suisses est alors déterminée par la Convention de Lugano (CL)¹ ou la Loi sur le droit international privé (LDIP)², cette loi

¹ Convention concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale du 30 octobre 2007 (Convention de Lugano ; RS 0.275.12).

² Loi fédérale sur le droit international privé du 18 décembre 1987 (LDIP ; RS 291).

s'appliquant également pour déterminer le droit applicable au contrat de travail. Lorsqu'il s'agit de reconnaître et d'exécuter en Suisse une décision étrangère, les règles de la LDIP s'appliquent si la décision ne provient pas d'un autre Etat lié par la Convention de Lugano, auquel cas cette convention détermine les conditions et la procédure de reconnaissance. Il n'y a pas d'autre convention internationale régissant les aspects de droit international privé du contrat de travail.

Les parties à un contrat de travail international peuvent, dans une certaine mesure, convenir de soumettre leurs différends à un tribunal étranger, d'une part, et leurs relations juridiques à un droit étranger, d'autre part. Elles peuvent également déroger à la compétence des tribunaux étatiques en choisissant la voie de l'arbitrage. En revanche, lorsque le contrat de travail n'est pas international, les parties ne peuvent pas s'entendre pour fixer un for à l'étranger, ni pour soumettre leurs relations juridiques à un droit étranger. Dans ce cas, le droit matériel suisse s'applique impérativement et la compétence des tribunaux suisses est régie par le Code de procédure civile (CPC)³. Si l'arbitrage n'est pas totalement exclu en relation avec un contrat de travail dépourvu d'élément d'extranéité, la possibilité d'y recourir est fortement limitée en pratique.

En l'absence d'une définition propre au droit international privé, la notion de contrat de travail international est définie en application des concepts retenus en droit matériel. En droit suisse, le contrat de travail est « un contrat bilatéral parfait (synallagmatique) dont l'existence dépend de la réalisation de quatre conditions cumulatives, à savoir : une prestation de travail, un élément de durée, un rapport de subordination et un salaire (cf. art. 319 al. 1 CO). Le contrat de travail est conclu entre un travailleur et un employeur déterminés ; alors que le travailleur doit nécessairement être une personne physique (cf. art. 321 CO), l'employeur peut être une personne physique ou une personne morale. »⁴. Les autorités suisses se réfèrent à ces quatre critères pour déterminer si la question juridique qui leur est soumise relève du contrat de travail. Dans l'affirmative, elles appliquent les règles de droit international privé spéciales régissant cette matière et non pas les règles communes régissant les contrats.

La notion de contrat de travail n'est pas non plus définie dans la Convention de Lugano. Lorsque le juge suisse applique cette convention, il doit interpréter cette notion d'une manière autonome⁵. La Convention de Lugano retient en effet une notion de contrat de

³ Code de procédure civile du 19 décembre 2008 (CPC ; RS 272).

⁴ DUNAND, N 8 *ad* art. 319 CO, p. 4. Voir aussi AUBERT, N 1 *ad* art. 319 CO, p. 1966 ; WYLER/HEINZER, p. 19 ss.

⁵ CJUE, 19 juillet 2012, *Ahmed Mahamdia c/République algérienne démocratique et populaire*, C-154/11, c. 42 ; CJUE, 10 septembre 2015, *Holterman Fehro Exploitatie BV et al. c/Friedrich Leopold Freiherr Spies von Büllersheim*, C-47/14, c. 37.

travail qui lui est propre, de manière à ce qu'elle soit interprétée de façon identique dans tous les Etats contractants, indépendamment des concepts existant dans les différents droits internes. Le juge suisse se réfère, pour cette raison, à la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne – qui est à ce titre déterminante⁶ – rendue en relation avec la notion de contrat de travail de la Convention de Lugano ou du Règlement Bruxelles I^{bis}⁷. La Cour de justice a précisé que les contrats de travail « créent un lien durable qui insère le travailleur dans le cadre d'une certaine organisation des affaires de l'entreprise ou de l'employeur »⁸. La relation de travail se caractérise par le fait qu'elle suppose un lien de subordination du travailleur à l'égard de l'employeur : « 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 perçoit une rémunération »⁹. L'existence d'un lien de subordination doit être appréciée, dans chaque cas particulier, en fonction de tous les éléments et de toutes les circonstances définissant les relations entre les parties¹⁰.

Il ressort de la jurisprudence de la Cour de justice que la notion de contrat de travail de la Convention de Lugano correspond à celle du droit suisse. La qualification étant uniforme en droit international privé, les règles de la Convention de Lugano et de la LDIP s'appliquent dans les mêmes situations. Mais il n'en demeure pas moins que le contrat de travail international est particulièrement difficile à appréhender en pratique dans cet enchevêtrement de règles issues de la LDIP et de la Convention de Lugano. Il n'est en effet pas toujours facile de trouver son chemin dans les dédales du droit international privé.

La présente contribution offre l'occasion de rappeler les règles de droit international privé appliquées par les tribunaux suisses (II.) pour déterminer leur compétence (II.A.) ainsi que le droit applicable au contrat de travail (II.B.). La question de la reconnaissance et de l'exequatur de décisions étrangères en Suisse sera également brièvement évoquée au vu de son importance pratique (II.C.). Cette première partie mettra en exergue la principale fonction des règles de conflit, qui est de rattacher le contrat de travail à l'ordre juridique avec lequel il présente les liens les plus étroits, en procédant à une localisation physique de la relation juridique. Cette fonction localisatrice du droit international privé est considérablement chahutée dans l'environnement numérique, comme nous le verrons dans une deuxième partie consacrée aux plateformes numériques de travail (III.). Après avoir

⁶ Voir GUILLAUME, Droit international privé, N 26, pp. 47-49.

⁷ Règlement (UE) n° 1215/2012 du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2012 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (Règlement Bruxelles I^{bis} ; JOUE n° L 351 du 20 décembre 2012, p. 1 ss). Le Règlement Bruxelles I^{bis} est appliqué par tous les Etats membres de l'Union européenne, y compris le Danemark.

⁸ CJCE, 15 janvier 1987, *H. Shenavai c/K. Kreischer*, aff. 266/85, Rec. 1987 239, c. 16.

⁹ CJUE, *Fehro* (note 5), c. 39-41.

¹⁰ CJUE, *Fehro* (note 5), c. 46.

défini brièvement le contexte de référence (**III.A.**), nous examinerons la question de la qualification de la relation entre les plateformes et leurs prestataires de services en étudiant la possibilité de retenir l'existence d'un contrat de travail (**III.B.**). Nous analyserons ensuite l'application des règles de conflit régissant le contrat de travail à la relation entre les plateformes et leurs prestataires de services, ce qui fera ressortir la difficulté à localiser les relations juridiques créées par l'intermédiaire des plateformes (**III.C.**). La troisième partie est consacrée aux enjeux de l'application des règles de droit international privé régissant le contrat de travail international, conçues pour protéger le travailleur, dans l'environnement des plateformes numériques de travail (**IV.**). Les difficultés auxquelles sont confrontées les plateformes seront mises en lumière (**IV.A.**), afin d'expliquer leur tendance à essayer de s'affranchir des règles protectrices des travailleurs (**IV.B.**). Nous concluons cette étude sur quelques propositions d'amélioration des règles de droit international privé applicables aux travailleurs du numérique (**IV.C.**).

II. Les règles de droit international privé applicables au contrat de travail

Lorsqu'une relation de travail s'inscrit dans un contexte international, les règles de droit international privé permettent de déterminer la compétence des tribunaux suisses (**A.**) et la loi applicable aux droits et obligations des parties découlant du contrat (**B.**). Si une décision a été rendue à l'étranger, pour une prétention relevant d'un contrat de travail, cette décision aura également des effets juridiques en Suisse si elle remplit les conditions de reconnaissance prescrites par le droit international privé suisse (**C.**).

A. La compétence des tribunaux suisses

La volonté du législateur de protéger le travailleur se trouvant dans une relation de travail internationale se ressent particulièrement dans la définition de la compétence des tribunaux suisses en cas de litige. L'adoption de règles de compétence internationale protectrices est une caractéristique du droit international privé européen qui a été reprise depuis longtemps dans le droit international privé suisse¹¹. La protection se manifeste essentiellement par un

¹¹ La Convention de Lugano contient une section spéciale consacrée au contrat de travail, sur le modèle suivi dans le Règlement (CE) n° 44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (Règlement Bruxelles I ; JOCE n° L 12 du 16 janvier 2001, p. 1 ss). En revanche, une telle section n'existait pas dans la Convention de Lugano de 1988 ni dans la Convention de Bruxelles, car il était initialement

accès facilité à la justice pour le travailleur, une limitation des fors à disposition lorsque l'action est dirigée contre le travailleur et une restriction de la liberté des parties de choisir les tribunaux compétents en cas de litige.

La Convention de Lugano joue un rôle important dans la délimitation de la compétence des tribunaux suisses en cas de litige portant sur les droits et les obligations découlant d'un contrat de travail international (1.). Les tribunaux suisses ne peuvent en effet fonder leur compétence sur la LDIP que si cette convention n'est pas applicable (2.).

1. L'application de la Convention de Lugano

La Convention de Lugano prévoit un régime spécial pour le contrat de travail. La section 5 du Titre 2 (art. 18 à 21 CL) détermine la compétence des tribunaux des Etats liés par la Convention de Lugano¹² lorsque le litige concerne un contrat de travail. Les tribunaux suisses doivent appliquer ces règles de compétence si le défendeur est domicilié dans un Etat lié par la Convention de Lugano (art. 3 par. 1 CL) (a). Les fors à disposition du travailleur (b) ne sont pas les mêmes que ceux prévus lorsque l'employeur est demandeur à l'action en justice (c). Les parties au contrat de travail peuvent cependant fixer conventionnellement le for en respectant certaines conditions (d). Il y a en outre quelques règles spéciales qu'il convient de prendre en considération (e). Si le domicile du défendeur se trouve hors de l'espace Lugano, la compétence des tribunaux suisses ne peut être fondée que sur les règles de compétence de la LDIP¹³.

a) Le domicile du défendeur dans un Etat lié par la Convention de Lugano

La présence du domicile du défendeur dans un Etat lié par la Convention de Lugano est un élément essentiel pour que les règles de compétence prescrites par cette convention puissent s'appliquer. Ce principe ne pose aucune difficulté si l'employeur et le travailleur ont tous deux leur domicile dans un Etat contractant. En revanche, lorsque seule l'une des parties au contrat de travail a son domicile dans un Etat lié par la Convention de Lugano, l'application des règles de compétence conventionnelles dépendra du rôle des parties dans la procédure.

prévu de réglementer le contrat de travail international dans un instrument distinct. La Convention de Bruxelles et la Convention de Lugano de 1988 prévoyaient néanmoins une compétence spéciale pour les contrats de travail à leur art. 5 ch. 1 et une règle spéciale pour l'élection de for à leur art. 17 par. 5.

¹² Les Etats suivants sont liés par la Convention de Lugano : la Suisse, l'Union européenne (à savoir tous les Etats membres de l'Union européenne, y compris le Danemark), l'Islande et la Norvège. Voir GUILLAUME, *Droit international privé*, N 26, pp. 44-49.

¹³ Voir *infra* II.A.2.

Lorsque les tribunaux suisses examinent la question de savoir si le défendeur est domicilié en Suisse, ils doivent déterminer si la personne « réside avec l'intention de s'y établir » en Suisse (art. 59 par. 1 CL ; art. 20 al. 1 lit. a LDIP). Lorsque le domicile du défendeur ne se trouve pas en Suisse, mais vraisemblablement dans un autre Etat lié par la Convention de Lugano, c'est au regard de la notion de domicile retenue dans cet Etat que les tribunaux suisses devront déterminer si la personne a effectivement son domicile dans cet Etat (art. 59 par. 2 CL)¹⁴. Toutefois, le domicile d'une société se trouve dans l'Etat dans lequel est situé son siège statutaire, son administration centrale ou son principal établissement (art. 60 par. 1 CL). Il suffit que l'un de ces éléments soit situé dans un Etat lié par la Convention de Lugano pour qu'une société soit considérée comme ayant un domicile dans cet Etat. Il s'agit d'une notion autonome de domicile des sociétés, propre à la Convention de Lugano, qui s'impose à tous les Etats contractants¹⁵.

Lorsque l'action en justice est dirigée contre un employeur qui est une société, la Convention de Lugano s'applique si le siège statutaire, l'administration centrale ou le principal établissement de l'employeur se trouve dans un Etat contractant. Si aucun de ces éléments ne se trouve dans un Etat contractant, la Convention de Lugano ne s'applique en principe pas. Toutefois, dans ce cas, si l'employeur possède une succursale, une agence ou tout autre établissement dans un Etat contractant, il est considéré comme ayant son domicile dans cet Etat pour les contestations relatives à leur exploitation (art. 18 par. 2 CL). La notion de succursale, d'agence ou de tout autre établissement « suppose l'existence d'un centre d'opérations qui se manifeste d'une façon durable vers l'extérieur, comme le prolongement d'une maison mère »¹⁶. La personnalité juridique n'est pas nécessairement requise : il peut s'agir d'une filiale, d'une succursale ou de toute autre unité stable faisant partie de la structure de l'entreprise qui a embauché le travailleur¹⁷. Cela signifie que la Convention de Lugano s'applique pour déterminer le for d'une action d'un travailleur contre la société qui l'emploie dont le siège se trouve, par exemple, au Japon mais qui a une succursale en Suisse si la prétention du travailleur est en lien avec l'exploitation de cette succursale.

Les règles de compétence de la Convention de Lugano s'appliquent impérativement lorsque le domicile du défendeur, au sens qui vient d'être défini, se trouve dans un Etat contractant (art. 3 par. 1 CL). Les tribunaux suisses ne peuvent pas, dans ce cas, se référer

¹⁴ La notion de domicile d'une personne physique n'est pas définie dans la Convention de Lugano qui renvoie, à ce sujet, aux règles de droit international privé du for (art. 59 par. 1 CL), respectivement de l'Etat étranger dans lequel se trouve le domicile (art. 59 par. 2 CL).

¹⁵ L'art. 21 LDIP n'est pas applicable dans le champ d'application de la Convention de Lugano. Voir GUILLAUME, Droit international privé, N 46, p. 94 s.

¹⁶ CJUE, *Mahamdia* (note 5), c. 48-57 (cet arrêt admet qu'une ambassade peut être un établissement au sens de l'art. 18 par. 2 CL), et réf. citées.

¹⁷ CJUE, 15 décembre 2011, *Jan Voogsgeerd c/Navimer SA*, C-384/10, Rec. 2011 I 13275, c. 54 s.

aux règles de conflit de juridictions figurant dans la LDIP (art. 1 al. 2 LDIP). Les règles de la LDIP ne sont donc susceptibles de s'appliquer, pour déterminer la compétence internationale des tribunaux suisses, que si le défendeur n'a pas son domicile dans un Etat lié par la Convention de Lugano (art. 4 par. 1 CL).

Les dispositions figurant dans la Section 5 du Titre 2 de la Convention de Lugano sont des règles spéciales qui dérogent aux règles générales de compétence prévues dans cette convention (art. 18 par. 1 CL). En particulier, l'art. 2 par. 1 CL et l'art. 5 ch. 1 CL ne s'appliquent pas en matière de contrats de travail. Ces règles spéciales sont exhaustives dans le sens qu'il n'est pas possible d'y déroger¹⁸. Elles ont pour objectif de protéger le travailleur en prescrivant un régime de compétence favorable à ses intérêts¹⁹.

b) Les fors à disposition du travailleur

Une prétention du travailleur contre son employeur doit être portée en justice devant les tribunaux désignés à l'art. 19 CL lorsque le domicile de l'employeur se trouve dans un Etat lié par la Convention de Lugano²⁰. L'art. 19 CL s'applique sans égard au domicile du travailleur. Il n'est donc pas nécessaire que celui-ci soit également domicilié dans un Etat lié par la Convention de Lugano. Le seul élément déterminant, pour l'application de cette disposition, est la présence du domicile de l'employeur dans un Etat lié par la Convention de Lugano. Si cette condition est remplie, l'art. 19 CL offre au travailleur trois fors à choix.

Premièrement, le travailleur peut introduire son action en justice devant les tribunaux de l'Etat où l'employeur a son domicile (art. 19 ch. 1 CL). Ce for correspond à la règle générale de compétence au domicile du défendeur consacrée dans la Convention de Lugano. Mais, en tant que règle spéciale, l'art. 19 ch. 1 CL déroge à l'art. 2 par. 1 CL qui ne s'applique pas en matière de contrats de travail.

L'art. 19 ch. 1 CL se contente de désigner un for dans l'Etat du domicile de l'employeur. Pour déterminer plus précisément où agir dans cet Etat, il convient de se référer aux règles de droit international privé de cet Etat²¹. Si l'employeur a, par exemple, son domicile en

¹⁸ CJCE, 22 mai 2008, *Glaxosmithkline c/Jean-Pierre Rouard*, C-462/06, Rec. 2008 I 3965, c. 18 ; CJUE, *Fehro* (note 5), c. 44.

¹⁹ CJCE, 26 mai 1982, *Roger Ivenel c/Helmut Schwab*, aff. 133/81, Rec. 1982 1891, c. 12-16 ; CJCE, *Glaxosmithkline* (note 18), c. 17 ; CJUE, *Mahamdia* (note 5), c. 44 ; CJUE, *Fehro* (note 5), c. 43 ; CJUE, 14 septembre 2017, *Sandra Nogueira et al. c/Crewlink Ireland Ltd*, d'une part, et *Miguel José Moreno Osacar c/Ryanair Designated Activity Company*, d'autre part, C-168/16 et C-169/16 (affaires jointes), c. 49 ; CJUE, 21 juin 2018, *Petronas Lubricants Italy SpA c/Livio Guida*, C-1/17, c. 23.

²⁰ Voir *supra* II.A.1.a. A défaut de domicile de l'employeur dans un Etat lié par la Convention de Lugano, les règles de la LDIP s'appliquent. Voir *infra* II.A.2.a.

²¹ Sur la portée internationale de cette règle conventionnelle, voir GUILLAUME, Droit international privé, N 32, pp. 64-66.

Suisse, l'existence d'un for en Suisse découle de l'art. 19 ch. 1 CL, mais il faut se référer encore à l'art. 115 LDIP pour déterminer le ou les cantons où l'action peut être introduite en justice²². Les règles de compétence du CPC ne sont pas applicables.

Lorsque l'employeur a un domicile – au sens de la Convention de Lugano – dans plusieurs Etats contractants²³, le travailleur peut agir dans l'Etat de domicile de son choix. Si une action est introduite en justice dans plusieurs Etats différents, dont la Suisse, la règle sur la litispendance déterminera la priorité entre les juridictions (art. 27 CL).

Dans l'hypothèse où l'employeur n'a pas de domicile dans un Etat lié par la Convention de Lugano, mais possède une succursale, une agence ou tout autre établissement dans un Etat contractant, le travailleur peut agir dans cet Etat si sa prétention est en lien avec l'exploitation de cet établissement (art. 19 ch. 1 CL et art. 18 par. 2 CL). Le travailleur peut donc agir en Suisse, au lieu de l'établissement qui l'a embauché, quand bien même le domicile de l'employeur ne se trouve pas dans un Etat lié par la Convention de Lugano. Peu importe que l'établissement en question n'ait pas la personnalité juridique : l'action sera dirigée, le cas échéant, contre la société mère.

Deuxièmement, lorsque l'employeur a son domicile dans un Etat lié par la Convention de Lugano, le travailleur peut également introduire son action en justice devant les tribunaux d'un autre Etat contractant que celui du domicile de l'employeur en agissant au lieu où il accomplit habituellement son travail, respectivement au dernier lieu²⁴ où il a accompli habituellement son travail (art. 19 ch. 2 lit. a CL). Par exemple, si une personne domiciliée en Turquie travaille en France pour une société dont le siège se trouve en Suisse, elle a le choix d'agir en Suisse (art. 19 ch. 1 CL) ou en France (art. 19 ch. 2 lit. a CL).

Les tribunaux du lieu habituel de travail semblent être les plus aptes à trancher les litiges découlant des contrats de travail, dès lors que ces derniers présentent « certaines particularités en ce qu'ils créent un lien durable qui insère le travailleur dans le cadre d'une certaine organisation des affaires de l'entreprise ou de l'employeur et en ce qu'ils se localisent au lieu de l'exercice des activités, lequel détermine l'application de dispositions de droit impératif et de conventions collectives »²⁵. Le lieu habituel de travail correspond d'ailleurs au lieu où la prestation caractéristique du contrat de travail doit être effectuée²⁶.

²² Voir *infra* II.A.2.a.

²³ Sur la notion de domicile d'une société, au sens de l'art. 60 par. 1 CL, voir *supra* II.A.1.a.

²⁴ Le dernier lieu habituel de travail est utile notamment lorsque le litige naît après la cessation des activités du travailleur.

²⁵ CJCE, *Shenavai* (note 8), c. 16.

²⁶ CJCE, *Ivenel* (note 19), c. 20 ; CJCE, *Shenavai* (note 8), c. 11 ; CJCE, 15 février 1989, *Six Constructions Ltd c/Paul Humbert*, aff. 32/88, Rec. 1989 341, c. 15.

Le for au lieu habituel de travail trouve ainsi sa justification dans l'existence d'un lien étroit entre le contrat de travail et les tribunaux se trouvant à cet endroit.

S'il n'y a (ou n'y avait) pas de lieu habituel de travail, il est possible d'agir en justice au lieu où se trouve l'établissement qui a embauché le travailleur (art. 19 ch. 2 lit. b CL).

Les fors de l'art. 19 ch. 2 CL ne sont bien entendu ouverts que s'ils se trouvent dans un Etat lié par la Convention de Lugano. Par exemple, le travailleur peut agir en Italie contre son employeur domicilié en Suisse s'il accomplit habituellement son travail en Italie. En revanche, si le lieu habituel de travail se trouve au Maroc, le for de l'art. 19 ch. 2 lit. a CL ne peut pas intervenir et l'action doit être intentée au for du domicile de l'employeur en Suisse (art. 19 ch. 1 CL)²⁷. Toujours dans le même exemple, s'il n'est pas possible de déterminer un lieu habituel de travail et que l'établissement qui a embauché le travailleur se trouve en Allemagne, il y a un for dans ce pays (art. 19 ch. 2 lit. b CL) qui est alternatif au for en Suisse (art. 19 ch. 1 CL).

Les règles de compétence de l'art. 19 ch. 2 CL sont suffisamment précises pour qu'il ne soit pas nécessaire de recourir aux règles de droit international privé du for pour déterminer où agir dans cet Etat. L'action peut ainsi être portée devant les tribunaux du canton où le travailleur accomplit habituellement son travail, respectivement où se trouve l'établissement qui a embauché le travailleur, en invoquant uniquement l'art. 19 ch. 2 CL.

La notion de « lieu habituel de travail » doit être interprétée de façon autonome de manière à assurer l'application uniforme de la Convention de Lugano. La Cour de justice a eu l'occasion d'examiner le cas particulier des groupes de sociétés dans une affaire où un travailleur domicilié en Italie a été engagé temporairement par une société allemande pour travailler en Allemagne en attendant de commencer son travail en Italie pour la société mère italienne. Dans le cadre d'une action en justice du travailleur contre la société mère, la question s'est posée de savoir s'il était possible de considérer que le lieu habituel de travail se trouvait en Allemagne. La Cour de justice a jugé que « le lieu où le salarié s'acquitte de ses obligations vis-à-vis d'un second employeur peut être considéré comme le lieu où il accomplit habituellement son travail, dès lors que le premier employeur, à l'égard duquel les obligations du salarié sont suspendues, a lui-même, au moment de la conclusion du second contrat, un intérêt à l'exécution de la prestation à fournir par le salarié au second employeur dans un lieu décidé par ce dernier. L'existence d'un tel intérêt doit être appréciée de manière globale, en prenant en considération l'ensemble des circonstances de l'espèce »²⁸.

