

Rémy Wyler / David Zandirad

Plateformes numériques et contrat de travail

Les auteurs procèdent à une analyse juridique fouillée et décrivent des critères, avec l'indication de leur intensité, en lien avec la qualification juridique du possible contrat de travail liant la personne qui exécute la prestation avec l'exploitant de la plateforme numérique ou l'utilisateur qui en bénéficie. Dans un second temps, ils examinent la problématique de la location de services et du placement privé. Ils évoquent ensuite les défis que posent les plateformes numériques au regard du droit applicable, des règles de procédure et de garanties judiciaires, relevant finalement les conséquences de la qualification sur le droit collectif du travail.

Catégories d'articles : Articles scientifiques

Domaines juridiques : Droit du travail ; Droit des obligations ; Droit des assurances sociales ; Informatique et droit

Proposition de citation : Rémy Wyler / David Zandirad, Plateformes numériques et contrat de travail, in : Jusletter 26 octobre 2020

Table des matières

- I. Introduction
- II. Qualification du contrat de travail
 - A. Enjeux
 - B. Prestation de travail
 - C. Élément de durée
 - D. Rémunération
 - E. Rapport de subordination
 - F. Identité de l'employeur
 - G. Critères
 - H. Arrêts de la Cour de justice de Genève et du Tribunal cantonal du canton de Vaud et prises de position doctrinales au sujet des chauffeurs Uber
 - I. Tour d'horizon de quelques décisions étrangères
- III. Location de services ou activité de placement
 - A. Location de services
 - B. Activité de placement
- IV. Droit applicable et garanties judiciaires
 - A. Détermination du droit applicable
 - B. Règles de for
 - C. Règles usuelles de procédure
 - D. Clauses arbitrales
 - E. Clauses de médiation
- V. Convention collective de travail et contrat-type de travail
- VI. Conclusion

I. Introduction

[1] De plus en plus d'activités fournies par des individus sont proposées par l'intermédiaire de plateformes numériques. Il s'agit d'une nouvelle forme d'offre de services et d'organisation d'activités.

[2] Parmi les services offerts en Suisse par l'intermédiaire de plateformes numériques figurent les voitures de transport avec chauffeurs (Uber¹, Lymo²), la livraison de repas à domicile (Uber Eats³, Smood⁴), les services d'agents de ménage à domicile (Batmaid⁵), les coiffeurs à domicile (Cut'n'Brush⁶) ou encore les micro-tâches domestiques (NeedHelp⁷). En relation avec le Covid-19, d'autres formes de prestations sont apparues, telles que des prestations artistiques (Dans l'Jardin⁸).

[3] Les questions qui se posent autour de ces formes d'activités sont nombreuses : la personne qui exécute la prestation est-elle ou non liée avec celle qui propose ou reçoit le service par un contrat de travail ? Est-elle considérée comme une personne dépendante au sens du droit des assurances sociales ? L'activité de mise à disposition relève-t-elle de la location de services ou du placement de

¹ <https://www.uber.com/ch/fr/>.

² <https://www.lymo.com/fr>.

³ <https://www.ubereats.com/ch>.

⁴ <https://www.smood.ch/fr>.

⁵ <https://batmaid.ch/fr/>.

⁶ <https://cut-n-brush.com>.

⁷ <https://www.needhelp.com>.

⁸ <https://www.dansljardin.ch/>.

personnel ? Les parties peuvent-elles librement choisir le droit applicable et le mode de règlement des conflits ?

[4] Le débat juridique concernant la qualification des activités déployées et organisées par l'intermédiaire des plateformes numériques est en marche ; si la discussion juridique a été déjà fortement animée autour d'Uber, il convient d'avoir une vision plus large pour tenter de dégager les critères qui permettent de qualifier les relations contractuelles, tout en percevant les enjeux de la protection sociale.

II. Qualification du contrat de travail

A. Enjeux

[5] L'enjeu principal lié à la qualification juridique du contrat est celui de la protection sociale des personnes physiques qui fournissent personnellement une prestation de travail en échange d'une rémunération, par l'intermédiaire d'une plateforme numérique.

[6] La protection sociale liée à la qualification du contrat de travail présente de multiples aspects. Lorsque le droit suisse est applicable, elle comprend l'application de toutes les règles impératives édictées en faveur du travailleur dans le contexte du titre dixième du Code des obligations relatif au contrat de travail (art. 319 à 362 CO)⁹. Elle emporte en outre l'application de la loi sur le travail pour les entreprises et les personnes qui entrent dans son champ d'application¹⁰. Elle entraîne enfin la reconnaissance du statut de salarié au sens du droit des assurances sociales (art. 10 LPG¹¹).

[7] Un acteur majeur et précurseur de ces nouvelles formes de travail est le groupe Uber ; son credo est d'affirmer que les personnes qui travaillent au moyen des applications numériques sont des indépendants. Uber, par l'une ou l'autre des sociétés de son groupe, est confronté à des procès concernant la qualification des contrats le liant à ses chauffeurs dans nombre d'Etats¹².

[8] De manière générale, les exploitants de plateformes numériques imposent aux utilisateurs l'acceptation en bloc de conditions générales préformulées qui ne peuvent être négociées. L'alternative est soit d'utiliser l'application en acceptant l'intégralité des règles imposées par l'exploitant, soit d'y renoncer¹³. A cet égard, il est utile de citer l'art. 18 al. 1 CO, selon lequel « *pour apprécier la forme et les clauses d'un contrat, il y a lieu de rechercher la réelle et commune intention des parties, sans s'arrêter aux expressions ou dénominations inexactes dont elles ont pu se servir, soit par erreur, soit pour déguiser la nature véritable de la convention* ». Ainsi, la qualification juridique d'un contrat est une question de droit¹⁴. Le juge détermine librement la nature de la convention d'après l'aménagement objectif de la relation contractuelle (*objektive Vertragsgestaltung*), sans être lié par

⁹ Code des obligations du 30 mars 1911, RS 220.

¹⁰ Loi fédérale sur le travail dans l'industrie, l'artisanat et le commerce du 13 mars 1964, RS 822.11.

¹¹ Loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales du 6 octobre 2000, RS 830.1.

¹² Cf. *infra* N 40 ss.

¹³ A propos des contrats liant Uber à ses chauffeurs, cf. TC VD 23 avril 2020, HC/2020/535, consid. 3.2.4 : « [L']instruction a permis d'établir que le Contrat, prérédige dans son intégralité, était à prendre ou à laisser et qu'ainsi aucun terme ne pouvait être discuté par les candidats chauffeurs [...] ».

¹⁴ ATF 131 III 217 consid. 3.

la qualification même concordante donnée par les parties¹⁵. La dénomination d'un contrat n'est pas déterminante pour évaluer sa nature juridique¹⁶. En d'autres termes, il convient d'attacher une importance fondamentale aux circonstances de faits dans lesquelles l'activité est concrètement déployée, à la lumière des éléments caractéristiques de la nature du contrat envisagé, pour déterminer si la relation contractuelle relève ou non de sa qualification¹⁷. En effet, seul l'examen de l'ensemble des circonstances du cas concret permet de déterminer si l'activité en cause est exercée de manière dépendante ou indépendante¹⁸.

[9] En relation avec la qualification au regard du droit des assurances sociales, la doctrine s'est déjà intéressée à la méthode qui consiste à procéder par l'application de critères de délimitation¹⁹; cette méthode est justifiée; elle peut également être appliquée pour déterminer la qualification juridique du contrat.

[10] Après avoir brièvement rappelé le contenu des quatre éléments caractéristiques du contrat de travail que sont l'existence d'une prestation de travail (B), d'un élément de durée (C), d'une rémunération (D) et d'un rapport de subordination (E)²⁰, nous nous appliquerons à identifier les critères pertinents puis à les catégoriser en fonction de leur intensité à pouvoir être considérés comme indices d'une relation de travail (G); nous nous intéresserons aussi à l'identité de l'employeur (F). En revanche, nous n'approfondirons pas les qualifications juridiques alternatives envisageables qui sont généralement celles du contrat de mandat (art. 394 ss CO) et du contrat d'entreprise (art. 363 ss CO).

B. Prestation de travail

[11] La prestation de travail, au sens de l'art. 319 CO, inclut toute activité humaine, qu'elle soit manuelle, physique, intellectuelle ou artistique²¹.

C. Élément de durée

[12] L'élément de durée tient au fait que le contrat de travail ne s'éteint pas par l'échange d'une prestation et d'une contre-prestation, mais par l'écoulement du temps (contrat de durée déterminée) ou par le congé donné par l'une des parties (contrat de durée indéterminée)²². Toutefois, la

¹⁵ ATF 84 II 493 consid. 2.

¹⁶ ATF 129 III 664 consid. 3.1.

¹⁷ La Cour d'appel d'Angleterre et du Pays de Galles, par la voix majoritaire du Master of the Rolls Sir Terence Etherton et de Lord Justice Bean, dans l'affaire *Uber BV v Aslam* [2018] EWCA Civ 2748 du 19 décembre 2018, évoque à ce propos une « *mixed question of fact and law* » (§ 72).

¹⁸ TF, arrêt 4A_10/2017 du 19 juillet 2017 consid. 3.1; AURÉLIEN WITZIG, *Droit du travail*, Schulthess, Genève/Zurich, 2018, 87 N 191.

¹⁹ Sur cette question, cf. RENÉ HIRSIGER, *Sharing Economy : Zur sozialversicherungsrechtlichen Beurteilung von Plattform-Beschäftigten*, RSDA 2019 372–384; THOMAS GÄCHTER/MICHAEL E. MEIER, *Zur sozialversicherungsrechtlichen Qualifikation von Uber-Fahrern*, Jusletter 3 septembre 2018; GABRIELA RIEMER-KAFKA, *Plattformarbeit oder andere Formen der Zusammenarbeit : Sind die Abgrenzungskriterien für selbständige oder für unselbständige Erwerbstätigkeit noch tauglich ?*, RSAS 2018 581–602.

²⁰ TF, arrêt 4A_594/2018 du 6 mai 2019 consid. 4.1.1.

²¹ RÉMY WYLER/BORIS HEINZER, *Droit du travail*, 4^e éd., Stämpfli, Berne, 2019, 22; WITZIG (note 18), 81 N 176.

²² JEAN-PHILIPPE DUNAND, in Jean-Philippe Dunand/Pascal Mahon (édit.), *Commentaire du contrat de travail*, Stämpfli, Berne, 2013, art. 319 N 12; TF, arrêt 2C_714/2010 du 14 décembre 2010 consid. 3.4.1.

définition ne se borne pas à renvoyer aux art. 334 et 335 CO relatifs à la durée du contrat. Elle exprime davantage, soit l'idée que la prestation du travailleur consiste, fondamentalement, dans la mise à disposition de son temps ; c'est la durée du temps mis à disposition par le travailleur qui est rémunérée²³.

D. Rémunération

[13] Dans le cadre d'un contrat de travail, le travailleur doit être rémunéré par l'employeur par la perception d'un salaire²⁴. Toutefois, la détermination du montant du salaire n'est pas un élément essentiel à la conclusion du contrat²⁵. En effet, l'employeur paie au travailleur le salaire convenu, usuel ou fixé par un contrat-type de travail ou par une convention collective de travail (art. 322 al. 1 CO).

E. Rapport de subordination

[14] Le contrat de travail se distingue avant tout des autres contrats de prestation de services, en particulier du mandat, par l'existence d'un lien de subordination, qui place le travailleur dans la dépendance de l'employeur sous l'angle personnel, organisationnel et temporel ainsi que, dans une certaine mesure, économique. Le travailleur est assujéti à la surveillance, aux ordres et instructions de l'employeur ; il est intégré dans l'organisation de travail d'autrui et y reçoit une place déterminée²⁶. En ce domaine, la dénomination utilisée par les parties pour qualifier leurs relations contractuelles a d'autant moins d'importance qu'il peut être particulièrement tentant de déguiser la nature véritable de la convention pour éluder certaines dispositions légales impératives²⁷, de sorte que seules les circonstances du cas particulier sont déterminantes²⁸. Le rapport de subordination comprend des aspects fonctionnels et organisationnels²⁹. Des instructions qui ne se limitent pas à de simples directives générales sur la manière d'exécuter la tâche, mais influent sur l'objet et l'organisation du travail et instaurent un droit de contrôle de l'ayant droit, sont indicatives de l'existence d'un contrat de travail³⁰. La doctrine récente synthétise le rapport de subordination à l'idée-force que le travailleur est assujéti à la surveillance, aux ordres et aux instructions de l'employeur et qu'il est intégré à l'organisation d'autrui³¹.

[15] S'agissant de l'aspect temporel du critère de subordination, celui-ci doit être relativisé. Ainsi, le Tribunal fédéral a eu l'occasion de juger qu'un « photographe de presse libre RP », qui n'était astreint à aucun horaire et ne travaillait que lorsque le chef du service photo lui commandait

²³ GABRIEL AUBERT, in Luc Thévenoz/Franz Werro (édit.), *Codes des obligations I, Commentaire romand*, 2^e éd., Helbing Lichtenhahn, Bâle, art. 319 N 4 ; WITZIG (note 18), 84 s. N 184 s.

