

Sabrine Magoga-Sabatier

La qualification des relations de travail des plateformes numériques

Une analyse de droit comparé des requalifications opérées dans l'affaire Uber.com en droit du travail, droit commercial et en droit des assurances sociales

Cette étude comparative des jurisprudences française, suisse, anglaise et européenne concernant Uber.com propose une nouvelle approche des relations de travail des plateformes numériques. S'inspirant du droit commercial, l'analyse dégage un possible recentrage de la notion de subordination dans un contexte plus global qui prend en compte l'intermédiation intensifiée par le marketing numérique.

Catégories d'articles : Contributions

Domaines juridiques : Droit du travail ; Droit commercial ; Droit des assurances sociales ; Droit comparé

Proposition de citation : Sabrine Magoga-Sabatier, La qualification des relations de travail des plateformes numériques, in : Jusletter 1er mars 2021

Table des matières

- Propos introductifs
- I. La subordination à l'ère de l'intelligence artificielle : bilan de la requalification des contrats des plateformes numériques
 - A. Critères de qualification mis en œuvre : comparaison du droit suisse et du droit français
 - 1. La notion de subordination appliquée aux plateformes numériques en droit suisse
 - a. Propos introductifs au droit suisse
 - b. Notion de subordination en droit du travail et en droit des assurances sociales
 - c. Application de la notion de subordination aux relations de travail des plateformes
 - 2. La notion de subordination appliquée aux plateformes numériques en droit français
 - B. Amorce d'évolution de la notion de subordination
 - 1. La prise en compte de la dépendance économique dans les systèmes binaires
 - 2. La reconnaissance de la dépendance des travailleurs autonomes par la création d'un statut spécifique : les systèmes ternaires
- II. Propositions d'élargissement du faisceau d'indices convergents vers la subordination
 - A. La question de l'influence décisive de la plateforme numérique sur le service
 - 1. Problématique juridique
 - 2. Analyse de la nature de l'activité des plateformes par la CJUE
 - B. La question de l'intégration du travailleur dans l'activité de l'entreprise de franchise
 - 1. Analyse de la jurisprudence sur la franchise de subordination
 - 2. Prospective d'application du droit du travail par analogie aux relations de plateformes
- Conclusion

Propos introductifs

[1] **Aperçu des activités des plateformes numériques en Suisse.** Les plateformes peuvent être classifiées en trois catégories, qui obéissent chacune à un modèle économique propre¹. À une extrémité, il existe l'économie de partage, qui ne concerne que des relations entre particuliers, favorisant le partage et la collaboration par le biais d'applications. À l'autre extrémité se trouve le travail en ligne sur les plateformes de micro-tâches, comme *Amazon Mechanical Turk* (www.mturk.com), *Clickworker.com* ou *Foulefactory.com* en France, qui appartiennent à la *gig economy* (« économie des petits boulots »). Ces plateformes pratiquent la division du travail en de minuscules tâches externalisées par un appel lancé à une foule « *crowdworking* », ou transfèrent le processus de travail aux utilisateurs de la plateforme « *crowdsourcing* »². Entre ces deux extrêmes, les services à la demande des plateformes « collaboratives » développent une économie lucrative de services en ligne, comme *Uber* ou *Airbnb*. *Uber* comprend également une part de *crowdworking*, car son modèle économique est aussi basé sur l'externalisation au grand nombre de la prestation. La plateforme permet de baisser les tarifs, de diminuer le temps d'attente pour le service, et donc d'augmenter la clientèle potentielle d'*Uber*. Sur le marché suisse, *Uber* n'a quasiment plus de concurrents. L'entreprise française *Kapten* a cessé ses activités en Suisse en septembre 2019, lais-

¹ Selon la classification établie par le Conseil fédéral suisse dans son rapport, *Principales conditions-cadres pour l'économie numérique*, 11 janvier 2017, p. 95-97.

² JANINE BERG et al., *Les plateformes de travail numérique et l'avenir du travail. Pour un travail décent dans le monde en ligne*, OIT, 20 septembre 2018, p. 3 ss.

sant à Genève 350 personnes sans activité, indemnité, ni plan social³. Les seuls autres acteurs du marché romand sont *Driven.ch*, ou enfin la jeune *Lymo.com*, qui s'est lancée en avril 2019 sous la forme d'une application de réservation de transport de personnes, qui revendique être un comparateur de courses et ne prélève aucune commission sur les courses effectuées⁴. D'autres secteurs sont également occupés par les plateformes numériques, comme la livraison de repas à domicile (*UberEats.com*, *Smood.ch*), les services d'agents de ménage à domicile (*Batmaid.ch*), les coiffeurs à domicile (*cut-n-brush.com*) ou encore les services à la personne (*NeedHelp.com*).

[2] **Les enjeux de la régulation.** Dès 1998, puis en 2006 dans sa recommandation n° 198, l'OIT a reconnu les enjeux et les difficultés de la qualification de la relation de travail de ces nouvelles relations⁵. En droit économique, l'enjeu de la régulation des nouvelles formes d'activité consiste à encourager l'économie collaborative créée par les sociétés de l'information, sans que cela ne se fasse au détriment d'une concurrence équitable avec les secteurs économiques traditionnels. En droit social, il s'agit d'identifier la nature de la relation de travail, afin d'éviter que la plateforme ne gagne des parts de marché au prix de la protection sociale de son co-contractant. Dans tous les cas, l'enjeu sociétal est d'assurer un développement durable à travers l'économie collaborative et d'accompagner la création de relations de travail indépendantes sans précipiter ces personnes dans la précarité. Sur le plan mondial, il s'agit d'imposer une responsabilité sociale aux entreprises dans l'externalisation du travail, au moyen de l'outil contractuel, du fait des carences juridiques quant à l'encadrement de leurs activités et de leurs spécificités. De ce fait, en l'absence de législation, la jurisprudence a, à ce jour, opté pour une requalification des rapports contractuels en une relation de travail dite salariée. Néanmoins, l'incertitude reste très grande pour les travailleurs des autres plateformes numériques. Et même pour *Uber*, le cas est loin d'être clos, car la plateforme, bien déterminée à passer entre les mailles du filet judiciaire, a déjà modifié ses conditions contractuelles et ses pratiques en vue de voir retenir d'autres qualifications juridiques de la relation de travail que celle de salariat.

[3] **Méthode de recherche.** L'article prend pour sujet d'étude le cas de la plateforme *Uber.com*, qui permet idéalement de comparer les raisonnements des juridictions des différents pays, appliqués à un même état de fait. Par ailleurs, le nombre de contentieux à l'actif de la plateforme suffit en lui-même à mettre en lumière les lacunes des différents ordres juridiques, continentaux comme ceux inspirés par la *common law*, alors que les autorités sont dépassées par l'intelligence artificielle et le management par l'algorithmique⁶. L'optique est donc prospective, *de lege ferenda*. Elle vise, d'une part, à utiliser le droit suisse du travail, un droit particulièrement souple et libéral, privilégiant la liberté contractuelle, dans lequel la jurisprudence joue un rôle cardinal et fait fré-

³ *Kapten, concurrent d'Uber, quitte la Suisse, 13 septembre 2019* www.lematin.ch, disponible sur le lien suivant : <https://www.lematin.ch/story/kapten-concurrent-d-uber-quitte-la-suisse-836954472581> (tous les liens internet consultés pour la dernière fois le 14 février 2021).

⁴ EMILIE MATHYS, *À Genève, l'application Lymo regroupe taxis et chauffeurs VTC, 13 février 2019*, disponible sur le lien suivant : <https://www.letemps.ch/economie/genève-lapplication-lymo-regroupe-taxis-chauffeurs-vtc>.

⁵ Cf. Déclaration de l'OIT relative aux principes et droits fondamentaux au travail et son suivi, adoptée par la Conférence internationale du Travail lors de sa 86^e Session, Genève, 18 juin 1998 et Recommandation n° 198 sur la relation de travail, 15 juin 2006, ch. 4, 5, 9, 17 et 22.

⁶ Factbox, Reuters Wire Service Content, *Uber's legal challenges around the world*, 25 novembre 2019, www.reuters.com disponible sur le lien suivant <https://www.reuters.com/article/us-uber-britain-factbox-idUSKBN1XZ25F>, Factbox, *California Is Just One Legal Challenge for Uber Around the World*, 20 août 2020, www.usnews.com disponible sur le lien suivant <https://www.usnews.com/news/top-news/articles/2020-08-20/california-is-just-one-legal-challenge-for-uber-around-the-world> et Oxford Pro Bono Publico, *The Employment Status of Uber Drivers*, octobre 2017 analysant les droits des chauffeurs en matière d'emploi dans quinze juridictions différentes disponible sur le lien suivant <http://ohrh.law.ox.ac.uk/wordpress/wp-content/uploads/2018/02/5.-Uber.pdf>.

quement œuvre de créativité, et le droit anglais, dont l'originalité pertinente tient ici dans le régime intermédiaire des « *workers* », en ce qu'il prend en compte la dépendance économique des travailleurs à l'employeur. D'autre part, ce qui est plus atypique, l'article utilise l'apport des décisions rendues en matière commerciale, en droit suisse ainsi qu'en droit de l'Union européenne, pour tenter de faire évoluer les critères développés par la jurisprudence à l'égard des plateformes numériques. Il s'agira, pour la jurisprudence qui analysera les rapports de travail des plateformes numériques de demain, de conserver l'esprit de protection de la partie faible, pierre angulaire du droit du travail, tout en l'ouvrant sur les nouvelles pratiques commerciales pour mieux le faire évoluer.