Lorsque le travailleur accomplit régulièrement son travail dans plusieurs pays, la question se pose de savoir s'il est possible de déterminer un lieu habituel de travail. La Cour de

²⁷ Voir CJCE, *Six Constructions* (note 26), c. 22.

²⁸ CJCE, 10 avril 2003, *Giulia Pugliese c/Finmeccanica SpA*, C-437/00, Rec. 2003 I 3573, c. 26.

justice a répondu par l'affirmative en précisant que ce critère doit être interprété de façon large comme se référant au lieu où le travailleur s'acquitte principalement de ses obligations à l'égard de son employeur, ce qui correspond au centre effectif de ses activités professionnelles²⁹. Si les obligations résultant du contrat de travail sont effectuées par le travailleur dans plusieurs Etats, le for est ainsi « à l'endroit, où ou à partir duquel, compte tenu de toutes les circonstances du cas d'espèce, il s'acquitte en fait de l'essentiel de ses obligations à l'égard de son employeur »³⁰. Dans l'hypothèse où le travailleur a exercé les mêmes activités dans plusieurs Etats, de sorte qu'il n'est pas possible d'identifier un lieu où ou à partir duquel il s'est acquitté de l'essentiel de ses activités professionnelles, il faut en principe tenir compte de toute la durée de la relation de travail pour fixer le lieu habituel de travail à l'endroit où le travailleur a accompli la plus grande partie de son temps de travail³¹. Ce n'est que dans l'hypothèse où il n'est absolument pas possible de déterminer le centre de gravité de l'activité de l'employé que le for au lieu habituel de travail (art. 19 ch. 2 lit. a CL) doit être écarté au profit du for au lieu où se trouve l'établissement qui a embauché le travailleur (art. 19 ch. 2 lit. b CL).

Pour illustrer cette règle, prenons le cas où une personne domiciliée en Suisse est engagée par une société dont le siège se trouve au Portugal en qualité de directeur marketing. Le travailleur installe son bureau à son domicile et se consacre au placement des produits de la société dans plusieurs pays européens dans lesquels il effectue de fréquents déplacements. A la suite de la rupture du contrat de travail, le travailleur souhaite faire valoir des prétentions salariales contre son ex-employeur. Dès lors que la prestation de travail était effectuée de façon régulière dans plusieurs pays, il convient de rechercher le centre effectif des activités professionnelles. Au vu de la jurisprudence de la Cour de justice, on peut admettre que le lieu habituel de travail se trouvait au domicile du travailleur, puisque c'était à partir de son « bureau » à son domicile que le travailleur organisait ses activités et accomplissait ses tâches administratives. Le for du lieu habituel

²⁹ CJCE, 13 juillet 1993, *Mulox IBC Ltd c/Hendrick Geels*, C-125/92, Rec. 1993 I 4075, c. 26 ; CJCE, 9 janvier 1997, *Petrus Wilhelmus Rutten c/Cross Medical Ltd*, C-383/95, Rec. 1997 I 57, c. 27. Dans ces deux arrêts, le rattachement a été préconisé au lieu où se trouvait le bureau du travailleur, à partir duquel il organisait ses activités pour le compte de son employeur et où il revenait après chaque déplacement professionnel. Voir aussi CJUE, *Nogueira et Moreno* (note 19), c. 57, où la Cour de justice a précisé que l'art. 19 ch. 2 lit. a CL doit être interprété de façon large.

³⁰ CJCE, 27 février 2002, *Herbert Weber c/Universal Ogden Services Ltd*, C-37/00, Rec. 2002 I 2013, c. 58. Le centre de gravité de l'activité du travailleur doit être déterminé concrètement par la juridiction saisie en se référant à un faisceau d'indices, tels que l'Etat à partir duquel le travailleur effectue ses missions, celui où il rentre après ses missions, celui où il reçoit les instructions sur ses missions et organise son travail, ainsi que le lieu où se trouvent ses outils de travail. CJUE, *Nogueira et Moreno* (note 19), c. 58 à 63 (cet arrêt retient, parmi les indices pertinents pour un contrat conclu avec une compagnie aérienne, la base d'affectation du travailleur).

³¹ CJCE, *Weber* (note 30), c. 58.

de travail est donc en Suisse (art. 19 ch. 2 lit. a CL) et correspond, dans cet exemple, au for du domicile du travailleur. Celui-ci a dès lors la possibilité d'agir en Suisse ou au Portugal, puisque l'employeur y a son domicile (art. 19 ch. 1 CL).

Cet exemple illustre bien le fait que l'art. 19 ch. 2 CL répond au besoin de protection du travailleur en lui facilitant l'accès aux tribunaux qui lui sont proches. L'objectif visé est d'éviter de décourager le travailleur d'agir en justice en l'obligeant à porter ses prétentions devant les juridictions de l'Etat du domicile de son employeur³². Il s'agit d'une dérogation importante au principe général de la Convention de Lugano selon lequel le for se trouve au domicile du défendeur. Mais le travailleur ne bénéficie de ce for spécialement conçu pour sa protection que si l'employeur a son domicile dans un autre Etat lié par la Convention de Lugano.

Le droit international privé européen renforce encore la protection du travailleur en prévoyant que la compétence au lieu habituel de travail existe également lorsque l'employeur n'est pas domicilié sur le territoire d'un Etat membre de l'Union européenne (art. 21 par. 2 du Règlement Bruxelles I^{bis}). Le travailleur, dont le lieu habituel de travail au sens de l'art. 21 par. 1 lit. b du Règlement Bruxelles I^{bis} se trouve dans un Etat membre de l'Union européenne, peut donc toujours agir à cet endroit, même si son employeur n'est pas domicilié dans un Etat membre. Par exemple, lorsqu'un travailleur employé par une société américaine accomplit habituellement son travail en France, il peut agir devant les tribunaux de ce pays. S'il n'est pas possible de déterminer le centre de gravité de l'activité d'un employé qui a été embauché par l'établissement d'une société américaine se trouvant dans un Etat membre, le travailleur a un for au lieu où se trouve cet établissement. Mais l'art. 21 par. 1 lit. b du Règlement Bruxelles I^{bis} ne s'applique pas lorsque l'employeur a son domicile dans un Etat lié par la Convention de Lugano qui n'est pas membre de l'Union européenne (p.ex. en Suisse)³³. Dès lors que l'application de l'art. 19 ch. 2 CL est conditionnée à la présence du domicile de l'employeur dans un Etat contractant, le droit européen offre aux personnes travaillant dans un Etat membre de l'Union européenne une protection plus étendue que celle offerte par la Convention de Lugano.

Troisièmement, lorsque l'employeur a son domicile dans un Etat lié par la Convention de Lugano, le travailleur peut également déposer son action en justice devant les tribunaux d'un autre Etat contractant que celui du domicile de l'employeur en agissant au lieu où se trouve une succursale, une agence ou tout autre établissement de l'employeur si sa prétention est en lien avec l'exploitation de cet établissement (art. 5 ch. 5 CL et art. 18 par. 1 CL). Le travailleur peut donc saisir les tribunaux suisses d'une prétention en salaire, au lieu de l'établissement qui l'a embauché, quand bien même l'employeur a son domicile

³² Voir, *mutatis mutandis*, CJCE, 20 janvier 2005, *Johann Gruber c/Bay Wa*, C-464/01, Rec. 2005 I 439, c. 34 (s'agissant d'un contrat avec un consommateur).

³³ Voir HARTLEY, N 11.140, p. 208.

en Espagne. L'art. 5 ch. 5 CL est suffisamment précis pour qu'il ne soit pas nécessaire de recourir aux règles de compétence de la LDIP pour déterminer dans quel canton agir.

En résumé, lorsque l'employeur a son domicile dans un Etat lié par la Convention de Lugano, le travailleur a le choix de faire valoir sa prétention contre son employeur soit devant les tribunaux de l'Etat du domicile de l'employeur (art. 19 ch. 1 CL), soit devant les tribunaux de son lieu habituel de travail ou ceux du lieu où se trouve l'établissement de l'employeur qui l'a embauché, si ce lieu est dans un autre Etat contractant (art. 19 ch. 2 CL), soit devant les tribunaux du lieu où se trouve un établissement secondaire de l'employeur s'il s'agit d'une prétention relative à l'exploitation de cet établissement et que celui-ci se trouve dans un autre Etat contractant que celui du domicile de l'employeur (art. 5 ch. 5 CL). Ces règles de compétence spéciales protègent le travailleur en lui permettant d'attirer en justice son employeur devant la juridiction qu'il considère comme étant la plus proche de ses intérêts³⁴. En outre, le travailleur est également protégé en raison du fait que l'employeur n'a pas le choix du for lorsqu'il agit contre lui, d'une part³⁵, et par des restrictions apportées à l'élection de for, d'autre part³⁶.

c) Les fors à disposition de l'employeur

Une prétention de l'employeur contre un travailleur ne peut être portée en justice que devant les tribunaux de l'Etat du domicile du travailleur lorsque celui-ci est domicilié dans un Etat lié par la Convention de Lugano (art. 20 par. 1 CL)³⁷. Ce for correspond à la règle générale de compétence au domicile du défendeur consacrée dans la Convention de Lugano. Mais, en tant que règle spéciale, l'art. 20 CL déroge à l'art. 2 par. 1 CL qui ne s'applique pas en matière de contrats de travail.

L'art. 20 par. 1 CL se contente de désigner un for dans l'Etat du domicile du travailleur. Pour déterminer plus précisément où agir dans cet Etat, il convient de se référer aux règles de droit international privé de cet Etat³⁸. Si le travailleur a, par exemple, son domicile en Suisse, l'existence d'un for en Suisse découle de l'art. 20 par. 1 CL, mais il faut se référer encore à l'art. 115 al. 1 LDIP pour déterminer le ou les cantons où l'action peut être introduite en justice³⁹. Les règles de compétence du CPC ne sont pas applicables.

³⁴ CJUE, *Petronas* (note 19), c. 24.

³⁵ Voir *infra* II.A.1.c.

³⁶ Voir *infra* II.A.1.d.

³⁷ Voir *supra* II.A.1.a. A défaut de domicile du travailleur dans un Etat lié par la Convention de Lugano, les règles de la LDIP s'appliquent. Voir *infra* II.A.2.b.

³⁸ Sur la portée internationale de cette règle conventionnelle, voir GUILLAUME, *Droit international privé*, N 32, pp. 64-66.

³⁹ Voir *infra* II.A.2.b.

Le for dans l'Etat du domicile du travailleur est le seul for à disposition de l'employeur lorsque le travailleur est domicilié dans un Etat lié par la Convention de Lugano. L'employeur ne peut pas faire valoir une prétention contre le travailleur, découlant du contrat de travail, devant les tribunaux d'un autre Etat que celui de son domicile. Il en résulte une dissymétrie dans les règles de compétence dont l'objectif est précisément de protéger le travailleur en lui donnant la garantie d'être jugé par les tribunaux de son propre domicile. La Convention de Lugano n'offre cependant une protection au travailleur que s'il est domicilié dans un Etat contractant (art. 3 par. 1 CL). Le travailleur qui n'est pas domicilié dans un Etat lié par la Convention de Lugano ne profite donc pas de cette règle protectrice.

En revanche, le domicile de l'employeur n'importe pas, quant au champ d'application de la Convention de Lugano, dans le cadre d'une action de l'employeur contre le travailleur. L'employeur ne doit donc pas nécessairement avoir son domicile dans un Etat lié par la Convention de Lugano pour que l'art. 20 par. 1 CL s'applique. Le seul élément déterminant, pour l'application de cette disposition, est la présence du domicile du travailleur dans un Etat lié par la Convention de Lugano.

d) La prorogation de compétence

Lorsqu'un contrat de travail est international, les parties peuvent s'entendre pour désigner les tribunaux compétents en cas de litige survenant en relation avec le contrat. Les tribunaux des Etats liés par la Convention de Lugano appliquent cette convention, pour déterminer la validité d'une prorogation de compétence figurant dans un contrat de travail, lorsque le défendeur est domicilié dans un Etat contractant⁴⁰. Il n'est pas nécessaire que travailleur et employeur aient tous deux leur domicile dans un Etat lié par la Convention de Lugano (art. 23 par. 1 CL)⁴¹. La validité d'une élection de for figurant, par exemple, dans un contrat de travail passé entre un travailleur domicilié en Suisse et un employeur domicilié en Chine prévoyant un for en Suisse sera examinée par les tribunaux suisses en application de la Convention de Lugano.

La protection du travailleur est assurée par des restrictions importantes de la liberté des parties de désigner les tribunaux compétents en cas de litige relatif à un contrat de travail (art. 21 CL). Ces restrictions s'imposent aux tribunaux de tous les Etats liés par la Convention de Lugano lorsque le défendeur est domicilié dans un Etat contractant. Si le

⁴⁰ Sur la notion de domicile, voir *supra* II.A.1.a.

⁴¹ CJCE, 1^{er} mars 2005, *Andrew Owusu c/N.B. Jackson et al.*, aff. 281/02, Rec. 2005 I 1383, c. 28.

travailleur n'est pas domicilié dans un Etat contractant, les règles conventionnelles ne le protègent donc pas dans le cadre d'une action de l'employeur contre lui⁴².

Les conditions de validité de l'élection de for sont précisées à l'art. 23 CL⁴³. Une élection de for convenue entre un travailleur et un employeur doit remplir les conditions suivantes pour être valable en application de la Convention de Lugano.

Premièrement, l'accord sur le for doit en principe être passé par écrit (art. 23 par. 1 lit. a CL)⁴⁴. Il s'agit, en général, d'une des clauses du contrat de travail. Toute transmission par voie électronique « qui permet de consigner durablement la convention » est assimilée à la forme écrite (art. 23 par. 2 CL). Un accord verbal sur le for, qui a fait l'objet d'une confirmation écrite de la part de l'une des parties sans que l'autre partie n'ait formulé d'objection au moment de la réception de la confirmation écrite, est également valable⁴⁵.

La forme écrite est respectée lorsque l'élection de for figure dans des conditions générales, à condition qu'il y ait un renvoi exprès à ces conditions générales dans le contrat passé entre les parties et qu'elles aient été effectivement communiquées à l'autre partie⁴⁶. Il est en effet important que l'autre partie puisse avoir connaissance de l'existence et du contenu des conditions générales. L'exigence de forme est également respectée lorsque les conditions générales ont été acceptées avec un clic sur internet s'agissant d'un contrat conclu par voie électronique, à condition que le texte des conditions générales puisse être imprimé et sauvegardé avant la conclusion du contrat⁴⁷. Le Tribunal fédéral a précisé que le partenaire contractuel doit avoir eu « une possibilité raisonnable » de prendre connaissance des conditions générales et a admis, sur cette base, que le simple renvoi au site internet de la partie qui en est l'auteur est suffisant, contrairement à la simple

⁴² Les règles de la Section 5 du Titre 2 de la Convention de Lugano ne s'appliquent pas si le défendeur n'est pas domicilié dans un Etat contractant (art. 4 par. 1 CL). Les tribunaux suisses appliqueront dans ce cas l'art. 5 LDIP pour déterminer la validité de l'élection de for. Voir *infra* II.A.2.c.

⁴³ Voir GAUDEMET-TALLON, N 276, p. 352 s. L'art. 23 CL est expressément réservé à l'art. 4 CL auquel renvoie l'art. 18 par. 1 CL.

⁴⁴ Il faut cependant réserver le cas où les parties ont l'habitude d'une autre forme dans le cadre de leurs relations contractuelles (art. 23 par. 1 lit. b CL), mais cette disposition ne semble pas pertinente s'agissant d'un contrat de travail.

⁴⁵ CJCE, 19 juin 1984, *Tilly et Ernest Russ c/NV Haven & Vervoerbedrijf Nova*, aff. 71/83, Rec. 1984 2417, c. 17 ; CJCE, 11 juillet 1985, *F. Berghoefter GmbH & Co c/ASA SA*, aff. 221/84, Rec. 1985 2699, c. 15.

⁴⁶ CJCE, 14 décembre 1976, *Estasis Salotti di Colzani Aimo et Gianmario Colzani c/RÜWA Polstereimaschinen GmbH*, aff. 24/76, Rec. 1976 1831, c. 10-12 ; CJUE, 7 juillet 2016, *Höszig Kft. c/Alstom Power Thermal Services*, C-222/15, c. 40.

⁴⁷ CJUE, 21 mai 2015, *Jaouad El Majdoub c/CarsOnTheWeb.Deutschland GmbH*, C-322/14, c. 40.

indication d'un numéro de fax auquel il est possible de demander les conditions générales⁴⁸.

Deuxièmement, les parties au contrat doivent avoir une convention sur la question du for. Le consentement des parties doit se manifester d'une manière claire et précise afin de pouvoir être effectivement établi⁴⁹. L'objectif de protection de la partie faible justifie l'obligation d'établir la réalité du consentement de chacune des parties, de manière à éviter qu'une clause attributive de juridiction, insérée dans un contrat par une seule partie, ne passe inaperçue⁵⁰. La prorogation de compétence ne lie que les personnes qui y ont réellement consenti. Un tiers au contrat peut cependant être également lié par la prorogation de compétence s'il a donné son consentement au for choisi⁵¹. Toutefois, lorsque le tiers a succédé au cocontractant initial dans tous ses droits et obligations, une clause attributive de juridiction à laquelle ce tiers n'a pas consenti peut néanmoins lui être opposée⁵². On peut penser, par exemple, à l'hypothèse d'un contrat de travail repris tel quel par un nouvel employeur.

Troisièmement, la portée de l'engagement des parties doit être clairement délimitée. L'élection de for doit ainsi concerner « des différends nés ou à naître à l'occasion d'un rapport de droit clairement déterminé » (art. 23 par. 1, 1^{re} phrase CL)⁵³. L'élection de for peut néanmoins viser aussi bien un seul rapport juridique qu'un ensemble de rapports juridiques s'étalant dans le temps, comme des prestations successives réalisées dans le cadre d'un même contrat.

Quatrièmement, une election de for conclue entre les parties avant la naissance d'un différend n'est valable que si elle permet au travailleur d'élargir l'éventail des fors indiqués dans la Section 5 du Titre 2 de la Convention de Lugano (art. 21 ch. 2 CL)⁵⁴. Une election de for figurant dans le contrat de travail ne peut donc pas interdire au travailleur de saisir les tribunaux qui sont compétents au titre des art. 18 et 19 CL⁵⁵. Par exemple, une election

⁴⁸ ATF 139 III 345, c. 4.4.

⁴⁹ CJCE, *Salotti* (note 46), c. 7.

⁵⁰ CJCE, 20 février 1997, *Mainschiffahrts-Genossenschaft Eg (MSG) c/Les Gravières Rhénances SARL*, C-106/95, Rec. 1997 I 911, c. 17 ; CJCE, 16 mars 1999, *Trasporti Castelletti Spedizioni Internazionali SpA c/Hugo Trumpy SpA*, C-159/97, Rec. 1999 I 2597, c. 19 ; CJCE, 9 décembre 2003, *Erich Gasser GmbH c/MISAT Srl*, C-116/02, Rec. 2003 I 14693, c. 50.

⁵¹ CJUE, 07 février 2013, *Refcomp SpA c/Axa Corporate Solutions Assurance SA*, C-543/10, c. 41 ; CJUE, 21 mai 2015, *Cartel Damage Claims (CDC) Hydrogen Peroxide SA c/Akzo Nobel NV et al.*, C-352/13, c. 64.

⁵² CJUE, *CDC* (note 51), c. 65.

⁵³ CJCE, 10 mars 1992, *Powell Duffryn plc c/Wolfgang Petereit*, C-214/89, Rec. 1992 I 1745, c. 31 ; CJUE, *CDC* (note 51), c. 68.

⁵⁴ CJUE, *Mahamdia* (note 5), c. 62.

⁵⁵ CJUE, *Mahamdia* (note 5), c. 63 ; CJUE, *Nogueira et Moreno* (note 19), c. 53.

de for prescrivant que les tribunaux de l'Etat du domicile de l'employeur sont exclusivement compétents ne serait pas valable, car elle restreindrait le choix des fors offerts au travailleur aux art. 18 et 19 CL. De même une élection de for prévoyant un autre for que celui du domicile du travailleur, lorsque l'action est dirigée contre lui, ne serait pas valable (voir art. 20 par. 1 CL). En revanche, les parties sont libres de convenir de n'importe quel for après la naissance du différend (art. 21 ch. 1 CL). Il n'y a alors pas d'exigence quant à l'existence d'un lien particulier entre la cause et le for élu⁵⁶. La Convention de Lugano n'offre donc pas de protection particulière au travailleur contre une prorogation de compétence convenue après la survenance d'un litige. Il convient de faire attention à cet égard, notamment, à l'acceptation tacite de compétence lorsque l'employeur a déposé une action dans un autre Etat que celui du domicile du travailleur (voir art. 24 CL).

Cinquièmement, le for choisi est exclusif, sauf convention contraire des parties (art. 23 par. 1, 2^e phrase CL). Les parties peuvent donc convenir expressément de fors alternatifs, par exemple, en désignant des fors dans deux Etats différents – tous deux liés par la Convention de Lugano – en fonction de la partie qui agit⁵⁷. Un contrat de travail pourrait ainsi prévoir que l'employeur doit agir devant les tribunaux de l'Etat du domicile du travailleur, alors que le travailleur peut agir au for de son choix parmi ceux désignés aux art. 18 et 19 CL.

Une élection de for ne respectant pas ces conditions, et notamment celles prescrites à l'art. 21 CL, est sans effet (art. 23 par. 5 CL). On rappellera à ce sujet que la prorogation de compétence est un accord distinct du contrat de travail dans lequel la clause a été insérée. Cela signifie que l'accord sur le for peut être valable même si son contrat hôte est nul, caduc ou autrement inapplicable.

La Convention de Lugano n'est en principe pas applicable lorsque l'élection de for désigne un tribunal dans un Etat qui n'est pas un Etat contractant (art. 23 par. 1, 1^{re} phrase CL). Mais il nous semble qu'il faut admettre qu'elle s'applique également dans ce cas, exceptionnellement, lorsque le travailleur a son domicile dans un Etat lié par la Convention de Lugano⁵⁸. L'élection de for ne devrait donc pas être considérée comme valable si le choix du for dans un Etat tiers ne respecte pas les règles protectrices de l'art. 21 CL. Cette interprétation trouve sa justification dans l'objectif de protection de la partie faible qui sous-tend les règles de la Section 5 du Titre 2 de la Convention de Lugano.

Si la clause d'élection de for est valable, les parties doivent respecter leur engagement et introduire leur action en justice devant les tribunaux de l'Etat contractant convenus,

⁵⁶ CJCE, 17 janvier 1980, *Siegfried Zelger c/Sebastiano Salinitri*, aff. 56/79, Rec. 1980 89, c. 4.

⁵⁷ CJCE, 9 novembre 1978, *Nikolaus Meeth c/Glacetel*, aff. 23/78, Rec. 1978 2133, c. 6.

⁵⁸ Du même avis : GAUDEMET-TALLON, N 296, p. 384 s.

lesquels doivent accepter leur compétence. Si l'une des parties ne respecte pas l'élection de for et dépose son action en justice dans un autre Etat lié par la Convention de Lugano, le tribunal saisi ne doit pas se déclarer d'office incompétent. Il appartient au défendeur de contester la compétence en invoquant l'élection de for, faute de quoi il sera considéré comme ayant accepté tacitement la compétence du tribunal saisi (art. 24 CL)⁵⁹. Si la clause d'élection de for respecte les conditions indiquées ci-dessus, et notamment celles prescrites à l'art. 21 CL, les tribunaux dérogés dont la compétence est contestée par le défendeur doivent décliner leur compétence.