²⁴ DUNAND (note 22), art. 319 N 21.

²⁵ WYLER/HEINZER (note 21), 24.

²⁶ TF, arrêts 4A_10/2017 du 19 juillet 2017 consid. 3.1, 4A_592/2016 du 16 mars 2017 consid. 2.1 et 4A_200/2015 du 3 septembre 2015 consid. 4.2.1.

²⁷ ATF 129 III 664 consid. 3.2.

²⁸ WITZIG (note 18), 87 N 191.

²⁹ DUNAND (note 22), art. 319 CO N 16–19 ; WITZIG (note 18), 88 s. N 192 ss.

³⁰ TF, arrêts 4A_10/2017 du 19 juillet 2017 consid. 3.1 et 4A_592/2016 du 16 mars 2017 consid. 2.1.

³¹ WITZIG (note 18), 88 s. N 193 s. et les réf. citées.

des prises de vue à réaliser, était bel et bien lié par un contrat de travail au sens des art. 319 ss CO³². D'autres travailleurs bénéficient d'une liberté d'horaire. Par exemple, la liberté d'horaire est pratiquée couramment pour le voyageur de commerce, puisqu'il exerce son activité majoritairement hors de l'entreprise et en fonction des besoins des clients³³. Certains employeurs prévoient d'ailleurs dans leur règlement des horaires libres, sans pour autant contester la qualification du contrat de travail³⁴. Le caractère irrégulier de la prestation de travail n'est nullement incompatible avec l'existence d'un contrat de travail et la doctrine distingue entre le contrat de travail à temps partiel régulier et irrégulier³⁵. Que la prestation de travail soit régulière ou irrégulière, elle entre de toute manière dans le cadre d'un contrat de travail si les autres critères constitutifs d'un contrat de travail (rapport de subordination, rémunération) sont réunis³⁶.

[16] En relation avec la qualification des contrats de travail organisés autour d'une plateforme numérique, le lien de subordination est la pierre angulaire autour de laquelle la doctrine est divisée dans l'intense débat actuel³⁷.

[17] Dans une projection dynamique sur le futur, la flexibilisation du travail est probablement l'un des enjeux favorisés par les outils numériques, de sorte que les nouvelles générations de travailleurs vont vraisemblablement être confrontées – par choix ou nécessité – à cette flexibilité en termes temporels (horaires de travail), géographiques (travail à distance), avec le corollaire de l'exercice en parallèle de plusieurs activités professionnelles à temps partiel (ce qui posera aussi les questions de l'étendue du devoir de fidélité³⁸). Les critères de subordination temporelle et spatiale doivent ainsi être relativisés.

[18] Si le modèle du travail organisé autour des plateformes numériques est caractérisé par une plus grande souplesse et une flexibilité temporelle, spatiale et organisationnelle, dès lors que la personne inscrite peut se mettre à disposition ou non, devoir accepter les offres ou pouvoir les refuser, travailler pour d'autres employeurs ou mandataires, ZEIN relève que le modèle des plateformes comme structure de travail ouverte, flexible et décentralisée doit être relativisé, notamment au regard des limites posées par les plateformes pour structurer la relation avec les prestataires : ces limites peuvent consister en des contrôles ou des sanctions, en particulier des systèmes de notation, les mauvaises évaluations (par les clients) pouvant avoir des conséquences pour le prestataire. Il n'est guère contestable que le travail salarié est compatible avec les plateformes digitales³⁹.

[19] S'agissant plus particulièrement des systèmes d'évaluation, une partie de la doctrine considère qu'ils sont un élément propre au contrat de travail. En particulier, SCHWAAB, qui se penche notamment sur le système d'évaluation en place au sein d'Uber, estime qu'un système aussi dé-

³² TF, arrêt 4C.163/2005 du 31 octobre 2005 consid. 4.1.

³³ DAVID AUBERT, *Le contrat de travail des voyageurs de commerce : articles 347 à 350a du Code des obligations*, Bis et Ter, Lausanne, 2010, N 488 et 124.

³⁴ Par ex. TF, arrêts 4A_227/2016 du 24 octobre 2016, au sujet d'un horaire libre et de la rémunération des heures supplémentaires, et 4A_389/2007 du 2 novembre 2007, ces deux arrêts ayant trait à des entreprises prévoyant un « horaire libre » dans leur règlement.

³⁵ DUNAND (note 22), art. 319 N 50 ; PASCALE BYRNE-SUTTON, *Le contrat de travail à temps partiel*, Schulthess, Zurich, 2001, 82.

³⁶ CHRISTIAN BRUCHEZ/PATRICK MANGOLD/JEAN CHRISTOPHE SCHWAAB, *Commentaire du contrat de travail*, 4^e éd., Editions Réalités sociales, Lausanne, 2019, art. 319 N 13.

³⁷ Pour un aperçu des différentes positions doctrinales, cf. *infra* N 33 ss.

³⁸ A ce sujet, cf. KARINE LEMPEN, *Le devoir de fidélité de la personne salariée à l'ère numérique*, RDS 2019 I 11–36.

³⁹ BASSEM ZEIN, *Travail par les plateformes : quelles relations contractuelles ?*, PJA 2018 711–723, spéc. 712 s., 720.

taillé et poussé témoigne de l'existence d'un rapport de subordination et découle de l'existence même de ce rapport⁴⁰. EGLI et DEMIR considèrent aussi que les systèmes d'évaluation sont un indice de relation de subordination dans une appréciation classique de la relation de travail⁴¹ ; de même, BILLARANT qualifie cet élément de « fort indice de dépendance hiérarchique »⁴². Le Tribunal cantonal du canton de Vaud fait la même appréciation, considérant que le fait pour une plateforme de retenir les évaluations des clients, d'utiliser celles-ci pour surveiller un chauffeur dans son exécution d'une course, cas échéant pour le sanctionner en cas d'évaluations jugées trop basses à ses yeux constitue indéniablement un « rapport de force manifeste » propre à la subordination du contrat de travail⁴³.

F. Identité de l'employeur

[20] Même lorsque les éléments caractéristiques permettant la qualification de contrat de travail sont réunis, cela ne signifie pas nécessairement que l'exploitant de la plateforme numérique doit être considéré comme l'employeur de celui qui exécute la prestation. En effet, coexiste la possibilité que le bénéficiaire de la prestation soit l'employeur. A cet égard également l'approche doit être ouverte et qualifiée au regard des circonstances. Pour déterminer qui, de l'exploitant de la plateforme ou du bénéficiaire de la prestation, doit être considéré comme employeur, il convient de se référer aux critères usuels qui permettent d'analyser l'existence d'un contrat de travail, notamment :

- selon que le travailleur est placé dans un rapport de subordination avec l'exploitant de la plateforme ou le bénéficiaire de la prestation ;
- selon que le contrat relatif à l'exécution de la prestation de services est conclu entre le travailleur et l'exploitant de la plateforme ou le bénéficiaire de la prestation ;
- selon que le débiteur de la rémunération est l'exploitant de la plateforme ou le bénéficiaire de la prestation.

[21] En tenant compte du fait que le travailleur exécute sa prestation en faveur du bénéficiaire de celle-ci, le rôle de l'exploitant de la plateforme peut être celui de l'intermédiaire, qui exerce une activité de placement privé en mettant le demandeur d'emploi en contact avec le bénéficiaire de la prestation qui devient son employeur (art. 2 à 9 LSE), ou de bailleur de services dans le contexte d'une location des services du travailleur au bénéficiaire de la prestation (art. 12 à 22 LSE)⁴⁴.

⁴⁰ JEAN CHRISTOPHE SCHWAAB, *Les nouvelles tendances en matière d'évaluation du personnel et le droit du travail*, DTA 2019 103–119, spéc. 109–110.

⁴¹ PHILIPP EGLI/EYLEM DEMIR, *Peer Regulation – Bewertungssysteme in der Plattformökonomie*, PJA 2018 837–847, 841.

⁴² JULIEN BILLARANT, *Pour une approche nouvelle du rapport de subordination en droit privé suisse du travail*, Schulthess, Genève/Zurich, 2020, 400 ss N 1298 ss.

⁴³ L'auteur RÉMY WYLER est l'avocat du chauffeur dans l'affaire qui a donné lieu à l'arrêt du Tribunal cantonal du Canton de Vaud du 23 avril 2020, HC/2020/535, consid. 4.1.6.3.3.

⁴⁴ Cf. *infra* N 48 ss.

[22] A titre d'exemples, dans le contexte Uber, l'une ou l'autre des sociétés du groupe a déjà été considérée comme l'employeur de certains chauffeurs⁴⁵. Dans le contexte des agents de ménage, la société qui exploite la plateforme Batmaid considère dans son modèle actuel⁴⁶ qu'elle met en relation l'agent de ménage et le bénéficiaire de la prestation qui concluent entre eux un contrat de travail ; elle est d'ailleurs au bénéfice d'une autorisation pour exercer cette activité de placement⁴⁷. En outre, le 18 juillet 2020, elle a annoncé sur son blog qu'elle va proposer à partir du 1^{er} janvier 2021 de devenir l'employeur d'une partie de ses agents de nettoyage, de sorte que les deux possibilités coexisteront⁴⁸.

G. Critères

[23] L'un des objectifs de cette étude est d'identifier des critères de rattachement, de les catégoriser en fonction de leur intensité à être compatibles avec l'existence d'un contrat de travail en droit suisse, pour permettre de les confronter aux éléments essentiels du contrat de travail, aux circonstances de fait et à la nature des rapports liant l'exploitant de la plateforme, le prestataire qui exécute la prestation et l'utilisateur qui en bénéficie. Au regard des conditions dans lesquelles sont concrètement proposés les services par telle ou telle plateforme numérique, ils servent d'outil d'appréciation permettant d'opérer la qualification juridique. Pour ce faire, nous avons tenu compte de quelques plateformes numériques opérant sur le territoire suisse et fournissant des services à des utilisateurs, exécutés par des prestataires par l'intermédiaire d'applications numériques.

[24] Une fois sélectionnés, nous avons étudié leur fonctionnement en tenant compte des conditions contractuelles lorsque celles-ci nous étaient accessibles, de la réalité effective des relations entre les parties et d'une étude critique de la littérature juridique (jurisprudence et doctrine), afin d'en dégager les propriétés qui, dans le contexte juridique suisse, agissent comme critères potentiels de rattachement à l'institution juridique du contrat de travail.

[25] Nous décrivons ci-dessous quelques critères identifiés, avec l'indication de leur intensité dans le processus de qualification. Nous avons établi deux catégories, dans les perspectives d'analyse de l'existence d'un éventuel rapport de travail entre l'exploitant et le prestataire (colonne « Entre l'exploitant et le prestataire ») ou de l'existence d'un éventuel rapport de travail entre l'utilisateur et le prestataire (colonne « Entre l'utilisateur et le prestataire »). Dans ces tableaux, ainsi que dans la suite de notre analyse, nous désignons les intervenants de la manière suivante :

- l'« *exploitant* » est celui qui exploite la plateforme numérique, directement ou sur délégation, et qui peut être potentiellement considéré comme un employeur au sens de l'art. 319 CO ;

⁴⁵ TC VD 23 avril 2020, HC/2020/535. Lire, dans la presse, « Un ex-chauffeur d'Uber obtient gain de cause », *24 heures*, 15 septembre 2020.

⁴⁶ En l'an 2020.

⁴⁷ La liste étant publique sur le site du SECO : <http://www.avg-seco.admin.ch/WebVerzeichnis/ServletWebVerzeichnis>.

⁴⁸ « Changements stratégiques pour Batmaid qui mise désormais sur le statut d'employeur », Batmaid blog, 18 juillet 2020.

- le « *prestataire* » est celui qui fournit la prestation de service et qui peut être potentiellement considéré comme un travailleur au sens de l’art. 319 CO ;
- l’« *utilisateur* » est celui qui bénéficie des prestations obtenues par l’intermédiaire de la plateforme numérique, et qui peut aussi être potentiellement considéré comme un employeur au sens de l’art. 319 CO ;
- l’« *application* » est la plateforme numérique par laquelle la prestation de service est attribuée au prestataire ; elle est aussi celle par laquelle la prestation de service est commandée par l’utilisateur ; les modalités concrètes de commande et d’attribution sont multiples ; les plateformes numériques mises à disposition du prestataire et de l’utilisateur peuvent toutefois diverger.