[4] **Plan proposé.** Dans une première partie, nous effectuerons un bilan des décisions de requalification des plateformes numériques, afin de synthétiser les critères de qualification mis en œuvre par la jurisprudence et, ainsi, dresser un tableau du rapport de subordination actuellement admis dans les relations de travail des plateformes numériques (I). Cette étude se déroulera dans un premier temps selon une comparaison des systèmes binaires de qualification, suisse et français (A)⁷. Puis, dans un second temps, sera analysée la mesure dans laquelle la notion de dépendance économique est associée à celle de subordination (B). Enfin, une deuxième partie sera consacrée à la redéfinition de la notion de subordination qui permette de mettre en œuvre une protection *sui generis*, par analogie à celle du droit du travail (II). En partant de l'observation que les plateformes adapteront leurs pratiques pour continuer à éluder les contraintes juridiques naissant des rapports de subordination⁸, nous proposerons une analyse plus pragmatique des schémas d'affaires des plateformes numériques, inspirée, dans un premier temps du droit commercial suisse (A), dans un second temps du droit européen (B).

I. La subordination à l'ère de l'intelligence artificielle : bilan de la requalification des contrats des plateformes numériques

[5] **Annnonce de plan.** Une première sous-partie propose une approche comparative de la notion de contrat de travail et de la jurisprudence concernant l'analyse du lien de subordination dans le cadre de l'activité de plateformes numériques, en se focalisant sur les décisions récentes françaises et suisses en droit du travail et en droit des assurances sociales (A). Une deuxième sous-partie dressera un bilan de l'influence grandissante de la notion de dépendance économique et de ses limites, en étudiant comment le droit anglais a créé un statut consacré aux travailleurs indépendants dépendants économiquement (B).

⁷ Le fait de qualifier le système suisse de binaire est schématisé car la jurisprudence admet aussi une application du droit du travail pour les situations de travail dépendant résultant de contrat *sui generis*, cf. note 28 et les développements sur la franchise en partie II.

⁸ Unia, *Rien de neuf chez Uber : les chauffeurs et chauffeuses restent des employé-e-s*, 9 juillet 2020, disponible sur le lien suivant <https://www.unia.ch/fr/medias/communiqués/communiqué/a/17030> et RENÉ HIRSIGER, *Der sozialversicherungsrechtliche Status des Uber-Fahrers. Auswirkungen der neuen Funktionen der Uber-App auf den sozialversicherungsrechtlichen Status* [Le statut de sécurité sociale du chauffeur Uber. Effets des nouvelles fonctions de l'application Uber sur le statut au regard du droit de la sécurité sociale], in : Jusletter 7 décembre 2020.

A. Critères de qualification mis en œuvre : comparaison du droit suisse et du droit français

1. La notion de subordination appliquée aux plateformes numériques en droit suisse

a. Propos introductifs au droit suisse

[6] **Un droit du travail particulièrement libéral.** Il n'existe pas de Code du travail en Suisse. Les règles régissant le travail sont disparates et dispersées dans de nombreux textes. Le droit privé du travail est dès lors principalement réglementé dans le Code des obligations⁹. Les dispositions topiques sont des lois spéciales qui dérogent au droit général en vue de protéger la partie faible. Elles sont généralement de nature semi-impérative ou impérative, parfois purement dispositives. Le droit public du travail comprend des règles impératives ayant pour but de protéger la santé et la sécurité des travailleurs, en instituant des conditions minimales pour les sociétés qui lui sont assujetties¹⁰. Il s'agit en conséquence d'un système très libéral, où la liberté contractuelle et le droit de résiliation du contrat de travail prédominent. En comparaison au droit français par exemple, il existe très peu de possibilités d'obtenir l'annulation d'un licenciement, et le droit à une réintégration en cas de licenciement abusif n'est quasiment jamais prévu par la loi. Les cas ouvrant droit à des indemnités de licenciement sont rarissimes. Sur le plan fédéral, la législation ne prévoit ni salaire minimum ni durée légale du travail¹¹. Dans un tel contexte, le droit collectif du travail joue un rôle important, car il permet à environ un tiers des salariés de bénéficier de conditions de travail plus favorables, les indépendants n'y ayant cependant pas accès¹². La jurisprudence, qui a pour charge de qualifier les relations de travail, complète souvent de manière décisive le droit positif. Résultent ainsi de la jurisprudence le contrat de travail de durée minimale ou de durée maximale, ou le contrat de travail sur appel¹³.

[7] **Un droit des assurances sociales pragmatique.** Les assurances sociales jouent également un rôle important dans la qualification des relations contractuelles. Les autorités se saisissent d'office, en principe au moment de l'annonce de l'activité, ou peuvent être saisies par la partie qui voudrait obtenir une affiliation à une assurance obligatoire pour les salariés ou le remboursement des cotisations sociales versées en tant qu'indépendant. Leur objectif est avant tout de veiller au financement des différents régimes, et d'assurer une protection sociale suffisante et durable pour toute la population. De plus, en vertu du principe constitutionnel de l'égalité de traitement, les autorités doivent veiller à appliquer des critères d'assujettissement identiques pour tous. Selon l'article 12 de la loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales (LPGA, RS 830.1), « [e]st considéré comme exerçant une activité lucrative indépendante celui dont le revenu

⁹ Code [suisse] des obligations, art. 319–362, Recueil systématique (RS 220).

¹⁰ Loi fédérale sur le travail dans l'industrie, l'artisanat et le commerce (LTr) (RS 822.11) et ses cinq ordonnances d'exécution ; ALEXANDRE BERENSTEIN *et al.*, *Labour law in Switzerland*, STÄMPFLI/KLUWER Law international, 2018, § 66–76.

¹¹ Seuls quatre cantons ont instauré un salaire minimum : Neuchâtel, Jura, Tessin et Genève. L'art. 9 LTr prévoit une durée maximale du travail de 45 à 50 heures pour les travailleurs des entreprises assujetties.

¹² Par exemple, la convention collective nationale de travail pour les hôtels, restaurants et cafés s'applique aux sociétés de livraison de repas et est valable dans toute la Suisse.

¹³ Arrêts du Tribunal fédéral (ATF) 125 III 65 du 14 décembre 1998 et ATF 124 III 249 (traduit au Journal des Tribunaux, JdT 1999 I 275) : « contrat de travail dont le temps de travail n'est ni déterminé, ni déterminable, mais qui prévoit la mise à contribution du travailleur en fonction de la quantité de travail disponible » (consid. 2). Dans cette forme de travail, l'employeur fait appel aux services du travailleur lorsqu'il en a besoin, le travailleur s'engageant de son côté à se tenir durablement à disposition de l'employeur. Il ne peut, de ce fait, refuser son appel (Secrétariat à l'économie (SECO), Bulletin LACI IC n° 95 ss).

ne provient pas de l'exercice d'une activité en tant que salarié ». L'article 10 LPGA prévoit quant à lui qu'« [e]st réputé salarié celui qui fournit un travail dépendant et qui reçoit pour ce travail un salaire déterminant au sens des lois spéciales ». L'analyse est essentiellement économique. Au moment de fixer le montant des cotisations, les autorités se concentrent donc sur le revenu de la personne et déterminent si le gain provient d'une activité lucrative dépendante ou indépendante, car le droit suisse ne donne pas une définition précise de l'entrepreneur indépendant¹⁴. Les assurances sociales appliquent donc des critères de qualification propres, qui ne recourent pas nécessairement ceux des juges du travail. Comme en droit privé du travail, les circonstances permettent d'évaluer la situation du travailleur, mais il n'existe pas d'idée de protection d'une partie en raison de sa faiblesse économique ou parce qu'elle n'a pas été en mesure de négocier librement le contrat. Une requalification relevant du droit privé n'entraîne donc pas automatiquement une requalification en droit public et inversement¹⁵. Ce sont deux questions indépendantes, dont les réponses convergent et que nous proposons d'étudier ci-après afin de mettre en lumière, par petites touches à la manière des impressionnistes, une nouvelle définition des relations de travail.

b. Notion de subordination en droit du travail et en droit des assurances sociales

[8] **En droit du travail : prédominance du lien de subordination.** La notion d'activité indépendante se définit en droit suisse de manière négative, par opposition à la notion d'activité salariée telle qu'elle ressort de la définition du contrat individuel de travail donnée par le Code des obligations (CO). Selon l'article 319 alinéa 1 CO, le contrat de travail est celui par lequel « le travailleur s'engage, pour une durée déterminée ou indéterminée, à travailler au service de l'employeur et celui-ci à payer un salaire, fixé d'après le temps ou le travail fourni (salaire aux pièces ou à la tâche) ». Il n'est soumis à aucune forme spéciale (art. 320 al. 1 CO)¹⁶. La doctrine a dégagé de cet article quatre critères qui, lorsqu'ils sont réunis, permettent d'identifier la relation de travail salarié¹⁷. Il s'agit premièrement de la prestation de nature personnelle que le travailleur s'engage à fournir ; le contrat est donc en principe *intuitu personae*¹⁸. Deuxièmement, la durée : *a contrario*, le contrat ne s'éteint pas par la réalisation de la prestation. Le troisième élément est l'élément organisationnel, le lien de subordination, par lequel le travailleur se place sous la dépendance de l'employeur. Il comprend d'une part une modalité temporelle, le respect de l'horaire et du

¹⁴ WOLFGANG HARDER, *Freie Mitarbeiter, Freelancer, Scheinselbständige : Arbeitnehmer, Selbständige oder beides ?*, Mitteilungen des Instituts für schweizerisches Arbeitsrecht [Indépendants : salariés, indépendants ou les deux, Communications de l'Institut suisse de droit du travail], Berne, 2003, p. 6. JEAN-PHILIPPE DUNAND, in : Dupont/Moser-Szeless (édit.) *Loi sur la partie générale des assurances. Commentaire romand*, Helbing Lichtenhahn, 2018, ad art. 12, § 7–29.

¹⁵ JULIEN BILLARANT, *Pour une approche nouvelle du rapport de subordination en droit privé suisse du travail*, Collection CERT, Schulthess Éditions Romandes, 2020, § 176–179, p. 70–71.