En cas de saisine parallèle du tribunal élu et d'un autre tribunal dans un autre Etat lié par la Convention de Lugano, il appartient au premier tribunal saisi d'examiner la validité de la prorogation de compétence⁶⁰. Cette règle s'applique également lorsque le for convenu est situé dans un Etat lié par la Convention de Lugano alors qu'aucune des parties n'est domiciliée dans un Etat contractant (art. 23 par. 3 CL). Par exemple, si des parties à un contrat de travail domiciliées en Chine et en Russie ont choisi un for en Suisse, un tribunal français saisi par l'une des parties ne peut pas statuer aussi longtemps que le tribunal suisse élu n'a pas décliné sa compétence.

Il convient de préciser que si le for choisi par les parties se trouve dans un Etat membre de l'Union européenne, les tribunaux de cet Etat appliqueront toujours l'art. 25 du Règlement Bruxelles I^{bis} pour vérifier la validité de l'élection de for. Le champ d'application de cette disposition ne dépend en effet pas du domicile des parties. En revanche, les tribunaux des Etats membres appliqueront l'art. 23 CL lorsque le for élu se trouve dans un Etat lié par la Convention de Lugano qui n'est pas un Etat membre de l'Union européenne (p.ex. en Suisse). L'art. 23 CL est, par exemple, applicable lorsqu'une action en justice a été introduite en France sans respecter l'accord des parties sur un for en Suisse alors que le défendeur est domicilié en Suisse. De même, les tribunaux suisses appliqueront l'art. 23 CL pour déterminer la portée d'une élection de for désignant les tribunaux français lorsque le défendeur est domicilié en Suisse.

⁵⁹ CJCE, 20 mai 2010, *Česká podnikatelská pojišťovna as et Vienna Insurance Group c/Michal Bilas*, C-111/09, Rec. 2010 I 4545, c. 33 (en matière de contrat d'assurance).

⁶⁰ Cette règle découle de l'application de la règle de la litispendance (art. 27 CL), qui a pour effet que le tribunal élu mais saisi en second lieu doit surseoir à statuer jusqu'à ce que le juge saisi en premier lieu se soit déclaré incompétent. CJCE, *Gasser* (note 50), c. 54. Ce système, discutable, a été modifié dans le Règlement Bruxelles I^{bis} qui prévoit que seul le tribunal choisi par les parties a la compétence de vérifier la validité de la prorogation de compétence, même s'il a été saisi en second lieu (art. 31 par. 2 du Règlement Bruxelles I^{bis}).

e) Les règles spéciales en matière de compétence

Les règles de la Section 5 du Titre 2 de la Convention de Lugano ont un caractère exhaustif et ne peuvent donc pas être modifiées ou complétées par d'autres règles de compétence figurant dans la Convention de Lugano⁶¹. Il convient cependant de réserver les dispositions expressément réservées à l'art. 18 par. 1 CL, à savoir l'art. 4 CL et l'art. 5 ch. 5 CL.

Nous avons déjà mentionné le fait que le for de l'établissement secondaire (art. 5 ch. 5 CL) peut être invoqué par le travailleur en plus des fors figurant dans la Section 5 du Titre 2⁶². L'art. 4 CL réserve l'application des art. 22 et 23 CL. La portée de l'art. 23 CL, en matière de prorogation de compétence, a également déjà été examinée⁶³. Quant aux fors exclusifs de l'art. 22 CL, ils ne présentent pas d'intérêt en matière de contrats de travail.

On relèvera que le travailleur n'a pas de protection particulière en cas d'acceptation tacite de compétence (art. 24 CL)⁶⁴. Toutefois, lorsque le Règlement Bruxelles I^{bis} est applicable, le juge doit informer le travailleur de son droit de contester la compétence et attirer son attention sur les conséquences de sa comparution ou de son défaut de comparution (art. 26 par. 2 Règlement Bruxelles I^{bis}). Même si cette règle n'est pas prévue dans la Convention de Lugano, il serait souhaitable que les juges suisses l'appliquent également, de manière à ce que la protection du travailleur prévue dans cette convention soit efficace.

S'agissant des demandes reconventionnelles, l'art. 20 par. 2 CL précise que l'employeur, tout comme le travailleur⁶⁵, a toujours la possibilité d'introduire une demande reconventionnelle devant le tribunal saisi de la demande originale. La Cour de justice a relevé que ce for spécial « permet aux parties de régler, au cours de la même procédure et devant le même juge, l'ensemble de leurs prétentions réciproques ayant une origine commune »⁶⁶. Cette disposition ne s'applique cependant que dans l'hypothèse où le défendeur à la demande reconventionnelle est aussi domicilié sur le territoire d'un Etat lié par la Convention de Lugano. Si tel n'est pas le cas, la possibilité d'introduire une demande reconventionnelle doit être examinée au regard des règles de droit international privé du

⁶¹ CJCE, *Glaxosmithkline* (note 18), c. 19 ; CJCE, 6 octobre 2009, *Asturcom Telecomunicaciones SL c/Cristina Rodriguez Nogueira*, C-40/08, Rec. 2009 I 9579, c. 51 ; CJUE, *Petronas* (note 19), c. 24.

⁶² Voir *supra* II.A.1.b.

⁶³ Voir *supra* II.A.1.d.

⁶⁴ Les règles de la Section 5 du Titre 2 de la Convention de Lugano ne sont en effet pas des règles de compétence exclusive. Voir, *mutatis mutandis*, CJCE, *Bilas* (note 59), c. 26 et 33 (en matière de contrat d'assurance). La situation est donc différente de celle existant en l'absence d'élément d'extranéité (voir l'art. 35 CPC).

⁶⁵ Voir BONOMI, N 23 *ad* art. 19 CL, p. 1918, et réf. citées.

⁶⁶ CJUE, *Petronas* (note 19), c. 29. Cet arrêt admet que l'employeur a le droit d'introduire une demande reconventionnelle fondée sur une cession de créance intervenue entre l'employeur et le titulaire initial de la créance à une date postérieure à l'introduction de la demande originale.

for⁶⁷. L'art. 20 par. 2 CL est une règle spéciale par rapport à l'art. 6 ch. 3 CL qui n'est pas applicable dans le contexte d'une relation de travail.

Les autres règles relatives à la compétence des tribunaux figurant notamment à l'art. 5 CL et à l'art. 6 CL ne sont pas applicables en matière de contrat de travail. En particulier, ni le travailleur ni l'employeur ne peuvent invoquer l'art. 6 ch. 1 CL pour introduire devant un seul tribunal des demandes connexes concernant une pluralité de défendeurs domiciliés dans divers Etats liés par la Convention de Lugano. Le travailleur ne peut ainsi pas attirer devant un seul tribunal deux sociétés appartenant au même groupe mais ayant leur siège dans des Etats différents⁶⁸. Par exemple, le travailleur ne peut pas attirer devant les tribunaux suisses du domicile de son employeur un coemployeur domicilié en Espagne. Toutefois, si une action est introduite en justice par le travailleur devant les tribunaux d'un Etat membre de l'Union européenne dans lequel se trouve le domicile de son employeur, le travailleur peut attirer devant ce même tribunal un coemployeur domicilié dans un autre Etat membre de l'Union européenne (art. 8 ch. 1 du Règlement Bruxelles I^{bis} et art. 20 par. 1 du Règlement Bruxelles I^{bis}). Par exemple, le travailleur peut attirer devant les tribunaux français du domicile de son employeur un coemployeur domicilié en Italie. Mais cette exception en faveur du travailleur ne vaut pas lorsque l'un des coemployeurs a son domicile dans un Etat lié par la Convention de Lugano qui n'est pas membre de l'Union européenne.

Pour illustrer cette règle, prenons comme exemple le cas où une personne domiciliée au Portugal travaille pour un groupe de sociétés et est engagée à 80% par une société dont le siège se trouve au Portugal, d'une part, et à 20% par une autre société dont le siège se trouve en Suisse, d'autre part. Si le travailleur souhaite agir contre son employeur devant un tribunal portugais, pour une prétention découlant des relations de travail, peut-il également attirer devant le même tribunal la société suisse ? La réponse est négative, dès lors qu'il ressort de la jurisprudence de la Cour de justice que la compétence fondée sur la consorité prévue à l'art. 6 ch. 1 CL – applicable à l'égard de la société suisse – ne peut pas être invoquée en matière de contrat de travail⁶⁹. La réponse serait d'ailleurs identique si la question se posait devant les tribunaux suisses dans le même contexte de faits. En revanche, si la personne engagée n'est pas liée par un contrat de travail, mais par un contrat

⁶⁷ L'art. 8 LDIP est applicable devant les tribunaux suisses si le défendeur à la demande reconventionnelle n'est pas domicilié dans un Etat lié par la Convention de Lugano.

⁶⁸ CJCE, *Glaxosmithkline* (note 18), c. 35.

⁶⁹ En revanche, si, dans le même exemple, le travailleur était engagé à 80% par une société dont le siège se trouve au Portugal et à 20% par une société du même groupe dont le siège se trouve en France, le travailleur pourrait attirer devant le tribunal portugais aussi bien la société portugaise que la société française (art. 8 ch. 1 du Règlement Bruxelles I^{bis}).

de travailleur indépendant, la compétence fondée sur la consorité pourrait être invoquée aussi bien devant les tribunaux suisses que devant les tribunaux portugais.

2. L'application de la LDIP

Lorsque le défendeur n'est pas domicilié dans un Etat lié par la Convention de Lugano⁷⁰, ce sont les règles de conflit de juridictions de la LDIP qui s'appliquent pour déterminer la compétence des tribunaux suisses (art. 4 par. 1 CL). Cette loi, tout comme la Convention de Lugano, fait une distinction entre les fors à disposition du travailleur (a) et ceux ouverts à l'employeur (b). Les parties au contrat sont cependant libres de convenir des tribunaux compétents pour trancher un litige qui surviendrait entre elles dans le cadre de leur relation de travail (c). En outre, une règle spéciale traite du cas particulier des travailleurs détachés en Suisse (d). Lorsque la LDIP s'applique, les notions de domicile, résidence habituelle et établissement sont définies aux art. 20 et 21 LDIP.

a) Les fors à disposition du travailleur

Lorsque le travailleur agit contre un employeur qui n'a pas son domicile dans un Etat lié par la Convention de Lugano⁷¹, les tribunaux suisses sont compétents lorsque le travailleur accomplit habituellement son travail en Suisse (art. 115 al. 1 LDIP) ou lorsque le travailleur a son domicile ou sa résidence habituelle en Suisse (art. 115 al. 2 LDIP). Si les fors désignés par l'art. 115 al. 1 et al. 2 LDIP se trouvent dans deux cantons différents, le travailleur peut saisir les tribunaux du canton de son choix.

Par exemple, un travailleur domicilié en Suisse et travaillant en Russie pour un employeur dont le siège se trouve en Russie peut saisir un tribunal suisse d'une prétention découlant du contrat de travail (art. 115 al. 2 LDIP). Ce for répond à un besoin de protection de la partie faible. Toutefois, avant de déposer une action en justice en Suisse, il convient de s'assurer que la décision suisse pourra ensuite être reconnue et exécutée en Russie. Faute de quoi, cette décision risque d'être dénuée de tout effet juridique.

Le for au lieu habituel de travail est à disposition même si le travailleur exerce ses activités dans plusieurs Etats, dans la mesure où il est possible de démontrer que le centre de gravité de l'activité du travailleur se trouve en Suisse. Il convient en effet de donner à l'art. 115 al. 1 LDIP la même interprétation que celle qui est retenue pour l'art. 19 ch. 2 lit. a CL⁷².

⁷⁰ Sur la notion de domicile au sens de la Convention de Lugano, voir *supra* II.A.1.a.

⁷¹ Lorsque l'employeur a son domicile dans un Etat lié par la Convention de Lugano, la compétence des tribunaux suisses doit être fondée sur les dispositions de cette convention. Voir *supra* II.A.1.b.

⁷² Le Tribunal fédéral interprète de la même manière la notion de for au lieu habituel de travail, au sens de l'art. 115 al. 1 LDIP et au sens de l'art. 34 al. 1 CPC, en s'inspirant de la notion retenue à l'art. 19

Il ressort de la jurisprudence que le lieu de l'activité habituelle du travailleur est situé à l'endroit où celui-ci a le centre de son activité. Un lieu d'activité purement éphémère et temporaire n'est pas suffisant pour créer un for judiciaire⁷³. Un détachement temporaire en Suisse ne crée donc pas un for en Suisse au sens de l'art. 115 al. 1 LDIP. Le for au lieu de l'activité habituelle n'est cependant pas subordonné au fait que le travailleur passe la majeure partie de son temps de travail en ce lieu. Ainsi, le lieu où le travailleur se contente d'organiser son activité et d'accomplir ses tâches administratives peut constituer un lieu habituel de travail⁷⁴.

Lorsqu'il n'est pas possible d'établir que le centre de gravité de l'activité du travailleur se trouve en Suisse, il faut admettre qu'il n'y a pas de for en Suisse au lieu habituel de travail. Dans ce cas, le travailleur peut quand même agir en Suisse s'il a son domicile en Suisse ou, si tel n'est pas le cas, s'il a sa résidence habituelle en Suisse⁷⁵.

En outre, lorsque l'employeur n'a pas son domicile dans un Etat lié par la Convention de Lugano mais possède une succursale, une agence ou tout autre établissement en Suisse, la Convention de Lugano permet au travailleur d'agir en Suisse si sa prétention est en lien avec l'exploitation de cet établissement (art. 19 ch. 1 CL et art. 18 par. 2 CL)⁷⁶.

On rappellera que si l'employeur a son domicile en Suisse au sens de la Convention de Lugano, il y a un for en Suisse sur la base de l'art. 19 ch. 1 CL⁷⁷. Dans ce cas, l'art. 115 al. 1 et al. 2 LDIP détermine le canton dans lequel il convient d'agir. Si plusieurs cantons sont ainsi désignés (p.ex. le canton du domicile de l'employeur et le canton du lieu habituel de travail), le travailleur peut saisir les tribunaux du canton de son choix.

b) Les fors à disposition de l'employeur

Lorsque l'employeur agit contre un travailleur qui n'a pas son domicile dans un Etat lié par la Convention de Lugano⁷⁸, les tribunaux suisses sont compétents si le travailleur accomplit habituellement son travail en Suisse (art. 115 al. 1 LDIP). L'employeur peut donc saisir les tribunaux suisses au lieu habituel de travail lorsque le travailleur est domicilié, par exemple, en Ukraine. S'il n'est pas possible d'établir que le travailleur

ch. 2 lit. a CL. TF 4A_527/2018 du 14 janvier 2019, c. 6 [destiné à la publication]. Sur cette dernière notion, voir *supra* II.A.1.b.

⁷³ TF 4A_236/2016 du 23 août 2016, c. 2.

⁷⁴ TF 4A_527/2018 du 14 janvier 2019, c. 6 [destiné à la publication].

⁷⁵ BONOMI, N 15 *ad* art. 115 LDIP, p. 979 ; DUTOIT, N 2 *ad* art. 115 LDIP, p. 491.

⁷⁶ Voir *supra* II.A.1.b.

⁷⁷ Voir *supra* II.A.1.b.

⁷⁸ Lorsque le travailleur a son domicile dans un Etat lié par la Convention de Lugano, la compétence des tribunaux suisses doit être fondée sur les dispositions de cette convention. Voir *supra* II.A.1.c.

s'acquitte de l'essentiel de ses obligations à l'égard de son employeur en Suisse, il faut admettre qu'il n'y a pas de for en Suisse pour une action de l'employeur contre le travailleur si ce dernier n'est pas domicilié en Suisse.

En effet, si le travailleur a son domicile en Suisse au sens de la Convention de Lugano, il y a un for en Suisse – qui correspond à l'Etat du domicile du défendeur – sur la base de l'art. 20 par. 1 CL⁷⁹. Dans ce cas, l'art. 115 al. 1 LDIP détermine le canton dans lequel il convient d'agir. Si plusieurs cantons sont ainsi désignés (p.ex. le canton du domicile du travailleur et le canton du lieu habituel de travail), l'employeur peut saisir les tribunaux du canton de son choix.

c) La prorogation de compétence

Les tribunaux suisses appliquent l'art. 5 LDIP pour déterminer la validité d'une prorogation de compétence lorsque la Convention de Lugano n'est pas applicable⁸⁰. Cette disposition n'impose pas de restriction particulière à la liberté des parties à un contrat de travail international de s'entendre sur la question du for. Une election de for convenue entre un travailleur et un employeur doit remplir les conditions suivantes pour être valable en application de l'art. 5 LDIP.

Premièrement, l'accord sur le for doit en principe être passé par écrit⁸¹. Il s'agit, en général, d'une des clauses du contrat de travail. Un accord oral sur le for ne suffit pas. La prorogation de compétence peut être faite « par écrit, télégramme, télex, télécopieur ou tout autre moyen de communication qui permet d'en établir la preuve par un texte » (art. 5 al. 1, 2^e phrase LDIP). Mais l'élection de for ne doit pas nécessairement figurer dans un document signé par les parties⁸².

Deuxièmement, les parties au contrat doivent avoir un accord sur la question du for. Autrement dit, il doit y avoir un échange de déclarations de volonté concordantes par lequel les parties choisissent le tribunal compétent pour juger d'un éventuel litige entre elles⁸³.

Troisièmement, la portée de l'engagement des parties doit être clairement délimitée. L'élection de for doit ainsi concerner « un différend né ou à naître à l'occasion d'un rapport de droit déterminé » (art. 5 al. 1, 1^{re} phrase LDIP). L'élection de for peut néanmoins viser

⁷⁹ Voir *supra* II.A.1.c.

⁸⁰ Voir *supra* II.A.1.d.

⁸¹ ATF 119 II 391, JdT 1994 I 620.

⁸² TF 4C.189/2001 du 1^{er} février 2002.

⁸³ ATF 122 III 439, JdT 1999 II 3.

aussi bien un seul rapport juridique qu'un ensemble de rapports juridiques s'étalant dans le temps, comme des prestations successives réalisées dans le cadre d'un même contrat.

Quatrièmement, le for choisi est présumé exclusif (art. 5 al. 1, 3^e phrase LDIP). Les parties peuvent cependant convenir expressément de fors alternatifs.

Cinquièmement, « [l]'élection de for est sans effet si elle conduit à priver d'une manière abusive une partie de la protection que lui assure un for prévu par le droit suisse » (art. 5 al. 2 LDIP). Cette restriction à la liberté des parties a une certaine importance en matière de contrat de travail, puisqu'elle vise à éviter de priver abusivement la partie au contrat qui se trouve dans une position de faiblesse du for de son domicile en Suisse. Cette disposition peut être invoquée lorsque l'une des parties au contrat se trouve dans une position dominante lui permettant d'imposer un for à l'autre partie en profitant de sa situation d'infériorité. Tel est le cas, notamment, lorsque l'élection de for figure dans un document qui a été rédigé préalablement et ne peut pas être négocié, comme un contrat d'adhésion ou des conditions générales. Pour que le for désigné puisse être rejeté, la partie au contrat se trouvant dans une position dominante doit avoir écarté de façon abusive le for du domicile de l'autre partie. Le seul fait que le for choisi ne soit pas celui du domicile du défendeur ne suffit pas⁸⁴. Il nous semble que l'abus de droit pourrait être admis notamment lorsque l'élection de for entraîne un déséquilibre important entre les droits et obligations des parties découlant du contrat, contrairement aux règles de la bonne foi.

La portée pratique de cette disposition doit cependant être relativisée dans la mesure où elle ne peut intervenir que si la Convention de Lugano ne s'applique pas. Si le travailleur est domicilié en Suisse, les tribunaux suisses doivent examiner la validité de l'élection de for à l'aune de l'art. 21 CL. Cette règle devrait être admise aussi bien lorsque le tribunal désigné par les parties se trouve dans un Etat lié par la Convention de Lugano (p.ex. en Suisse) que dans un Etat tiers (p.ex. au Japon)⁸⁵. Ce n'est que dans l'hypothèse où cette interprétation de la portée de l'art. 21 CL ne devait – contre toute attente – pas être retenue par le Tribunal fédéral que l'art. 5 al. 2 LDIP serait susceptible de protéger un travailleur domicilié en Suisse contre une élection de for abusive. Dans ce cas, un travailleur domicilié en Suisse pourrait saisir les tribunaux du canton de son domicile d'une prétention contre son employeur quand bien même le contrat de travail prévoirait un for exclusif, par exemple, dans l'Etat du domicile de l'employeur⁸⁶.

⁸⁴ ATF 119 II 177, JdT 1994 I 311. BUCHER, N 29 *ad* art. 5 LDIP, p. 78, relève qu'il faut « des circonstances d'une certaine gravité pour qu'une partie exposée au risque d'être privée d'un for en Suisse puisse soulever l'objection de l'abus de droit ».

⁸⁵ Voir *supra* II.A.1.d.

⁸⁶ Le travailleur devrait alors démontrer que l'élection de for n'est pas valable au sens de l'art. 5 al. 2 LDIP en raison du fait qu'elle le prive abusivement de la possibilité d'agir au for suisse de son domicile.

Si les parties ont valablement choisi un for en Suisse, le tribunal suisse élu doit accepter sa compétence. Il peut cependant renoncer à exercer sa compétence lorsqu'il n'a pas un lien suffisant avec la cause (art. 5 al. 3 LDIP). Dans l'hypothèse où aucune des parties au contrat de travail n'a son domicile, sa résidence habituelle ou son établissement dans le canton du tribunal élu et que le droit suisse n'est pas applicable au litige, le tribunal élu n'est ainsi pas obligé d'exercer sa compétence sur la base de l'élection de for. Les parties peuvent remédier au risque que le tribunal élu refuse d'exercer sa compétence en désignant le droit suisse, si une telle élection de droit est valable⁸⁷. L'art. 5 al. 3 LDIP a une portée pratique notamment lorsque le lieu habituel de travail est le seul élément rattachant un contrat de travail à la Suisse.

Lorsqu'un tribunal suisse a admis sa compétence sur la base de l'élection de for, cela ne l'empêche pas de juger que le contrat dans lequel elle figure est nul, caduc ou autrement inapplicable, dès lors que la prorogation de compétence est un accord distinct du contrat de travail qui la contient.

Si les parties ont valablement choisi un for à l'étranger, le juge suisse doit aussi respecter la prorogation de compétence et se dessaisir de l'affaire si le défendeur soulève une exception d'incompétence. A défaut, le défendeur sera considéré comme ayant accepté tacitement la compétence du tribunal saisi par l'autre partie (art. 6 LDIP).

d) Les fors en cas de travailleur détaché en Suisse

Lorsque le travailleur est temporairement détaché en Suisse⁸⁸, les tribunaux suisses du lieu où il accomplit tout ou partie de sa prestation de travail sont également compétents pour connaître des actions relatives aux conditions de travail et de salaire s'appliquant à cette prestation (art. 115 al. 3 LDIP). Le détachement en Suisse est temporaire si le travailleur est censé reprendre son travail dans l'Etat dans lequel il accomplit habituellement son travail après avoir effectué la prestation pour laquelle il a dû se rendre en Suisse. Tel est le cas, par exemple, lorsque la date de retour est connue d'emblée ou est déterminée en fonction de l'exécution d'une tâche spécifique limitée dans le temps⁸⁹.

(art. 115 al. 2 LDIP). Ce raisonnement ne peut cependant intervenir que si l'employeur n'est pas domicilié dans un Etat lié par la Convention de Lugano.

⁸⁷ L'élection de droit doit respecter les conditions de validité prescrites à l'art. 121 al. 3 LDIP. Voir *infra* II.B.2.

⁸⁸ Le régime des travailleurs détachés en Suisse est régi par la Loi fédérale sur les mesures d'accompagnement applicables aux travailleurs détachés et aux contrôles des salaires minimaux prévus par les contrats-types de travail du 8 octobre 1999 (Loi sur les travailleurs détachés ; RS 823.20).

⁸⁹ BONOMI, N 5 *ad* art. 121 LDIP, p. 1046 s.

Le lieu habituel de travail doit se trouver à l'étranger pour qu'il soit possible de considérer que le travailleur est détaché temporairement en Suisse. A l'inverse, un travailleur détaché à l'étranger conserve, en principe, son lieu habituel de travail en Suisse⁹⁰.