Critères d’appréciation de l’existence d’un contrat de travail	Entre l’exploitant et le prestataire			Entre l’utilisateur et le prestataire		
	TC ⁴⁹	C ⁵⁰	PC ⁵¹	TC ⁵²	C ⁵³	PC ⁵⁴
Le prestataire est une personne physique		x			x	
Le prestataire est une personne morale			x			x
Les prestations fournies par le prestataire s’inscrivent dans une durée		x			x	
La prestation fournie par le prestataire ne sera pas régulièrement répétée			x			x
Le prix de la prestation à charge de l’utilisateur est fixé par l’exploitant	x				x	
L’exploitant incite fortement le respect du prix proposé de la prestation (techniquement ou d’une autre façon)	x				x	
Le risque de ducroire est supporté par l’exploitant	x					x
Le risque de ducroire est supporté par le prestataire			x			x
Les factures à l’utilisateur sont établies par l’exploitant et en son nom ou en celui d’une entité de son groupe	x					x
Les factures à l’utilisateur sont établies au nom du prestataire			x		x	
Le paiement de la prestation au prestataire est effectué par l’exploitant, en son nom ou sur délégation par une entité du même groupe	x					x

Le paiement de la prestation par l'utilisateur est effectué directement auprès du prestataire, étant précisé que le prestataire n'est pas tenu à une obligation de rendre compte ou de restituer envers l'exploitant			x		x	
Le paiement de la prestation par l'utilisateur est effectué directement auprès de l'exploitant	x				x	
Le prestataire verse à l'exploitant une ou des redevances forfaitaires pour le droit d'utiliser l'application			x			x
Les décomptes de rémunération au prestataire sont établis par l'exploitant en son nom ou pour le compte d'une entité du même groupe	x					x
Les décomptes de rémunération au prestataire sont établis par l'exploitant au nom de l'utilisateur			x		x	
Le prestataire ne dispose d'aucune marge de manœuvre pour négocier les conditions contractuelles, tant en ce qui concerne sa relation avec l'exploitant que sa relation avec l'utilisateur	x				x	
Le prestataire et l'utilisateur ignorent réciproquement leurs identités réelles avant l'exécution de la prestation	x					x
Le prestataire et l'utilisateur ignorent réciproquement leurs identités réelles après l'exécution de la prestation	x					x
L'exploitant examine les capacités du prestataire avant son autorisation d'utiliser l'application		x			x	
L'exploitant est le débiteur envers l'utilisateur du service demandé ⁵⁵		x				x

La gestion de la relation contractuelle avec l'utilisateur est effectuée par l'exploitant en son propre nom	x					x
La gestion de la relation contractuelle avec le prestataire est effectuée par l'exploitant au nom de l'utilisateur			x		x	
La gestion de la relation contractuelle intervient directement entre l'utilisateur et le prestataire		x			x	
La gestion de l'attribution aux prestataires des services est du ressort de l'exploitant	x					x
L'utilisateur peut choisir le prestataire qui exécutera la prestation commandée		x			x	
Après que la première prestation a déjà été fournie par le prestataire à l'utilisateur, la commande des prestations suivantes intervient encore par l'application numérique	x				x	
Après que la première prestation a été fournie par le prestataire à l'utilisateur, la commande des prestations suivantes est effectuée directement par l'utilisateur auprès du prestataire			x	x		
Après que la première prestation a été fournie par le prestataire à l'utilisateur, le prestataire a la possibilité de conserver l'utilisateur comme client direct		x			x	
L'exploitant/respectivement l'utilisateur formule des directives ou instructions sur la manière de fournir le service, telles que :	x			x		
- obligation d'accepter les offres proposées ;						
- directives sur le temps d'attente ;						
- recommandations sur les modalités d'exécution de la prestation ;						
- délai de réaction imposé pour l'acceptation de la prestation dont l'exécution est proposée au prestataire.	x			x		

L'exploitant n'exerce aucun contrôle sur la qualité de la prestation			x		x	
L'exploitant/respectivement l'utilisateur formule des directives ou instructions quant au choix de l'outil de travail	x			x		
L'exploitant/respectivement l'utilisateur dispose d'un pouvoir de sanction en présence du non-respect de ses exigences	x			x		
Le prestataire est libre dans la manière dont il exécute la prestation (plus l'exploitant intervient dans le processus d'exécution de la prestation, plus il s'éloigne du rôle d'intermédiaire et plus il contrôle le travail effectué par les prestataires)			x			x
Le prestataire est libre dans la gestion de son horaire et des périodes durant lesquelles il fournit ses prestations		x			x	
Le prestataire est tenu à une obligation de présence	x			x		
L'exploitant/respectivement l'utilisateur est considéré comme un employeur au sens de l'art. 10 LPG	x			x		
Le prestataire fournit des investissements substantiels pour l'exercice de son activité			x			x
Le prestataire ne consent pas d'investissements importants pour l'exercice de son activité		x			x	
Le prestataire supporte un risque économique de perte d'exploitation			x			x
Le prestataire ne supporte pas d'autre risque économique que l'absence de gain en l'absence d'activité		x			x	
L'exploitant dispose d'un système de géolocalisation du prestataire lorsqu'il est connecté à l'application, y.c lorsque l'application est ouverte en arrière-plan	x					x

L'exploitant collecte et gère toutes les données relatives à l'exécution de la prestation par le prestataire	x					x
L'exploitant collecte et gère toutes les données relatives à la réception de la prestation par l'utilisateur	x					x
L'exploitant gère un système de notation/appréciation de la qualité du service fourni par le prestataire	x					x
Les plaintes de l'utilisateur sont transmises à l'exploitant qui les gère face au prestataire	x					x
L'utilisateur s'adresse directement au prestataire pour ses plaintes			x		x	
L'exploitant utilise les données de notation/appréciation de la qualité du service fourni par le prestataire pour gérer la relation contractuelle avec ce dernier, par ex. : - suspension du droit d'utiliser l'application ; - augmentation ou diminution de la rémunération par des bonus ou malus ; - mesures de soutien à l'amélioration de la qualité de la prestation ; - avertissement ; - résiliation de la relation contractuelle.	x					x

[26] La pondération des critères est un guide permettant d'apprécier l'intensité des éléments de faits orientant la qualification juridique de la relation contractuelle.

[27] Derrière la liberté apparente figurant dans le contenu de certaines conditions générales, il convient de relever le caractère parfois factice de celle-ci⁵⁶. Par exemple, la possibilité pour le prestataire de déroger aux tarifs par défaut de la prestation proposée à l'utilisateur peut être en

⁴⁹ TC : Très compatible avec le contrat de travail.

⁵⁰ C : Compatible avec le contrat de travail, mais aussi compatible avec une autre qualification juridique.

⁵¹ PC : Peu compatible avec le contrat de travail.

⁵² TC : Très compatible avec le contrat de travail.

⁵³ C : Compatible avec le contrat de travail, mais aussi compatible avec une autre qualification juridique.

⁵⁴ PC : Peu compatible avec le contrat de travail.

⁵⁵ René Hirsiger, *Plattformbeschäftigungen*, DTA 2019 291–307, 294, qui considère que ce critère est compatible avec les deux statuts.

⁵⁶ C'est ce que retient le Tribunal cantonal du canton de vaud à propos des chauffeurs Uber, dans son arrêt du 23 avril 2020, HC/2020/535, consid. 3.2.4 : « *De même, la prétendue liberté du chauffeur dans son activité, réaffirmée à de multiples reprises dans le Contrat, est clairement contredite soit par d'autres dispositions de celui-ci, tout aussi claires, soit par l'aménagement réel des rapports des parties [...]* ».

réalité fortement découragée, de sorte que cette possibilité n'est utilisée que par une minorité de prestataires ou dans une minorité de cas. Cette possibilité de s'écarter des prix proposés par l'application peut aussi être découragée parce que difficile à mettre en œuvre : tel peut être le cas lorsque la dérogation proposée par l'application est visuellement difficile à trouver, ou qu'elle nécessite plusieurs manipulations successives ou encore lorsque le système proposé par défaut se remet en place à la prochaine utilisation de l'application. En définitive, de nombreuses barrières techniques peuvent être instaurées par l'exploitant pour inciter le prestataire à ne pas déroger au tarif de base proposé par l'application et supprimer *de facto* toute liberté de tarification pour le prestataire. Ce type d'incitation peut aussi porter sur tout critère relatif aux modalités d'exécution de la prestation. Il convient d'en tenir compte dans la réalité factuelle d'appréciation des critères permettant d'apprécier la qualification juridique.

[28] Cette confrontation entre les critères identifiés et les éléments caractéristiques du contrat de travail met aussi en lumière la dimension subjective de l'opération de la qualification juridique du contrat de travail, la malléabilité et l'élasticité de ses éléments essentiels⁵⁷. Certains critères seront plus mis en avant que d'autres pour plaider telle qualification juridique ou son contraire (ceux des catégories TC⁵⁸ et PC⁵⁹). D'autres peuvent être relativement neutres ou revêtir un double sens (ceux de la catégorie C⁶⁰), et être utilisés pour aller dans une direction comme dans l'autre, tels que l'interprétation pouvant être donnée à des « directives » sur l'exécution de la prestation ; où l'on retrouve l'essence même de l'acte de juger.

[29] Empiriquement induit, ce tableau met en exergue l'essence *graduelle* de la qualification juridique, par opposition à sa conception – faussement – *binnaire* ou *bijective* qui ferait passer un cas d'espèce (ici une application numérique) dans une catégorie légale (là le contrat de travail) par un tour d'esprit abstrait, déductif, vertical, automatique et dénué de tout jugement de valeur (une subsomption authentique)⁶¹.

H. Arrêts de la Cour de justice de Genève et du Tribunal cantonal du canton de Vaud et prises de position doctrinales au sujet des chauffeurs Uber

[30] Dans un arrêt du 29 mai 2020, la Chambre administrative de la Cour de justice de Genève a rejeté le recours de la société A, à l'encontre d'une décision de l'Office cantonal de l'emploi (OCE), qui a considéré notamment que les activités déployées par le biais d'une certaine plateforme relèvent de la location de services soumise à autorisation à Genève⁶². A la lecture de cet arrêt et

⁵⁷ ANNE MEIER, *Risques de précarisation des travailleurs induits par les plateformes numériques*, PJA 2018 302–315, spéc. 303–305, met en évidence, à travers des exemples de droit comparé, les fluctuations socio-économiques d'une époque pour justifier de la volonté de rattacher au contrat de travail des formes atypiques d'emploi.

⁵⁸ TC : Très compatible avec le contrat de travail.

⁵⁹ PC : Peu compatible avec le contrat de travail.

⁶⁰ C : Compatible avec le contrat de travail, mais aussi compatible avec une autre qualification juridique.

⁶¹ ALAIN PAPAUX, *Comparaison générique vs comparaison prototypique. Ou de l'évaluation « con-forme » par concept-mesure à l'évaluation instituant ou « analogique » par concept-matrice*, Revue européenne des sciences sociales, 2007/138 115–141.

⁶² Cour de justice GE 29 mai 2020, ATA/535/2020, étant précisé que le site de la Cour de justice mentionne le dépôt d'un recours à l'encontre de cet arrêt au Tribunal fédéral (2C_575/2020) ; le recours au TF n'ayant pas d'effet suspensif automatique (art. 103 LTF), il semblerait que cet arrêt soit d'ores et déjà exécutoire selon la presse, cf. RICHARD ETIENNE, « A Genève, Uber Eats doit désormais recourir à des employés », *Le Temps*, 1^{er} septembre

des articles de presse simultanément publiés, on comprend que cette affaire concerne Uber Eats⁶³. S'agissant de la qualification du contrat entre la société et les livreurs, la Cour de justice a retenu ce qui suit :

9. « a. La recourante considère que les livreurs exercent leurs activités de manière indépendante, sans rapport de subordination avec E_____ ou des restaurateurs, dès lors qu'ils se connecteraient à l'application à leur guise, ne seraient pas tenus de répondre aux propositions de missions, ne se verraient donner aucune instruction et ne pourraient faire l'objet d'aucune sanction. S'il est vrai que ces éléments pourraient plaider en faveur d'une activité indépendante exercée par les livreurs, ils font toutefois fi de la teneur des différents documents contractuels figurant au dossier, dont le juge détermine librement la nature d'après l'aménagement objectif de la relation contractuelle (arrêt du Tribunal fédéral 4A_500/2018 précité consid. 4.1 et les références citées).

En effet, même si les livreurs ne sont pas tenus de se connecter à la plateforme ni d'accepter une mission proposée par celle-ci lors de leur connexion, ce qui constitue du reste une caractéristique du travail temporaire dont le travailleur assume le risque (SECO, op. cit., p. 69), le CS [le « contrat de services technologiques » (ci-après : CST)] prévoit néanmoins que les refus répétés de livraison créent une expérience négative pour les utilisateurs de la plateforme (ch. 2.5 CST) et que E_____ a la possibilité de désactiver l'accès à celle-ci si le livreur ne répond plus à ses normes et politique pour fournir les services de livraison (ch. 12.2 CST). Par ailleurs, l'absence d'obligation d'exclusivité permettant aux livreurs d'avoir d'autres activités en parallèle lorsqu'ils ne sont pas connectés à la plateforme n'est pas déterminante, puisqu'il ne saurait en être autrement d'une activité exercée à temps partiel, voire très partiel, étant précisé qu'en cas de connexion et d'acceptation d'une mission pour le compte de la plateforme, les livreurs ne peuvent dans les faits pas avoir d'autre activité que celle en faveur de la recourante. A cela s'ajoute que pour obtenir une rémunération adéquate, les livreurs sont tenu d'accepter des missions successives et ainsi de rester connectés à l'application.