¹⁶ Cf. notamment GABRIEL AUBERT, Commentaire des art. 319–362 CO, in : Thevenoz/Werro (édit.), *Code des obligations : Commentaire*, I, 2e éd., Helbing & Lichtenhahn, 2012, p. 1679, § 1, JEAN-PHILIPPE DUNAND, Commentaire de l'art. 319 CO, p. 1–10 et RÉMY WYLER, Commentaire de l'art. 320 CO p. 25, § 5, in : Dunand/Mahon (édit.), *Commentaire du contrat de travail*, Stämpfli, 2013, et RÉMY WYLER/BORIS HEINZER, *Droit du travail*, Stämpfli, 2014, p. 20–22.

¹⁷ Notamment GABRIEL AUBERT, *op.cit.* note 16, § 1–21, PHILIPPE CARRUZZO, *Le contrat individuel de travail. Commentaire des articles 319 à 341 du Code des obligations*, Schulthess Verlag, 2009, p. 1 ss., JEAN-PHILIPPE DUNAND, *op. cit.* note 14 p. 3 ss. et JEAN-LOUIS DUC/OLIVIER SUBILIA, *Droit du travail : éléments de droit suisse*, éd. Bis & Ter SNC, 2010, p. 78 ss.

¹⁸ La jurisprudence reconnaît toutefois parfois la validité d'un contrat dit « en cascade » permettant l'engagement d'un auxiliaire par le salarié. ATF 112 II 41, consid. 1.b cf. également RÉMY WYLER/BORIS HEINZER, *Droit du travail*, Stämpfli, 2014, p. 24.

temps de travail ; d'autre part une composante spatiale, le lieu convenu pour l'exécution de la prestation ; et, enfin, une caractéristique hiérarchique, l'acceptation de suivre les instructions et directives et de se soumettre au contrôle de l'employeur. Le quatrième élément est l'élément matériel : le salaire¹⁹. C'est l'existence ou non du lien de subordination, le troisième élément, qui permet, au moyen d'indices et selon les circonstances, d'identifier le contrat individuel de travail, car les trois autres critères se trouvent également présents dans d'autres contrats de service, notamment le mandat ou le contrat d'entreprise²⁰. Ainsi, à l'image du droit français, la matière repose entre les mains des juges qui, par leur jurisprudence, donnent forme au concept juridique indéterminé de subordination²¹.

[9] **Appréciation des faits et exercice de qualification par le juge.** Ainsi commence le long travail de qualification qu'il revient au juge d'opérer. En effet, les parties ne sont pas libres de la qualification juridique du contrat, car le contrat de travail est de droit impératif²². « La qualification juridique est une question de droit. Le juge détermine librement la nature de la convention d'après l'aménagement objectif de la relation contractuelle, sans être lié par la qualification, même concordante, donnée par les parties »²³. Pour ce faire, il s'efforce de déterminer la commune et réelle 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 (art. 18 al. 1 CO). S'il y parvient, il s'agit d'une constatation de fait qui lie en principe le Tribunal fédéral, autorité judiciaire suprême de la Confédération suisse, conformément à l'art. 105 LTF²⁴. En cas de divergence réelle entre les parties, le juge interprète le contrat selon le principe dit de la confiance, qui permet d'imputer à une partie le sens objectif de sa déclaration ou de son comportement, même si celui-ci ne correspond pas à sa volonté intime, « en déterminant le sens que, d'après les règles de la bonne foi, chacune d'elles pouvait et devait raisonnablement prêter aux déclarations de volonté de l'autre »²⁵. Sur la base de l'ensemble de ces éléments, le juge détermine la nature juridique de la convention en se référant aux éléments constitutifs des types de contrats et aux critères de distinction posés par la jurisprudence et la doctrine²⁶. Bien entendu, la qualification opérée n'est valable qu'en fonction d'un contrat et d'un commanditaire donnés. Ainsi il est illusoire de prétendre régler ici le sort de tous les travailleurs et de toutes les plateformes, ou même celui d'*Uber*, dont les conditions contractuelles évoluent constamment²⁷. En cas de doute, le contrat de travail étant de droit impératif, c'est cette qualification qu'il convient de donner en priorité au contrat qui lie l'indépendant au donneur d'ordre ; une différence notable avec le droit français, dont les articles L.8221-6 du Code du travail et L.311-11 du Code de la sécurité sociale

¹⁹ Le contrat de travail ne peut jamais être à titre gratuit, PHILIPPE CARRUZZO, p. 5. Sur la nécessité du salaire voir aussi GABRIEL AUBERT, *op. cit.* note 16, p. 1675, § 14–17 ou JEAN-PHILIPPE DUNAND, *op. cit.* note 16, p. 7 § 23–27.

²⁰ PIERRE TERCIER/LAURENT BIERI/BLAISE CARRON, *Les contrats spéciaux*, 5^e éd., Schulthess, Genève, 2016, p. 476 ss.

²¹ TF 4A_200/2015 du 3 septembre 2015, consid. 4.2.1. ; TF 4A_592/2016 du 16 mars 2017, consid. 2 ; TF 4P.337/2005 du 21 mars 2006, consid. 3.3.2.

²² La doctrine est claire sur ce point, cf. GABRIEL AUBERT, *op. cit.* note 16, p. 1676, § 23, JEAN-LOUIS DUC/OLIVIER SUBILIA, p.78, JEAN-PHILIPPE DUNAND, p. 3 § 6, *op. cit.* note 16, bien que formellement l'art. 319 ne figure pas dans la liste des art. 361 et 362 CO définissant la nature des obligations légales.

²³ TF 4A_10/2017 du 19 juillet 2017, consid. 3.1 ; ATF 131 III 217 consid. 3 ; ATF 84 II 493, consid. 2.

²⁴ Loi sur le Tribunal fédéral, RS 173.110 ; ATF 135 III 410.

²⁵ Cf. art. 18 CO, mis en œuvre notamment dans les arrêts ATF 121 III 495, consid. 5 en matière d'arbitrage, ATF 130 III 417, consid. 2.2 concernant une élection de droit.

²⁶ TF 4A_200/2015 du 3 septembre 2015, consid. 4.1.4. Voir également sur ce point PIERRE TERCIER/PASCAL PICHONNAZ, *Le droit des obligations*, Schulthess, 2012, p. 211 ss.

²⁷ Cf. RENÉ HIRSIGER *op. cit.* note 8.

établissent une présomption d'absence de contrat de travail en cas d'immatriculation de l'activité. En droit suisse, à l'inverse, si cette présomption ne dispense pas le travailleur du fardeau de la preuve, elle constitue néanmoins un signal relativement clair pour les juges du fond.

[10] **Conséquences d'une requalification.** Le travailleur dont le contrat est requalifié en contrat de travail peut en principe bénéficier des normes protectrices du droit du travail de nature impérative et semi-impérative. Dans le cas d'une d'activité « pseudo-indépendante » ou d'indépendance fictive, il s'agit d'un contrat de travail dissimulé, ce qui ne départ en rien du droit français. Le droit du travail sera alors appliqué en intégralité. Dans ce cas, il faut rappeler qu'en droit suisse, la résiliation, même abusive, du contrat de service requalifié en contrat de travail n'emportera pas la réintégration du travailleur dans son emploi. En revanche, solution plus originale, les juges peuvent également faire une application par analogie des dispositions destinées à protéger le travailleur en l'absence de contrat de travail, c'est-à-dire si l'on n'est pas en présence de la totalité des quatre caractéristiques. Ainsi, le Tribunal fédéral reconnaît l'application du droit du travail par analogie en présence d'un contrat de franchise²⁸. L'approche traditionnelle binaire est donc partiellement brisée par la jurisprudence suisse concernant des contrats *sui generis*.

[11] **En droit des assurances sociales : appréciation des réalités économiques prédominantes.** L'appréciation de la relation de travail de la plateforme *Uber* a également été analysée par les juridictions compétentes en matière d'assurances sociales. La question est de savoir si, dans un cas d'espèce, une activité lucrative indépendante ou dépendante se présente. La réponse se résume ainsi : « Est en principe considéré comme exerçant une activité indépendante, celui qui supporte un risque économique analogue à celui qui est encouru par l'entrepreneur et ne dépend pas de son employeur du point de vue économique ou dans l'organisation du travail »²⁹. Le Tribunal fédéral complète ainsi cette définition : « La diversité des états de fait que révèle la vie économique contraint à apprécier, au plan des règles applicables aux cotisations, la position d'une personne exerçant une activité lucrative en tenant compte de l'ensemble des circonstances du cas individuel. Étant donné que souvent, des caractéristiques des deux genres de revenus se manifestent, la décision doit fréquemment s'orienter sur la question de savoir laquelle de ces caractéristiques prédomine dans le cas concret »³⁰. L'autorité admet ainsi la possible mixité de la relation contractuelle, reconnaissant le caractère *sui generis* de la subordination pour chaque relation de travail, tout en appliquant une qualification binaire dépendante/indépendante dans sa décision. Les rapports de droit privé peuvent offrir certains indices pour la qualification, sans être toutefois déterminants³¹. Si *Uber* est l'employeur, les travailleurs doivent obligatoirement être assurés contre les accidents (art. 1a al. 1 LAA) et l'employeur doit payer les primes (art. 91 LAA). Cette couverture ne peut être remplacée ni par un accord individuel ni par une assurance accidents privée.

²⁸ ATF 118 II 157, consid. 4. et TF 4A_148/2001 du 8 septembre 2011 consid. 4.2 à 4.4; cf. notre partie II sur la franchise.

²⁹ Office fédéral des assurances sociales (OFAS), Directives sur les cotisations des travailleurs indépendants et des personnes sans activité lucrative dans l'AVS, AI et APG (DIN) ch. 1005–1065.

³⁰ ATF 123 V 161, consid. 1.

³¹ TF 8C_97/2013 du 18 juin 2013 consid. 2.2 et TF 8C_218/2019 du 15 octobre 2019 consid. 2.2 et 4.2.1.

c. Application de la notion de subordination aux relations de travail des plateformes

[12] Jurisprudence de la Cour d'appel du canton de Vaud en droit du travail : résumé des faits.