Le for de l'art. 115 al. 3 LDIP est utile lorsqu'aucune des parties au contrat de travail n'a son domicile en Suisse. Ce for est à disposition même si le défendeur est domicilié dans un autre Etat lié par la Convention de Lugano⁹¹. Ainsi, un travailleur domicilié au Canada qui est temporairement détaché en Suisse par son employeur dont le domicile se trouve en France peut agir en Suisse pour une prétention relative aux conditions de travail et de salaire s'appliquant à cette prestation en invoquant l'art. 115 al. 3 LDIP. De même, un travailleur domicilié en Italie temporairement détaché en Allemagne par son employeur dont le domicile se trouve en Suisse peut agir en Allemagne pour ce même type de prétentions⁹².

Avant de déposer une action en justice en Suisse, il convient de s'assurer que la décision pourra être reconnue et exécutée dans l'Etat dans lequel se trouve le domicile de l'employeur. S'il s'agit d'un Etat lié par la Convention de Lugano, la reconnaissance et l'exequatur ne devraient pas poser de problème particulier⁹³. En revanche, si l'Etat dans lequel l'employeur a son domicile n'est pas lié par la Convention de Lugano, la reconnaissance et l'exequatur de la décision suisse se fera aux conditions prescrites par les règles de droit international privé de cet Etat.

B. Le droit applicable

Les tribunaux suisses déterminent le droit applicable au contrat de travail en appliquant l'art. 121 LDIP⁹⁴. Cette disposition désigne le droit applicable aussi bien en l'absence d'une élection de droit valable (1.) que lorsque les parties au contrat de travail ont désigné la loi régissant leurs relations juridiques (2.).

⁹⁰ BONOMI, N 16 *ad* art. 115 LDIP, p. 979.

⁹¹ Voir BONOMI, N 16 *ad* art. 115 LDIP, p. 979 et N 25 *ad* art. 19 CL, p. 1918 s. ; DUTOIT, N 6 *ad* art. 115 LDIP, p. 494 ; GAUDEMET-TALLON, N 304, p. 396 s.

⁹² Dans ce cas, le for en Allemagne résulte de la mise en œuvre de l'art. 6 de la Directive (CE) 96/71 du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 1996 concernant le détachement des travailleurs effectué dans le cadre d'une prestation de services (JOCE n° L 18 du 21 janvier 1997, p. 1 ss).

⁹³ CONSEIL FÉDÉRAL, Message Révision CL, N 2.2.4, p. 1514. Voir *infra* II.C.1.

⁹⁴ Les tribunaux d'un Etat membre de l'Union européenne appliquent, quant à eux, l'art. 8 du Règlement (CE) n° 593/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008 sur la Loi applicable aux obligations contractuelles (Règlement Rome I ; JOUE n° L 177 du 4 juillet 2008, p. 6 ss).

Lorsque le contrat de travail est régi par un droit étranger, les tribunaux suisses doivent établir le contenu de ce droit d'office, le cas échéant avec le concours des parties (art. 16 LDIP). Les normes du droit étranger désigné sont applicables sans égard à leur nature de droit privé ou de droit public (art. 13 LDIP). Les tribunaux suisses peuvent cependant écarter des règles étrangères lorsque leur application conduirait à un résultat incompatible avec l'ordre public suisse (art. 17 LDIP). En outre, certaines règles impératives du droit suisse s'appliquent à la simple condition que le travail soit accompli en Suisse, même si le contrat de travail est régi par un droit étranger, en raison de leur caractère d'ordre public (art. 18 LDIP)⁹⁵.

Lorsque la LDIP s'applique, les notions de domicile, résidence habituelle et établissement sont définies aux art. 20 et 21 LDIP.

1. Le droit applicable en l'absence d'élection de droit

Le contrat de travail est en principe régi par le droit de l'Etat dans lequel le travailleur accomplit habituellement son travail (art. 121 al. 1 LDIP). Lorsque le lieu de travail est en Suisse, le droit suisse est applicable. Le travailleur est ainsi protégé par le droit du pays dans lequel il travaille. De son côté, l'employeur peut soumettre tous ses employés à un régime juridique uniforme⁹⁶. Ce rattachement correspond, en général, aux attentes des parties. Il présente également l'avantage d'éviter un changement du droit applicable dans l'hypothèse où le travailleur est détaché temporairement à l'étranger⁹⁷.

Si le travailleur s'acquitte de ses obligations à l'égard de son employeur dans plusieurs Etats, il faut admettre que le contrat de travail est régi par le droit de l'Etat « où ou à partir duquel, compte tenu de l'ensemble des éléments qui caractérisent [son] activité, le travailleur s'acquitte de l'essentiel de ses obligations à l'égard de son employeur »⁹⁸. Le contrat de travail est donc régi, dans ce cas, par le droit de l'Etat dans lequel se trouve le centre effectif des activités professionnelles.

Ce n'est que dans l'hypothèse où il n'est pas possible de déterminer le centre de gravité de l'activité du travailleur qu'il est possible de se référer au droit de l'Etat de l'établissement de l'employeur (art. 121 al. 2 LDIP). Il faut admettre qu'il doit s'agir d'un établissement qui entretient un lien avec le rapport de travail considéré. La question se pose de savoir s'il s'agit de l'établissement qui a procédé à l'embauche du travailleur ou celui avec lequel

⁹⁵ Voir GUILLAUME, *Droit international privé*, N 79-80, pp. 186-190. Voir aussi FRANZEN, p. 264.

⁹⁶ Voir BONOMI, N 4 *ad* art. 121 LDIP, p. 1046 ; DUTOIT, N 1 *ad* art. 121 LDIP, p. 547.

⁹⁷ DUTOIT, N 2 *ad* art. 121 LDIP, p. 547. Voir *supra* II.A.2.d.

⁹⁸ CJUE, 15 mars 2011, *Heiko Koelzsch c/Etat du Grand-Duché de Luxembourg*, C-29/10, Rec. 2011 I 1595, c. 50. Voir aussi CJUE, *Voogtsgeerd* (note 17), c. 39 s. ; BONOMI, N 7 *ad* art. 121 LDIP, p. 1047 ; DUTOIT, N 2 *ad* art. 121 LDIP, p. 547.

le travailleur est lié lors de l'accomplissement de son travail. La Cour de justice a tranché en faveur de l'établissement qui a procédé à l'embauche du travailleur lors de la conclusion du contrat de travail⁹⁹. Il nous semble que l'art. 121 al. 2 LDIP devrait avoir le même sens, de manière à assurer une interprétation uniforme au niveau de la compétence des tribunaux suisses (voir art. 19 ch. 2 lit. b CL) et au niveau de la désignation du droit applicable par ces mêmes tribunaux¹⁰⁰. Si l'employeur n'a pas d'établissement, le domicile ou la résidence habituelle de l'employeur sont déterminants (art. 121 al. 2 *in fine* LDIP).

Toutefois, s'il est manifeste, compte tenu de l'ensemble des circonstances, que la cause n'a qu'un lien très lâche avec le droit désigné par l'art. 121 al. 1 ou al. 2 LDIP, et se trouve dans une relation beaucoup plus étroite avec un autre droit, les tribunaux suisses peuvent appliquer ce dernier (art. 15 LDIP). Cette règle ne peut cependant intervenir que dans des cas exceptionnels et de façon restrictive¹⁰¹. Suivant les circonstances, la clause d'exception pourrait amener un tribunal suisse à appliquer le droit suisse plutôt que le droit du lieu habituel de travail lorsque, par exemple, les deux parties au contrat de travail sont domiciliées en Suisse et que le travailleur a accompli à l'étranger toutes ses obligations à l'égard de son employeur¹⁰². A notre avis, il n'est en revanche pas possible de recourir à l'art. 15 LDIP lorsque les parties ont convenu du droit applicable, même si l'employeur a abusé de sa position dominante pour imposer le droit de son choix¹⁰³. La clause d'exception n'a pas pour objectif de remédier à une situation inéquitable découlant du jeu

⁹⁹ CJUE, *Voogsgeerd* (note 17), c. 50 (concernant l'interprétation de l'art. 8 par. 3 du Règlement Rome I). La référence à l'établissement qui a procédé à l'embauche du travailleur est constante dans la jurisprudence de la Cour de justice ; voir déjà CJCE, 22 novembre 1978, *Somafer SA c/Saar-Ferngas AG*, aff. 33/78, Rec. 1978 p. 2183, c. 12.

¹⁰⁰ Dans sa jurisprudence sur le contrat de travail, la Cour de justice interprète les critères utilisés en matière de droit applicable de la même manière que ceux utilisés en matière de compétence. Voir GAUDEMET-TALLON, N 300, pp. 390-392.

¹⁰¹ ATF 121 III 246 ; ATF 118 II 79. Voir GUILLAUME, Droit international privé, N 76 s., pp. 182-184.

¹⁰² Voir CJUE, 12 septembre 2013, *Anton Schlecker c/Melitta Josefa Boedeker*, C-64/12, où la loi néerlandaise du lieu habituel de travail a été écartée en faveur du droit allemand dans un cas où le travailleur et l'employeur avaient tous deux leur domicile en Allemagne, alors que le travailleur a travaillé aux Pays-Bas pendant plus de onze ans sans interruption (voir art. 8 par. 4 du Règlement Rome I qui a repris cette jurisprudence). La Cour de justice a précisé qu'il faut « tenir compte de l'ensemble des éléments qui caractérisent la relation de travail et apprécier celui ou ceux qui [...] sont les plus significatifs », en proposant de prendre en considération notamment les éléments suivants : le pays où le salarié s'acquitte des impôts et des taxes afférents aux revenus de son activité, celui dans lequel il est affilié à la sécurité sociale et aux divers régimes de retraite, d'assurance maladie et d'invalidité, ainsi que les paramètres liés à la fixation du salaire ou des autres conditions de travail (c. 40 s.).

¹⁰³ *Contra* : BONOMI, N 13 *ad* art. 121 LDIP, p. 1049, et réf. citées.

des règles de conflit de lois¹⁰⁴. En outre, l'application de la clause d'exception est expressément exclue en cas d'élection de droit (art. 15 al. 2 LDIP).

2. L'élection de droit

Les parties au contrat de travail sont libres de choisir le droit applicable à leur relation juridique¹⁰⁵. Mais l'élection de droit est restreinte en cela que le choix peut se porter soit sur le droit de l'Etat de la résidence habituelle du travailleur, soit sur le droit de l'Etat de l'établissement, du domicile ou de la résidence habituelle de l'employeur (art. 121 al. 3 LDIP). Il s'agit de la seule protection du travailleur prévue par la loi. L'élection de droit désigne en principe les règles de droit matériel d'un Etat, à l'exclusion de ses règles de droit international privé¹⁰⁶.

Le choix du droit de l'Etat dans lequel se trouve le domicile de l'employeur présente l'avantage, pour l'employeur, de pouvoir soumettre tous ses contrats de travail au même droit¹⁰⁷. Une telle élection de droit garantit également l'égalité de traitement entre les travailleurs d'une même entreprise¹⁰⁸ et permet d'assurer la stabilité du droit régissant la relation de travail dans l'hypothèse où le travailleur risque d'être déplacé à l'étranger compte tenu de ses fonctions au sein de l'entreprise. Mais le travailleur domicilié en Suisse qui est employé par une société étrangère peut se voir imposer l'application du droit étranger de l'Etat du domicile de l'employeur, qui pourrait ne pas lui être particulièrement favorable, dans la mesure où il aura rarement la possibilité de négocier effectivement une clause d'élection de droit¹⁰⁹.

Une élection de droit convenue entre un travailleur et un employeur n'est soumise à aucune condition de validité formelle. Elle peut être expresse ou tacite (art. 116 al. 2, 1^{re} phrase LDIP)¹¹⁰. Même si l'accord sur le droit applicable ne doit pas nécessairement être passé par écrit, il est préférable de formaliser l'accord par écrit, par exemple dans une clause du

¹⁰⁴ Voir BUCHER, N 11 *ad* art. 15 LDIP, p. 222.

¹⁰⁵ Le législateur considère que l'élection de droit correspond aux intérêts de l'employeur et du travailleur. Voir CONSEIL FÉDÉRAL, Message LDIP, N 282.26, p. 402.

¹⁰⁶ TF 5A_437/2008 du 23 février 2009. Il n'y a en principe pas de renvoi dans une élection de droit (voir art. 14 al. 1 LDIP).

¹⁰⁷ Voir NORD, qui met en évidence les difficultés rencontrées par les employeurs suisses lorsque leurs travailleurs accomplissent habituellement leur travail en France.

¹⁰⁸ Voir CONSEIL FÉDÉRAL, Message LDIP, N 282.26, p. 402.

¹⁰⁹ Un courant doctrinal conteste l'opportunité de faire une élection de droit en matière de contrat de travail en raison du fait que le travailleur est trop faible économiquement pour s'opposer au choix de loi proposé par l'employeur. A ce sujet, voir FRANZEN, pp. 253-255, et *réf. citées*.

¹¹⁰ TF 4A_619/2016 du 15 mars 2017, c. 2. Les tribunaux d'un Etat membre de l'Union européenne appliquent, quant à eux, l'art. 3 du Règlement Rome I qui exige que le choix de la loi applicable soit exprès ou résulte de façon certaine des dispositions du contrat ou des circonstances.

contrat de travail, pour des raisons de preuve. L'élection de droit peut être convenue par la simple acceptation des conditions générales avec un clic sur internet s'agissant d'un contrat conclu par voie électronique.

L'art. 121 al. 3 LDIP ne protège pas le travailleur contre le risque que la clause d'élection de droit ne soit pas toujours susceptible de négociation individuelle. Le déséquilibre existant entre les droits et obligations des parties à un contrat de travail n'est donc pas pris en considération dans le cadre de l'élection de droit¹¹¹. Mais la protection du travailleur qui accomplit habituellement son travail en Suisse intervient par l'application des dispositions impératives du droit suisse qui font partie de l'ordre public international¹¹². Ces règles sont applicables quel que soit le droit désigné par la LDIP, même si les parties ont convenu du droit régissant leur relation de travail (art. 18 LDIP)¹¹³. Il faut cependant préciser que toutes les règles impératives du droit suisse du travail ne sont pas nécessairement impératives dans le cadre de relations de travail internationales. Les règles impératives du droit suisse du travail ne font partie de l'ordre public international que si elles ne visent pas uniquement à protéger les intérêts des particuliers, mais également des intérêts fondamentaux étatiques, économiques ou sociopolitiques¹¹⁴. Les dispositions de la Loi sur le travail¹¹⁵, par exemple, s'appliquent de façon impérative lorsque le lieu de travail est en Suisse, même si le droit désigné par la LDIP est un droit étranger¹¹⁶. En revanche, les dispositions de cette loi ne sont pas applicables lorsque le lieu de travail est à l'étranger et que les parties ont convenu de l'application du droit suisse¹¹⁷.

Dans certains cas, l'application de règles impératives du travail d'un droit étranger peut également s'imposer « lorsque des intérêts légitimes et manifestement prépondérants au

¹¹¹ Le législateur européen a choisi, pour sa part, de restreindre la liberté de choisir la loi applicable en précisant que « [c]e choix ne peut toutefois avoir pour résultat de priver le travailleur de la protection que lui assurent les dispositions auxquelles il ne peut être dérogé par accord en vertu de la loi qui, à défaut de choix, aurait été applicable » (art. 8 par. 1, 2^e phrase du Règlement Rome I). Les lois de police sont également réservées (art. 9 du Règlement Rome I).

¹¹² Le législateur a précisé que « la partie à protéger doit être assurée de l'application du droit auquel elle se fie de bonne foi et avec l'application duquel elle devait et pouvait compter, compte tenu de toutes les circonstances. ». Voir CONSEIL FÉDÉRAL, Message LDIP, N 282.22, p. 396. L'abus de l'élection de droit est ainsi contraire à l'art. 2 al. 2 CC qui est une loi d'application immédiate (ATF 128 III 201).

¹¹³ ATF 138 III 750, c. 2.5. Dans cet arrêt, le Tribunal fédéral a considéré que l'art. 342 al. 2 CO est une loi d'application immédiate au sens de l'art. 18 LDIP.

¹¹⁴ ATF 136 III 23, SJ 2012 I 172 ; ATF 135 III 614 ; ATF 117 II 494. Voir BONOMI, N 20-24 *ad* art. 121 LDIP, p. 1050 s. ; GUILLAUME, Droit international privé, N 80, p. 189 s.

¹¹⁵ Loi fédérale sur le travail dans l'industrie, l'artisanat et le commerce (Loi sur le travail ; RS 822.11).

¹¹⁶ PÄRLI, p. 248, et réf. citées. Voir aussi WITZIG, Tournant numérique, p. 234, pour d'autres exemples de lois d'application immédiate.

¹¹⁷ ATF 139 III 411, c. 2.4.

regard de la conception suisse du droit l'exigent » (art. 19 LDIP)¹¹⁸. Par exemple, lorsque les parties ont choisi d'appliquer le droit suisse alors que le lieu habituel de travail se trouve à l'étranger, le tribunal suisse saisi d'une action relative au contrat de travail peut, suivant les circonstances, prendre en considération une disposition impérative du droit de l'Etat dans lequel le travailleur accomplit habituellement son travail. Le Tribunal fédéral a relevé que « [d]ans le domaine du contrat de travail, des dispositions protectrices impératives d'un Etat tiers, en particulier du pays du lieu de travail, pourront trouver à s'appliquer par le biais de l'art. 19 LDIP [...]. Il s'agira par exemple de normes impératives – de droit public ou de droit privé – relatives au travail le dimanche et les jours fériés, à la durée maximale du travail, à l'interdiction du travail des enfants, à la prévention des risques et des accidents ou encore au salaire minimal. »¹¹⁹.

C. La reconnaissance et l'exequatur des décisions étrangères

La reconnaissance d'une décision permet d'étendre son effet juridique au-delà du territoire de l'Etat dans lequel elle a été obtenue. Chaque Etat détermine, dans l'exercice de sa souveraineté, si et à quelles conditions il accorde aux décisions rendues à l'étranger des effets juridiques sur son territoire. Si une décision étrangère n'est pas reconnue dans un Etat, elle ne peut pas non plus être exécutée dans cet Etat. Une intervention des autorités d'exécution forcée, par exemple pour saisir les biens de la personne condamnée au paiement d'une somme d'argent, n'est pas possible sans reconnaissance préalable de la décision étrangère. Il convient donc de s'assurer, avant d'introduire une action en justice, si la décision au fond pourra être reconnue et exécutée à l'étranger, notamment dans l'Etat du domicile du futur débiteur.

La reconnaissance et l'exequatur d'une décision étrangère relative à une prétention découlant d'un contrat de travail intervient conformément aux dispositions de la Convention de Lugano lorsqu'elle provient d'un Etat contractant (1.), respectivement de la LDIP dans les autres cas (2.).

1. L'application de la Convention de Lugano

Toute décision rendue, en matière civile et commerciale, dans un Etat lié par la Convention de Lugano est reconnue dans les autres Etats contractants aux conditions et selon la

¹¹⁸ Voir BONOMI, N 25 *ad* art. 121 LDIP, p. 1051 ; GUILLAUME, Droit international privé, N 81, pp. 190-193.

¹¹⁹ ATF 136 III 392, c. 2.3.3.1. Dans cet arrêt, le Tribunal fédéral a considéré qu'une norme impérative du droit du travail panaméen, accordant une indemnité en cas de licenciement, ne pouvait pas être qualifiée de loi d'application immédiate au sens de l'art. 19 LDIP.

procédure fixées dans cette convention (art. 32 ss CL). Peu importe que le défendeur soit domicilié dans un Etat contractant ou non. La Convention de Lugano prévoit une reconnaissance de plein droit des décisions rendues dans un Etat contractant dans tous les autres Etats contractants (art. 33 par. 1 CL)¹²⁰. Toutefois, si la décision doit être exécutée dans l'Etat reconnaissant avec le concours des autorités de cet Etat, il est nécessaire d'introduire une procédure de reconnaissance et d'exequatur dans cet Etat (art. 38 par. 1 CL). Par exemple, une décision relative à un contrat de travail rendue en France condamnant l'employeur dont le siège se trouve en Suisse à verser un certain montant au travailleur devra faire l'objet d'une procédure de reconnaissance et d'exequatur en Suisse pour obtenir le concours des autorités suisses d'exécution forcée. Cette procédure se déroulera, en général, devant le juge de la mainlevée de l'opposition¹²¹. La décision française sera reconnue et déclarée exécutoire si elle remplit les conditions de reconnaissance définies par la Convention de Lugano (art. 34 à 36 CL)¹²².

Lorsque la Convention de Lugano s'applique, la compétence internationale de l'autorité qui a rendu la décision n'est en principe pas contrôlée lors de la reconnaissance de la décision dans un autre Etat contractant. En particulier, le contrôle de la compétence indirecte n'est pas prévu en matière de contrat de travail¹²³. Cela signifie qu'une décision qui a été rendue à un autre for que ceux prescrits dans la Section 5 du Titre 2 de la Convention de Lugano doit néanmoins être reconnue et exécutée dans tous les autres Etats contractants. Il en va de même en cas de prorogation de compétence. Le non-respect d'un accord d'élection de for exclusif n'est pas un motif de refus de reconnaissance entre les Etats liés par la Convention de Lugano.

En matière de contrat de travail, l'effet protecteur des règles juridictionnelles s'arrête donc au niveau de la compétence directe des tribunaux. Il appartient par conséquent au défendeur de faire valoir, le cas échéant, son droit à une protection juridictionnelle devant le tribunal saisi de la demande au fond. S'il ne conteste pas la compétence de ce tribunal, la décision au fond aura un effet juridique dans tous les Etats liés par la Convention de Lugano même si les règles de compétence protectrices prescrites dans cette convention n'ont pas été respectées. Par exemple, si le contrat de travail contient une clause de prorogation de compétence prévoyant la compétence exclusive des tribunaux de l'Etat du domicile de l'employeur et qu'une décision est obtenue dans cet Etat, cette décision sera reconnue dans tous les autres Etats liés par la Convention de Lugano même si la clause d'élection de for n'est pas valable au sens de l'art. 21 CL¹²⁴. La question de la compétence

¹²⁰ Voir GUILLAUME, Droit international privé, N 104, pp. 251-257.

¹²¹ Voir GUILLAUME, Droit international privé, N 105, pp. 257-260.

¹²² Voir GUILLAUME, Droit international privé, N 95-102, pp. 225-248.

¹²³ L'art. 35 CL ne prévoit pas de contrôler la compétence indirecte en matière de contrat de travail.

¹²⁴ Voir *supra* II.A.1.d.

des tribunaux doit donc faire l'objet d'un examen très attentif au moment de l'introduction de l'instance.

On précisera que la Convention de Lugano n'est pas applicable pour la reconnaissance et l'exequatur de décisions entre Etats membres de l'Union européenne. Conformément au Règlement Bruxelles I^{bis}, une décision rendue en matière civile et commerciale dans un Etat membre de l'Union européenne peut être exécutée sans procédure de reconnaissance et d'exequatur dans tous les autres Etats membres si la personne contre laquelle l'exécution est requise ne s'y oppose pas. Mais la Convention de Lugano s'applique dans les Etats membres de l'Union européenne lorsque la décision provient d'un Etat lié par la Convention de Lugano qui n'est pas un Etat membre. Une décision suisse sera, par exemple, reconnue et exécutée en Italie conformément aux dispositions de la Convention de Lugano.

2. L'application de la LDIP

Lorsque la décision étrangère n'entre pas dans le champ d'application de la Convention de Lugano, elle peut être reconnue en Suisse aux conditions fixées dans la LDIP. Une décision rendue, par exemple, à Singapour, concernant une prétention relevant d'un contrat de travail entre un employeur dont le siège se trouve en Suisse et un travailleur domicilié à Singapour aura un effet juridique sur territoire helvétique après avoir été reconnue et déclarée exécutoire en Suisse. La reconnaissance intervient dans une procédure au cours de laquelle les conditions de reconnaissance sont examinées par l'autorité compétente (art. 25 ss LDIP). Cette procédure se déroulera, en général, devant le juge de la mainlevée de l'opposition¹²⁵.