Même si les livreurs apparaissent libres dans la gestion de leurs trajets, il n'en demeure pas moins qu'une fois connectés sur l'application, ils font l'objet d'une surveillance étroite des services E_____, qui obtiennent leurs informations de géolocalisation aux fins notamment de les surveiller, les suivre et partager avec des tiers ces informations (ch. 2.7 CST), ce qui peut conduire, en cas d'adoption d'un itinéraire « inefficace », à la réduction des frais de livraison, donc de leur rémunération (ch. 4.3 CST). Un tel contrôle n'est ainsi pas compatible

2020, qui indique cependant à tort un « recours auprès du Tribunal administratif fédéral (TAF), à Lucerne » (sic). Voir aussi SARAH NATHALIE HALPÉRIN/CLARA WACK, *Location de services et plateformes digitales*, Jusletter 6 avril 2020, qui se sont exprimées à ce sujet avant que ne fût rendu l'arrêt du 29 mai 2020 et qui considèrent que le lien de subordination fait défaut (N 97), exprimant l'avis que « des considérations de nature politique » auraient amenés ces premières décisions (N 98). Si une telle appréciation (formulée de manière générale en lien avec le risque de précarisation des travailleurs concernés) surprend, elle ne saurait en tout état de cause être retenue en ce qui concerne les arrêts postérieurs rendus par les tribunaux cantonaux, sauf à faire le reproche aux magistrats de l'ordre judiciaire de ne pas être indépendants. A cet égard, nous relevons que Me Halpérin se présente comme étant l'avocate de la société qui emploie désormais les coursiers utilisant Uber Eats à Genève, RICHARD ETIENNE, « Des cuisines fantômes nourrissent les Genevois », *Le Temps*, 6 octobre 2020.

⁶³ Voir notamment : « Les livreurs d'Uber Eats considérés comme des salariés par Genève », *RTS Info*, 11 juin 2020 ; « Uber Eats suffers setback in Geneva court ruling », *Swissinfo*, 11 juin 2020 ; « Uber Eats est considéré comme l'employeur de ses livreurs à Genève », *Le Temps*, 12 juin 2020 ; « Le tribunal administratif de Genève confirme qu'Uber Eats est un employeur », *Unia*, 11 juin 2020.

avec l'indépendance alléguée par la recourante des livreurs, lesquels s'engagent également à promouvoir la marque E_____ dans le cadre de leur activité, ce qui ressort des CGU, qui doivent être acceptées par les intéressés avant de pouvoir être admis à effectuer des livraisons, comme le mentionne le formulaire d'acceptation des conditions générales de E_____.

C'est également en vain que la recourante prétend qu'elle n'instruirait les livreurs d'aucune manière, lesquels agiraient comme bon leur semble. En effet, les dispositions spécifiques à ce sujet figurant dans le CST leur recommandent notamment de suivre les instructions du restaurateur et d'attendre au moins dix minutes pour qu'un restaurateur et un destinataire de la marchandise se présente (ch. 2.2 CST). Dans ce cadre également, les livreurs se voient évalués, tant par les restaurateurs que les destinataires de la marchandise, ce qui peut conduire, en cas d'avis négatifs, fixés à un seuil relativement bas comme l'ont expliqué les représentants de la recourante à la chambre de céans, à un avertissement et à leur exclusion de la plateforme (ch. 2.5 CST). A ces éléments s'ajoute le fait que la rémunération perçue par les livreurs n'est pas déterminée par ces derniers, mais unilatéralement par E_____, qui peut également unilatéralement les modifier, les coursiers ne pouvant être rémunérés d'aucune autre manière et par E_____ seulement (ch. 4.1, 4.2 et 4.3 CST ; ch. 3 addenda Marketplace), ce qui s'oppose également à qualifier leur activité d'indépendante.

C'est dès lors à juste titre que l'intimé a qualifié la relation entre la recourante et les livreurs de relation de travail au regard du rapport de subordination auquel ils sont soumis, ce qui exclut toute activité indépendante de leur part ».

[31] Le 23 avril 2020, le Tribunal cantonal du canton de Vaud, statuant sur l'appel interjeté contre un jugement du 29 avril 2019 rendu par le Tribunal de prud'hommes de Lausanne qui avait reconnu l'existence d'un contrat de travail entre la plateforme Uber et ses chauffeurs⁶⁴, a confirmé que les relations entre les chauffeurs et une certaine plateforme numérique – que l'on déduit être Uber à la lecture de l'arrêt et des articles de presse parus à ce moment⁶⁵ – relèvent du contrat de travail, en retenant ce qui suit⁶⁶ :

4.1.6.6 : « En conclusion, la Cour retient que, malgré certains termes du contrat, l'appelante [une société du groupe Uber] choisissait seule la mission à confier à l'intime [le chauffeur], le lieu où il devait prendre le client en charge et celui où il devait le déposer, et déterminait de facto l'itinéraire à suivre, le prix de la course ainsi que le montant qui reviendrait à l'intime. Des lors que l'intime avait accepté – à l'aveugle selon l'organisation mise en place par l'appelante – d'effectuer une telle course pour elle, il devait l'exécuter suivant les instructions multiples de l'appelante. Cela allait du choix du véhicule utilisé, qui devait être approuvé par l'appelante, d'un contrôle continu de celui-ci qui allait jusqu'à sa propreté, de la manière de traiter le client, du temps mis à l'attendre puis effectuer le trajet, au contrôle de l'itinéraire choisi. L'appelante surveillait de manière très serrée le respect des instructions données, par l'exploitation des données collectées sur l'application utilisée par l'intime d'une part, par l'évaluation qu'elle demandait aux clients transportés d'autre part.

⁶⁴ L'auteur Rémy Wyler est l'avocat du chauffeur dans l'affaire qui a donné lieu à l'arrêt du Tribunal cantonal du Canton de Vaud du 23 avril 2020, HC/2020/535. Cf. JULIEN CULET, « Première suisse, un ex-chauffeur Uber obtient le statut de salarié », 24 heures, 4 mai 2019.

⁶⁵ PHILIPPE MASPOLI, « Un ex-chauffeur d'Uber obtient des droits d'employé », 24 heures, 28 avril 2020.

⁶⁶ TC VD 23 avril 2020, HC/2020/535, spéc. consid. 4.1.6.

Les chauffeurs se savaient évalués par les personnes qu'ils avaient transportés et savaient qu'en cas de note non excellente ils pouvaient être empêchés par l'appelante de continuer à œuvrer pour elle temporairement ou définitivement. L'appelante rappelait en outre à ses chauffeurs qu'elle exerçait une surveillance sur le respect des instructions données en leur envoyant des rapports hebdomadaires indiquant les courses effectuées de même que les itinéraires suivis.

A cela s'ajoute que l'appelante s'occupait seule du recouvrement et assumait seule les risques en cas de non-paiement et enfin que l'intime n'avait travaillé que pour elle durant la période litigieuse.

Dans ces conditions, l'appelante ne peut pas soutenir qu'elle n'aurait fait que mettre en contact des personnes voulant effectuer une course avec une personne qui était prête à le faire. Elle avait la volonté réelle de tout contrôler dans l'exécution de la tâche de l'intime et son organisation était faite pour que ses chauffeurs ne soient que des exécutants, disposant d'un minimum d'informations leur permettant uniquement d'exécuter la course qui leur était confiée, au prix fixe par l'appelante, sur lequel il n'y avait aucune discussion possible dans les faits, et selon les modalités imposées et vérifiées par l'appelante.

Ces éléments imposent de conclure à l'existence d'un rapport de subordination de l'appelante sur l'activité de transport de l'intime, rapport voulu par elle et accepté par lui, ce tant de manière personnelle, organisationnelle et temporelle qu'économique (dans ce sens également l'audition de [...] du 23 mai 2018, p. 3). S'agissant de l'aspect organisationnel, on ne saurait ici mettre l'accent sur une organisation traditionnelle du travail, incluant notamment une place de travail fixe : l'appelante a en effet aménagé l'exécution des prestations qu'elle demandait à l'intime de façon à ce que l'organisation soit la plus dématérialisée possible, donnant ses instructions et reprenant l'intime par le biais de l'application et par courriel et/ou SMS et supprimant ainsi quasi toute interférence humaine et physique. Le pouvoir qu'elle avait sur l'exécution du travail par l'intime n'en était toutefois pas moins efficace.

Au vu de ces éléments, force est de constater que la volonté réelle des parties, manifestée non seulement par le document contractuel mais aussi et surtout par la manière dont les parties ont exécuté ledit contrat – c'est-à-dire par leur comportement pendant leur collaboration –, était de créer un rapport de subordination et de dépendance du chauffeur vis-à-vis de l'exploitant de la plateforme. Les clauses du contrat qui proclament le contraire – mais qui sont déjouées par tant d'autres et qui n'ont jamais reçu la moindre exécution concrète pendant les rapports de travail – ne correspondent pas à la volonté réelle et commune des parties. Tout indique que l'appelante les a introduites dans le contrat écrit à la seule fin de dissimuler la nature véritable des rapports contractuels qu'elle noue avec ses chauffeurs ».

[32] Force est ainsi de constater que les tribunaux appliquent les critères d'appréciation qui tiennent compte des circonstances de fait et entrent dans le périmètre de ceux développés par la doctrine.

[33] S'agissant de l'activité de chauffeur développée au moyen de l'application Uber, la qualification de contrat de travail correspond à l'avis majoritaire de la doctrine récente qui s'est exprimée en tenant compte des circonstances concrètes de la relation entre Uber et ses chauffeurs⁶⁷.

[34] Dans leur avis de droit au sujet de la soumission aux assurances sociales des chauffeurs Uber, GÄCHTER et MEIER mettent clairement en évidence que les chauffeurs Uber n'assument pas de risque économique et sont intégrés dans l'organisation du travail d'Uber ; au sujet de cette dernière, ils relèvent que la seule liberté d'horaire ne suffit pas à contrebalancer les autres aspects, tels que la réception de recommandations et d'instructions, la soumission à un système d'évaluation, l'existence de sanctions, le fait qu'Uber fixe les prix de manière unilatérale, gère complètement l'encaissement des courses, prend des mesures pour assurer la qualité des courses. C'est pourquoi ils concluent au total à une relation de dépendance sous l'angle des assurances sociales⁶⁸. Les remarques précitées peuvent être transposées pour la qualification en droit contractuel de contrat de travail au sens de l'art. 319 CO de la relation unissant les chauffeurs à l'entité du groupe Uber à laquelle ils sont liés.

[35] EGLI et DEMIR reconnaissent que la protection sociale en droit privé des travailleurs est assurée en première ligne par les règles classiques de droit du travail. Ils préconisent aussi d'appliquer ces règles directement ou par analogie au marché du travail digital⁶⁹.

[36] DE LA FUENTE et FISCHER attachent une importance essentielle aux termes du contrat ; en cela ils semblent faire quelque peu abstraction des circonstances concrètes citées par d'autres auteurs et le Tribunal de prud'hommes de Lausanne⁷⁰. A titre exemple, ils affirment qu'Uber n'utilise pas les données pour surveiller l'activité des chauffeurs ou leur transmettre des instructions, alors que cela est contredit par l'analyse de SCHWAAB⁷¹ et l'examen fait dans le cas examiné par le Tribunal cantonal du canton de Vaud et avant lui le Tribunal de prud'hommes de Lausanne⁷².

[37] HIRSIGER considère quant à lui que le rapport de subordination fait généralement défaut, de sorte que la qualification de contrat de travail ne peut généralement être retenue pour les travailleurs des plateformes numériques⁷³. Halpérin et Wack vont dans le même sens, s'agissant notamment du modèle Uber Eats⁷⁴.

[38] Dans sa thèse de doctorat, BILLARANT ne prend pas une position ferme sur la qualification juridique des relations liant Uber à ses chauffeurs, analysant tour à tour les éléments en faveur puis en défaveur d'une qualification de contrat de travail, mais force est son constat que les premiers sont plus nombreux, plus développés et surtout affirmés plus ardemment en faveur d'une telle qualification que les éléments qui s'y opposent⁷⁵.

⁶⁷ KURT PÄRLI, *Gutachten « Arbeits- und sozialversicherungsrechtliche Fragen bei Uber Taxifahrer/innen »*, 10 juillet 2016, dont le résumé en français est disponible sur le lien suivant : https://www.unia.ch/uploads/tx_news/2016-08-29-r%C3%A9sum%C3%A9-expertise-droit-du-travail-assurances-sociales-chauffeuses-chauffeurs-taxi-Uber-professeur-Kurt-P%C3%A4rli_01.pdf et avis mentionnés dans les notes suivantes.

⁶⁸ THOMAS GÄCHTER/MICHAEL E. MEIER, *Sozialversicherungsrechtliche Qualifikation von Uber-Fahrern, Rechtsgutachten zuhanden der Unia*, Zurich, 5 juillet 2018, 33–35 N 114–126.

⁶⁹ EGLI/DEMIR (note 41), 842.

⁷⁰ SONIA DE LA FUENTE/PHILIPP FISCHER, *Les plateformes numériques à l'épreuve du droit du travail*, Jusletter 10 décembre 2018, N 41 ss.

⁷¹ SCHWAAB (note 40), 103–119.

⁷² Cf. *supra* N 31.

⁷³ HIRSIGER (note 55), 304.

⁷⁴ HALPÉRIN/WACK (note 62), N 55–97.

⁷⁵ BILLARANT (note 42), 395–406 N 1278–1319.