La Cour d'appel du canton de Vaud s'est prononcée sur la nature de la relation contractuelle liant *Uber* à ses chauffeurs le 23 avril 2020³². *Uber* avait résilié le contrat d'un de ses chauffeurs à la suite de mauvaises notes attribuées par les clients concernant ses capacités de conduite. Après avoir envoyé des messages au conducteur sur son smartphone l'informant de la baisse de son évaluation, *Uber* avait appliqué le délai de préavis contractuel de sept jours, puis désactivé l'application du conducteur. Le conducteur a contesté la validité de la résiliation, du préavis appliqué et de la notification elle-même au motif qu'il était en fait question d'un contrat de travail. La Cour a considéré, après avoir requalifié le contrat de service en contrat de travail, que la résiliation était abusive, car contraire aux dispositions du Code des obligations. Selon elle, malgré le fait que les plaintes étaient sérieuses, puisqu'elles concernaient la sécurité des clients, les conditions d'une résiliation pour justes motifs n'étaient pas réunies, car les avertissements envoyés par *Uber* n'avaient pas été immédiatement suivis de la résiliation. Ainsi, *Uber* n'avait pas prouvé que le licenciement était la conséquence d'une perte irréversible de confiance envers l'employé. En l'absence d'un motif valable de résiliation immédiate, *Uber* aurait dû respecter le délai de préavis légal. *Uber B.V.* n'ayant pas fait appel, cette décision est désormais définitive. C'est, hélas, pour de nombreux chauffeurs une occasion manquée d'obtenir une jurisprudence fédérale. La décision n'en reste pas moins très intéressante, car elle fait progresser l'analyse de la casuistique, déterminante pour l'employé sur qui repose la charge de la preuve du lien de subordination. Relevons également que la décision publie le contrat de service de conducteur dans son intégralité.

[13] Eléments casuistiques retenus par la Cour d'appel du canton de Vaud : la subordination en droit du travail.

Pour retenir l'existence d'un contrat de travail, les juges ont considéré que des instructions très précises sont imposées dès lors que le chauffeur accepte une demande de transport. Ces instructions ne portent pas que sur l'équipement nécessaire à l'exécution de la tâche (véhicule, téléphone). Ils ont aussi considéré que la plateforme possède seule les informations nécessaires à l'exécution de la tâche : données concernant les clients et les chauffeurs (identité, localisation, données financières) ainsi que la destination. Ces données ne sont, pour certaines, jamais transmises au chauffeur et, pour d'autres (le lieu de destination et de prise en charge), uniquement après qu'il ait accepté la réalisation de la tâche permettant d'estimer la rémunération. L'exécution proprement dite de la prestation était également soumise à instructions quant au temps d'attente du client, l'interdiction de prendre des clients supplémentaires ou d'effectuer des arrêts, ainsi, d'ailleurs, que le trajet en lui-même. Il a également été pris en considération que des directives générales sur la qualité du service étaient transmises au chauffeur. La mise en œuvre de ces directives, par exemple concernant le prix, la destination ou le trajet, renforce *de facto* leur caractère obligatoire. Le système d'évaluation des courses par les clients et les sanctions que la plateforme peut en tirer (avertissement, déconnexion et résiliation du contrat) sont des manifestations du rapport de force résultant du lien de subordination. Les juges ont donc considéré que la liberté d'organisation des chauffeurs d'*Uber* était presque inexistante. Financièrement encore, la plateforme s'occupe de la facturation de la course au client, du recouvrement du prix (par l'organisme bancaire) et du paiement du chauffeur. Instructions, sanctions, surveillance et paiement, bien que présentés sous une forme dématérialisée, sont autant de prérogatives types

³² TC VD, Cour d'appel civile, HC/2020/535 n°380 du 11 septembre 2020 (Rasier Operation B.V. c. A). RÉMY WYLER/DAVID ZANDIRAD, Plateformes numériques et contrat de travail, Jusletter, 26 octobre 2020, § 64.

de l'employeur. La Cour en déduit que la formulation du contrat sous la forme d'une relation d'indépendance entre le chauffeur et la plate-forme ne correspond pas à la volonté réelle des parties.

[14] Jurisprudence de la Cour des assurances sociales du canton de Zurich : résumé des faits.

En 2016, un chauffeur *Uber* a contacté la SUVA³³ pour faire évaluer sa situation sociale. La SUVA a alors jugé les activités de chauffeur pour la société *Uber* comme de nature dépendante. En application de l'article 321a CO et de l'article 7 al. 1 LAA³⁴, l'employeur est toute personne qui offre un produit ou un service et qui, dans ce cadre, est intéressé économiquement à la prestation du travailleur salarié. Il doit créer les conditions pour que l'employé puisse effectuer ce travail, notamment par la mise en place de l'infrastructure centrale nécessaire, et en mesurer la qualité. C'est ainsi qu'il donne les instructions, paie le salaire et garde la maîtrise de la qualité de la prestation de transport. Dans le cas d'*Uber*, l'employé ne peut effectuer le travail sans l'aide de l'application fournie par Uber B.V., qui fournit donc l'infrastructure nécessaire au travail. De même, la conception de l'offre en tant que produit ainsi que la publicité relèvent de la responsabilité du siège social propriétaire exclusif de la marque, de sorte que le conducteur n'a pas à se soucier de l'acquisition de clients. Uber B.V. perçoit le prix de la course et reverse à l'employé sa rémunération après déduction des frais occasionnés ; il a donc un intérêt économique à la performance du chauffeur. Uber B.V. détermine la manière dont les conducteurs exercent leurs activités et a le droit, dans certains cas, de résilier sans préavis, de désactiver ou de restreindre l'accès et l'utilisation de l'application, ce qui correspond aux prérogatives de l'employeur en application de l'article 337 alinéa 1 CO. Uber Switzerland GmbH et Uber B.V. ont fait appel de cette décision devant le Tribunal des assurances sociales du canton de Zurich qui, dans une décision du 10 juillet 2018, a renvoyé l'affaire à la SUVA pour obtenir des éclaircissements sur les faits³⁵. Une nouvelle décision a été rendue le 22 novembre 2019³⁶. Le 16 juillet 2020, la Cour des assurances sociales du canton de Zurich³⁷ a rejeté le recours d'Uber GmbH du 10 janvier 2020 et validé la décision de la SUVA en ce qu'Uber GmbH n'était pas assujetti à cotisation. La cause est restée ouverte à l'encontre d'Uber B.V. (Pays-Bas) en tant qu'employeur officiel et véritable partenaire contractuel. En effet, selon la SUVA, Uber B.V. détermine le prix, perçoit le prix du billet et le restitue aux conducteurs après déduction de sa commission. La SUVA mentionne une relation claire de « *dépendance organisationnelle au travail* » entre les conducteurs et *Uber*. Par conséquent, si la Cour confirme la qualité de travailleurs, *Uber* sera également tenue de verser la cotisation à l'AVS/AI et au deuxième pilier de prévoyance professionnelle pour ses collaborateurs dont les revenus annuels générés avec *Uber* dépassent 21330 CHF par an. La Cour examinera dans un deuxième temps si les cotisations peuvent être facturées à Uber GmbH en tant qu'établissement stable d'Uber B.V. en Suisse. Le raisonnement de la Cour se fait ainsi en deux temps : il s'agit d'examiner la dépendance à l'employeur quant à l'organisation du travail, puis la présence d'un risque économique d'entrepreneur en appliquant treize critères que nous détaillerons ci-après. La mise en perspective de l'activité du travailleur par rapport à son donneur d'ordre est donc à

³³ « *Schweizerische Unfallversicherung* » ou Caisse nationale d'assurance en cas d'accidents (CNA) en français.

³⁴ Loi fédérale sur l'assurance-accidents (LAA), RS 832.20.

³⁵ Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich, n° UV.2017.00030 du 10 juillet 2018.

³⁶ Décision non publiée à laquelle l'auteure a eu accès personnellement.

³⁷ Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich, n° UV.2020.00134 du 16 juillet 2020 et n° UV.2020.00006, en attente de jugement.

la fois plus large, plus pragmatique et plus souple qu'en droit du travail, car elle tient compte du contexte économique et organisationnel de la réalisation de la prestation. L'élément de subordination également présent n'est qu'un critère parmi treize autres, dont la prépondérance est fixée au cas par cas et en fonction de la pertinence.

[15] **Éléments casuistiques retenus par la Cour des assurances sociales du canton de Zurich : la dépendance à l'égard de l'organisation du travail en droit des assurances sociales.** L'autorité d'assurance sociale examine si les éléments de dépendance prédominent au regard de cinq sous-critères que nous caractériserons dans le cas d'*Uber* : droit de donner des instructions (1) (point très controversé en l'espèce), rapport de subordination et intégration dans une organisation de travail (2), obligation personnelle d'accomplir les tâches (3), clause de non-concurrence (4), obligation de présence (5). On le voit, le rapport de subordination est inclus dans une analyse beaucoup plus large de la dépendance à l'organisation de l'employeur. (1) Le droit de l'employeur de donner des instructions : selon la Cour, même si les chauffeurs sont libres d'occuper un autre emploi ou s'il existe une grande liberté en matière d'horaires et de durée du travail, le refus des commandes est associé à des désavantages qui impliquent la nécessité de suivre les instructions. (2) La relation de subordination et l'intégration dans l'organisation de travail sont le deuxième critère de qualification. La subordination découle des directives, des lignes directrices et de leur mise en œuvre, notamment de la fixation et de la modification des tarifs, ainsi que de la possibilité pour *Uber* de résilier avec effet immédiat le contrat. (3) L'obligation d'accomplir des tâches personnellement. Le chauffeur est restreint dans la transmission spontanée de commandes à d'autres personnes et il est dans l'impossibilité de transférer le contrat à un tiers sans l'accord écrit d'*Uber*. (4) L'obligation de non-concurrence résulte de l'interdiction de développer un service concurrent ou un produit similaire. Enfin, (5) Le critère de la présence obligatoire, qui est ici neutre, car il découle de la nature du service.