Contrairement au régime prescrit par la Convention de Lugano, la LDIP impose un contrôle obligatoire de la compétence internationale du tribunal qui a rendu la décision (art. 25 lit. a LDIP). Cette compétence sera reconnue, notamment, lorsque le tribunal étranger qui a statué au fond est celui qui a été choisi par les parties au contrat de travail, au moyen d'une élection de for valable au sens de l'art. 5 LDIP¹²⁶ (art. 26 lit. b LDIP) ou suite à une acceptation tacite de compétence de la part du défendeur (art. 26 lit. c LDIP). A défaut, la compétence du tribunal étranger sera reconnue (art. 26 lit. a LDIP) notamment lorsque la décision a été rendue dans l'Etat du domicile du défendeur (art. 149 al. 1 lit. a LDIP), dans l'Etat de la résidence habituelle du défendeur si la créance se rapporte à une activité exercée dans cet Etat (art. 149 al. 1 lit. b LDIP), ou dans l'Etat dans lequel le travail est accompli si le travailleur n'est pas domicilié en Suisse (art. 149 al. 2 lit. c LDIP).

¹²⁵ Voir GUILLAUME, Droit international privé, N 95-103, pp. 225-250 et N 105, pp. 257-260.

¹²⁶ Voir *supra* II.A.2.c.

III. Le contrat de travail international dans l'environnement des plateformes numériques

Les règles de droit international privé peuvent également s'appliquer lorsque le contrat de travail est formalisé par le biais d'internet. Elles auront même fréquemment l'occasion d'intervenir dans ce contexte, tant l'utilisation d'internet favorise l'apparition d'éléments d'extranéité dans les relations juridiques entre les individus.

L'internationalisation des relations juridiques peut être constatée notamment dans l'environnement des plateformes numériques (ou plateformes en ligne ; *digital platforms*). Lorsqu'un contrat est conclu grâce aux services d'intermédiation d'une plateforme numérique, la personne qui commande un bien ou un service peut être d'autant plus facilement dans un autre Etat que celui dans lequel se trouve la personne qui fournit le bien ou le service, sans que ces personnes n'aient nécessairement de lien avec l'Etat dans lequel est localisée la plateforme elle-même. Ce genre de situation, qui se présente notamment dans l'environnement des plateformes numériques de travail (ou plateformes de prestation de travail ; *digital labour platforms*), pose de nouveaux défis juridiques, notamment dans le domaine du droit international privé.

Dans cette deuxième partie, nous allons examiner les principales caractéristiques des plateformes numériques de travail (A.) et analyser s'il est possible de qualifier de contrat de travail la relation entre les plateformes et leurs prestataires de services (B.). Sur cette base, nous déterminerons comment les règles de droit international privé s'appliquent aux relations juridiques entre les plateformes numériques de travail et leurs utilisateurs (C.).

A. La notion de plateforme numérique de travail

Les plateformes numériques de travail offrent des nouvelles formes d'emplois informels dont l'attractivité repose essentiellement sur la perspective d'obtenir du travail rémunéré librement exercé. Plus précisément, ces plateformes offrent des services d'intermédiation en ligne qui consistent essentiellement à mettre en relation clients et prestataires de services (1.). Les prestations offertes par l'intermédiaire des plateformes peuvent être effectuées entièrement en ligne (*online*) ou hors ligne (*offline*) selon le modèle de plateforme (2.).

1. L'activité d'intermédiation des plateformes numériques de travail

Les plateformes numériques de travail sont à l'origine d'une nouvelle forme d'économie décrite comme une économie des petits boulots (a). Cette économie est fondée sur une

relation tripartite impliquant la plateforme, le client et le prestataire de services (b). Il convient cependant de préciser que la plateforme est un environnement numérique composé d'algorithmes informatiques et dénué de toute personnalité juridique. C'est donc par commodité qu'il est fait référence à la plateforme : ce sont les personnes ou la société gérant et entretenant la plateforme qui sont, le cas échéant, parties à la relation juridique.

a) La *gig economy*

Une plateforme numérique de travail est un espace virtuel, qui est accessible par des moyens électroniques (ordinateur, tablette, smartphone), dont le rôle est de mettre en place un marché du travail en distribuant le travail entre un prestataire (offre) et un client pour lequel le travail est effectué (demande)¹²⁷. Il s'agit donc d'un environnement numérique favorisant les échanges économiques au moyen d'un opérateur qui a un rôle central d'intermédiaire et qui assume une double fonction de régulation et de supervision¹²⁸. L'opérateur n'est pas nécessairement une personne, dès lors que ce rôle peut être confié à des algorithmes informatiques.

Les plateformes numériques de travail font partie d'une nouvelle forme d'économie du partage (*sharing economy*) – ou d'économie à la demande (*on-demand economy*) – réunissant l'ensemble des plateformes numériques qui permettent de mettre en relation les offreurs et les demandeurs de biens ou services au moyen d'internet¹²⁹. Dans ce système économique, les plateformes numériques de travail forment l'économie des petits boulots (ou économie des tâches ponctuelles ; *gig economy*), dénommée ainsi en raison du fait qu'elle profite à des travailleurs à la tâche (*freelancers*) qui sont aussi désignés par les termes « travailleurs du clic » (*clickworkers*) ou « micro-travailleurs » (*microtaskers*) ou, plus simplement, « travailleurs du numérique » (*digital workers*). Cette économie est souvent décrite comme *low cost* dans la mesure où la majorité des tâches proposées par les principales plateformes numériques de travail sont peu lucratives.

Les personnes offrant leurs services par l'intermédiaire des plateformes sont attirées par la possibilité de travailler à distance ainsi que par la souplesse temporelle, spatiale et

¹²⁷ Définition inspirée de SIGNORINI, p. 327. Voir aussi SMORTO, pp. 115-117.

¹²⁸ Voir RODRIGUEZ-DE-LAS-HERAS BALLELL, *Electronic Platforms*, p. 6 s.

¹²⁹ Les plateformes numériques regroupent un large éventail d'activités. Voir COMMISSION EUROPÉENNE, *Plateformes*, p. 2 s., pour un descriptif des principales caractéristiques communes des plateformes numériques. L'Union européenne est en train d'établir des règles pour améliorer l'équité des pratiques commerciales des plateformes afin d'« assurer un environnement juridique équitable, prévisible, durable et inspirant confiance [...] dans l'économie des plateformes en ligne et d'empêcher toute nouvelle fragmentation juridique du marché unique numérique ». Voir la proposition de Règlement du Parlement européen et du Conseil promouvant l'équité et la transparence pour les entreprises utilisatrices des services d'intermédiation en ligne du 26 avril 2018, COM(2018) 238 final.

organisationnelle de cette forme de travail. A ces avantages sont cependant opposés les inconvénients qui sont liés essentiellement au manque de stabilité, à la rémunération modique et à un accès réduit à la protection sociale¹³⁰. La portée de ces risques dépend cependant de l'intensité de l'utilisation des services d'intermédiation des plateformes pour obtenir du travail rémunéré. S'il est vrai que certaines personnes concentrent leur activité professionnelle sur les plateformes numériques de travail, la plupart des prestataires n'ont recours à leurs services que de façon ponctuelle pour compléter une autre source de revenus.

b) La relation tripartite entre plateforme, client et prestataire

L'environnement des plateformes numériques de travail remet en question le modèle traditionnel du droit du travail, fondé sur la relation bilatérale entre l'employeur et le travailleur, en le remplaçant par une relation tripartite entre le client (i.e. la personne qui souhaite qu'une prestation soit effectuée pour elle), le prestataire (i.e. la personne qui fournit la prestation) et la plateforme (i.e. l'entité qui met en relation le client et le prestataire).

La relation entre la plateforme et ses utilisateurs, qui est au centre du système, intervient toujours en ligne¹³¹. Elle est, en général, régie par un contrat d'adhésion assorti de conditions générales qui déterminent les droits et obligations des parties. Le rôle de la plateforme, qui varie d'une plateforme à l'autre, peut être limité aux services d'intermédiation (i.e. de mise en relation des utilisateurs) ou être plus étendu en intégrant la fourniture de services. Cette relation verticale est complétée, au niveau horizontal, par la relation entre les utilisateurs qui interagissent entre eux. Cette relation concerne non seulement l'échange de prestations, qui peuvent intervenir uniquement en ligne ou dans le monde réel, mais également l'évaluation de la réputation des utilisateurs, laquelle est faite en ligne et est accessible à la communauté des utilisateurs. Cette évaluation a aussi une incidence sur la relation verticale lorsque la plateforme est habilitée à favoriser ou sanctionner ses utilisateurs en fonction de leur réputation.

La relation horizontale entre le client et le prestataire n'a pas encore réellement intéressé les tribunaux. Cela s'explique probablement par le fait que ces deux personnes ne se connaissent souvent pas. Certaines plateformes sont en effet conçues de manière à ce que l'identité des prestataires de services en ligne ne soit pas connue des clients, de manière à éviter que leurs services d'intermédiation ne soient court-circuités. Prestation et paiement peuvent ainsi transiter par la plateforme tout en conservant l'anonymat du client et du

¹³⁰ Voir CHERRY/DE STEFANO, p. 214 s., et réf. citées ; ESCANDE-VARNIOL, p. 257. Voir aussi CONSEIL FÉDÉRAL, Rapport Conditions-cadre, pp. 51-58.

¹³¹ Sur le fonctionnement des plateformes, en général, voir RODRIGUEZ-DE-LAS-HERAS BALLELL, Platform Economy, pp. 63-69. Voir aussi GARBEN, pp. 8-13.

prestataire. A l'écueil de l'anonymat s'ajoute le fait que les litiges entre clients et prestataires sont souvent de faible valeur. Les utilisateurs sont par conséquent souvent découragés par la perspective d'une action en justice compliquée et coûteuse. Les plateformes sont néanmoins conscientes que la satisfaction de leurs utilisateurs implique, notamment, qu'ils puissent obtenir réparation en cas de litige. Pour cette raison, certaines plateformes offrent des modes de résolution des litiges en ligne plus ou moins performants¹³². Il en résulte une sorte d'écosystème fermé qui échappe à la justice étatique.

La relation verticale entre la plateforme et le prestataire¹³³ a davantage suscité l'intérêt des tribunaux compte tenu des liens étroits existant entre ces deux parties. La plupart des plateformes numériques de travail ne se considèrent pas comme un employeur, mais comme une entité, ou plutôt un système, dont le rôle est limité à l'établissement de la connexion entre le client et le prestataire. Les plateformes ne sont, en principe, pas disposées à assumer les obligations découlant de l'existence d'un contrat de travail et visant à protéger les travailleurs¹³⁴. Les conditions générales des plateformes excluent aussi, en principe, la conclusion d'un contrat de travail entre le prestataire et le client. Toute responsabilité de la plateforme dans la relation entre le client et le prestataire y est également, en principe, exclue. Les conditions générales des plateformes précisent, la plupart du temps, que le prestataire est un travailleur indépendant. L'utilisation des termes « prestataire de services » et « client » est révélatrice de cette volonté d'écarter le droit du travail de l'environnement des plateformes.

Pour mieux comprendre la relation juridique qui se forme entre la plateforme et le prestataire, il convient d'examiner de plus près le fonctionnement des plateformes numériques de travail.

2. Les modèles de plateformes numériques de travail

Les plateformes numériques de travail offrent des services d'intermédiation qui s'inscrivent dans divers modèles de fonctionnement. L'absence d'homogénéité entre les plateformes rend difficile leur classification. Il est néanmoins possible d'identifier deux éléments qui permettent de différencier les plateformes numériques de travail. Le premier critère est le lieu où la prestation de service est effectuée. Certaines plateformes regroupent des prestations qui doivent être effectuées en des lieux déterminés physiquement, alors que d'autres regroupent des prestations qui peuvent être effectuées n'importe où. Le second critère est celui de l'offre. Certaines plateformes regroupent des prestations qui doivent

¹³² Voir KATSCH/RABINOVICH-EINY, pp. 131-148.

¹³³ La relation verticale entre la plateforme et le client ne sera pas examinée davantage, dès lors qu'elle ne relève, en général, pas de la qualification « contrat de travail ».

¹³⁴ Voir SIGNORINI, p. 327.

être effectuées par une personne déterminée, alors que d'autres regroupent des prestations qui peuvent être effectuées par n'importe qui.

Sur la base de ces deux critères, on peut distinguer deux grands modèles de plateformes numériques de travail¹³⁵. Le premier modèle est celui des plateformes offrant à une multitude de personnes une prestation qui doit être effectuée entièrement en ligne (a). Le second est celui des plateformes offrant à une seule personne une prestation qui doit être effectuée dans le monde réel (b). Mais il convient de conserver à l'esprit que ce classement ne reflète pas entièrement la réalité, dès lors que chaque plateforme a ses propres caractéristiques.

a) Les plateformes offrant des prestations entièrement en ligne

Certaines plateformes offrent des prestations qui s'effectuent entièrement en ligne, par ordinateur, tablette ou smartphone, sans requérir la présence physique du prestataire. Il s'agit, par exemple, de services de traduction, graphisme, marketing, coaching, développement informatique, etc. On peut citer, pour ce modèle de plateforme, *TaskRabbit*, *Amazon Mechanical Turk*, *Upwork*, *Freelancer*, *OpenWork* et *Gengo*.

Ce modèle de plateforme regroupe des clients, qui sont généralement des entreprises, et des prestataires qui sont mis en concurrence à très grande échelle. Le rôle de la plateforme consiste à mettre en relation un nombre indéfini de personnes, qui sont connectées entre elles par internet, et ce potentiellement à l'échelle mondiale. Le terme *crowdworking* (travail par un grand nombre de personnes) désigne ce type d'activité où une prestation de travail est, en quelque sorte, mise aux enchères sur une plateforme numérique.

b) Les plateformes offrant des prestations dans le monde réel

D'autres plateformes offrent des prestations matérielles qui s'effectuent dans le monde réel. Il s'agit, par exemple, de services de transport, livraison, covoiturage, voyage, nettoyage, peinture, montage de meubles, etc. On peut citer, pour ce modèle de plateforme qui nécessite une présence physique du prestataire, *Uber*, *Deliveroo*, *BlaBlaCar*, *Booking*, *Mobility*, *YoupiJob* et *Batmaid*.

Le travail est effectué à la demande et, en général, en présence du prestataire et du client qui est souvent une personne physique. Le rôle de la plateforme consiste à mettre en

¹³⁵ Voir DÄUBLER, §17 N 2-6, pp. 438-440 ; DE STEFANO, pp. 2-6. Pour un essai de typologie plus précise, voir CONSEIL FÉDÉRAL, Rapport Numérisation Emploi, p. 40. Ce rapport distingue également deux grands modèles de plateformes numériques de travail : celles offrant un « travail participatif » (*crowdwork*) et celles offrant un « travail à la demande par le biais d'applications ou d'internet » (*work on-demand via apps or internet*).

relation deux personnes qui se trouvent géographiquement proches l'une de l'autre, au moyen d'internet ou d'une application se trouvant sur un smartphone ou une tablette.

B. L'existence d'un contrat de travail entre la plateforme et le prestataire

L'activité des prestataires de services est généralement décrite par les plateformes comme une activité indépendante. Mais la question se pose de savoir si les prestataires pourraient être considérés comme liés à la plateforme par un contrat de travail¹³⁶. A ce titre, le Conseil fédéral a relevé qu'« [e]n règle générale, les travailleurs de plateforme ne sont pas engagés à un poste fixe en vertu d'un contrat de travail classique, mais accomplissent des missions sur demande. On se trouve donc ici en présence de formes d'occupation dites atypiques. Ces nouvelles formes d'occupation brouillent la distinction entre activité dépendante et indépendante et soulèvent une série de questions. »¹³⁷. Le Conseil fédéral en conclut que le travail du prestataire peut être dépendant ou indépendant, en fonction des circonstances¹³⁸.

La réponse à la question de savoir s'il est possible d'admettre l'existence d'un contrat de travail entre la plateforme et ses prestataires dépend de la qualification de cette relation juridique (1.). L'activité du prestataire peut être requalifiée, dans certains cas, en contrat de travail en fonction des caractéristiques de la plateforme considérée (2.).

1. La qualification de la relation entre la plateforme et le prestataire

En Suisse, la qualification d'une relation juridique entre deux personnes est réalisée sur la base du contenu du contrat et de la réalité des rapports entre les parties. Les tribunaux suisses qualifient en principe une relation juridique en se référant aux catégories du droit suisse (a). Cette qualification est très importante pour déterminer les règles de droit international privé applicables aux relations juridiques entre les plateformes numériques de travail et leurs prestataires (b).

¹³⁶ Voir DÄUBLER, §18 N 20, p. 459 ; DE STEFANO, pp. 6-9 ; ESCANDE-VARNIOL, pp. 259-261.

¹³⁷ CONSEIL FÉDÉRAL, Rapport Numérisation Emploi, p. 54.

¹³⁸ CONSEIL FÉDÉRAL, Rapport Numérisation Emploi, p. 56 s. Voir aussi CONSEIL FÉDÉRAL, Rapport Conditions-cadre.

a) La qualification *lege fori*

La qualification de la relation entre la plateforme et ses prestataires est au centre de la problématique des plateformes numériques de travail. Si cette relation peut être qualifiée de contrat de travail, le prestataire peut invoquer les normes protectrices du droit du travail pour contester notamment le salaire et les conditions de travail¹³⁹. L'enjeu pratique est extrêmement important compte tenu du nombre très élevé de personnes travaillant « pour » une plateforme numérique de travail à travers le monde.

Lorsqu'un tribunal suisse est saisi d'une action en justice, il doit déterminer la nature de l'action par référence aux catégories du droit suisse (qualification *lege fori*), sans égard au droit étranger éventuellement applicable à la solution du litige, d'après la prétention élevée par la partie demanderesse et les motifs que celle-ci invoque¹⁴⁰. La qualification est réalisée en examinant les éléments caractéristiques de la relation juridique, indépendamment de la dénomination du contrat donnée par les parties. Le fait que le service soit décrit par les parties, ou l'une des parties, comme une activité indépendante n'est donc pas un élément déterminant pour la qualification.

Lorsque la prestation offerte par l'intermédiaire d'une plateforme numérique de travail présente un élément de durée, un rapport de subordination et un salaire, la relation entre la plateforme et le prestataire est susceptible d'être requalifiée par un tribunal suisse de contrat de travail (voir art. 319 al. 1 CO)¹⁴¹.

b) L'importance de la qualification pour les règles de conflit

La qualification de la relation entre la plateforme et ses prestataires est non seulement utile pour établir si les normes protectrices du droit du travail peuvent être invoquées, mais aussi pour déterminer quelles règles de droit international privé s'appliquent. Ces règles interviennent lorsque la relation considérée présente un élément d'extranéité.

La relation entre la plateforme et ses prestataires est, la plupart du temps, internationale ou potentiellement internationale. S'agissant des plateformes offrant des prestations entièrement en ligne, elles s'adressent, en général, à des prestataires se trouvant n'importe où. Le seul élément déterminant consiste dans la possibilité de se connecter à internet et d'effectuer la prestation en ligne. Il s'agit donc d'une relation qui, par définition, est potentiellement rattachée au territoire de plus d'un Etat. Quant aux plateformes offrant des prestations dans le monde réel, elles ont un champ d'activité davantage localisé. Dans ce

¹³⁹ Pour un aperçu des règles applicables en droit suisse, en droit des contrats et en droit des assurances sociales, voir WITZIG, Ubérisation.

¹⁴⁰ Au sujet de la qualification *lege fori*, voir GUILLAUME, Droit international privé, N 71, pp. 164-168.

¹⁴¹ Voir CONSEIL FÉDÉRAL, Rapport Conditions-cadre, pp. 59-64, pour un résumé des règles applicables en droit suisse pour qualifier une relation juridique de contrat de travail.

cas, la relation entre la plateforme et le prestataire est internationale, en tout cas, lorsque le domicile des personnes ou de la société gérant et entretenant la plateforme se trouve dans un autre Etat que celui du domicile du prestataire, ou lorsque ce dernier doit exécuter sa prestation dans un autre Etat que celui de son domicile. Au vu de la difficulté à déterminer, en pratique, si la relation entre la plateforme et le prestataire présente un élément d'extranéité, il nous semble qu'il faut reconnaître, de façon générale, que cette relation est internationale.

En droit international privé, lorsque le prestataire est un travailleur indépendant, sa relation avec la plateforme est qualifiée de fourniture d'une prestation de service. Dans ce cas, les règles de droit international privé ordinaires régissant les contrats s'appliquent¹⁴². Le prestataire de services ne bénéficie pas d'une protection particulière en droit international privé. Il n'y a pas de fors protecteurs prescrits en faveur du prestataire de services ; il n'y a pas non plus de limite à la possibilité de désigner les tribunaux compétents au moyen d'une élection de for et de choisir le droit applicable au moyen d'une élection de droit. En revanche, la qualification « contrat de travail » entraîne l'application de règles de conflit spéciales visant à protéger le travailleur¹⁴³.

L'enjeu de la qualification se situe essentiellement au niveau de la compétence internationale des tribunaux. En effet, la même prestation ne va pas nécessairement être qualifiée de la même manière dans tous les pays¹⁴⁴. La qualification *lege fori* a pour conséquence que le juge doit examiner les éléments caractéristiques du contrat de travail tels que prévus dans le droit matériel de son Etat. Or, ces éléments ne sont pas définis de façon identique dans tous les ordres juridiques. En outre, même si une relation juridique est qualifiée de contrat de travail dans plusieurs pays, elle ne sera pas nécessairement régie par la même loi dans tous ces pays. Le droit applicable au contrat de travail est en effet déterminé par les règles de droit international privé du for, lesquelles ne sont pas identiques d'un Etat à l'autre. Le recours à des critères de rattachement différents conduira à l'application de lois différentes en fonction du juge saisi. Il peut en résulter plus ou moins de droits pour le travailleur en fonction de ce qui est prévu dans la loi applicable au contrat.

Lorsqu'il est permis de saisir les tribunaux de plusieurs Etats pour faire valoir une prétention en justice, un examen attentif des règles de droit international privé est nécessaire afin de pouvoir procéder à une analyse comparative des règles applicables à la qualification de la relation entre la plateforme et le prestataire, d'une part, et de déterminer le droit régissant cette relation, d'autre part. Cet examen est d'autant plus important que la

¹⁴² En matière de compétence, voir l'art. 2 par. 1 CL, l'art. 5 ch. 1 CL et l'art. 23 CL ; l'art. 5 LDIP, l'art. 112 LDIP et l'art. 113 LDIP. En matière de droit applicable, voir les art. 116 et 117 LDIP.

¹⁴³ Voir *supra* II.

¹⁴⁴ Pour un aperçu de la qualification de l'activité du prestataire travaillant « pour » une plateforme dans les divers Etats membres de l'Union européenne, voir GARBEN, pp. 29-71.

question de la qualification de la relation juridique entre une plateforme numérique de travail et ses prestataires a reçu des réponses très variées dans les différents Etats dont les tribunaux ont déjà eu l'occasion de se prononcer.