[39] Globalement, on peut raisonnablement affirmer que les avis des auteurs prédominants et les décisions des tribunaux convergent pour considérer que les activités développées en Suisse par des personnes fonctionnant comme chauffeurs ou livreurs grâce aux applications autour du modèle Uber doivent être considérées comme relevant du contrat de travail.

I. Tour d'horizon de quelques décisions étrangères

[40] La problématique des travailleurs de plateformes numériques ne se cantonne pas à la Suisse ; de nombreuses juridictions ont eu affaire à des litiges semblables dans les ordres juridiques étrangers.

[41] La Cour de justice de l'Union européenne a considéré que le service fourni par Uber consistant à mettre en relation, au moyen d'une application pour smartphone, un chauffeur non professionnel utilisant son propre véhicule et une personne qui souhaite effectuer un déplacement urbain ne se résumait pas à un service d'intermédiation, dans la mesure où le fournisseur de ce service créé en même temps une offre de services de transport urbain, qu'il rend accessible notamment par des outils informatiques et dont il organise le fonctionnement général en faveur des personnes désireuses de recourir à cette offre⁷⁶. Ce service dépasse la simple intermédiation et fait partie intégrante d'un service global dont l'élément principal est un service de transport⁷⁷. Cette décision préjudicielle soustrait les plateformes numériques créant une véritable offre de services sur le marché de la libre circulation des prestations et soumet les plateformes numériques à des normes législatives et réglementaires nationales plus strictes. Dans un prolongement en droit du travail, elle ouvre du même mouvement la voie pour une qualification de telles relations en contrat de travail, le contrôle quasi-total qu'exerce Uber sur l'exercice de l'activité constituant un indice sérieux d'une relation de subordination juridique entre les chauffeurs et la plateforme⁷⁸.

[42] Par un arrêt rendu le 28 novembre 2018, la Cour de cassation française a statué pour la première fois sur la qualification du contrat liant un livreur à une plateforme numérique⁷⁹. Elle a reconnu l'existence d'un lien de subordination entre le livreur à vélo et la plateforme numérique dès lors, d'une part, que l'application était dotée d'un système de géolocalisation permettant le suivi en temps réel par la société de la position du coursier et la comptabilisation du nombre total de kilomètres parcourus, de sorte que le rôle de la plateforme ne se limitait pas à la mise en relation du restaurateur, du client et du coursier, et, d'autre part, que la société disposait d'un pouvoir de sanction à l'égard du coursier, constatations attestant un pouvoir de direction et de contrôle de l'exécution de la prestation du livreur caractérisant le lien de subordination. Cette

⁷⁶ Ce sont les conclusions sans appel de l'Avocat général Maciej Szpunar, présentées le 11 mai 2017, qui relèvent qu'Uber fait beaucoup plus que lier l'offre à la demande, il a lui-même créé cette offre en en réglementant les caractéristiques essentielles, en organisant son fonctionnement général et en imposant des conditions multiples aux chauffeurs qui rendent impossible l'existence d'une activité propre des chauffeurs en dehors de cette plateforme, § 43 ss.

⁷⁷ CJUE 20 décembre 2017, *Asociación Profesional Élite Taxi*, C-434/15. Plus récemment, elle s'est prononcée sur une autre application recourant à des coursiers, CJUE 22 avril 2020, *Yodel Delivery Network*, C-692/19, et le commentaire d'EYLEM DEMIR, *Arbeitnehmereigenschaft bei der Plattformarbeit* gemäss EuGH, Jusletter 29 juin 2020, spéc. N 22.

⁷⁸ ILDA DURRI, *Asociación Profesional Élite Taxi v. Uber Systems Spain SL (C.J.E.U.)*, *International Legal Materials* 2019/58 (4), 837-848.

⁷⁹ Cass. Soc. 28 novembre 2018 n° 17-20.079.

jurisprudence a été confirmée avec les mêmes critères plus récemment à propos de la plateforme Uber⁸⁰.

[43] La Cour d'appel d'Angleterre et du Pays de Galles est allée dans le même sens, confirmant les décisions des instances précédentes. Elle a considéré qu'il y avait un décalage (« *a high degree of fiction* ») entre les termes contractuels et la réalité des relations entre les parties, et a conclu qu'au vu des sanctions encourues par les chauffeurs lorsqu'ils refusent trop de courses, le temps pendant lequel les chauffeurs sont connectés à l'application, même avant l'acceptation d'une course, doit être compté comme temps de travail⁸¹. L'affaire est pendante devant la Cour suprême du Royaume-Uni⁸².

[44] On observe ainsi que des pays de traditions juridiques différentes, avec un droit du travail plus ou moins libéral, convergent globalement vers la reconnaissance du statut de travailleur salarié pour les prestataires œuvrant au sein des plateformes numériques. Les tribunaux relèvent certes dans leurs motifs l'apparente liberté de se connecter à son gré et le choix de refuser telle ou telle mission, mais ils soulignent dans le même temps le coût d'une telle liberté : celui de se voir sanctionné en cas de déconnexion fréquente ou de refus d'un nombre trop élevé de missions, jetant la lumière sur le caractère factice de ce qui n'apparaît plus tellement comme une liberté, puisqu'elle peut rapidement conduire à la rupture des relations contractuelles.

[45] L'étau se resserre ainsi sur les plateformes numériques n'ayant pas enfourché le pas d'une certaine protection sociale au bénéfice de leurs prestataires ; seule une refonte en profondeur de leur modèle économique et relationnel avec les prestataires serait de nature à renverser la qualification de contrat de travail. Dans le sillon de ces décisions, la persistance à plaider le statut d'indépendant des chauffeurs et livreurs, s'agissant d'un modèle pour lequel les évolutions sont principalement destinées à donner l'apparence d'une absence de subordination, s'apparente de plus en plus à la quête de la pierre philosophale pour certains exploitants des plateformes numériques.

[46] En Californie, berceau de nombreuses plateformes numériques de la *gig economy*, plusieurs actions collectives ont été intentées contre Uber⁸³, pendant que sur le plan législatif, une loi entrée en vigueur au 1^{er} janvier 2020 révisé les critères de qualification du contrat de travail et a pour effet de requalifier de nombreux travailleurs des plateformes numériques en salariés⁸⁴.

[47] Tandis qu'un régime intermédiaire entre le salariat et les indépendants existe dans certains Etats européens, comme au Royaume-Uni, le droit suisse, à l'instar du droit français, ne connaît que deux statuts, celui d'indépendant et de travailleur salarié, et doit dès lors examiner le modèle de travail engendré par les plateformes numériques dans le tableau binaire qui est le sien. Indépendamment d'un statut juridique spécifiquement applicable à ces nouvelles formes de travail, prônée par un certain nombre d'acteurs des plateformes numériques⁸⁵, il ressort de ces décisions

⁸⁰ Cass. Soc. 4 mars 2020 n° 19-13.316.

⁸¹ EWCA 19 décembre 2018, *Uber BV v Aslam* [2018] EWCA Civ 2748.

⁸² UKSC 2019/0029.

⁸³ Voir U.S. District Court for the Northern District of California 25 septembre 2018, *O'Connor v. Uber*, 13-cv-03826.

⁸⁴ *California Assembly Bill 5 (2019), An act to amend Section 3351 of, and to add Section 2750.3 to, the Labor Code, and to amend Sections 606.5 and 621 of the Unemployment Insurance Code, relating to employment, and making an appropriation therefor.* Cette loi, qui fait l'objet d'un référendum prévu pour novembre 2020, entérine une jurisprudence récente de la Cour suprême de Californie, *Dynamex operations West, Inc. v. Superior Court*, 4 Cal.5th 203, 30 avril 2018.

⁸⁵ C'est le plaidoyer de Dara Khosrowshahi, CEO d'Uber, dans une tribune publiée dans le New York Times le 10 août 2020, intitulée « I am the CEO of Uber. Gig Workers Deserve Better. ». En Suisse, cf. Postulat CN 17.4087

une approche convergente des tribunaux de prise en compte des critères factuels témoignant d'un rapport de subordination, sans égard aux clauses contractuelles qui ne correspondent pas toujours à la réalité du modèle imposé.

III. Location de services ou activité de placement

[48] Lorsque la relation avec le prestataire est qualifiée de contrat de travail, il convient de distinguer selon que l'employeur est l'exploitant ou l'utilisateur. Dans la première hypothèse, il convient de déterminer si la mise à disposition par l'exploitant du prestataire au bénéfice de l'utilisateur relève ou non de la location de service. Dans la seconde hypothèse, la mise en relation du prestataire et de l'utilisateur par l'exploitant peut relever d'une activité de placement. Le placement et la location de services se distinguent ainsi par le fait que le placeur n'est pas l'employeur des travailleurs qu'il place, mais un intermédiaire dans la mise en relation de ces travailleurs avec de potentiels employeurs⁸⁶.

A. Location de services

[49] Selon la loi fédérale sur le service de l'emploi et la location de services (LSE)⁸⁷, Les employeurs (bailleurs de services) qui font commerce de céder à des tiers (entreprises locataires de services) les services de travailleurs doivent avoir obtenu une autorisation (art. 12 al. 1 LSE). En d'autres termes, la location de services est le contrat par lequel une personne (le bailleur de services) met des travailleurs à la disposition d'une autre (le locataire de services), moyennant rémunération⁸⁸. En règle générale, le bailleur de services doit conclure un contrat écrit avec le travailleur (art. 19 al. 1 LSE)⁸⁹, lequel doit contenir les éléments énumérés à l'art. 19 al. 2 LSE. Le défaut d'autorisation du bailleur de services a pour conséquence la nullité du contrat de travail, auquel cas l'art. 320 al. 3 CO trouvera application (art. 19 al. 6 LSE)⁹⁰; le bailleur de services est en outre passible de sanctions pénales (art. 39 LSE).

[50] En revanche, lorsque le bailleur de services est titulaire de l'autorisation requise, le défaut relatif au respect de la forme écrite ou au contenu du contrat n'affecte pas sa validité, en ce sens que seront applicables les conditions de travail selon les usages locaux et professionnels ou les dispositions légales, à moins que des conditions plus favorables aient été conclues verbalement (art. 19 al. 3 LSE); dans cette hypothèse, l'art. 320 al. 3 CO ne saurait s'appliquer⁹¹. A cet égard, il convient de relever que la branche du travail temporaire est régie par une convention collective

« Société numérique. Etudier la création d'un nouveau statut de travailleur », déposé par le groupe Libéral-radical le 13 décembre 2017. Sceptique quant à l'idée qu'un nouveau statut résoudrait tous les problèmes, VALERIO DE STEFANO, *The rise of the « just-in-time workforce » : On-demand work, crowdwork and labour protection in the gig-economy*, Conditions of work and employment series n° 71, OIT, Genève, 2016, 18–21.

⁸⁶ HALPÉRIN/WACK (note 62), N 11.

⁸⁷ Loi fédérale sur le service de l'emploi et la location de services du 6 octobre 1989, RS 823.11.

⁸⁸ ATF 137 V 114 consid. 4.2.1.

⁸⁹ HIRSIGER (note 55), 306, propose d'introduire une exception à l'exigence de forme écrite pour les contrats conclus par l'intermédiaire d'une application numérique, comme le permet l'art. 9 al. 1, 2^e phr., LSE.

⁹⁰ ATF 145 III 63, consid. 2.2.1; WYLER/HEINZER (note 21), 81 s.

⁹¹ WYLER/HEINZER (note 21), 75.

de travail nationale⁹², dont le champ d'application a été étendu⁹³, de sorte que les dispositions étendues présentent un socle minimum avec effet obligatoire, notamment en ce qui concerne le niveau des salaires applicables aux travailleurs concernés.

[51] Ainsi, lorsque la relation de travail unissant le prestataire à l'exploitant est qualifiée de contrat de travail, il convient simultanément d'examiner si l'exploitant exerce dans ce cadre une activité de location de services⁹⁴. Le bailleur de services est défini comme celui qui loue les services d'un travailleur à une entreprise locataire en abandonnant à celle-ci l'essentiel de ses pouvoirs de direction à l'égard du travailleur (art. 26 al. 1 OSE⁹⁵). Cependant, on peut également conclure à une activité de location de services lorsque (a) le travailleur est impliqué dans l'organisation de travail de l'entreprise locataire sur le plan personnel, organisationnel, matériel et temporel, (b) le travailleur réalise les travaux avec les outils, le matériel ou les appareils de l'entreprise locataire ou (c) l'entreprise locataire supporte elle-même le risque en cas de mauvaise exécution du contrat (art. 26 al. 2 OSE).

[52] Le caractère de la cession des services du travailleur à un tiers doit avoir une intensité assez forte pour qu'elle relève de la location de services, ce qui est le cas lorsque les critères suivants sont cumulativement présents⁹⁶ :

- l'employeur abandonne une part importante de son pouvoir de diriger ses propres employés à une tierce entreprise ;
- l'employeur demeure lié par un contrat de travail avec l'employé pendant la période durant laquelle ce dernier fournit la prestation à l'utilisateur.

[53] Le pouvoir de direction « abandonné » au locataire de services comprend essentiellement la compétence de donner au travailleur des instructions (au sens de l'art. 321d CO) concernant la manière d'exécuter les services et le comportement à adopter⁹⁷. Il n'est pas nécessaire que l'employeur cède l'intégralité de ses pouvoirs au locataire ; les pouvoirs de direction peuvent être partagés entre eux⁹⁸.