[16] **Éléments casuistiques : le risque économique de la qualité d'entrepreneur en droit des assurances sociales.** Ce risque est celui que court la personne qui doit assumer, en raison d'évaluations ou de comportements professionnels inadéquats, les pertes de la substance économique de l'entreprise. Ce risque s'évalue selon huit sous-critères, aucun n'étant à lui seul décisif : investissements significatifs (1), emploi de personnel (2), risque de recouvrement ou d'encaissement (3), locaux commerciaux propres (4), paiement de frais généraux (5), risque de perte ou absorption des pertes (6), exercice de l'activité en son nom et à son propre compte (7), acquisition de la clientèle ou prospection (8), que nous étudierons tour à tour dans le cas concret d'*Uber*. (1) Un des critères permettant de vérifier la présence de risque entrepreneurial est celui des investissements réalisés par l'indépendant. En l'espèce, ce critère doit être relativisé, car l'usage privé de la voiture ou du téléphone est généralement une raison suffisante pour leur acquisition et ne peut donc être d'une importance décisive pour la qualification en faveur de celle d'employé³⁸. (2, 4) L'absence de personnel et de locaux commerciaux aiguillent en faveur d'une activité salariée. (3, 6) La responsabilité des pertes et du risque de recouvrement : selon la Cour, le conducteur ne peut influencer les décisions stratégiques ou le contenu des mesures marketing, en conséquence de quoi le risque de perte ne lui appartient pas. Le fait qu'aucun revenu ne soit garanti n'est pas pertinent, car cela s'apparente au travail sur appel, qui est une forme reconnue de contrat

³⁸ TF 8C_571/2017, 9 novembre 2017 à propos de l'indépendance de chauffeurs de taxi. *Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich*, n° UV.2015.00106 du 11 novembre 2015 et *Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich* UV.2008.00159 du 30 décembre 2009.

de travail³⁹. Les paiements se font essentiellement par carte de crédit, et c'est donc l'institution émettrice de la carte de crédit qui doit collecter l'argent. (5) Les chauffeurs peuvent en théorie engager du personnel, mais même lorsqu'ils le font, cela n'impacte pas leur capacité de gain qui est limitée par l'usage du véhicule. (7, 8) À propos du fait d'agir en son propre nom et pour son propre compte, l'autorité relève que l'acquisition de clients dépend de la réputation de la marque *Uber* de sorte que le chauffeur n'a pas à effectuer d'acquisition de client ; il est contacté par les utilisateurs via l'application et ceux-ci reconnaissent clairement l'organisation *Uber* en tant que prestataire de service, ce qui montre que le conducteur n'agit pas en son nom propre, mais au nom d'*Uber*. Mais alors que la SUVA conclut généralement que, parmi les critères en faveur d'une activité salariée, le risque entrepreneurial possède toutefois une place prédominante, la pertinence du risque entrepreneurial en lui-même a pu être relativisée dans le cadre de relations de travail de ce type. En effet, en matière de services et dans les situations dans lesquelles l'activité en question n'exige pas, par nature, des investissements importants ou de faire appel à du personnel, ce qui est le cas dans le modèle économique d'*Uber*, il est souvent relégué au second plan par rapport à la dépendance économique et organisationnelle⁴⁰.

[17] **Décisions de la Cour de justice de Genève en droit administratif.** Afin d'être exhaustifs sur la jurisprudence en Suisse, nous mentionnons brièvement ici les décisions de la Cour de justice de Genève. Relayant les décisions de l'assurance-accidents et celle du Tribunal de prud'hommes vaudois, le Service de la police du commerce et de lutte contre le travail au noir (PCTN) genevois a notifié une décision d'interdiction d'exercer contre *Uber Switzerland GmbH*⁴¹. Cette décision est intervenue après que des lacunes dans le paiement des cotisations aient été constatées, notamment pour les personnes auxquelles les caisses de compensation refusent une affiliation en qualité de travailleur indépendant et qu'*Uber* ne considère pas comme salariées⁴². Après enquête, l'Office cantonal de l'inspection et des relations du travail a estimé qu'*Uber* n'était pas un diffuseur de courses, mais une entreprise de transport, soumise au Code des obligations et à la loi sur les taxis et les voitures de transport avec chauffeurs⁴³. Selon l'autorité, les chauffeurs sont des employés non déclarés de la société *Uber B.V.* domiciliée aux Pays Bas et soumise à l'accord sur la libre circulation des personnes. Selon la décision, confirmée en appel par la Chambre administrative de la Cour de justice de Genève⁴⁴, les contrats liant les chauffeurs à la plateforme sont bien des contrats de travail, excluant de ce fait leur qualification en tant que travailleurs indépendants. Passant en revue les éléments constitutifs en application de l'article 319 CO et de l'article 10 LPGa, la Cour en déduit qu'*Uber BV* doit respecter les conventions collectives et la protection sociale des tra-

³⁹ ATF 125 III 65 et ATF 124 III 249.

⁴⁰ TF 9C_213/2016 du 17 octobre 2016, consid. 3.4 à propos de courtiers travaillant au sein d'une agence franchisée. Et TF 9C_364/2013 du 23 septembre 2013, consid. 2.2 concernant l'affiliation d'une codeuse interprète intervenant auprès de bénéficiaires sourds ou malentendants.

⁴¹ RAPHAËL LEROY *Genève interdit à Uber de continuer à exercer dans les conditions actuelles*, 1^{er} novembre 2019, disponible sur le lien suivant : <https://www.rts.ch/info/regions/geneve/10831677-geneve-interdit-a-uber-de-continuer-a-exercer-dans-les-conditions-actuelles.html>.

⁴² Rapport de la Commission transport du 16 juillet 2019 sur les dossiers M 2480-A et M 2571, établi à la suite de la motion 2480 (<http://ge.ch/grandconseil/data/texte/M02571.pdf>).

⁴³ Art. 28 de la loi genevoise du 13 octobre 2016 sur les taxis et les voitures de transport avec chauffeurs (LTVTC), RS-GE H 1 31.

⁴⁴ Cour de justice, chambre administrative, n°ATA/1151 2020, 17 novembre 2020, DAVID RAMSEYER, *Grande victoire du Canton contre Uber. La justice genevoise a donné raison à l'État, qui estimait illégal le statut des chauffeurs VTC de la société californienne. Celle-ci pourrait faire recours*, 1^{er} décembre 2020, disponible sur le lien suivant <https://www.20min.ch/fr/story/grande-victoire-du-canton-contre-uber-882039962013>.

vailleurs. Le canton avait déjà obtenu une victoire similaire à propos d'*Uber Eats*⁴⁵. Depuis le mois de mai 2020, les livreurs de la plateforme sont traités comme des employés qu'*Uber Eats* met à disposition des restaurateurs, et non plus comme des indépendants⁴⁶. Un partenariat avec la société de location de services Chaskis SA, titulaire de l'autorisation d'exercer, a été signé à cet effet.

[18] **Synthèse.** Bien que visant des objectifs de justice distincts et mettant en œuvre des critères différents, les juridictions suisses semblent arriver à un consensus : Les circonstances particulières d'exécution du contrat par la plateforme *Uber* font apparaître un lien de subordination, respectivement un rapport de dépendance, typiques d'un contrat de travail salarié. L'apport du droit des assurances sociales est toutefois intéressant à plus d'un titre. Tout d'abord, la notion de subordination n'apparaît pas en tant que telle dans la qualification ; elle n'est que la résultante d'un des treize critères appliqués. Ensuite, ces treize indices aboutissent à un résultat similaire à celui de l'identification du lien de subordination en droit du travail et lui font en quelque sorte écho. Par ailleurs, le droit des assurances sociales permet d'introduire dans le raisonnement, non seulement l'idée de dépendance, mais aussi l'idée de risque entrepreneurial de manière concrète et détaillée. Autre apport intéressant : Si une personne exerce plusieurs activités, chaque revenu est analysé indépendamment pour voir s'il provient d'une activité indépendante ou d'un emploi salarié. Le caractère prédominant d'une activité n'influe pas sur la qualification de l'autre. Un travailleur peut en effet être à la fois indépendant et salarié, qu'il travaille pour différentes entreprises, voire pour une seule. Il pourra par exemple avoir une activité et une clientèle propre, sans utilisation de la plateforme et se trouver parallèlement salarié de la plateforme *Uber*. Le chiffre d'affaires réalisé en tant qu'indépendant sera affecté à ses propres cotisations sociales, celui en tant que salarié à l'employeur, qui doit les cotisations patronales et salariales. Enfin, la procédure étant publique, la maxime inquisitoire s'applique, ce qui signifie que le fardeau de la preuve ne repose pas sur le chauffeur et que la décision s'applique à l'ensemble des chauffeurs⁴⁷. Cela aboutit à une réelle protection de la partie faible. A ce titre, nous saluons les démarches entreprises par les autorités genevoises dans leur traque du travail au noir, qu'il s'agisse de l'application *Uber* ou *Uber Eats*, qui ne manqueront pas de s'imposer aux autorités des autres cantons lorsque le jugement sera devenu définitif.

2. La notion de subordination appliquée aux plateformes numériques en droit français

[19] **Notion de contrat de travail.** Le Code du travail français ne comprend pas de définition du contrat de travail⁴⁸. La notion même de contrat de travail repose donc sur la jurisprudence, qui le définit comme la convention par laquelle une personne s'engage à travailler pour le compte d'une autre et sous sa subordination, moyennant une rémunération. En France comme en Suisse, la qualification de contrat de travail est indisponible et d'ordre public. L'appréciation des faits par les juges du fond pour caractériser l'existence d'un contrat de travail selon la méthode du faisceau d'indices est souveraine. La Cour de cassation n'exerce son contrôle que sur les conséquences lé-

⁴⁵ Chambre administrative de la Cour de justice du canton de Genève, ATA/535/2020 du 29 mai 2020.