2. La requalification de l'activité du prestataire en contrat de travail

La question de la qualification de la relation juridique entre une plateforme numérique de travail et ses prestataires est à l'origine de nombreuses décisions judiciaires qui ont examiné les caractéristiques de la relation juridique pour déterminer si le prestataire peut être considéré comme un indépendant, comme le souhaiteraient la plupart des plateformes, ou doit être considéré comme lié par un contrat de travail avec la plateforme, comme le souhaiteraient de plus en plus de prestataires. Un bref aperçu des décisions rendues récemment à travers le monde, en lien avec les plateformes offrant des services de transport ou de livraison, permettra de se convaincre de l'importance de la qualification (a). Ces décisions pourraient servir d'inspiration aux tribunaux suisses qui seront amenés à examiner si la relation juridique entre une plateforme numérique de travail et ses prestataires peut être qualifiée de contrat de travail dans l'ordre juridique suisse (b). Mais il faut reconnaître que le seul élément qui ressort vraiment de ces décisions étrangères est que la qualification doit être faite de cas en cas, en fonction des caractéristiques de la plateforme considérée (c).

a) La situation au niveau international

La qualification de la relation juridique entre la plateforme *Uber* et ses chauffeurs, qui contestent la qualification de travailleurs indépendants prévue dans leur contrat, a été examinée par les tribunaux de plusieurs Etats américains. Après une multitude de décisions contradictoires rendues dans différents Etats américains¹⁴⁵, une District Court a finalement refusé, au printemps 2018, de requalifier en contrat de travail la relation juridique entre la plateforme *Uber* et ses chauffeurs¹⁴⁶. Cette décision a aujourd'hui valeur de précédent.

En revanche, en France, la Cour d'appel de Paris a requalifié le contrat avec *Uber* en contrat de travail, en janvier 2019, après avoir admis l'existence d'un lien de subordination sur la base d'un faisceau d'indices, parmi lesquels le pouvoir de contrôle et de sanction de

¹⁴⁵ Pour un aperçu des décisions américaines, voir p.ex. DE STEFANO, pp. 15-18. LOBEL, pp. 6-9, relève que la qualification « contrat de travail » en droit américain est très complexe.

¹⁴⁶ U.S. District Court for the Eastern District of Pennsylvania, 11 avril 2018, *Ali Razak c/Uber Technologies Inc.*, N 16-573, Case 2:16-cv-00573-MMB.

la plateforme ont joué un rôle déterminant¹⁴⁷. Cette décision aura probablement une influence sur le Conseil des Prud'hommes de Paris, lequel avait rendu précédemment une décision en sens inverse¹⁴⁸. En Allemagne, la doctrine penche également en faveur de l'existence d'un contrat de travail entre *Uber* et ses chauffeurs¹⁴⁹.

En Angleterre, la Court of Appeal a adopté une position intermédiaire en décidant, en décembre 2018, que les chauffeurs *Uber* doivent être qualifiés de *workers*, à savoir un statut entre le travailleur (*employee*) et l'indépendant garantissant certains droits tels qu'un salaire minimum et un droit aux vacances¹⁵⁰.

La relation juridique entre la plateforme *Deliveroo* et ses livreurs à vélo, qui contestent également la qualification de travailleurs indépendants prévue dans leur contrat, a été examinée, en 2018, par les tribunaux belges, espagnols et anglais. Les décisions belge et espagnole admettent une requalification en contrat de travail, notamment en raison du fait que les livreurs n'ont pas la liberté d'organiser leur activité, reçoivent des instructions précises quant à la livraison et subissent un contrôle important, voire des sanctions, de la part de *Deliveroo*. En revanche, en Angleterre, la High Court a décidé que les livreurs à vélo *Deliveroo* ne peuvent pas être qualifiés de travailleurs au sens du droit anglais (ni des *employees* ni des *workers*), dès lors qu'ils ne sont pas obligés de fournir le service personnellement.

Ces décisions contradictoires montrent à quel point la qualification de la relation juridique entre une plateforme numérique de travail et ses prestataires dépend de la manière dont la notion de contrat de travail est définie dans l'ordre juridique du for. Les tribunaux des différents Etats n'appliquent en effet pas exactement les mêmes critères pour déterminer l'existence d'une relation de travail.

¹⁴⁷ Voir JULIEN/MAZUYER, qui détaillent le rôle pivot de la plateforme dans la relation entre le client et le prestataire. Ces auteurs déduisent de l'utilisation, par la plateforme, d'algorithmes d'affectation et de tarification ainsi que de systèmes de notation et d'évaluation l'existence d'une « intense subordination du travailleur » et donc d'un contrat de travail entre *Uber* et ses chauffeurs. *Uber* a recouru contre cette décision devant la Cour de cassation.

¹⁴⁸ Après avoir décidé, en janvier 2018, qu'un chauffeur *Uber* n'est pas un travailleur, le Conseil des Prud'hommes de Paris est en train de réexaminer cette question dans le cadre d'une affaire opposant *Uber* à neuf chauffeurs.

¹⁴⁹ DÄUBLER, §17 N 21-25, pp. 446-448, et réf. citées.

¹⁵⁰ England and Wales Court of Appeal, 19 décembre 2018, *Uber c/Aslam*, [2018] EWCA Civ 2748. *Uber* a recouru contre cette décision devant la Supreme Court.

b) La situation en Suisse

En Suisse, la question de la qualification de la relation entre les plateformes numériques de travail et leurs prestataires est controversée¹⁵¹.

En particulier, la plateforme *Uber* a déjà fait couler beaucoup d'encre. Dans la mesure où chaque chauffeur est libre des modalités d'exécution de la prestation et utilise ses propres moyens (voiture et smartphone), la relation juridique s'écarte de la qualification « contrat de travail » et les chauffeurs pourraient ainsi être considérés comme des indépendants¹⁵². De même, la possibilité de se connecter librement à la plateforme, la liberté d'accepter ou de refuser les offres, la possibilité de travailler pour d'autres plateformes ou d'autres personnes, ainsi que la liberté dans la fixation du prix ou des modalités d'exécution de la prestation seraient des éléments en faveur d'une qualification d'activité indépendante¹⁵³. En revanche, lorsque la plateforme structure la relation avec les prestataires, « en termes de présence sur la plateforme, de prix, de qualité de la prestation ou sous forme d'indications quant à la manière de l'exécuter ou d'évaluation assortie le cas échéant de sanctions », il serait possible d'admettre l'existence d'un contrat de travail¹⁵⁴. Une décision du Tribunal fédéral sur la qualification de la relation entre *Uber* et ses chauffeurs est attendue avec impatience pour clarifier cette situation controversée.

Le Tribunal fédéral a déjà eu l'occasion d'analyser le modèle économique d'*Uber* dans un arrêt examinant si cette société tombait dans le champ d'application d'un règlement sur les taxis. Dans cet arrêt, il a constaté qu'« il apparaît que les prestations [d'*Uber*] 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* »¹⁵⁵. Dans la mesure où le Tribunal fédéral considère que l'activité d'*Uber* va au-delà d'une simple activité d'intermédiation, il n'est pas exclu qu'il admette, dans une décision ultérieure, l'existence d'un contrat de travail.

¹⁵¹ Voir ZEIN, p. 722 s., et réf. citées. Voir aussi RIHM et GÄCHTER/MEIER, concernant la requalification du contrat avec *Uber* en contrat de travail au sens des assurances sociales.

¹⁵² Un avis de droit de la prof. BETTINA KAHIL-WOLF, datant de 2017 et abondamment cité par la presse, arrive à la conclusion que l'activité des chauffeurs *Uber* n'est pas celle des salariés au sens de l'AVS.

¹⁵³ ZEIN, p. 720.

¹⁵⁴ ZEIN, p. 720. Un avis de droit du prof. KURT PÄRLI, datant de 2016 et abondamment cité par la presse, arrive à la conclusion que l'activité des chauffeurs *Uber* doit être requalifiée en contrat de travail.

¹⁵⁵ TF 2C_500/2016 du 31 octobre 2016, c. 3.4.

Au niveau de l'Union européenne, la Cour de justice s'est également intéressée à la qualification des contrats passés entre *Uber* et ses chauffeurs dans le cadre de deux décisions visant à déterminer si cette plateforme relève du transport au même titre que les taxis. La Cour a considéré que tel est bien le cas, tout en qualifiant le service offert par cette plateforme de « service d'intermédiation [...] qui a pour objet, au moyen d'une application pour téléphone intelligent, de mettre en relation, contre rémunération, des chauffeurs non professionnels utilisant leur propre véhicule avec des personnes qui souhaitent effectuer un déplacement urbain »¹⁵⁶. La Cour de justice a également précisé qu'*Uber* « exerçait une influence décisive sur les conditions de la prestation de tels chauffeurs, notamment en fixant le prix maximum de la course, en collectant ce prix auprès du client avant d'en reverser une partie au chauffeur non professionnel du véhicule, et en exerçant un certain contrôle sur la qualité des véhicules et de leurs chauffeurs ainsi que sur le comportement de ces derniers, pouvant entraîner, le cas échéant, leur exclusion. »¹⁵⁷. On peut en déduire que la Cour de justice pourrait également admettre, dans une décision ultérieure, l'existence d'un contrat de travail¹⁵⁸.

c) La nécessité de procéder à une analyse fonctionnelle, opérationnelle et structurelle de la plateforme considérée

Il ressort de la jurisprudence que la qualification de la relation entre une plateforme et ses prestataires dépend du rôle de la plateforme et ne peut donc pas être définie de façon générale. Il convient donc de procéder à une analyse fonctionnelle, opérationnelle et structurelle de la plateforme considérée pour qualifier sa relation juridique avec ses prestataires de services¹⁵⁹. Cette analyse est valable pour tous les types de plateformes, sans égard au fait que les prestations soient offertes entièrement en ligne ou dans le monde réel. La qualification « contrat de travail » dépendra de la pondération des critères permettant de distinguer, traditionnellement, le contrat de travail d'une activité indépendante, au regard des caractéristiques du modèle suivi par la plateforme considérée¹⁶⁰.

A ce titre, le critère de la dépendance économique pourrait s'avérer déterminant, au regard du droit suisse, pour requalifier en contrat de travail l'activité du prestataire « pour » la plateforme. Un des critères déterminants sera la fourniture de prestations, de manière

¹⁵⁶ CJUE, 20 décembre 2017, *Asociación Profesional Elite Taxi c/Uber Systems Spain SL*, C-434/15, c. 33.

¹⁵⁷ CJUE, 10 avril 2018, *Uber France SAS*, C-320/16, c. 21.

¹⁵⁸ Voir ESCANDE-VARNIOL, p. 264 s.

¹⁵⁹ Voir RODRIGUEZ-DE-LAS-HERAS BALLELL, *Platform Economy*, pp. 67-69.

¹⁶⁰ Voir à ce sujet WITZIG, *Tournant numérique*, pp. 228-230, qui estime que le développement des technologies numériques devrait conduire à redéfinir les critères permettant de qualifier une relation juridique de contrat de travail.

exclusive ou prépondérante, sur une seule plateforme¹⁶¹. En effet, lorsqu'une personne offre ses prestations exclusivement ou en grande partie sur une seule plateforme, le lien de dépendance économique peut s'avérer suffisant pour que sa relation avec la plateforme soit requalifiée de contrat de travail ou que, tout au moins, certaines règles protectrices du droit du travail soient appliquées¹⁶².

Le lien de dépendance économique peut résulter également du pouvoir de contrôle et de sanction de la plateforme. Le « contrôle de qualité » se fait, la plupart du temps, au moyen d'un système de réputation établi grâce aux évaluations faites par les utilisateurs de la plateforme. Cette évaluation intervient de façon instantanée, avec un clic sur un ordinateur, une tablette ou un smartphone, dès l'exécution de la prestation. Certaines plateformes utilisent le système de réputation pour établir des catégories de prestataires en n'offrant les tâches « supérieures » (c'est-à-dire les mieux rémunérées) qu'aux prestataires ayant acquis une bonne réputation. La plateforme se réserve parfois également le droit de mettre fin à la relation avec un prestataire ayant acquis une mauvaise réputation en procédant à une déconnexion, par exemple en supprimant le compte du prestataire. Il en résulte une certaine dépendance économique du prestataire par rapport à la plateforme numérique de travail, dans la mesure où sa rémunération dépend directement de sa réputation.

C. L'application des règles de conflit régissant le contrat de travail à la relation entre la plateforme et le prestataire

Dans l'hypothèse où un tribunal suisse parvient à la conclusion que la relation entre une plateforme numérique de travail et un prestataire peut être qualifiée de contrat de travail, il doit appliquer les règles de droit international privé spéciales régissant le contrat de travail international pour déterminer sa compétence ainsi que le droit applicable à la relation entre la plateforme et le prestataire. Les règles de conflit contiennent des critères de rattachement permettant de localiser géographiquement la relation considérée. Or, l'application de ces critères peut s'avérer problématique lorsqu'on considère une relation formalisée par le biais d'internet, ce qui est le cas de la relation juridique entre une

¹⁶¹ CONSEIL FÉDÉRAL, Rapport Numérisation Emploi, p. 58.

¹⁶² Voir CONSEIL FÉDÉRAL, Rapport Numérisation Emploi, p. 58 : « [L]a dépendance économique existe lorsqu'une personne ne peut plus disposer de sa propre force de travail et ainsi influencer le revenu qu'elle se procure. La dépendance économique résulte d'indices, comme le travail exclusif pour un seul commanditaire ou l'étendue des instructions données par une organisation à laquelle cette personne est intégrée. S'il y a dépendance économique mais pas de rapport de subordination impliquant l'existence d'un contrat de travail, la jurisprudence applique par analogie certaines règles protectrices du droit du travail dans la mesure où l'esprit de ces règles peut être transposé à la relation contractuelle dans le cas concret. »

plateforme et ses prestataires (1.). La situation est cependant moins complexe lorsque les parties ont convenu du for et du droit applicable ou ont opté pour un arbitrage (2.).

1. La localisation au moyen des règles de conflit traditionnelles

La méthode classique de rattachement des relations privées internationales a pour objectif de déterminer le siège de la relation juridique considérée¹⁶³. Les règles de droit international privé sont ainsi conçues de manière à désigner l'Etat avec lequel la cause présente les liens les plus étroits. L'objectif est donc de localiser la relation juridique dans l'espace, à l'intérieur des frontières d'un Etat. Il est cependant extrêmement difficile de localiser dans l'espace physique une transaction effectuée dans l'espace numérique d'internet¹⁶⁴.

Les critères de rattachement prescrits dans les règles de conflit applicables au contrat de travail¹⁶⁵ sont particulièrement délicats à manier dans l'environnement des plateformes numériques. Les difficultés surgissent non seulement en lien avec la détermination du domicile, de la résidence habituelle ou de l'établissement des parties, mais surtout lorsqu'il s'agit de localiser le lieu habituel de travail. Si ce dernier critère peut paraître encore adapté lorsque la prestation est fournie dans le monde réel (a), sa pertinence est remise en question dans le contexte d'une prestation effectuée entièrement en ligne (b).

a) La localisation de la prestation effectuée dans le monde réel

Lorsque la plateforme numérique de travail permet d'offrir des prestations qui sont effectuées dans le monde réel¹⁶⁶, le prestataire exécute son travail localement et physiquement. La prestation est effectuée, en général, en présence du prestataire et du client. Par exemple, le chauffeur prend en charge le client et l'amène d'un lieu à un autre. Le chauffeur accomplit habituellement son travail dans un périmètre qu'il est possible de délimiter physiquement et de rattacher au territoire d'un Etat.

La localisation au lieu habituel de travail correspond au lieu où la prestation caractéristique du contrat de travail (à savoir celle du travailleur) doit être effectuée et constitue, par conséquent, un ancrage territorial adéquat. La relation de travail est régie par l'ordre juridique auquel la plateforme et le prestataire pouvaient légitimement s'attendre. Le

¹⁶³ Voir VON SAVIGNY FRIEDRICH KARL, *System des heutigen römischen Rechts*, Volume 8, Berlin 1849. Voir aussi BUCHER, *Dimension sociale*, pp. 48-65.

¹⁶⁴ Ceci explique pourquoi les Etats n'ont pas encore adopté de règles de droit international privé applicables spécifiquement aux activités numériques se déroulant sur internet, ni entamé de démarches visant à unifier ces règles au sein d'une convention internationale multilatérale.

¹⁶⁵ Voir *supra* II.

¹⁶⁶ Voir *supra* III.A.2.b.

critère du lieu habituel de travail offre donc suffisamment de prévisibilité dans le cadre d'une prestation offerte dans le monde réel.

Une plateforme offrant ses services d'intermédiation pour des prestations qui doivent être effectuées en Suisse peut s'attendre à ce que les tribunaux suisses soient compétents et que le droit suisse soit applicable à sa relation avec ses prestataires de services. Il en va de même pour ceux-ci, puisqu'ils effectuent leurs prestations « pour » la plateforme en Suisse. L'un des avantages de ce rattachement réside dans le fait que le droit suisse est applicable à la relation entre la plateforme et tous ses prestataires qui effectuent leurs prestations en Suisse.

Lorsque la prestation est effectuée dans le monde réel, l'intervention d'internet dans la relation entre la plateforme numérique de travail et ses prestataires n'a pas une influence déterminante sur la localisation de la prestation. Dans ce contexte, l'utilisation d'internet ne fait que faciliter la mise en relation des différents intervenants et n'a pas d'impact significatif sur l'application des règles de droit international privé.

b) La localisation de la prestation effectuée entièrement en ligne

L'application du critère du lieu habituel de travail est plus délicate lorsque le prestataire exécute son travail entièrement en ligne¹⁶⁷. Si la relation juridique se « matérialise » entièrement dans l'environnement numérique de la plateforme, il est très difficile – voire impossible – d'ancrer cette relation dans le territoire d'un Etat. Comment localiser géographiquement, par exemple, la traduction d'un texte effectuée entièrement en ligne sans que client et prestataire – qui ont été mis en relation par une plateforme – ne soient amenés à se rencontrer ni même à se connaître ? Dans ces circonstances, est-il possible d'identifier le lieu où le traducteur accomplit habituellement son travail ? A notre avis, lorsque la prestation de travail est effectuée en ligne, la localisation de la prestation au lieu habituel de travail désigne l'endroit où se trouve le travailleur avec son ordinateur connecté sur internet. Mais ce rattachement est confronté à trois obstacles majeurs.

Le premier obstacle provient du fait que le travail en ligne n'est pas nécessairement effectué sur le territoire d'un seul Etat. Un des principaux avantages du *crowdworking* réside précisément dans la possibilité de travailler depuis n'importe quel endroit. Cette forme de travail à distance attire non seulement les personnes qui souhaitent travailler depuis la maison, mais aussi celles qui sont constamment en déplacement. Pour ces *digital nomads* (travailleurs du numérique nomades)¹⁶⁸, qui ont choisi un style de vie sans attache

¹⁶⁷ Voir *supra* III.A.2.a.

¹⁶⁸ Le mode de vie du *digital nomad* attire de plus en plus de personnes, à tel point que certains pays créent des visas spéciaux pour ce nouveau type de travailleurs. L'Estonie, par exemple, est sur le point de

territoriale leur permettant de travailler sur internet tout en voyageant, le travail est effectué au lieu où se trouve le prestataire à un moment donné. Il peut s'agir aussi bien d'un espace de *coworking*, un hall d'aéroport, un hôtel, un café, un train ou tout autre endroit offrant une connexion internet. La prestation peut ainsi être effectuée dans plusieurs pays différents au cours d'un voyage, ce qui rend impossible toute localisation au lieu habituel de travail. Ce constat vaut de façon générale pour le *crowdworking* et pas uniquement pour le cas particulier des *digital nomads*. Il n'est en effet pas rare que ce type d'activité constitue un travail d'appoint pour des personnes ayant une autre activité professionnelle qui profitent de quelques heures disponibles, par exemple lors d'un déplacement à l'étranger, pour effectuer une prestation « pour » une plateforme numérique de travail¹⁶⁹.

Le deuxième obstacle réside dans le caractère aléatoire du rattachement au lieu habituel de travail, lorsque ce lieu peut être déterminé. Par exemple, si une personne profite de son séjour de quelques semaines dans une ville pour effectuer un travail en ligne « pour » une plateforme numérique de travail, le rattachement à ce lieu ne correspond pas vraiment à l'objectif de localiser la relation juridique dans l'Etat avec lequel elle présente les liens les plus étroits. Le simple fait que la personne se trouvait temporairement dans cette ville résulte du hasard et ne crée pas de lien étroit avec ce lieu au regard du caractère temporaire de ce séjour. Le rattachement est d'autant plus faible si, lorsque le différend survient, le prestataire a déjà quitté cette ville pour une autre destination.

Le troisième obstacle découle du fait que le prestataire effectue, en général, plusieurs prestations successives « pour » la plateforme. S'il faut conclure de l'ensemble de ces prestations qu'il n'est pas possible de déterminer le centre de gravité de l'activité du travailleur, les autres critères de rattachement doivent s'appliquer. Il en résulte que la prestation doit être localisée – selon les cas – soit au lieu du domicile ou de la résidence habituelle du travailleur, soit au lieu où se trouve l'établissement, le domicile ou la résidence habituelle de l'employeur.

La localisation du domicile ou de la résidence habituelle du travailleur ne sera pas toujours facile en pratique. Dans l'exemple des *digital nomads*, quand bien même ces personnes n'ont pas toujours de domicile au sens du droit international privé, elles ont au moins une résidence habituelle¹⁷⁰. Le rattachement interviendrait ainsi au lieu de la résidence

créer le visa pour *digital nomads* permettant à des travailleurs vivant temporairement en Estonie d'avoir le droit d'y résider pendant 365 jours tout en bénéficiant d'un visa Schengen.

¹⁶⁹ Voir LOBEL, p. 14. Cet auteur américain a relevé que l'essor des plateformes numériques de travail est dû au déclin du concept de travail à plein temps et à long terme, d'une part, et à un changement des préférences des personnes entrant sur le marché du travail qui réclament davantage de souplesse dans l'organisation de leur travail, d'autre part.

¹⁷⁰ En droit international privé suisse, lorsqu'une personne n'a pas de domicile (à savoir un lieu où elle réside avec l'intention de s'y établir ; art. 20 al. 1 lit. a LDIP), elle a une résidence habituelle dans l'Etat

habituelle du travailleur. Tout comme le rattachement au lieu habituel de travail, celui au domicile ou à la résidence habituelle du travailleur est conçu pour protéger ce dernier en lui offrant un for à proximité et en appliquant le droit de l'environnement dans lequel il vit. On peut douter que cette fonction protectrice soit remplie lorsque le travailleur a un mode de vie itinérant. Le rattachement à sa résidence habituelle sera perçu par le travailleur comme artificiel sans qu'il puisse y discerner un quelconque effet protecteur. L'exemple des *digital nomads* montre que la localisation de la prestation au lieu du domicile ou de la résidence habituelle du travailleur n'offre pas la prévisibilité nécessaire pour constituer un rattachement approprié. Cette constatation est valable pour toute prestation de travail fournie exclusivement en ligne par l'intermédiaire d'une plateforme, dès lors que ce type de prestation s'adresse, par définition, à des personnes se trouvant n'importe où dans le monde. Il n'est donc pas possible de déterminer à l'avance si le prestataire est stable et travaille, en principe, depuis la maison ou est, au contraire, constamment en voyage. On peut dès lors douter que ce rattachement offre la prévisibilité nécessaire à la sécurité du droit.

Dans ces conditions, qu'en est-il du dernier critère fondé sur l'établissement, le domicile ou la résidence habituelle de l'employeur ? Lorsque le travail est fourni « pour » une plateforme, le rattachement peut-il être fait directement à cet environnement numérique ? Cela supposerait de pouvoir localiser géographiquement la plateforme numérique. Dans l'hypothèse où une société gère et entretient la plateforme, le rattachement peut être opéré au lieu du siège de cette société. Mais ce rattachement sera plus délicat lorsque la plateforme n'est pas gérée par une société, mais par plusieurs personnes chargées des opérations de maintenance. En outre, il ne sera pas possible de localiser géographiquement la plateforme numérique lorsqu'il s'agit d'une plateforme entièrement autonome. Il faut en conclure que, dans la mesure où ce critère de rattachement ne pourrait s'appliquer que s'il existe une société « derrière » la plateforme, il n'offre pas non plus un rattachement suffisamment prévisible pour assurer la sécurité du droit.