[54] L'intégration du travailleur loué dans l'entreprise de mission est un autre critère important : cela signifie qu'il est intégré au niveau du personnel, de l'organisation et des horaires, et qu'il travaille avec les outils, le matériel et les instruments de l'entreprise de mission⁹⁹.

[55] Un autre critère important qui permet de distinguer selon que la prestation est ou non fournie dans le contexte d'une location de services est que l'objet du contrat avec l'utilisateur se limite à la mise à disposition d'une main d'œuvre facturée en fonction du temps de mission sans garantie quant au résultat de l'activité ; en revanche, si l'exploitant répond envers l'utilisateur

⁹² Actuellement CCT Location de services 2019 – 2020.

⁹³ FF 2018 7753, pour l'arrêté d'extension portant sur la période du 1^{er} janvier 2019 au 31 décembre 2020.

⁹⁴ SECO, *Directives et commentaires relatifs à la loi sur le service de l'emploi et la location de service*, Berne, version du 15 janvier 2007, 61 : la location de services présuppose en effet l'existence d'un contrat de travail.

⁹⁵ Ordonnance sur le service de l'emploi et la location de services du 16 janvier 1991, RS 823.111.

⁹⁶ SECO (note 94), 61–62, HALPÉRIN/WACK (note 62), N 35 ss.

⁹⁷ ROMAIN FÉLIX, *Location de services versus autres contrats de prestations : critères de distinction*, in Rémy Wyler (édit.), *Panorama III en droit du travail – Recueil d'études réalisées par des praticiens*, Stämpfli, Berne, 2017, 779–806, 788 s.

⁹⁸ HALPÉRIN/WACK (note 62), N 40.

⁹⁹ PIERRE MATILE/JOSÉ ZILLA, *Travail temporaire – Commentaire pratique des dispositions fédérales sur la location de services (art. 12–39 LSE)*, Schulthess, Genève/Zurich, 2010, 6.

des prestations fournies par la main d'œuvre mise à disposition, l'on s'éloigne d'une location de services¹⁰⁰.

[56] L'enjeu de la qualification de la relation entre l'exploitant et l'utilisateur de la prestation est double : d'une part la validité du contrat de travail lorsque l'exploitant ne bénéficie pas de l'autorisation nécessaire (art. 19 al. 6 LSE) ; d'autre part, le respect des conditions de travail minimales prévues par les dispositions étendues de la CCT Location de services ou de la CCT étendue éventuellement applicable au locataire de services (art. 20 LSE).

[57] Dans son arrêt du 29 mai 2020 et reprenant les critères mentionnés ci-dessus, la Chambre administrative de la Cour de justice de Genève a retenu que la manière dont est organisée l'activité Uber Eats à Genève relève de l'activité de location de services au bénéfice des restaurateurs, en ces termes :

9. « b. La recourante soutient que le modèle économique poursuivi par la plateforme ne constituerait pas une activité de location de services, en présence d'une simple mise en relation selon les lois de l'offre et de la demande.

Elle ne saurait être suivie sur ce point. En effet, comme elle le relève, l'application ne permet pas aux restaurateurs de choisir librement le livreur qu'ils souhaitent, de sorte qu'il n'y a pas une simple mise en relation, sans intervention de sa part, et ce ne sont pas les livreurs qui doivent rechercher les missions, ce qui est le fait de la plateforme. Quant aux restaurateurs, ils n'ont pas de relations contractuelles avec les livreurs, mais avec E_____, par le biais du contrat-cadre et de l'addenda Marketplace .

Il ressort en particulier de ces documents contractuels que E_____ transmet aux livreurs les directives raisonnables concernant la livraison des plats (ch. 4 du contrat-cadre), ceux-ci étant tenus de respecter le délai de livraison indiqué par le restaurateur, notamment les points de ramassage et de dépose des marchandises (ch. 2.2 CST) ; le CST prévoit en outre expressément que les livreurs doivent suivre les instructions du restaurateur (ch. 2.2 CST), ce qui constitue sans ambiguïté un transfert de son pouvoir de donner des directives, les restaurateurs pouvant, comme précédemment mentionné, noter les livreurs, de manière à conduire à la désactivation de leur compte (ch. 2.5 CST). La recourante allègue toutefois que de telles instructions ne seraient données que par le consommateur final, destinataire de la commande. Outre le fait qu'elle omet de prendre en considération les dispositions contractuelles établies par son groupe, elle perd également de vue que ce sont avant tout les restaurateurs qui dictent le rythme des commandes, en fonction de leurs disponibilités et de leur horaire d'ouverture, sur lesquels le client n'a aucune emprise, et demandent ainsi aux livreurs d'être présents à un moment déterminé dans leur établissement pour effectuer leur mission. E_____ délègue dès lors un pouvoir de direction des livreurs en faveur des restaurateurs, ce qui constitue également une caractéristique du travail temporaire soumis à la LSE.

La recourante ne peut pas davantage être suivie lorsqu'elle allègue que les restaurateurs ne pourraient jamais compter sur la disponibilité des livreurs, sous peine de mettre à mal l'ensemble de son modèle économique, ce qui ne ressort du reste pas des documents contractuels versés au dossier. Au contraire, l'utilisation de la plateforme permet aux restaurateurs

¹⁰⁰ FÉLIX (note 97), 791 ; HALPÉRIN/WACK (note 62), N 44-48.

d'augmenter leur chiffre d'affaires, en se passant de salariés affectés à cette tâche, et requiert une organisation de leur part, dans le cadre de laquelle les livreurs sont, d'une certaine manière, intégrés. Rien n'empêche au demeurant les restaurateurs de leur remettre du matériel pour le transport de leurs plats, comme des sacs, des récipients ou encore d'autres objets à leur enseigne ou non, que les livreurs sont tenus d'accepter et livrer tels quels. Par ailleurs, comme précédemment indiqué, les restaurateurs ne rémunèrent pas les livreurs, ce qui est le seul fait des services E_____, qui prélèvent les frais de service correspondant à un pourcentage du prix du plat livré, dont ils versent ensuite une partie aux coursiers sous forme de frais de livraison (ch. 3 addenda Marketplace).

Il ressort, enfin, du contrat-cadre que le risque d'une mauvaise exécution d'une livraison entre E_____ et les restaurateurs repose sur ceux-ci, lesquels gardent la possession, le contrôle et la responsabilité des plats jusqu'à la livraison (ch. 4 du contrat-cadre).

L'ensemble de ces éléments permet ainsi de conclure à l'existence d'une situation de location de services, pour laquelle la LSE est applicable et exige l'octroi d'une autorisation de l'intimé selon l'art. 12 LSE ce qu'a, à juste titre, constaté l'OCE. »¹⁰¹

B. Activité de placement

[58] L'activité de placement privé est définie comme celle exercée par le placeur, qui consiste à mettre employeurs et demandeurs d'emploi en contact afin qu'ils puissent conclure entre eux des contrats de travail (art. 2 al. 1 LSE)¹⁰². Cette activité est soumise à autorisation (art. 2 al. 1 et 3 LSE), étant précisé que la pratique du placement sans autorisation est passible de sanctions pénales (art. 39 LSE). Le placement est une activité de mise en contact, laquelle doit être comprise dans une large acception (art. 1 OSE)¹⁰³. A cet égard, toutes les formes de placement sont possibles, en ce sens que le rapprochement des parties au contrat de travail peut être opéré par ces dernières sur la base des indications échangées par le truchement du placeur, par un collaborateur de ce dernier ou directement par ordinateur, et cela même si l'intervention de l'ordinateur est totalement automatisée suite à sa programmation¹⁰⁴.

[59] L'activité de placement intervient contre rémunération (art. 2 al. 1 LSE et 3 OSE); le taux de la commission est plafonné selon les indications figurant dans l'ordonnance sur les émoluments LSE (OEmol-LSE)¹⁰⁵; de surcroît, la commission n'est due par le demandeur d'emploi qu'à partir du moment où le placement a abouti à la conclusion d'un contrat de travail avec l'employeur (art. 9 al. 2 LSE). Le placeur est tenu de conclure un contrat de placement avec le demandeur d'emploi, lequel est d'ailleurs soumis à quelques restrictions en vue de protéger ce dernier (art. 8 LSE).

[60] Ainsi, lorsque les circonstances conduisent à considérer que le contrat conclu entre le prestataire et l'utilisateur doit être qualifié de contrat de travail, l'exploitant de la plateforme de mise

¹⁰¹ Cour de justice GE 29 mai 2020, ATA/535/2020, consid. 9b.

¹⁰² SECO (note 94), 13.

¹⁰³ SECO (note 94), 14.

¹⁰⁴ SECO (note 94), 15.

¹⁰⁵ Ordonnance sur les émoluments, commissions et sûretés prévus par la loi sur le service de l'emploi du 16 janvier 1991, RS 823.113.

en contact peut être considéré comme un placeur au sens de l'art. 2 LSE. Parmi les enjeux de cette qualification figurent la nécessité de disposer de l'autorisation pour exercer l'activité de placement, ainsi que la limitation de la rémunération qui peut être exigée de l'exploitant pour ces services.

[61] Le caractère international de la situation de l'exploitant ne constitue pas un motif justificatif permettant d'écarter les règles protectrices, même si cela conduit l'exploitant à s'adapter aux contraintes du lieu où l'activité de placement est exercée¹⁰⁶.

[62] En consultant le répertoire des entreprises de placement et de location de services titulaires d'une autorisation¹⁰⁷, on constate que Vanguard Internet SA est au bénéfice d'une autorisation de placement, étant précisé qu'il est indiqué sur le site que Batmaid est propriété de cette société¹⁰⁸, son but social inscrit au registre du commerce étant le « *recrutement, la sélection et le placement, via une plateforme internet, de personnel de service, d'aide à la personne, de vente et location de tous biens mobiliers et la prestation de tous services dans ces domaines* »¹⁰⁹.

IV. Droit applicable et garanties judiciaires

[63] Au niveau de la détermination du droit applicable et des garanties judiciaires, les enjeux découlant de la qualification du contrat de travail sont multiples. Ils mettent en évidence l'importance des protections accordées au travailleur, en sa qualité de partie faible méritant une protection particulière. Nous les mentionnons brièvement, sans toutefois examiner le détail de chaque protection évoquée, tant celles-ci sont larges. A chaque fois, nous nous plaçons avec le regard de celui qui examine la question pour une activité déployée en Suisse, avec l'application du droit suisse, tant sur les plans des règles de procédure usuelles, du droit international privé que du droit matériel applicable. Dans le cadre de ces examens, nous adoptons la prémisse d'une relation contractuelle relevant du contrat de travail, question qui a été préalablement tranchée au regard des circonstances concrètes¹¹⁰.

A. Détermination du droit applicable

[64] La difficulté liée à la liberté des parties de choisir le droit applicable résulte de la possible absence de tout lien matériel entre le lieu de l'activité exercée et le droit applicable, au regard du droit des personnes morales d'établir leur siège où elles le souhaitent. En d'autres termes, suffit-il à un employeur d'établir son siège dans un pays étranger pour se prévaloir de la liberté qui lui est donnée afin d'appliquer aux relations de travail développées en Suisse le droit de ce pays, alors même que l'existence de cette société se limite à son existence juridique et qu'elle ne dispose à son siège d'aucune structure substantielle développant une activité avec des moyens

¹⁰⁶ *Contra* HIRSIGER (note 55), 294, qui relève qu'un exploitant de plate-forme étranger ne remplit généralement pas les conditions d'octroi de l'autorisation (art. 3 LSE); en p. 306, il lance un appel aux autorités et tribunaux à ne pas restreindre inutilement l'économie de plate-forme.

¹⁰⁷ <http://www.avg-seco.admin.ch/WebVerzeichnis/ServletWebVerzeichnis>.

¹⁰⁸ Information visible à l'adresse www.batmaid.ch > Aide > Nos services > Qui est l'employeur de mes agents de ménage? (<https://batmaid.ch/fr/help/our-services#will-the-same-batmaid-show-up-every-time>).

¹⁰⁹ Extrait du RC vaudois de la société Vanguard Internet SA, IDE CHE-384.288.452.

¹¹⁰ Cf. *supra* N 30 ss.

matériels et du personnel, tels que bureaux dans lesquels est exercée une activité réelle avec du personnel administratif et des responsables organisationnels ou hiérarchiques ? Ou l'existence d'une personne morale limitée à une inscription dans un registre de sociétés avec des organes, mais dépourvue de toute structure en personnel et en moyens physiques suffit-elle à pouvoir créer un lien permettant d'appliquer un droit étranger, lequel est de surcroît dépourvu de toute connexion avec le lieu où l'activité est concrètement déployée par la personne physique revêtant le rôle de travailleur ?

[65] S'agissant de la détermination du droit applicable au contrat de travail, la question relève de l'application des règles du droit international privé. Par défaut, le contrat de travail est régi par le droit de l'Etat dans lequel le travailleur accomplit habituellement son travail (art. 121 al. 1 LDIP¹¹¹) ; si le travailleur accomplit habituellement son travail dans plusieurs Etats, le contrat de travail est régi par le droit de l'Etat de l'établissement ou, à défaut d'établissement, du domicile ou de la résidence habituelle de l'employeur (art. 121 al. 2 LDIP). Enfin, les parties ont la liberté de soumettre le contrat de travail au droit de l'Etat dans lequel le travailleur a sa résidence habituelle ou dans lequel l'employeur a son établissement, son domicile ou sa résidence habituelle (art. 121 al. 3 LDIP).