⁴⁶ Pour plus de détails sur l'analyse du lien de subordination par l'autorité étatique cf. SABRINE MAGOGA-SABATIER / ANNE-SYLVE DUPONT, *La couverture sociale des travailleurs des plateformes en Suisse : La voie du milieu ?*, International Social Security Review, 2021-1, à paraître.

⁴⁷ Cf. Art. 12 de la loi fédérale sur la procédure administrative (PA), RS 172.021.

⁴⁸ Cf. Art. L.1221-1 et art. L.1221-2 du Code du travail français.

gales qui leur sont attachées, les juges du fond n'étant tenus ni de s'expliquer sur chacune des pièces produites ni de suivre les parties dans le détail de leur argumentation. Il appartient, en conséquence, au juge d'examiner les conditions de fait et de qualifier la convention conclue entre les parties, sans s'arrêter à la dénomination qu'elles avaient retenue entre elles⁴⁹. Il convient de préciser à ce stade que l'article L.8221-6 du Code du travail français prévoit une présomption d'absence de contrat de travail lorsque l'activité exercée a donné lieu à immatriculation au registre du commerce et des sociétés, au répertoire des métiers, au registre des agents commerciaux ou auprès des URSSAF, ce qui est nécessaire selon la législation en vigueur pour devenir chauffeur VTC⁵⁰. Les autorités entendaient ainsi faciliter les relations d'affaires entre indépendants en sécurisant leur qualification. En cas de doute, contrairement à la Suisse, c'est le statut officiel d'indépendant, et non le contrat de travail qui sera retenu, à moins toutefois que la relation ne soit soumise à un « lien de subordination juridique permanente » (L.8221-6, al. 2). Le fardeau de la preuve de la réalité de la relation salariée repose donc sur les chauffeurs. Ils doivent ainsi établir qu'ils fournissent, directement ou par une personne interposée, des prestations à un donneur d'ordre, dans des conditions qui les placent dans un lien de subordination juridique permanent à l'égard de celui-ci⁵¹. Pourtant, la personne en situation de fragilité économique qui se déclare comme autoentrepreneur afin de remplir les conditions contractuelles exigées par la plateforme ne prend pas librement l'initiative d'entreprendre une activité indépendante. La Cour de cassation admet d'ailleurs que l'existence d'une société-écran, par le biais de laquelle une personne exerce son activité, en tant qu'autoentrepreneur ou dans le cadre d'une société commerciale, est inopérante par rapport au lien de subordination, dès lors que cette personne ne jouit d'aucune autonomie, que son travail est supervisé pour le compte du donneur d'ordre, qu'elle doit se conformer à des instructions permanentes et précises de cette société concernant la fixation des prix, la gestion des stocks, la répartition des invendus et, plus globalement, la stratégie commerciale et que la rémunération s'apparente à un salaire mensuel⁵². Ainsi l'URSSAF, lorsqu'elle a examiné la situation des chauffeurs *Uber*, a constaté que « [l]a structure commerciale ne sert que de structure de facturation en tant que personne morale. Sous couvert d'un montage juridique de façade constitué par une société fictive, les dirigeants de cette société se trouvent bien dans un état de subordination juridique au même titre que les chauffeurs personnes physiques [...] caractérisant l'existence d'un contrat de travail »⁵³. C'est cette analyse que la Cour d'appel de Paris (10 janvier 2019 n° 18/08357 Liaisons soc. 16 janvier 2019, n° 17734) met en évidence lorsqu'elle analyse la réalité économique du rapport de travail.

[20] **Prédominance du lien de subordination.** Selon la jurisprudence française, trois éléments indissociables caractérisent l'existence d'un contrat de travail : l'exercice d'une activité professionnelle, la rémunération et le lien de subordination. Le lien de subordination est l'élément déterminant du contrat de travail, puisqu'il s'agit là du seul critère permettant de le différencier

⁴⁹ Cour de cassation, chambre sociale (Cass. Soc.), n° 88-40.121, 17 avril 1991, Bull. V n° 200.

⁵⁰ SANDRA NUSSBAUM, *Comment devenir chauffeur VTC ?*, 8 mars 2019, www.legalstart.fr, accessible sur le lien suivant : <https://www.legalstart.fr/fiches-pratiques/chauffeur-vtc-transport/devenir-vtc-quelles-autorisations/>.

⁵¹ FRANC MULLER, *De nouveaux droits pour les travailleurs des plateformes en ligne*, 30 avril 2016, www.francmuller-avocat.com accessible sur le lien suivant : <https://www.francmuller-avocat.com/de-nouveaux-droits-pour-les-travailleurs-des-plateformes-en-ligne/>.

⁵² Cass. Soc., n° 01-41.896, 27 mai 2003.

⁵³ TASS Paris, n° 16-03915, 14 décembre 2016, concluant à l'irrégularité de la procédure de contrôle pour non-respect du principe du contradictoire lors des opérations de contrôle.

d'autres contrats comportant l'exécution d'une prestation rémunérée⁵⁴. « La qualité de salarié implique nécessairement l'existence d'un lien juridique de subordination du travailleur à la personne qui l'emploie » et ne « saurait être déterminée par la faiblesse ou la dépendance économique dudit travailleur »⁵⁵. Le lien de subordination est caractérisé par « l'exécution d'un travail sous l'autorité d'un employeur, qui a le pouvoir de donner des ordres et des directives, d'en contrôler l'exécution et de sanctionner les manquements de son subordonné ». Ainsi, peut constituer un indice de subordination le travail au sein d'un service organisé le fait que l'employeur en détermine unilatéralement les conditions d'exécution⁵⁶.

[21] **Jurisprudence de la Cour de cassation.** Le 4 mars 2020, la Cour de cassation a confirmé sa jurisprudence du 28 novembre 2018 sur la relation de travail entre la plateforme *Take Eat Easy* et les coursiers à vélo⁵⁷. Pour mémoire, en 2018, elle avait cassé la décision de la Cour d'appel, considérant que « viole l'article L.8221-6 II du Code du travail, la Cour d'appel qui retient qu'un coursier ne justifie pas d'un contrat de travail le liant à une société utilisant une plateforme web et une application afin de mettre en relation des restaurateurs partenaires, des clients passant commande de repas par le truchement de la plateforme et des livreurs à vélo exerçant sous le statut de travailleur indépendant des livraisons de repas, alors qu'il résulte de ses constatations que l'application était dotée d'un système de géolocalisation permettant le suivi en temps réel par la société de la position du coursier et la comptabilisation du nombre total de kilomètres parcourus par celui-ci, et que la société disposait d'un pouvoir de sanction à l'égard du coursier ». L'utilisation qui était faite en pratique de la géolocalisation amenait à une véritable surveillance des livreurs par un « manager » attribué. Dans l'affaire de 2020, *Uber* a fait l'objet d'une première condamnation par la Cour d'appel de Paris le 10 janvier 2019⁵⁸, pour licenciement abusif, après avoir désactivé l'un de ses chauffeurs sans que les raisons lui en soient notifiées. Le chauffeur avait saisi le Conseil de prud'hommes, invoquant un licenciement sans cause réelle et sérieuse et demandait des rappels de salaire et des indemnités de licenciement, en application de la convention collective nationale des transports routiers et activités auxiliaires du transport. Selon lui, chaque service de transport effectué le plaçait dans un lien de subordination et les 2038 courses réalisées étaient autant de contrats de travail à durée déterminée, qui devaient être requalifiés en un contrat de travail à durée indéterminée. Le Conseil de prud'hommes s'est déclaré incompétent, qualifiant le contrat de partenariat de contrat commercial et renvoyant l'affaire au Tribunal de commerce. Le chauffeur a donc interjeté appel devant la Cour d'appel de Paris et entrepris de renverser la présomption d'absence de contrat de travail.

[22] **Éléments casuistiques de qualification du contrat de travail.** Selon le chauffeur, six éléments parviennent à établir la présence d'un contrat de travail : absence de liberté économique, absence de liberté d'organisation du temps de travail, absence de possibilité de refuser le travail, exercice d'une autorité, d'un contrôle du travail et application de sanctions par *Uber*. La Cour confirme cette analyse et relève qu'une véritable entreprise individuelle indépendante suppose le libre choix de créer ou de reprendre son activité, la maîtrise de l'organisation de ses tâches et

⁵⁴ Cass. Soc., n° 94-13.187, 13 novembre 1996, Bull. V n° 386, Cass. Soc., n° 14-21992, 2 décembre 2015 et Cass. Soc., n° 13-27535, 6 mai 2015.

⁵⁵ Cass. Civ. 6 juillet 1931, arrêt Bardou.

⁵⁶ Cass. Soc., 13 novembre 1996, pourvoi n° 94-13.187, Bull. V n° 386, Cass. Soc., n° 14-21992, 2 décembre 2015 et Cass. Soc., n° 13-27535, 6 mai 2015.

⁵⁷ Cass. Soc., n° 19-13.316, 4 mars 2020.

⁵⁸ CA Paris, pôle 6 – ch. 2, n° 18/08357, 10 janvier 2019.

de sa recherche de clientèle ainsi que de fournisseurs. *Uber* – et non pas l'utilisateur – est bien le donneur d'ordre. Les conditions contractuelles d'*Uber* interdisent au chauffeur de se constituer une clientèle propre. Les tarifs comme l'itinéraire sont notamment fixés par *Uber*, ce qui constitue des directives. Le service de transport s'exécute donc sous l'autorité d'*Uber*, qui exerce un contrôle de l'activité par le biais de la géolocalisation et du système de notation. Enfin, *Uber* a mis en place et applique un système de sanction en cas de taux élevé de refus ou d'annulation d'un service accepté – sanctions qui peuvent être financières, *Uber* se réservant de répercuter le tarif au chauffeur –, ou même aller jusqu'à sa désactivation. Ces éléments constituent un faisceau d'indices convergents suffisant, selon la Cour, pour constituer un lien de subordination et renverser la présomption simple de non-salariat. Sur pourvoi d'*Uber*, la Cour de cassation confirme l'analyse de la Cour d'appel, qui s'intéresse en premier lieu aux conditions d'existence d'une (véritable) entreprise individuelle : « Une condition essentielle de l'entreprise individuelle indépendante est le libre choix que son auteur fait de la créer ou de la reprendre, outre la maîtrise de l'organisation de ses tâches, sa recherche de clientèle et de fournisseurs ». Dans un second temps, la Cour analyse les différents indices révélateurs d'un pouvoir de direction, de contrôle et de sanction et conclut « qu'un faisceau suffisant d'indices se trouve réuni » et que « le contrat de partenariat signé par (le chauffeur) s'analyse en un contrat de travail ». L'argument de la liberté de connexion, donc de choix des horaires de travail, avancé par *Uber*, est un indice de non-subordination, mais n'est en rien exclusif d'un lien de subordination⁵⁹. Au contraire, comme le soutient le chauffeur, l'existence d'une certaine indépendance dans la réalisation de son activité ne doit pas être confondue avec la réelle autonomie dont dispose le travailleur indépendant. C'est donc à bon droit que la Cour a considéré que le statut de travailleur indépendant était fictif.