Les critères de rattachement traditionnels sont par conséquent très difficiles à appliquer lorsque la prestation est effectuée entièrement en ligne. La localisation géographique de la relation entre la plateforme et le prestataire, de manière à la rattacher à l'ordre juridique d'un Etat, est complexe, voire impossible. En particulier, le critère du lieu habituel de travail ne semble pas en adéquation avec l'environnement de travail lorsque la prestation du travailleur est accomplie entièrement en ligne. Bien plus, l'objectif des règles de droit international privé de protéger le travailleur ne peut pas être atteint lorsque celui-ci effectue sa prestation de travail en ligne « pour » une plateforme numérique de travail. Il en résulte une importante insécurité juridique dans les relations entre la plateforme et ses prestataires.

dans lequel elle vit pendant une certaine durée, même si cette durée est de prime abord limitée (art. 20 al. 1 lit. b et al. 2, 2^e phrase LDIP).

Pour sortir de cette impasse, on pourrait envisager que le prestataire définisse lui-même son lieu habituel de travail en indiquant ce lieu dans le contrat conclu avec la plateforme. Cela permettrait de fixer d'entente entre les parties le lieu d'exécution du contrat et, indirectement, la compétence des tribunaux et le droit applicable. Toutefois, il y a un risque important que la fixation de la sorte du lieu habituel d'une prestation de travail en ligne ne corresponde pas à la réalité. Or, la Cour de justice a déjà eu l'occasion de préciser qu'il n'est pas possible de prendre en considération, pour déterminer la compétence des tribunaux, un lieu d'exécution fixé de façon fictive par les parties à un contrat, en cela qu'il ne présente aucun lien effectif avec la réalité¹⁷¹. Du reste, si on reconnaissait au travailleur le droit de fixer librement le lieu où il effectue habituellement son travail, aux seules fins d'ancrer territorialement son activité professionnelle, cela irait au-delà de l'objectif de protection du travailleur à la base des règles de droit international privé.

En conclusion, lorsque la prestation est effectuée entièrement en ligne, l'intervention d'internet dans la relation entre la plateforme numérique de travail et un de ses prestataires a un effet perturbateur majeur sur la localisation de la prestation. Le rattachement d'une relation née et effectuée sur internet à l'ordre juridique d'un Etat est artificiel et n'offre aucune prévisibilité. En particulier, le rattachement au lieu d'exécution de la prestation perd toute relevance lorsque celle-ci est effectuée uniquement sur internet. On peut par conséquent légitimement se demander s'il est opportun de localiser géographiquement une prestation de travail effectuée entièrement en ligne. Il serait préférable de reconnaître que ce type de relation juridique intervient dans un environnement numérique qui est déconnecté de tout rattachement territorial, tout en recherchant un autre moyen pour déterminer le for et le droit applicable.

2. L'autonomie des parties

Dès lors que la technique de la localisation géographique, propre au droit international privé, rencontre des limites dans l'environnement des plateformes numériques de travail, il convient de vérifier si un critère de rattachement subjectif, fondé sur la volonté des parties, est susceptible d'améliorer la sécurité du droit. Il est intéressant d'examiner, dans ce cadre, la portée de l'autonomie des parties quant au choix du tribunal et du droit applicable (a) et quant au choix de résoudre leur litige par la voie de l'arbitrage (b).

a) La validité d'une élection de for et d'une élection de droit

Lorsque la relation entre la plateforme numérique de travail et le prestataire est qualifiée de contrat de travail, les parties peuvent convenir du for et du droit applicable. Mais le travailleur est protégé contre le risque que l'employeur abuse de sa position dominante

¹⁷¹ CJCE, *MSG* (note 50), c. 30-35.

pour imposer un for et un droit qui seraient contraires à ses intérêts. L'autonomie des parties est, pour cette raison, restreinte par un choix prédéfini par la loi de fors¹⁷² et de droits¹⁷³.

Les conditions générales des plateformes prévoient, quasiment systématiquement, des clauses d'élection de for et d'élection de droit désignant un for dans l'Etat où se trouve le siège de la société qui gère et entretient la plateforme et l'application du droit de cet Etat¹⁷⁴. Ces clauses seront considérées comme valables, sous réserve des conditions particulières de validité prescrites pour les élections de for et les élections de droit figurant dans des conditions générales, d'une part, et de l'effectivité du consentement du travailleur, d'autre part¹⁷⁵.

Toutefois, lorsque le tribunal d'un Etat lié par la Convention de Lugano examine la validité d'une prorogation de compétence dans une situation où le travailleur est domicilié dans un Etat contractant, il devra considérer que l'élection de for n'est pas valable si elle prescrit un for exclusif dans l'Etat du siège de la société qui gère et entretient la plateforme. Le travailleur est en effet protégé contre ce type d'élection de for (art. 21 CL). A notre avis, cette protection devrait intervenir sans égard au fait que le for convenu se trouve dans un Etat contractant ou non¹⁷⁶.

b) La validité d'une clause d'arbitrage

Les conditions générales des plateformes prévoient, dans certains cas, l'arbitrage comme voie exclusive de règlement des différends. Tel est le cas, par exemple, des conditions générales d'*Uber*. Le siège de l'arbitrage est fixé, en général, dans l'Etat où se trouve le siège de la société qui gère et entretient la plateforme¹⁷⁷. Si une clause d'arbitrage est valable, les prestataires ne peuvent pas invoquer les règles de droit international privé visant à protéger les travailleurs puisque la conclusion d'une convention d'arbitrage revient à renoncer à la juridiction étatique. C'est alors essentiellement au niveau des règles de droit matériel que les travailleurs trouveront protection.

¹⁷² Voir *supra* II.A.1.d. et II.A.2.c.

¹⁷³ Voir *supra* II.B.2.

¹⁷⁴ Selon une étude réalisée au printemps 2018 par la Commission européenne, les conditions générales des plateformes prévoient, dans au moins 90% des cas, des clauses d'élection de for et d'élection de droit. Voir EUROPEAN COMMISSION, N 3.15.10.

¹⁷⁵ Voir *supra* II.A.1.d, II.A.2.c et II.B.2.

¹⁷⁶ Voir *supra* II.A.1.d.

¹⁷⁷ Pour une analyse d'un échantillon de clauses d'arbitrage figurant dans les conditions générales de plateformes numériques de travail aux Etats-Unis (dont *Uber*), voir GARDEN, pp. 212-221.

Lorsque le siège du tribunal arbitral est en Suisse, le chapitre 12 de la LDIP est applicable si au moins l'une des parties n'avait ni son domicile ni sa résidence habituelle en Suisse au moment de la conclusion de la convention d'arbitrage (art. 176 al. 1 LDIP). Les prétentions des parties découlant d'un contrat de travail sont arbitrables, dès lors que toute cause de nature patrimoniale peut faire l'objet d'un arbitrage international (art. 177 al. 1 LDIP)¹⁷⁸. Les plateformes numériques de travail et leurs prestataires peuvent donc convenir de soumettre leurs différends à un arbitrage avec siège en Suisse, même si la relation juridique est qualifiée de contrat de travail, à condition qu'au moins l'une des parties soit domiciliée ou ait sa résidence habituelle à l'étranger.

En revanche, lorsque les parties à un contrat de travail ont toutes deux leur domicile et leur résidence habituelle en Suisse, les règles sur l'arbitrage interne s'appliquent (art. 353 al. 1 CPC). Dans ce cas, les prétentions découlant des dispositions impératives du droit du travail (notamment les art. 361 et 362 CO et les conventions collectives), auxquelles le travailleur ne peut pas renoncer (art. 341 al. 1 CO) et qui ne sont par conséquent pas à la libre disposition des parties, ne sont pas susceptibles d'arbitrage (art. 354 CPC)¹⁷⁹. Une clause d'arbitrage figurant dans un contrat de travail qui n'est pas international ne peut donc avoir qu'une portée restreinte. Les parties ne peuvent pas contourner cette restriction en soumettant volontairement leur arbitrage aux règles du chapitre 12 de la LDIP¹⁸⁰.

Lorsque le contrat de travail est international, l'autonomie des parties est par conséquent sensiblement plus étendue que lorsque le contrat est purement interne. Toutefois, comme pour l'élection de for et l'élection de droit, les conditions de validité prescrites pour les clauses d'arbitrage figurant dans des conditions générales doivent être respectées¹⁸¹. Il convient notamment de s'assurer de l'effectivité du consentement du travailleur. Un bref rappel des règles établies par la jurisprudence à ce propos s'impose.

Le Tribunal fédéral admet que la convention d'arbitrage figure dans un autre texte que le contrat entre les parties : un simple renvoi aux conditions générales de l'une des parties contenant la clause d'arbitrage suffit¹⁸². Le consentement des parties à l'arbitrage est examiné au regard des règles générales d'interprétation des contrats. S'il n'est pas possible

¹⁷⁸ Le Tribunal fédéral a admis que le conflit individuel du travail est une cause de nature patrimoniale au sens de l'art. 177 al. 1 LDIP. ATF 136 III 467, c. 4.2.

¹⁷⁹ Les parties peuvent cependant convenir valablement d'un arbitrage après l'échéance du délai de protection de l'art. 341 al. 1 CO. ATF 144 III 235, c. 2.3.4.

¹⁸⁰ L'art. 353 al. 2 CPC n'est par conséquent pas applicable aux relations de travail. ATF 144 III 235, c. 2.3.3.

¹⁸¹ Voir l'art. 178 LDIP pour les conditions de validité des clauses d'arbitrage. Voir aussi l'art. II par. 1 et 2 de la Convention de New York pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères du 10 juin 1958 (Convention de New York ; RS 0.277.12).

¹⁸² TF 4A_460/2008 du 9 janvier 2009, c. 6.2 (renvoi aux statuts et règlements de la FIFA).

de déterminer la volonté effective des parties, la clause d'arbitrage doit être interprétée conformément au principe de la confiance en recherchant la volonté des parties telle qu'elle pouvait et devait être comprise de bonne foi par chacune d'elles¹⁸³. En cas de doute, l'interprétation d'une clause d'arbitrage dans le sens d'une renonciation à la juridiction étatique doit se faire de façon restrictive¹⁸⁴.

En matière de contrat avec un consommateur, il est admis en droit européen qu'une clause d'arbitrage est abusive lorsqu'elle n'a pas fait l'objet d'une négociation individuelle et qu'elle crée au détriment du consommateur un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties découlant du contrat. L'absence de « négociation individuelle » résulte du fait que la clause a été rédigée préalablement par l'une des parties qui a profité de sa position dominante de telle sorte que l'autre partie n'a pas pu avoir d'influence sur son contenu, notamment dans le cadre d'un contrat d'adhésion¹⁸⁵. Cette règle vise à protéger le consommateur en raison du fait qu'il se trouve « dans une situation d'infériorité à l'égard du professionnel en ce qui concerne tant le pouvoir de négociation que le niveau d'information, situation qui le conduit à adhérer aux conditions rédigées préalablement par le professionnel, sans pouvoir exercer une influence sur le contenu de celles-ci »¹⁸⁶. Les clauses ainsi définies comme abusives ne lient pas les consommateurs. Le droit suisse protège également les consommateurs contre des clauses figurant dans des conditions générales prévoyant « une disproportion notable et injustifiée entre les droits et les obligations découlant du contrat » (art. 8 LCD¹⁸⁷). Au vu de l'objectif de protection du consommateur, en tant que partie faible au contrat, on pourrait envisager que cette interprétation de la clause abusive soit reprise par analogie dans le contexte des relations de travail¹⁸⁸.

S'agissant d'un contrat de travail, le Tribunal fédéral a précisé qu'une clause d'arbitrage figurant dans les conditions générales de l'employeur ne doit pas être insolite et ne doit donc pas porter atteinte aux intérêts juridiques du cocontractant¹⁸⁹. Or, une clause d'arbitrage est susceptible de léser les droits du travailleur, notamment si elle a pour effet

¹⁸³ Voir p.ex. ATF 140 III 134 ; TF 4A_676/2014 du 3 juin 2015, c. 3.2.2.

¹⁸⁴ Voir p.ex. ATF 140 III 367 ; TF 4A_388/2012 du 18 mars 2013, c. 3.4.

¹⁸⁵ Voir l'art. 3 de la Directive 93/13/CEE du Conseil du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs (JOCE n° L 95 du 21 avril 1993, p. 29 ss) et l'art. 1 lit. q de l'Annexe à cette directive. Cette directive ne s'applique pas aux contrats de travail.

¹⁸⁶ CJCE, *Asturcom* (note 61), c. 29. Voir aussi CJUE, 28 juillet 2016, *Verein für Konsumenteninformation c/Amazon EU Sàrl*, C-191/15.

¹⁸⁷ Loi fédérale contre la concurrence déloyale du 19 décembre 1986 (LCD ; RS 241).

¹⁸⁸ Certains auteurs proposent de recourir à l'art. 27 CC pour qualifier d'engagement excessif la clause d'arbitrage contenue dans les contrats avec *Uber*. CIRIGLIANO, p. 443 ; PÄRLI, p. 248. Cette disposition serait applicable, le cas échéant, au titre de loi d'application immédiate (art. 18 LDIP).

¹⁸⁹ ATF 140 III 404, JdT 2016 II 247, c. 3.

de compromettre son accès à la justice. Les difficultés pratiques et les coûts d'une procédure d'arbitrage peuvent avoir un effet dissuasif sur le travailleur et l'amener à renoncer à faire valoir ses droits en justice¹⁹⁰. Il peut donc en résulter un déséquilibre entre les droits et obligations du travailleur et de l'employeur. A ce sujet, la Cour européenne des droits de l'homme a jugé récemment que la renonciation à la compétence des tribunaux étatiques en faveur d'un arbitrage n'est pas contraire à l'art. 6 par. 1 CEDH, pour autant qu'elle soit libre, licite et sans équivoque¹⁹¹. Il ressort de cet arrêt que le choix est libre lorsque le cocontractant n'est pas contraint d'accepter le contrat pour pouvoir vivre de son activité professionnelle, même s'il y a une disparité quant au pouvoir de négociation¹⁹². On relèvera, par ailleurs, qu'il n'est pas certain qu'un travailleur soit davantage découragé de saisir des arbitres que des juges étatiques lorsque sa prétention est de faible valeur¹⁹³.

Dans la mesure où les parties à un contrat de travail international ont parfaitement le droit de soumettre leurs différends à l'arbitrage, les règles protectrices du droit international privé en matière de compétence internationale, et notamment les limites à l'élection de for prescrites à l'art. 21 CL, peuvent être déjouées par une clause d'arbitrage. On peut regretter à ce sujet que la Convention de Lugano ne soit pas applicable en matière d'arbitrage¹⁹⁴ et que le travailleur soit par conséquent moins bien protégé contre les clauses d'arbitrage que contre les clauses de prorogation de compétence. Du point de vue du travailleur, il n'y a en effet aucune différence lorsqu'on lui refuse l'accès aux tribunaux de son domicile en raison d'une clause attributive de juridiction ou en raison d'une clause compromissoire.

La situation du travailleur n'est pas non plus protégée dans le cadre de la détermination de la loi applicable, car les arbitres sont libres de la définir (art. 187 LDIP). Toutefois, si les parties ont choisi la loi régissant leurs relations juridiques au moyen d'une élection de droit, les arbitres appliquent en principe la loi choisie. Il n'y a cependant pas de restriction quant au choix de loi, car les limites à l'élection de droit prescrites à l'art. 121 al. 3 LDIP ne doivent pas obligatoirement être respectées. En outre, dans la mesure où l'arbitrage n'est pas rattaché à un cadre étatique, les arbitres ne doivent pas nécessairement appliquer les règles impératives du droit suisse du travail. On relèvera cependant que l'application d'un droit étranger peut s'avérer, dans certains cas, plus favorable au travailleur.

Lorsque le siège du tribunal arbitral se trouve à l'étranger, il faut déterminer au regard du droit de cet Etat si les parties à un contrat de travail international ont la latitude de convenir

¹⁹⁰ L'assistance judiciaire est exclue dans le domaine de l'arbitrage (art. 380 CPC).

¹⁹¹ CourEDH, 2 octobre 2018, *Mutu Adrian et Pechstein Claudia c/Suisse*, requêtes n° 40575/10 et n° 67474/10, c. 95 et 96 (s'agissant d'un arbitrage sportif).

¹⁹² CourEDH, *Mutu et Pechstein* (note 191), c. 107, 119 et 120.

¹⁹³ A ce sujet, voir GARDEN, pp. 206-212.

¹⁹⁴ Art. 1 par. 2 lit. d CL.

de régler leurs différends exclusivement par la voie de l'arbitrage. La loi étrangère s'applique également pour examiner la validité de la clause d'arbitrage.

En conclusion, une plateforme numérique de travail et un prestataire peuvent convenir de régler leurs différends par la voie de l'arbitrage même lorsque leur relation est qualifiée de contrat de travail¹⁹⁵. On relèvera cependant que les arbitres pourraient refuser de statuer dans l'hypothèse où leur sentence ne serait pas reconnue ni exécutée dans l'Etat du domicile de l'une des parties en raison du fait que l'objet du différend n'est pas arbitrable d'après la loi de ce pays ou serait, de toute autre manière, contraire à l'ordre public de ce pays¹⁹⁶.

Même si plusieurs auteurs spécialisés en droit du travail sont d'avis que les travailleurs ne sont pas suffisamment protégés dans les procédures d'arbitrage et contestent, pour cette raison, la validité d'une clause d'arbitrage figurant dans les conditions générales d'une plateforme numérique de travail¹⁹⁷, cette conclusion ne nous paraît pas devoir s'imposer du point de vue du droit international privé¹⁹⁸. Lorsqu'au moins l'une des parties n'avait ni son domicile ni sa résidence habituelle en Suisse au moment de la conclusion de la convention d'arbitrage, un tribunal suisse doit décliner sa compétence en présence d'une clause d'arbitrage, sauf si elle est « caduque, inopérante ou non susceptible d'être appliquée » (art. 7 LDIP).

IV. L'adoption de nouvelles règles de droit international privé pour les travailleurs du numérique

Les règles de droit international privé applicables au contrat de travail ne conduisent pas à des résultats satisfaisants lorsqu'elles sont appliquées à la relation entre une plateforme numérique et ses prestataires. En outre, la requalification de cette relation en contrat de

¹⁹⁵ La question de l'arbitrabilité des prétentions découlant d'un contrat de travail conclu dans l'environnement des plateformes numériques, ainsi que celle de l'application des règles de droit international privé existantes à ce type de relation juridique, sont actuellement examinées par le législateur qui devrait présenter un rapport à ce sujet d'ici à 2022. Voir CONSEIL FÉDÉRAL, Rapport Numérisation Emploi, pp. 61-64.

¹⁹⁶ Voir l'art. V par. 2 de la Convention de New York. Le Tribunal fédéral considère que le tribunal arbitral ne peut pas refuser de statuer uniquement en raison de l'existence de règles étrangères prescrivant impérativement la compétence des tribunaux étatiques. TF 4A_388/2012 du 18 mars 2013, c. 3.3.

¹⁹⁷ CIRIGLIANO, pp. 441-443 ; PÄRLI, p. 247 s. ; WITZIG, Tournant numérique, p. 237.

¹⁹⁸ Le législateur a renoncé à améliorer la protection des parties faibles – notamment les travailleurs – dans la révision en cours du chapitre 12 de la LDIP. Il a précisé à ce sujet que « la législation actuelle telle qu'elle est appliquée par le Tribunal fédéral est suffisante ». CONSEIL FÉDÉRAL, Message Révision Arbitrage, p. 7171.

travail crée des problèmes insolubles pour les plateformes (A.). La tentation est alors grande de créer un écosystème indépendant (B.). Pour éviter la sortie des plateformes des ordres juridiques nationaux, il serait souhaitable d'éviter la qualification « contrat de travail » en créant une nouvelle catégorie du droit regroupant les travailleurs du numérique. Cela permettrait de configurer de nouvelles règles de droit international privé tenant compte non seulement des intérêts des travailleurs du numérique, mais également de ceux des plateformes numériques de travail (C.). Cette dernière partie met en lumière, en guise de conclusion, les enjeux de l'application des règles de droit international privé aux plateformes numériques de travail.

A. Plateformes numériques de travail, prévisibilité, sécurité et protection : la quadrature du cercle ?

Les règles de droit international privé applicables au contrat de travail sont des règles spécialement conçues pour atteindre deux objectifs fondamentaux. Il s'agit d'abord de déterminer avec certitude les règles de droit régissant le contrat de travail considéré. La prévisibilité des règles applicables apporte la sécurité juridique requise au niveau international et favorise l'épanouissement des relations privées internationales. L'objectif de prévisibilité concerne aussi bien les règles déterminant la compétence des tribunaux que celles désignant le droit applicable. Lorsque les parties au contrat de travail peuvent déterminer à l'avance les tribunaux de quel Etat seront saisis d'un différend qui pourrait survenir dans leur relation et selon quel droit le litige sera réglé, elles se trouvent dans une situation suffisamment sûre pour pouvoir effectuer leurs prestations réciproques.

Il s'agit ensuite de protéger le travailleur, qui est la partie au contrat considérée comme économiquement la plus faible et juridiquement la moins expérimentée. Cette protection est offerte aussi bien au niveau de la compétence des tribunaux, en prévoyant des fors facilement accessibles au travailleur, qu'au niveau du droit applicable, en soumettant le contrat de travail à l'ordre juridique dans lequel évolue le travailleur. En outre, la portée de l'autonomie de la volonté est restreinte de manière à éviter que l'employeur ne profite de sa position dominante pour imposer un for ou un droit désavantageux pour le travailleur.

L'application de ces règles spéciales suppose que la relation considérée soit bel et bien qualifiée de contrat de travail. En matière internationale, il y a un risque important qu'une relation juridique ne soit pas qualifiée de la même manière dans tous les pays. La qualification « contrat de travail » entraîne des conséquences importantes, non seulement au niveau de l'application des règles de conflit protectrices, mais surtout au niveau de l'application des règles de droit matériel protectrices. Il convient donc de tenir compte des particularités du droit de chaque Etat potentiellement concerné par la relation juridique pour estimer le risque d'une éventuelle requalification. A ce titre, la question de la compétence internationale des tribunaux est primordiale, puisque le juge qualifiera en

principe la relation juridique conformément aux concepts existant dans son droit interne. En outre, le juge déterminera dans quelle mesure des règles impératives du droit du travail appartenant à son propre droit, ou éventuellement à un droit étranger, doivent également s'appliquer quel que soit le droit désigné par les règles de droit international privé.

Les plateformes numériques de travail offrent une nouvelle illustration du risque de requalification. Ces plateformes ont pour vocation de mettre en relation des personnes sans égard à leur localisation. Elles évoluent ainsi, la plupart du temps, dans un environnement international, ce qui a une influence sur le caractère international des relations qu'elles entretiennent avec leurs utilisateurs. La relation entre la plateforme et ses utilisateurs est, en principe, définie dans un contrat d'adhésion assorti de conditions générales. Le prestataire y est, souvent, décrit comme un « prestataire de services » exerçant une activité indépendante. Le risque de requalification en contrat de travail dépend du rôle de la plateforme considérée et ne peut être estimé qu'en procédant à une analyse fonctionnelle, opérationnelle et structurelle de la plateforme. Il n'est donc pas possible de définir, de façon générale, les plateformes numériques de travail comme étant des employeurs dans leurs relations avec les prestataires. La requalification en contrat de travail dépendra également de la pondération des critères permettant de distinguer, traditionnellement, le contrat de travail d'une activité indépendante. En Suisse, le critère de la dépendance économique pourrait s'avérer déterminant.

Lorsque la relation entre la plateforme et le prestataire est qualifiée de contrat de travail, les règles de droit international privé peinent à atteindre les deux objectifs précités de sécurité du droit et de protection du travailleur. Ces objectifs sont censés être atteints au moyen d'un système de localisation de la prestation effectuée par le travailleur. La localisation géographique de la prestation permet d'ancrer la relation juridique au sein des frontières d'un Etat, et donc d'intégrer la relation entre les parties au contrat dans un ordre juridique. Ce système de localisation est remis en question dans l'environnement des plateformes numériques, dès lors qu'il n'existe pas, à proprement parler, de lieux ni de frontières dans l'espace numérique d'internet. Pour cette raison, les règles de droit international privé initialement prévues pour protéger le travailleur perdent leur efficacité et leur pertinence dans le cadre de la relation de travail « pour » une plateforme. Bien plus, ces règles risquent d'aller à l'encontre du but recherché en procurant des résultats imprévisibles.