[66] Pour interpréter l'art. 121 LDIP, il est important de préciser que le législateur a d'emblée considéré que le travailleur est en principe la personne à protéger¹¹². S'agissant de la possibilité de choisir le droit applicable au contrat de travail, le Message précise que cette liberté n'existe que si une protection minimale du travailleur n'exige pas objectivement le rattachement objectif, de sorte qu'une limitation de l'élection du droit peut se faire par les art. 15¹¹³ ou 18¹¹⁴ LDIP¹¹⁵. Le Message permet ainsi de constater qu'une protection du travailleur contre les élections de droit abusives était d'emblée envisagée lors des travaux législatifs, étant souligné qu'il était parfaitement conscient du rôle généralement passif du travailleur lors de la formation du contrat de travail, qui permet à l'employeur de soumettre ses propres propositions¹¹⁶.

[67] Par ailleurs, le Message mentionne expressément la protection des travailleurs dans les circonstances justifiant l'application des dispositions impératives du droit suisse (art. 18 LDIP), s'agissant de règles dont l'observation est nécessaire pour la sauvegarde de l'organisation sociale et économique du pays¹¹⁷. La jurisprudence a confirmé que ces normes sont en règle générale des dispositions impératives qui répondent le plus souvent à des intérêts essentiels d'ordre social, politique ou économique¹¹⁸. En droit du travail, il a déjà été précisé en doctrine que les dispositions impératives régissant le contrat de travail doivent s'appliquer à tout travail accompli dans

¹¹¹ Loi fédérale sur le droit international privé du 18 décembre 1987, RS 291.

¹¹² Message du Conseil fédéral concernant une loi fédérale sur le droit international privé du 10 novembre 1982, FF 1983 I 255, 402.

¹¹³ Qui correspond à l'art 14 du projet de 1982. L'art. 15 LDIP a la teneur suivante : « 1 Le droit désigné par la présente loi n'est exceptionnellement pas applicable si, au regard de l'ensemble des circonstances, il est manifeste que la cause n'a qu'un lien très lâche avec ce droit et qu'elle se trouve dans une relation beaucoup plus étroite avec un autre droit. 2 Cette disposition n'est pas applicable en cas d'élection de droit ».

¹¹⁴ Qui correspond à l'art 17 du projet de 1982. L'art. 18 LDIP a la teneur suivante : « Sont réservées les dispositions impératives du droit suisse qui, en raison de leur but particulier, sont applicables quel que soit le droit désigné par la présente loi ».

¹¹⁵ FF 1983 I 255, 402-403

¹¹⁶ FF 1983 I 255, 402.

¹¹⁷ FF 1983 I 255, 304.

¹¹⁸ ATF 138 III 750 consid. 2.5.

nos frontières¹¹⁹. Ces dispositions comprennent selon nous les art. 361 et 362 CO, les normes protectrices des travailleurs en ce qui concerne la procédure civile et l'accès à la justice (notamment art. 34, 35, 113, 114, 247 al. 2 let. b ch. 2 CPC¹²⁰), ainsi que celles relatives à l'égalité des sexes¹²¹. En outre, nonobstant une élection de droit valable, sur la base de l'art. 19 LDIP¹²², des dispositions protectrices de droit public applicables dans l'Etat du lieu de travail peuvent être invoquées¹²³.

[68] Ainsi, la toile des règles protectrices du droit international privé suisse permet d'appliquer le droit impératif matériel suisse aux relations de travail lorsque les circonstances le justifient¹²⁴ : tel est à notre avis le cas lorsque le choix du droit étranger est imposé par l'employeur à un travailleur qui n'a d'autre choix que de l'accepter, dans un contexte où la prestation est exécutée exclusivement en Suisse, lorsque le siège de l'employeur à l'étranger ne correspond à aucune réalité matérielle, de sorte que l'application du droit étranger peut présenter un caractère artificiel découlant d'un choix de l'employeur répondant à des motifs n'ayant aucun lien avec l'organisation de l'activité considérée (tels que motifs fiscaux ou volonté d'unifier la nature des contrats de travail au niveau international sans égard aux spécificités nationales)¹²⁵.

B. Règles de for

[69] En droit interne suisse, le tribunal du domicile ou du siège du défendeur ou celui du lieu où le travailleur exerce habituellement son activité professionnelle est compétent pour statuer sur les actions relevant du droit du travail (art. 34 al. 1 CPC) ; dans le domaine de la location de services et du placement, le tribunal du lieu de l'établissement commercial du bailleur de services ou de l'intermédiaire avec lequel le contrat a été conclu est également compétent pour statuer sur les actions de demandeurs d'emploi ou de travailleurs relevant de la LSE (art. 34 al. 2 CPC).

[70] En matière internationale, la question du for applicable aux conflits de travail est réglée à l'art. 115 LDIP et dans la Convention de Lugano (CL)¹²⁶. Ainsi, les tribunaux suisses du domicile du défendeur ou du lieu dans lequel le travailleur accomplit habituellement son travail sont compétents pour connaître des actions relatives au contrat de travail (art. 115 al. 1 LDIP) ; en outre, l'action intentée par un travailleur peut, de surcroît, être portée au for de son domicile ou de sa résidence habituelle en Suisse (art. 115 al. 2 LDIP) ; s'agissant des travailleurs détachés,

¹¹⁹ GABRIEL AUBERT, *L'arbitrage en droit du travail*, Bulletin ASA 2000, 2–30, 8 s.

¹²⁰ Code de procédure civile du 19 décembre 2008, RS 272.

¹²¹ WYLER/HEINZER (note 21), 1007 et les réf. citées.

¹²² Qui correspond à l'art. 18 du projet de 1982. L'art. 19 LDIP a la teneur suivante : « 1 Lorsque des intérêts légitimes et manifestement prépondérants au regard de la conception suisse du droit l'exigent, une disposition impérative d'un droit autre que celui désigné par la présente loi peut être prise en considération, si la situation visée présente un lien étroit avec ce droit. 2 Pour juger si une telle disposition doit être prise en considération, on tiendra compte du but qu'elle vise et des conséquences qu'aurait son application pour arriver à une décision adéquate au regard de la conception suisse du droit ».

¹²³ FF 1983 I 255, 403.

¹²⁴ Le chap. 12 de la LDIP (art. 176 ss) intitulé « Arbitrage international » n'étant pas un îlot complètement détaché du reste de la LDIP, à tout le moins de l'art. 18 LDIP : MONICA MÄCHLER-ERNE/SUSANNE WOLF-METTIER, in Heinrich Honsell et al. (édit.), *Internationales Privatrecht, Basler Kommentar*, 3^e éd., Helbing Lichtenhahn, Bâle, 2013, Art. 18 N 20 ; implicite ANDREAS BUCHER, in *idem* (édit.), *Loi sur le droit international privé (LDIP)/Convention de Lugano (CL), Commentaire romand*, Helbing Lichtenhahn, Bâle, 2011, art. 176 LDIP N 26 s.

¹²⁵ Dans ce sens TC VD 23 avril 2020, HC/2020/535, consid. 5.4.

¹²⁶ Convention concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale du 30 octobre 2007, RS 0.275.12.

ceux-ci bénéficient en outre du droit de s'adresser aux tribunaux suisses du lieu dans lequel ils exécutent tout ou partie de leur prestation de travail (art. 115 al. 3 LDIP).

[71] Dans le champ d'application de la CL, s'agissant de l'action intentée par le travailleur, la règle de l'art. 19 ch. 2 CL rejoint celle instaurée par l'art. 115 al. 1 LDIP ; elle prévoit en outre qu'un employeur peut être attiré devant les tribunaux de l'Etat où il a son domicile (art. 19 ch. 1 CL) et que l'action de l'employeur ne peut être portée que devant les tribunaux de l'Etat lié par la CL sur le territoire duquel le travailleur a son domicile (art. 20 ch. 1 CL).

[72] Les fors prévus par le CPC et la CL en faveur du travailleur sont relativement impératifs, en ce sens qu'il ne peut y être dérogés avant la naissance du différend (art. 35 al. 1 let. d CPC et 21 ch. 1 CL). Dans le domaine régi par la LDIP, l'art 5 al. 2 LDIP prévoit que 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. L'application de l'art. 5 al. 2 LDIP est pertinente lorsque l'élection d'un for étranger a pour effet, dans le cas particulier, de rendre inopérantes des règles d'ordre public qui seraient autrement applicables (en matière de contrat de travail par exemple)¹²⁷. Elle est applicable par analogie à l'élection de droit¹²⁸. En outre, la prohibition de l'abus de droit est une règle fondamentale de l'ordre public suisse (art. 2 al. 2 CC¹²⁹)¹³⁰. Ainsi, certains auteurs considèrent que la nullité d'une convention d'arbitrage conduisant à priver abusivement une partie de la protection que lui assurerait un for suisse doit être admise, précisément parce que l'interdiction de l'abus de droit appartient à l'ordre public¹³¹.

[73] Ainsi, l'on peut considérer que la protection du travailleur est correctement assurée en ce qui concerne son droit d'accès aux tribunaux ordinaires.

C. Règles usuelles de procédure

[74] Outre la question des fors précitée, le CPC offre quelques avantages procéduraux pour les litiges de droit du travail dont la valeur n'excède pas 30'000 francs :

- dispense de frais judiciaires et absence d'allocation de dépens pour la procédure de conciliation, y compris pour les litiges relevant de la loi sur le service de l'emploi et la location de services (art. 113 al. 1 et al. 2 let. d CPC) ;
- dispense de frais judiciaires dans la procédure au fond, y compris pour les litiges relevant de la loi sur le service de l'emploi et la location de services (art. 114 let. c CPC) ;
- application de la procédure simplifiée avec établissement des faits d'office (maxime inquisitoire sociale) (art. 247 al. 2 let. b ch. 2 CPC).

[75] Ces avantages sont conséquents et facilitent l'accès à la justice, étant considéré qu'un nombre très important de litiges relevant du droit du travail concerne des affaires dont la valeur litigieuse

¹²⁷ BUCHER (note 124), art. 5 LDIP N 29.

¹²⁸ TC VD 23 avril 2020, HC/2020/535, consid. 5.4 ; ALEXANDRE BRUNNER, in Heinrich Honsell et al. (édit.), *Internationales Privatrecht, Basler Kommentar*, 3^e éd., Helbing Lichtenhahn, Bâle, 2013, Art. 121 N 42.

¹²⁹ Code civil suisse du 10 décembre 1907, RS 210.

¹³⁰ ATF 128 III 201 consid. 1c, SJ 2002 I 293.

¹³¹ BERNARD DUTOIT, *Droit international privé suisse. Commentaire de la loi fédérale du 18 décembre 1987*, 5^e éd., Helbing Lichtenhahn, Bâle, 2016, art. 177 N 5. Opinion confirmée in TC VD 23 avril 2020, HC/2020/535, consid. 5.4.

n'excède pas 30'000 francs. L'objectif du législateur est de permettre au justiciable de procéder seul en justice pour ces litiges¹³². Or, devant un tribunal arbitral, en particulier dans une cause internationale, il est plus que douteux que le travailleur élevant des prétentions qui bénéficieraient des avantages ci-dessus décrits puisse profiter des mêmes privilèges, ce qui affaiblit grandement la protection des travailleurs soumis à l'arbitrage.

[76] Pour les litiges d'une valeur litigieuse inférieure à 30'000 francs, les nombreux écueils qu'une procédure arbitrale impose au travailleur (pas de gratuité, voies de recours réduites, pas de publicité, pas de maxime inquisitoire sociale) ne sont généralement pas dans son intérêt, de sorte que le caractère impératif des facilitations procédurales au bénéfice du travailleur et une harmonisation entre ordre public matériel et formel devraient conduire à nier l'arbitrabilité des prétentions issues du contrat de travail normalement soumises à la procédure simplifiée dans le cadre d'un arbitrage international¹³³.

D. Clauses arbitrales

[77] S'agissant de l'arbitrabilité des conflits de travail, il convient de distinguer selon que le litige présente ou non une composante internationale. S'agissant des conflits individuels de travail en droit interne, le Tribunal fédéral considère que les créances protégées par l'art. 341 al. 1 CO ne relèvent pas de la libre disposition des parties, de sorte qu'une clause compromissaire insérée dans un contrat de travail n'est pas valable dans la mesure où elle s'applique à de telles créances¹³⁴.