[23] **Synthèse : l'insécurité juridique générée.** Les systèmes suisse et français sont très similaires dans la définition du contrat de travail comme dans la méthode de qualification et la définition du lien de subordination. Il n'est donc pas inenvisageable que l'un et l'autre puissent mutuellement s'enrichir de leurs méthodologies respectives concernant des affaires identiques. Tous deux imposent une requalification du contrat qui, d'une part, laisse la charge de la mise en œuvre du droit à la partie faible au rapport contractuel et qui, d'autre part, ne résout pas la difficulté de la preuve. Tous deux présentent également la faiblesse que les décisions ne sont pas opposables aux tiers et ne sont valables que pour un état de fait donné. Ainsi, l'action collective n'existant pas en matière prud'homale pour les questions de requalification⁶⁰, une fois qu'un travailleur a obtenu la requalification de son contrat par une décision ayant force de chose jugée, la plateforme peut facilement modifier sa pratique et renouveler ses contrats afin d'échapper à nouveau à la requalification. Ainsi, *Uber* en Suisse a introduit de nouvelles fonctions à sa plateforme permettant à l'utilisateur de sélectionner un chauffeur favori, au chauffeur de choisir un coefficient multiplicateur pour le tarif proposé, et une plus grande transparence sur la destination avant l'acceptation de la course. En France, malgré la jurisprudence de la Cour de cassation, une décision du 4 octobre 2020 concernant la plateforme de livraison à vélo *Tok Tok Tok* refusant la qualification

⁵⁹ Cass. Soc., n°17-20.079, 28 novembre 2018.

⁶⁰ L'action exercée par des organisations syndicales existe en droit du travail, en France comme en Suisse, mais uniquement pour des cas bien spécifiques, cf. pour la Suisse p. ex. : art. 15 al. 2 de la loi fédérale sur l'information et la consultation des travailleurs dans les entreprises du 17 décembre 1993, art. 7 de la loi fédérale sur l'égalité entre femmes et hommes du 24 mars 1995, ou pour la France la loi n°2016-1547 du 18 novembre 2016, dite « Justice XXI » a toutefois ouvert une action de groupe en matière de discrimination. L'action doit alors être exercée soit par une association syndicale, soit par une association agréée depuis plus de 5 années, v. arts. L. 1134-6 à L. 1134-10 du Code français du travail.

de contrat de travail a été rendue⁶¹. *A priori*, les mêmes pratiques et clauses que chez *Uber* ou *Take Eat Easy* étaient présentes : La plateforme fournissait le téléphone et le matériel nécessaire à la prestation du service ; le coursier était libre de ses horaires de connexion à l'application, mais recevait des incitations à travailler à certains moments de la journée ; il s'engageait à ne pas faire de concurrence à la plateforme ; il était susceptible de subir des sanctions telles que la résiliation du contrat ou le blocage de l'application ; il était géolocalisé. Selon la Cour, pourtant, la preuve d'un lien de subordination juridique, par la mise en œuvre des directives ou des sanctions, n'est pas rapportée. De même, le contrôle par le biais de la géolocalisation n'emporte pas seule la conviction des juges et la réalité du pouvoir de notation de la société n'est pas démontrée concrètement. La facturation des prestations par la plateforme et le fait que le coursier n'ait aucune clientèle personnelle n'établissent pas non plus la réalité du lien de subordination. La question peut donc se poser de la prévisibilité des solutions. L'insécurité juridique qui en résulte est d'autant plus grande que l'appréciation des faits, qui repose sur les éléments de preuves apportés par les parties, n'est revue par les juges du droit que dans la limite de l'arbitraire.

B. Amorce d'évolution de la notion de subordination

[24] **Propos introductifs.** En l'absence de définition légale du lien de subordination, le législateur accepte l'indétermination de la matière tombant dans le champ d'application de la loi, sa multiplicité et son caractère disparate. Il en résulte une délégation de la puissance publique au pouvoir judiciaire, à qui une grande latitude de jugement est octroyée dans l'appréciation des faits et de leurs conséquences juridiques. Comme tout concept juridique indéterminé, le lien de subordination est ainsi apte à évoluer, mais cette évolution est porteuse d'insécurité juridique. Toutefois, la définition du lien de subordination évolue peu. La jurisprudence préfère tordre le concept pour le faire rentrer dans le cadre de ses décisions quand cela s'avère nécessaire. Ainsi, JULIEN ICARD utilise l'image des forceps pour décrire la manière qu'a la Cour de cassation de mettre en œuvre les critères traditionnels de la subordination dans les relations contractuelles des plateformes, « comme s'il s'agissait de démontrer leur caractère intemporel »⁶². Face à cette problématique, l'approche est double, certains proposant d'élargir la notion de subordination afin d'inclure une proportion de dépendance économique dans la définition (1), d'autres de créer un nouveau cercle de protection pour les personnes qui par leur dépendance n'entrent ni totalement dans la catégorie des travailleurs indépendants, ni totalement dans celle des travailleurs salariés (2).

1. La prise en compte de la dépendance économique dans les systèmes binaires

[25] **La subordination, élément caractéristique du contrat de travail.** Le lien que les juges cherchent à identifier en droit du travail est la subordination, car c'est l'élément caractéristique du contrat de travail, absent des autres formes de contrats de prestation de service⁶³. Selon le Tribunal fédéral, « [l]e 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 tra-

⁶¹ CA Paris, pôle 6 – ch. 7, n° 18/05471, 8 octobre 2020.

⁶² JULIEN ICARD, *La requalification en salarié d'un travailleur dit indépendant exerçant par le biais d'une plateforme numérique*, Bulletin Joly Travail, n°01, janvier 2019, p. 15.

⁶³ PIERRE TERCIER *et al.*, *op. cit.* note 20, p. 476 ss.

vailleuse dans la dépendance de l'employeur sous l'angle personnel, organisationnel et temporel, et dans une certaine mesure économique »⁶⁴. « En principe, des instructions qui ne se limitent pas à de simples directives générales sur la manière d'exécuter la tâche, mais qui influent sur l'objet et l'organisation du travail et instaurent un droit de contrôle de l'ayant droit, révèlent l'existence d'un contrat de travail plutôt que d'un mandat »⁶⁵. Ainsi le mandataire doit certes suivre les instructions du mandant, mais il agit indépendamment et sous sa seule responsabilité, tandis que le travailleur se trouve au service de l'employeur⁶⁶. Selon la doctrine suisse, la subordination est le fait pour le travailleur de se mettre sous la dépendance de l'employeur sous l'angle personnel, organisationnel et temporel et, dans une certaine mesure, économique⁶⁷. Selon la jurisprudence française, le lien de subordination est caractérisé par l'exécution d'un travail sous l'autorité d'un employeur, qui a le pouvoir de donner des ordres et des directives, d'en contrôler l'exécution et de sanctionner les manquements de son subordonné⁶⁸.

[26] **Une catégorisation difficile du travail indépendant.** À l'opposé, le travail indépendant consiste traditionnellement en la gestion d'une entreprise à son propre compte et à ses risques. Autrement dit, la personne indépendante est celle qui est, en principe, propriétaire de ses instruments de travail et de sa clientèle, et qui met sa force de travail à son propre service ou au service de sa propre entreprise, en supporte les risques tout en en recueillant les profits⁶⁹. En pratique, la distinction s'avère particulièrement délicate lorsque la prestation caractéristique est par nature exécutée de manière autonome. C'est le cas notamment des professions libérales, qui ont vu se développer un exercice sous forme de salariat, mais aussi des travailleurs des plateformes⁷⁰. Dans de telles situations, la personne indépendante, par sa collaboration libre, met à disposition d'un autre entrepreneur son activité personnelle, pendant un temps plus ou moins long, de manière exclusive ou presque, en agissant seule et sans l'aide d'un tiers, tout en demeurant autonome dans l'organisation de son travail, tant d'un point de vue temporel que matériel. Ces collaborateurs libres (« *freie Mitarbeiter* ») ne répondent clairement ni à la définition de travailleur salarié ni à celle d'indépendant. Les caractéristiques de ces deux types d'activité lucrative se retrouvent dans la relation juridique les liant à l'employeur, respectivement au mandant, donneur d'ordre ou maître d'ouvrage⁷¹.

[27] **Propositions de la doctrine pour la prise en compte de la dépendance économique.** Ces définitions sont difficilement transposables aux relations de travail des plateformes, dans lesquelles le travailleur choisit le moment et la durée de son travail et dont le comportement est manipulé par le jeu d'un algorithme qui oscille entre encouragement et sanction tout en distil-

⁶⁴ TF 4A_200/2015 du 3 septembre 2015, consid. 4.2.1.

⁶⁵ TF 4A_592/2016 du 16 mars 2017, consid. 2.

⁶⁶ TF 4P.337/2005 du 21 mars 2006, consid. 3.3.2.