Dans la mesure où la démarche consistant à rattacher à un Etat la relation juridique entre la plateforme et le travailleur échoue, il est tentant de laisser aux parties la liberté de choisir le for et le droit applicable. Mais les relations entre une plateforme et un nombre gigantesque de travailleurs susceptibles de se trouver dans tous les pays du monde seront extrêmement difficiles à définir en respectant à la fois les règles de conflit et les règles de droit matériel des différents Etats visant à protéger les travailleurs. En pratique, si elle ne souhaite pas limiter territorialement son activité, la plateforme n'a pas d'autre possibilité

que d'imposer à tous ses prestataires son choix de droit et de for, voire un mode alternatif de résolution des conflits. En outre, dès lors que la plateforme se trouve *de facto* dans l'impossibilité de respecter les règles protectrices des travailleurs figurant dans tous les droits nationaux, elle n'a pas d'autre choix que de qualifier ses relations avec les prestataires de « contrats de fourniture de services » pour tenter d'échapper aux règles impératives protégeant les travailleurs¹⁹⁹. Compte tenu de ces éléments, il y a un risque concret que la plateforme impose des clauses d'élection de for et d'élection de droit désignant un for dans l'Etat où se trouve le siège de la société qui gère et entretient la plateforme et l'application du droit de cet Etat, voire une résolution des litiges par la voie d'un arbitrage dont le siège est fixé dans ce même Etat. On rappellera cependant qu'une requalification en contrat de travail ne peut pas être exclue, d'une part, et que l'élection de droit n'empêche pas le juge ou l'arbitre d'appliquer des règles impératives du droit du travail qualifiées de lois d'application immédiate, d'autre part.

Le Conseil fédéral a relevé à ce sujet que « [l]es solutions de la LDIP ont fait leurs preuves dans le cadre des relations de travail transfrontalières « traditionnelles » [...]. Pourtant les développements récents liés à la numérisation ont créé de nouvelles catégories de travailleurs, où le besoin de protection peut être avéré et pour lesquelles le cadre libéral de la LDIP peut conduire à des solutions inappropriées, rendant plus difficile l'accès à la justice. »²⁰⁰. Ce constat s'impose : les règles de droit international privé, qui visent à protéger le travailleur en lui assurant un accès facilité à la justice, en limitant les fors à disposition lorsque l'action est dirigée contre lui et en restreignant la liberté des parties de choisir les tribunaux compétents en cas de litige ainsi que le droit applicable, n'atteignent pas leur objectif dans l'environnement des plateformes numériques de travail.

B. Les plateformes numériques et la tentation de l'indépendance

Les plateformes essaient d'échapper aux multiples difficultés juridiques résultant de leur activité internationale, et notamment à l'application des règles de droit international privé et de droit matériel visant à protéger les travailleurs, en définissant leur propre ordre juridique sur la base de contrats d'adhésion et de conditions générales. Les relations

¹⁹⁹ La plateforme est dans une situation d'autant plus difficile que la relation qu'elle a « de l'autre côté », avec le client qui a recours à ses services d'intermédiation pour obtenir des prestations, sera souvent qualifiée de contrat conclu avec un consommateur. Cette qualification entraîne l'application d'autres règles de droit international privé et de droit matériel visant à protéger le consommateur. Lorsque les deux systèmes de protection s'affrontent, il sera impossible pour la plateforme de veiller au respect des règles protectrices des travailleurs et de celles protégeant les consommateurs.

²⁰⁰ CONSEIL FÉDÉRAL, Rapport Numérisation Emploi, p. 64.

juridiques entre les plateformes et leurs utilisateurs reposent en effet sur une base contractuelle qui peut être modelée par chaque plateforme en fonction de ses propres caractéristiques.

Il est tentant de considérer cet ordre juridique comme étant un système indépendant des ordres juridiques nationaux. Les plateformes créeraient ainsi un environnement de règles qui seraient suffisantes pour réguler leurs relations avec les utilisateurs, d'une part, et les relations entre la communauté des utilisateurs, d'autre part²⁰¹. Cette perspective supposerait d'admettre l'existence d'un droit autonome distinct des ordres juridiques nationaux. On pourrait concevoir que cet ordre juridique des plateformes soit auto-régulé simplement par le système de réputation. L'évaluation des prestations des utilisateurs par les autres utilisateurs joue en effet un rôle efficace d'auto-régulation de la plateforme, compte tenu de l'influence de la réputation des prestataires sur le choix des clients de contracter ou non avec un prestataire déterminé. Si l'on ajoute à l'évaluation par les autres utilisateurs la menace que la plateforme peut infliger des sanctions réputationnelles, on obtient un écosystème fermé et imperméable aux règles de droit et à la justice étatique²⁰².

La tentation de l'indépendance de l'espace numérique d'internet (le « cyberspace ») n'est pas nouvelle²⁰³. Elle réapparaît régulièrement en raison de l'incapacité des Etats à adopter des règles uniformes prenant en compte le caractère à la fois ubiquitaire et dématérialisé d'internet. La création d'un ordre juridique des plateformes résoudrait efficacement le problème de la localisation de la relation juridique dans l'espace physique rencontré lors de l'application des règles de droit international privé. Le fait que la relation resterait dans l'espace numérique d'internet, sans rattachement artificiel à l'ordre juridique d'un Etat, permettrait de tenir compte de l'absence de lieux et de frontières dans le cyberspace. Ce système ne serait cependant pas sans inconvénient. Dans l'environnement des plateformes numériques de travail, il y aurait un risque important que les droits fondamentaux des travailleurs ne soient plus respectés si leur attractivité sur le marché du travail était définie uniquement sur la base de leur réputation.

Pour contrer cette tendance à l'auto-régulation et ramener les plateformes dans les ordres juridiques nationaux, certains auteurs²⁰⁴ proposent aux Etats d'adopter des règles de droit matériel uniformes applicables aux plateformes numériques, alors que d'autres²⁰⁵ estiment que les règles de droit international privé existantes suffisent pour assurer la sécurité du

²⁰¹ Voir LUTZI, p. 130 s., et réf. citées, et pp. 134-136 ; PRETELLI, p. 23 s.

²⁰² Voir SMORTO, pp. 119-122.

²⁰³ Voir JOHN PERRY BARLOW, A Declaration of the Independence of Cyberspace, datant du 8 février 1996, disponible sur le site : <https://www.eff.org/cyberspace-independence>.

²⁰⁴ RODRIGUEZ-DE-LAS-HERAS BALLELL, Platform Economy, spéc. pp. 71-77.

²⁰⁵ LUTZI, spéc. pp. 136-143.

droit. Les plateformes numériques de travail font ainsi resurgir le vieux débat entre les adeptes du droit international privé et les partisans de l'unification du droit privé.

C. Vers une réinitialisation des règles de droit international privé pour les travailleurs du numérique

Les plateformes numériques de travail partagent trois caractéristiques essentielles avec les autres modèles de plateformes composant l'économie du partage. Premièrement, la plateforme a un rôle central dans la conclusion des transactions en raison de son activité d'intermédiation. Toutes les transactions transitent en effet par la plateforme qui définit ainsi un marché numérique. Deuxièmement, chaque plateforme a ses propres particularités. Il n'est donc pas possible d'identifier un modèle-type de plateforme numérique. Troisièmement, les transactions effectuées par l'intermédiaire des plateformes ne sont, souvent, pas délimitées territorialement. Les transactions ne peuvent donc pas toujours être localisées géographiquement. Compte tenu de ces trois caractéristiques communes, il nous semble qu'il est possible de réinitialiser les règles de droit international privé de manière à garantir la sécurité et la prévisibilité du droit dans les relations entre les plateformes et leurs utilisateurs. Cela suppose cependant de reconsidérer la fonction localisatrice des règles de droit international privé.

Les activités des plateformes numériques remettent en question le principe même de rattachement à l'ordre juridique d'un Etat qui est à la base du droit international privé. Il faut en effet admettre que la localisation physique dans le monde réel d'une transaction effectuée dans l'espace numérique d'internet est non seulement vouée à l'échec, mais aussi dénuée de toute pertinence. Le « lieu » où s'effectue la transaction ne peut pas être localisé dans les frontières d'un Etat, dans la mesure où l'utilisation d'internet pour effectuer la transaction inscrit nécessairement celle-ci dans un espace sans frontières²⁰⁶. Il convient donc de reconnaître que ces transactions s'effectuent dans l'environnement numérique qui les accueille, à savoir la plateforme numérique. Les règles de droit international privé doivent par conséquent être repensées de manière à ce qu'elles puissent avoir pour fonction de créer le pont entre l'espace numérique d'internet et l'espace physique du monde réel. Ces nouvelles règles de droit international privé, libérées de leur fonction localisatrice au sens traditionnel du terme, devraient être conçues de manière à pouvoir s'appliquer à toutes les plateformes numériques. Peu importe, à cet égard, que les prestations s'effectuent dans le monde réel ou entièrement en ligne.

S'agissant plus spécifiquement des plateformes numériques de travail, il faut en outre tenir compte du fait qu'elles présentent la particularité de toucher un environnement juridique

²⁰⁶ GUILLAUME, Blockchain, pp. 174-176.

très protégé. Les plateformes numériques de travail perturbent en effet, à l'échelle mondiale, tout le système de protection des travailleurs mis en place par les Etats. La requalification de la prestation de service en une prestation de travail engendre des difficultés conséquentes en droit international privé, non seulement en raison de la fonction localisatrice des règles de conflit applicables au contrat de travail, mais surtout en raison de la fonction protectrice de ces règles.

Mais la nécessité de protéger les travailleurs du numérique ne doit pas être surestimée en droit international privé. Le prestataire n'a pas réellement besoin d'une protection particulière, lorsqu'il offre sa prestation de travail sur une plateforme, sauf dans le cas particulier où la plateforme domine le marché et a un pouvoir de monopole. A notre avis, il serait souhaitable de renoncer à qualifier de contrat de travail la relation juridique entre les plateformes numériques de travail et leurs prestataires ou, tout au moins, de reconsidérer l'objectif de protéger les travailleurs du numérique par le biais de règles de droit international privé. Il serait préférable de configurer de nouvelles règles de conflit pour cette catégorie spéciale de prestataires de services, de manière à prendre en considération non seulement les intérêts des travailleurs du numérique, mais également ceux des plateformes. Ces nouvelles règles de droit international privé, libérées de leur fonction protectrice, devraient autoriser les plateformes à prévoir, dans leurs conditions générales, des clauses d'élection de for et d'élection de droit désignant un for dans l'Etat où se trouve le siège de la société qui gère et entretient la plateforme et l'application du droit de cet Etat. Cela permettrait de tenir compte de l'intérêt de la plateforme à ce que les relations avec tous ses utilisateurs soient régies par le même droit. Cette liberté pourrait être contrebalancée par des exigences particulières quant au consentement du travailleur du numérique, quant au for et au droit applicable, de manière à pouvoir s'assurer de la réalité de ce consentement. On pourrait envisager, par exemple, d'imposer aux plateformes de requérir un consentement spécial à l'élection de for et à l'élection de droit, au moment de l'acceptation des conditions générales, en exigeant un clic supplémentaire y relatif.

Même si les litiges entre plateformes numériques de travail et prestataires ne sont pas (pour l'instant) trop répandus, il serait néanmoins également intéressant d'examiner l'opportunité de créer un système de résolution des conflits en ligne (*online dispute resolution*) pour ce type de litiges. On peut mentionner, à titre d'exemple, la plateforme de règlement en ligne des litiges qui a été mise en service en 2016 pour les consommateurs qui effectuent des achats en ligne au sein de l'Union européenne. L'accès à cette plateforme, en cas de litige, est facilité par la présence d'un lien électronique sur la plateforme d'achat en ligne. L'objectif de cette plateforme de règlement en ligne des litiges est d'apporter une solution extrajudiciaire simple, efficace, rapide et peu onéreuse aux litiges nés de transactions en ligne. Un système de résolution des conflits en ligne serait également intéressant pour les travailleurs du numérique qui sont souvent découragés de soumettre leurs prétentions de faible valeur à des juges ou des arbitres.

Bibliographie

Sauf indication contraire, les ouvrages ou articles de cette bibliographie sont cités dans les notes avec l'indication du seul nom de l'auteur. Les sites internet ont été consultés en date du 31 mars 2019.

AUBERT GABRIEL, Commentaire de l'article 319 CO, *in* : Luc Thévenoz/Franz Werro (édit.), Code des obligations I, Commentaire romand, 2^e éd., Bâle 2012.

BONOMI ANDREA, Commentaire des articles 19 à 21 CL et des articles 115 et 121 LDIP, *in* : Andreas Bucher (édit.), Loi sur le droit international privé, Convention de Lugano, Commentaire romand, Bâle 2011.

BUCHER ANDREAS, Commentaire de l'article 5 LDIP et de l'article 23 CL, *in* : Andreas Bucher (édit.), Loi sur le droit international privé, Convention de Lugano, Commentaire romand, Bâle 2011.

BUCHER ANDREAS, La dimension sociale du droit international privé, Cours général, La Haye 2011 (cité : BUCHER, Dimension sociale).

CHERRY MIRIAM A./DE STEFANO VALERIO, Reflecting on the Roundtable : Online Worker's Rights and Conflicts of Law, *in* : Ilaria Pretelli (édit.), Conflict of Laws in the Maze of Digital Platforms. Le droit international privé dans le labyrinthe des plateformes digitales, Genève/Zurich/Bâle 2018, pp. 213-224.

CIRIGLIANO LUCA, Numérisation et droit du travail, *in* : AJP/PJA 2018, pp. 438-447.

COMMISSION EUROPÉENNE, Communication, du 25 mai 2016, au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, Les plateformes en ligne et le marché numérique – Perspectives et défis pour l'Europe, COM(2016) 288 final (cité : COMMISSION EUROPÉENNE, Plateformes).

CONSEIL FÉDÉRAL, Message concernant la modification de la Loi fédérale sur le droit international privé (Chapitre 12 : Arbitrage international) du 24 octobre 2018, FF 2018 7153 (cité : CONSEIL FÉDÉRAL, Message Révision Arbitrage).

CONSEIL FÉDÉRAL, Message concernant une Loi fédérale sur le droit international privé (loi de DIP) du 10 novembre 1982, FF 1983 I 255 (cité : CONSEIL FÉDÉRAL, Message LDIP).

CONSEIL FÉDÉRAL, Message relatif à l'arrêté fédéral portant approbation et mise en œuvre de la Convention de Lugano révisée concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale du 18 février 2009, FF 2009 1497 (cité : CONSEIL FÉDÉRAL, Message Révision CL).

CONSEIL FÉDÉRAL, Rapport sur les conséquences de la numérisation sur l'emploi et les conditions de travail : opportunités et risques du 8 novembre 2017 (cité : CONSEIL FÉDÉRAL, Rapport Numérisation Emploi).

CONSEIL FÉDÉRAL, Rapport sur les principales conditions-cadre pour l'économie numérique du 11 janvier 2017 (cité : CONSEIL FÉDÉRAL, Rapport Conditions-cadre).

DÄUBLER WOLFGANG, Digitalisierung und Arbeitsrecht. Internet, Arbeit 4.0 und Crowdwork, 6^e éd., Francfort-sur-le-Main 2018.

DE STEFANO VALERIO, The rise of the « just-in-time workforce » : On-demand work, crowdwork and labour protection in the « gig-economy », International Labour Office, Conditions of Work and Employment Series n° 71, Genève 2016.

- DUNAND JEAN-PHILIPPE, Commentaire de l'article 319 CO, *in* : Jean-Philippe Dunand/Pascal Mahon (édit.), *Commentaire du contrat de travail*, Berne 2013.
- DUTOIT BERNARD, *Droit international privé suisse, Commentaire de la Loi fédérale du 18 décembre 1987*, 5^e éd., Bâle 2016.
- ESCANDE-VARNIOL MARIE-CÉCILE, Faut-il prévoir des règles impératives pour la protection des parties faibles dans les relations de travail ? Réponse française à un phénomène transnational, *in* : Ilaria Pretelli (édit.), *Conflict of Laws in the Maze of Digital Platforms. Le droit international privé dans le labyrinthe des plateformes digitales*, Genève/Zurich/Bâle 2018, pp. 255-279.
- EUROPEAN COMMISSION, *Study on contractual relationships between online platforms and their professional users*, du 23 avril 2018, disponible en ligne sur : http://ec.europa.eu/newsroom/dae/document.cfm?doc_id=51624.
- FRANZEN MARTIN, *Conflicts of Laws in Employment Contracts and Industrial Relations*, *in* : Roger Blanpain (édit.), *Comparative Labour Law and Industrial Relations in Industrialized Market Economies*, 11^e éd., Alphen-sur-le-Rhin 2014, pp. 245-267.
- GÄCHTER THOMAS/MEIER MICHAEL, *Zur sozialversicherungsrechtlichen Qualifikation von Uber-Fahrern*, *in* : Jusletter du 3 septembre 2018.
- GARBEN SACHA, *Protecting Workers in the Online Platform Economy : An overview of regulatory and policy developments in the EU*, European Agency for Safety and Health at Work, Luxembourg 2017.
- GARDEN CHARLOTTE, *Disrupting Work Law : Arbitration in the Gig Economy*, *in* : University of Chicago Legal Forum, Volume 2017, 2018, disponible en ligne sur : https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3137280.
- GAUDEMET-TALLON HÉLÈNE, *Compétence et exécution des jugements en Europe. Matières civile et commerciale*, 5^e éd., Paris 2015.
- GUILLAUME FLORENCE, *Blockchain : le pont du droit international privé entre l'espace numérique et l'espace physique*, *in* : Ilaria Pretelli (édit.), *Conflict of Laws in the Maze of Digital Platforms. Le droit international privé dans le labyrinthe des plateformes digitales*, Genève/Zurich/Bâle 2018, pp. 163-189 (cité : GUILLAUME, *Blockchain*).
- GUILLAUME FLORENCE, *Droit international privé. Partie générale et procédure civile internationale*, 4^e éd., Bâle/Neuchâtel 2018 (cité : GUILLAUME, *Droit international privé*).
- HARTLEY TREVOR C., *Civil Jurisdiction and Judgments in Europe*, Oxford 2017.
- JULIEN MATHILDE/MAZUYER EMMANUELLE, *Le droit du travail à l'épreuve des plateformes numériques*, *in* : *Revue de droit du travail (RDT)* 2018, pp. 189-198.
- KATSCH ETHAN/RABINOVICH-EINY ORNA, *Digital Justice. Technology and the Internet of Disputes*, Oxford 2017.
- LOBEL ORLY, *The Gig Economy & The Future of Employment and Labor Law*, *in* : San Diego Legal Studies Research Paper Series n° 16-223, 2016, disponible en ligne sur : https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2848456.
- NORD NICOLAS, *L'aéroport de Bâle-Mulhouse et le contrat de travail international*, *in* : *Journal du Droit International (JDI)* 2018, pp. 851-873.
- PÄRLI KURT, *Neue Formen der Arbeitsorganisation : Internet-Plattformen als Arbeitgeber*, *in* : *ARV/DTA* 2016, pp. 243-254.

- PRETELLI ILARIA, Improving Social Cohesion through Connecting Factors in the Conflict of Laws of the Platform Economy, *in* : Ilaria Pretelli (édit.), Conflict of Laws in the Maze of Digital Platforms. Le droit international privé dans le labyrinthe des plateformes digitales, Genève/Zurich/Bâle 2018, pp. 17-52.
- RIHM THOMAS, Vermittlungsplattformen sind keine Arbeitgeber, *in* : Jusletter du 1^{er} avril 2019.
- RODRIGUEZ-DE-LAS-HERAS BALLELL TERESA, Rules for a Platform Economy : A case for Harmonisation to Counter « Platform Shopping » in the Digital Economy, *in* : Ilaria Pretelli (édit.), Conflict of Laws in the Maze of Digital Platforms. Le droit international privé dans le labyrinthe des plateformes digitales, Genève/Zurich/Bâle 2018, pp. 55-79 (cité : RODRIGUEZ-DE-LAS-HERAS BALLELL, Platform Economy)
- RODRIGUEZ-DE-LAS-HERAS BALLELL TERESA, Rules for Electronic Platforms : the role of platforms and intermediaries in digital economy – A Case for Harmonization, disponible en ligne sur : http://www.uncitral.org/pdf/english/congress/Papers_for_Programme/139-RODRIGUEZ-Rules_for_Electronic_Platforms.pdf (cité : RODRIGUEZ-DE-LAS-HERAS BALLELL, Electronic Platforms).
- SIGNORINI ELENA, New Paths of Protection in the Digital Labyrinth, *in* : Ilaria Pretelli (édit.), Conflict of Laws in the Maze of Digital Platforms. Le droit international privé dans le labyrinthe des plateformes digitales, Genève/Zurich/Bâle 2018, pp. 325-334.
- SMORTO GUIDO, Regulating (and Self-regulating) the Sharing Economy in Europe : An Overview, *in* : Maurizio Bruglieri (édit.), Multidisciplinary Design of Sharing Services, Cham 2018, pp. 111-126.
- WITZIG AURÉLIEN, L'ubérisation du monde du travail. Réponse juridique à une évolution économique, *in* : ZSR/RDS 2016 I, pp. 457-483 (cité : WITZIG, Ubérisation).
- WITZIG AURÉLIEN, Tournant numérique et territoire juridique du rapport de travail, *in* : Ilaria Pretelli (édit.), Conflict of Laws in the Maze of Digital Platforms. Le droit international privé dans le labyrinthe des plateformes digitales, Genève/Zurich/Bâle 2018, pp. 225-240 (cité : WITZIG, Tournant numérique).
- WYLER RÉMY/HEINZER BORIS, Droit du travail, 3^e éd., Berne 2014.
- ZEIN BASSEM, Travail par les plateformes : quelles relations contractuelles ?, *in* : AJP/PJA 2018, pp. 711-723.

Citation suggérée de l'ouvrage : JEAN-PHILIPPE DUNAND, PASCAL MAHON (éds), *Les aspects internationaux du droit du travail*, « Collection CERT », Genève / Zurich 2019, Schulthess Éditions Romandes

ISBN 978-3-7255-8699-8

© Schulthess Médias Juridiques SA, Genève · Zurich · Bâle 2019
www.schulthess.com

Diffusion en France : Lextenso Éditions, 70, rue du Gouverneur Général Éboué, 92131 Issy-les-Moulineaux Cedex

www.lextenso-editions.com

Diffusion en Belgique et au Luxembourg : Patrimoine SPRL, Avenue Milcamps 119, B-1030 Bruxelles ;
téléphone et télécopieur : +32 (0)2 736 68 47 ; courriel : patrimoine@telenet.be

Tous droits réservés. Toute traduction, reproduction, représentation ou adaptation intégrale ou partielle de cette publication, par quelque procédé que ce soit (graphique, électronique ou mécanique, y compris photocopie et microfilm), et toutes formes d'enregistrement sont strictement interdites sans l'autorisation expresse et écrite de l'éditeur.

Information bibliographique de la Deutsche Nationalbibliothek : la Deutsche Nationalbibliothek a répertorié cette publication dans la Deutsche Nationalbibliografie ; les données bibliographiques détaillées peuvent être consultées sur Internet à l'adresse <http://dnb.d-nb.de>.

Jean-Philippe Dunand | Pascal Mahon (éds)

Jean-Philippe Dunand | Anne-Sylvie Dupont
Werner Gloor | Anne-Laurence Graf
Florence Guillaume | Pascal Mahon
Geneviève Ordolli | Christine Sattiva Spring
Aurélien Witzig | Roxane Zappella

Les aspects internationaux du droit du travail