[78] S'agissant des situations internationales, la question est controversée¹³⁵. Nous sommes d'avis qu'une clause d'arbitrage ne saurait être imposée au travailleur exerçant son activité exclusivement en Suisse ; en effet, une telle clause est de nature à priver le travailleur des garanties de fors données par les art. 34 et 35 CPC ainsi que par les art. 19 et 21 CL, des facilitations procédurales liées à l'application de la procédure simplifiée (art. 247 al. 2 CPC) et de la gratuité (art. 113 et 114 CPC) accordées pour les litiges dont la valeur litigieuse n'excède pas 30'000 francs, prive le travailleur indigent de la possibilité de bénéficier de l'assistance judiciaire (art. 380 CPC, 29 al. 3 Cst.¹³⁶ et 6 § 1 CEDH¹³⁷) et présente un caractère insolite, de sorte que l'ensemble de ces arguments doit conduire à l'inopposabilité de la clause d'arbitrage au travailleur au regard de l'application de l'art. 341 al. 1 CO et des règles du droit impératif suisse de protection des travailleurs¹³⁸.

[79] Admettre le contraire reviendrait à permettre à tout employeur de vider l'intégralité des protections de fors et procédurales accordées au travailleur par la simple introduction d'une clause

¹³² FF 2006 6841, 6955 ; DENIS TAPPY, in François Bohnet/Jacques Haldy/Nicolas Jeandin/Philippe Schweizer/Denis Tappy (édit.), *Code de procédure civile, Commentaire romand*, 2^e éd., Helbing Lichtenhahn, Bâle, 2018, art. 243 CPC N 5.

¹³³ AUBERT (note 119), 6 et 8 ; BRUCHEZ/MANGOLD/SCHWAAB (note 36), Procédure N 29 ; THOMAS KOLLER/NORBERT SENNHAUSER, *Die arbeitsrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahr 2010*, RJB 2012 405–457, 453 s.

¹³⁴ ATF 144 III 235 consid. 2.2.1, JdT 2018 II 323 ; ATF 136 III 467 consid. 4.6 ; WYLER/HEINZER (note 21), 1001–1004.

¹³⁵ WYLER/HEINZER (note 21), 1004–1016 et les réf. citées.

¹³⁶ Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, RS 101.

¹³⁷ Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950, RS 0.101.

¹³⁸ TC VD 23 avril 2020, HC/2020/535, consid. 4.2.4, qui précise ceci : « Or, rien ne justifie d'avoir une notion plus large de l'arbitrabilité que celle de l'art. 354 CPC si le siège du tribunal arbitral devait être à l'étranger, vu l'insécurité d'un tel choix notamment pour le travailleur ».

d'arbitrage dans un contrat de travail lorsque celui-ci présente un caractère international, étant rappelé qu'une extranéité peut être artificiellement constituée par la création d'une société dont le siège est à l'étranger et qui n'aurait concrètement d'autre justification que son existence juridique lorsqu'elle est l'émanation d'un groupe international de sociétés¹³⁹.

E. Clauses de médiation

[80] La nouvelle tendance d'un exploitant de plateforme numérique est d'insérer une clause de médiation. Selon celle-ci, la médiation doit se dérouler conformément au Règlement suisse de médiation de la Swiss Chamber's Arbitration Institution (SCAI)¹⁴⁰, en anglais, les parties s'engageant à ne pas initier de procédure judiciaire avant (1) qu'elles n'aient convenu par écrit de ne pas recourir à la médiation ou (2) qu'au moins 28 jours ne se soient écoulés depuis la notification du litige par l'une des parties, à condition que le droit d'initier une procédure n'ait pas été entravé par un retard. Etant rappelé qu'une médiation est un processus volontaire, nous considérons qu'une clause de médiation ne peut porter atteinte au libre droit du travailleur de bénéficier des garanties judiciaires qui lui sont données par le droit suisse.

[81] En particulier, une clause de médiation ne saurait retreindre les droits du travailleur de saisir une autorité judiciaire dans le délai péremptoire prévu par certaines dispositions (tels que le délai péremptoire d'action de 180 jours pour une prétention en paiement d'une indemnité de licenciement abusif en application de l'art. 336a CO), pour sauvegarder un délai de prescription, ou plus simplement aller de l'avant en bénéficiant des gratuités de la procédure (y compris pour la conciliation) pour les litiges de droit du travail lorsque la valeur litigieuse n'excède pas 30'000 francs (art. 113 et 114 CPC), ou bénéficier de la maxime inquisitoire sociale dans les contestations soumises à la procédure simplifiée (art. 247 al. 2 CPC). Une clause de médiation ne saurait être à notre avis contraignante pour les prétentions relevant de l'art. 341 CO, l'analogie avec la jurisprudence rendue au sujet des restrictions de l'admissibilité des clauses d'arbitrage étant justifiée¹⁴¹.

V. Convention collective de travail et contrat-type de travail

[82] La qualification de contrat de travail peut entraîner l'application d'une convention collective de travail (CCT), particulièrement lorsque celle-ci est étendue. Il peut en aller de même lorsqu'un contrat-type de travail régit l'activité en question, étant précisé qu'il ne peut être dérogé au détriment des travailleurs aux salaires minimaux contenus dans les contrats-types édictés en application de l'art. 360a CO (art. 360d al. 2 CO); par ailleurs, même s'ils sont de caractère dispositif,

¹³⁹ Dans ce sens TC VD 23 avril 2020, HC/2020/535, consid. 4.2 et 5.4; WYLER/HEINZER (note 21), 1004–1016 et les réf. citées; LUCA CIRIGLIANO, *Numérisation du point de vue des syndicats : une chance et un défi à relever*, in Jean-Philippe Dunand/Pascal Mahon/Aurélien Witzig (édit.), *La révolution 4.0 au travail. Une approche multidisciplinaire*, Schulthess, Genève/Zurich, 2019, 257–278, 267 s., qui se fonde lui sur l'art. 27 CC pour invalider la clause d'arbitrage contenue dans les contrats d'Uber; JEAN-PHILIPPE DUNAND/KARINE LEMPEN/ELSA PERDAEMS, *Droit du travail*, Helbing Lichtenhahn, Bâle, 2020, 462 N 647. *Contra* FRANÇOIS BOHNET/CATALINA CONSTANTINA, *L'arbitrabilité des conflits individuels de travail*, in François Bohnet/Jean-Philippe Dunand/Pascal Mahon (édit.), *Les procédures en droit du travail*, Schulthess, Genève/Zurich, 2020, 121–146, 135 et 141.

¹⁴⁰ Pour le règlement suisse de médiation de la SCAI, voir https://www.swissarbitration.org/files/838/mediation_2019_webversion_french.pdf (version d'avril 2007, révisée en 2019).

¹⁴¹ Cf. *supra* N 78.

beaucoup de contrats-types prévoient le respect de la forme écrite pour les accords dérogeant à leurs dispositions (art. 360 al. 2 CO).

[83] L'enjeu de la qualification est de taille pour les partenaires sociaux ; en outre, comme évoqué ci-dessus, la digitalisation du travail peut entraîner des difficultés dans l'identification de l'identité de l'employeur, dont les fonctions peuvent se trouver dématérialisées ou éclatées. Or, le champ d'application des CCT et CTT est limité, juridiquement, aux rapports de travail salariés. Il pourrait donc, en fonction des évolutions technologiques à venir et de la qualification opérée, se voir soumis à des pressions pour être réduit à l'avenir, d'autant plus que certains exploitants de plateformes exciperont de l'absence de leur qualité d'employeur pour ne pas entamer de négociations collectives avec les associations de travailleurs¹⁴². Toutefois, les effets concrets de la numérisation du travail sur chaque profession ou branche économique varieront dans leur intensité, mettant en exergue l'appel de solutions adaptées aux besoins spécifiques de chaque secteur d'activité.

[84] Parmi les branches potentiellement concernées par des activités pouvant être organisées par l'intermédiaire d'applications numériques, nous mentionnons les CCT étendues suivantes :

- CCT de la branche du travail temporaire¹⁴³ ;
- CCT du secteur du nettoyage pour la Suisse romande¹⁴⁴ ;
- CCT für die Reinigungsbranche in der Deutschschweiz¹⁴⁵ ;
- Convention collective nationale des coiffeurs¹⁴⁶.

[85] Nous mentionnons également certains contrats-types prévoyant des salaires minimaux édictés en application de l'art. 360a CO :

- CTT fédéral économie domestique¹⁴⁷ ; il s'applique aux rapports de travail entre des travailleurs qui effectuent des activités domestiques dans un ménage privé et leurs employeurs (art. 2) ;
- CTT genevois pour le transport de choses pour compte de tiers (CTT-TCCT)¹⁴⁸ ; il s'applique aux travailleurs du secteur du transport de choses pour compte de tiers occupés dans des entreprises actives dans le transport de choses pour compte de tiers dans le canton de Genève (art. 1).

¹⁴² ANNE MEIER/KURT PÄRLI/ZOÉ SEILER, *Le futur du dialogue social et du tripartisme*, in Jean-Philippe Dunand/Pascal Mahon/Aurélien Witzig (édit.), *La révolution 4.0 au travail. Une approche multidisciplinaire*, Schulthess, Genève/Zurich, 2019, 245–255, 248.

¹⁴³ FF 2018 7753, pour l'arrêté d'extension portant sur la période du 1^{er} janvier 2019 au 31 décembre 2020.

¹⁴⁴ FF 2018 1505, pour l'arrêté d'extension portant sur la période du 1^{er} janvier 2019 au 31 décembre 2022.

¹⁴⁵ BBl 2018 6747, pour l'arrêté d'extension facilitée portant sur la période du 1^{er} décembre 2018 au 31 décembre 2020 et BBl 2018 6759 pour l'arrêté d'extension ordinaire portant sur la période du 1^{er} décembre 2018 au 31 décembre 2020 (uniquement disponibles en allemand).

¹⁴⁶ FF 2018 925 pour l'arrêté d'extension portant sur la période du 1^{er} mars 2018 au 31 décembre 2020.

¹⁴⁷ Ordonnance sur le contrat-type de travail pour les travailleurs de l'économie domestique du 20 octobre 2010 (RS 221.215.329.4).

¹⁴⁸ Contrat-type de travail avec salaires minimaux impératifs pour le transport de choses pour compte de tiers du 26 novembre 2013 (J 1 50.18).

VI. Conclusion

[86] L'évolution technologique et sociale est en marche ; il convient d'accepter cette évidence et l'accompagner. Nombre d'activités de services sont déjà organisées autour d'une plateforme numérique ; cette tendance va probablement s'accroître.

[87] S'agissant des activités déployées par des personnes physiques et organisées autour de plateformes numériques, il convient dans chaque cas de procéder à la qualification de la relation juridique ; les éléments caractéristiques et critères traditionnels de qualification sont adéquats et suffisants à cette démarche. Pour ce faire, il y a lieu de tenir compte de la réalité factuelle et des conditions dans lesquelles l'activité est concrètement développée. Afin de faciliter cette catégorisation, il est utile de se référer à des critères, lesquels constituent un tout donnant lieu à une pondération d'ensemble.

[88] Dans l'appréciation juridique, il conviendrait de s'extraire du caractère parfois partisan du débat. La polarisation paraît fortement influencée par Uber, dont la position persistante est d'affirmer l'indépendance de ses prestataires. Il n'existe à notre connaissance pas d'autre exemple d'un acteur qui clame ainsi sa vision ; celle-ci est aujourd'hui fortement remise en cause par nombre de décisions, en Suisse comme à l'étranger. Comme pour tout phénomène en évolution, il convient de permettre aux tribunaux de dire le droit, puis aux justiciables de l'accepter et de l'appliquer. Le modèle de la recherche de l'indépendance est contrebalancé ; d'autres acteurs s'insèrent spontanément dans le moule du contrat de travail et en font même un argument commercial.

[89] La jurisprudence relative aux qualifications des relations de service fournies à l'aide d'applications numériques est en train de se constituer, elle est accessible au moyen des outils numériques. Bientôt, le Tribunal fédéral ancrera les principes.

[90] La numérisation présente un risque qui est celui de la dématérialisation des frontières terrestres. Sur ce point, il faut accorder une importance prépondérante au lieu géographique où l'activité de service est concrètement déployée. Si elle l'est en Suisse, il convient d'activer les mécanismes qui permettent d'appliquer le droit impératif du lieu d'activité, tant en ce qui concerne les possibilités d'accès à la justice que la détermination du droit applicable.

[91] Si l'activité considérée est reconnue comme relevant du contrat de travail, le travailleur doit bénéficier des protections sociales impératives qui lui sont liées. Le droit positif suisse du contrat de travail est conçu d'une manière telle qu'il s'insère parfaitement dans une évolution technologique, les éléments caractéristiques de sa définition permettant une interprétation dynamique ; une fois la qualification opérée, les dispositions légales (contrat de travail, loi sur le travail, lois d'assurances sociales, location de services, etc.) sont adéquates pour assurer la sécurité et la prévisibilité du droit.

[92] Parfois, l'acteur se concentre sur son cas particulier en revendiquant qu'il doit bénéficier d'un régime d'exception. Or, bien souvent, le régime général est conçu de manière large pour englober les situations particulières. Tel est le cas du contrat de travail : lorsque le prestataire fournit contre rémunération un service, dans la durée et dans un rapport de subordination, celle-ci relève du contrat de travail, et cela-même si une application numérique contribue à son organisation. La qualification du contrat ne relève pas de la liberté des parties. Lorsque le législateur a estimé qu'il convient de protéger une partie, sa volonté doit être appliquée.

DAVID ZANDIRAD, MLaw, assistant-doctorant à l'Université de Lausanne.