⁶⁷ Cf. notamment GABRIEL AUBERT, *op. cit.* note 16, ch. 1–21, et JEAN-PHILIPPE DUNAND, *op. cit.* note 16, p. 3 ss.

⁶⁸ Cass. Soc., n° 14-21992, 2 décembre 2015 et Cass. Soc., n° 13-27535, 6 mai 2015.

⁶⁹ Office fédéral des assurances sociales (OFAS), Directives sur les cotisations des travailleurs indépendants et des personnes sans activité lucrative dans l'AVS, AI et APG (DIN), § 1005 « Sont en premier lieu considérés comme travailleurs indépendants les (co)-propriétaires d'une entreprise, d'une exploitation ou d'un commerce » et §1014 « Toute raison individuelle inscrite au registre du commerce est présumée être une entreprise à but lucratif dont le titulaire exerce une activité indépendante ». FRAGNIÈRE JEAN-PIERRE, *Dictionnaire suisse de politique sociale, Réalités sociales*, 2^e éd., 2002, p. 173 et LYON-CAEN GÉRARD, *Le droit du travail non salarié*, Sirey, 1990, p. 5 cité par AURÉLIEN WITZIG, *Droit du travail*, Schulthess, 2018, p. 16.

⁷⁰ TF 4P.83/2003 du 9 mars 2003, consid. 3.2.

⁷¹ WOLFGANG HARDER, *op. cit.* note 14, p. 71, 78–79 et 84.

lant les informations utiles à sa décision d'accepter une course ou non⁷². Face à ces difficultés, la pertinence de définition de la notion de subordination a été remise en question car inadaptée aux transformations des relations de travail résultant des pratiques des plateformes numériques⁷³. Ainsi dépendance et subordination sont historiquement liées : « Dès 1932, la dépendance économique retrouva un rôle dans la qualification de contrat de travail. Celui-ci s'est perpétué jusqu'à aujourd'hui. Il est ainsi fréquent que la Cour de cassation note que le travailleur n'avait pas de clientèle propre⁷⁴, qu'il travaillait exclusivement pour le donneur d'ouvrage⁷⁵, que le montant du prix ou du salaire était fixé unilatéralement par la partie forte⁷⁶, ce qui est autant de manières de caractériser ou de prouver une dépendance économique »⁷⁷. Dès les années 2000, des propositions ont été faites pour faire évoluer la notion. Selon ALAIN SUPIOT, l'évolution, tant du travail salarié que du travail indépendant, montre que l'utilisation, comme ligne de démarcation, du critère de la subordination dans son sens juridique est non seulement artificielle, mais aussi désormais obsolète, voire contreproductive, car elle ne permet pas de prendre en compte les multiples facettes des aspects économiques des nouvelles formes de travail. ALAIN SUPIOT met en évidence l'émergence d'une forme « d'allégeance dans l'indépendance » et d'une « autonomie dans la subordination » et suggère qu'il serait plus juste d'utiliser une terminologie commune, celle de travailleur, en référence à « toute personne vivant de son travail »⁷⁸. Selon PAUL-HENRI ANTONMATTEI et JEAN-CHRISTOPHE SCIBERRAS, la problématique pour des travailleurs des plateformes numériques n'est pas tant de remettre en question l'absence de lien de subordination juridique, c'est-à-dire le fait qu'au sens strict ces personnes sont bien organisées de manière indépendante, que de reconnaître les conséquences juridiques de leur dépendance économique⁷⁹. La prise en compte de la dépendance économique est d'ailleurs très tentante, car elle conduit à la protection de la partie faible, qui est l'un des objectifs poursuivis par le droit du travail. L'avocat général près la Cour de cassation, citant ALAIN SUPIOT, conclut ainsi : « la subordination ne saurait constituer un horizon insurpassable et il est vrai que certaines personnes, souvent très diplômées, ne souhaitent pas devenir salariées. Ce qui distingue à mes yeux leur situation de celle des chauffeurs *Uber*, tient à ce que la relation entre ces indépendants et ceux qui font appel à leurs services est beaucoup plus égalitaire. Pour s'en assurer, ce sont souvent les critères de l'indépendance économique qui seront essentiels. C'est en l'espèce tout l'intérêt de la décision des juges

⁷² LUCA PERRIG, *Manufacturing consent in the gig economy*, in : Moore/Woodcock, *Augmented Exploitation : Artificial Intelligence, Automation, and Work*, London : Pluto Press (publication à venir). AURÉLIEN WITZIG, *Droit du travail*, Schulthess, 2018, p. 83-84, et AURÉLIEN WITZIG, *Ressorts méconnus du droit du travail*, Regards croisés sur le droit du travail : Liber amicorum pour Gabriel Aubert, 2015, p. 356-357 qui emploie l'expression « non-contractualisation » pour évoquer les formes d'auto-emploi qui, sous couvert de supprimer le lien de subordination, cherchent à contourner la réglementation du travail.

⁷³ Cf. pour la Suisse, SABRINE MAGOGA-SABATIER, *L'ubérisation du travail, nouvelle forme d'entrepreneuriat ou précarisation : Quelle reconnaissance pour les nouveaux indépendants ?*, Magister, Éditions Weblaw, 2019, ISBN 978-3-906940-94-6, p. 66-67 ; JULIEN BILLARANT, *op. cit.* note 15. Pour la France : SARAH ABDELNOUR/DOMINIQUE MÉDA, *Les nouveaux travailleurs des applis*, PUF coll. La vie des idées, septembre 2019 ; KIERAN VAN DEN BERGH, *Plateformes numériques de mise au travail : mettre en perspective le particularisme français*, *Revue de droit du travail* 2019, p. 101.

⁷⁴ Cass. Soc., n° 97-17.766, 13 janvier 2000, Cass. Soc., n° 08-21817, 20 mai 2010, Cass. Soc., n° 07-45.298, 12 juillet 2010.

⁷⁵ Cass. Soc., n° 04-47.379, 15 mars 2006.

⁷⁶ Cass. Soc., n° 00-44.646, 10 décembre 2002, Cass. Soc., n° 01-43018, 2 juillet 2003, Cass. Civ. 2^e, n° 04-18104, 13 décembre 2005.

⁷⁷ EMMANUEL DOCKÈS, *Notion de contrat de travail*, *Droit social*, Dalloz, 2011, n° 5, 2011, p. 546.

⁷⁸ ALAIN SUPIOT, *Les nouveaux visages de la subordination*, *Droit social*, n° 2, 2000, p. 131-145.

⁷⁹ PAUL-HENRI ANTONMATTEI/JEAN-CHRISTOPHE SCIBERRAS, *op. cit.* note 88, p. 9.

d'appel que de l'avoir souligné »⁸⁰. La liberté si relative du chauffeur de choisir ses horaires de travail ne saurait donc exclure la caractérisation d'un lien de subordination permanente.

[28] **Analyse.** Une telle approche pose la question du pouvoir d'entreprendre et de l'autonomie du travailleur. Confondre subordination et dépendance économique aurait néanmoins pour conséquence d'intégrer dans le champ d'application du droit du travail tous les rapports dits de « sous-traitance intégrée », c'est-à-dire les relations de travail dans lesquelles le sous-traitant est formellement son propre employeur, mais ses conditions de travail sont en fait similaires à celles d'un employé, du fait de la situation de dépendance économique et de la subordination dans laquelle il se trouve vis-à-vis du cocontractant. Le sous-traitant assume indéniablement le risque économique, dès lors qu'il n'a généralement qu'un seul contractant, ou un contractant principal qui génère la majorité de son revenu ; celui-ci dépend de l'activité économique et conjoncturelle du cocontractant, mais il n'a pas la possibilité d'étendre véritablement son activité entrepreneuriale⁸¹. Pour éviter un élargissement excessif de l'application du droit du travail, la dépendance économique doit toutefois être appliquée uniquement en présence d'autres critères de subordination et non pour les remplacer. Autrement dit, les indices de dépendance économique participent à la preuve de la subordination mais ne suffisent pas à identifier le contrat de travail⁸². Ainsi, la seule dépendance économique [résultant du coût de la redevance, qui implique une quantité de travail importante pour procurer au chauffeur une certaine rémunération] ne suffit pas à caractériser le lien de subordination qui ne résulte pas des faits de la cause⁸³. Et la Cour doit pouvoir inclure les critères de l'indépendance économique pour distinguer les véritables indépendants des indépendants fictifs, car la différence « tient à ce que la relation entre ces indépendants et ceux qui font appel à leurs services est beaucoup plus égalitaire [que celle des chauffeurs *Uber*] »⁸⁴. En Suisse, la jurisprudence du Tribunal fédéral considère que « ce dernier critère [la dépendance économique] doit être relativisé, dès lors qu'une dépendance économique peut exister dans d'autres contrats que le contrat de travail d'une part et qu'elle n'existe pas nécessairement dans tous les contrats de travail d'autre part »⁸⁵.

[29] **Notion de subordination temporellement limitée.** La Cour vaudoise aborde un élément plus atypique de la subordination qu'est la subordination temporellement limitée, l'idée étant que la subordination n'existe que pendant le temps de connexion. Ce concept est toutefois en partie contredit par les pratiques incitatives actives de la plateforme en dehors des temps de connexion, amenant le chauffeur à se connecter et la résiliation automatique du contrat en l'absence de connexion pendant une période de 90 jours. La force du lien de subordination a été appréciée dans la décision précitée en fonction du temps réel de connexion du chauffeur. Dans le cas d'espèce, le chauffeur avait utilisé le service de l'application pendant plus de 50 heures par semaine en moyenne, durée pendant laquelle, activement enregistré, il était donc engagé contractuellement à ne pas réaliser de service de transport concurrent. Ce fait en lui-même atteste de la

⁸⁰ Avis oral et écrit du premier avocat général (COURCOL-BOUCHARD CATHERINE) relatif à l'arrêt Cass. Soc. n°374 (n°19-13.316), 4 mars 2020.

⁸¹ ULRIKE MUEHLBERGER/SILVIA PASQUA, *Workers on the Border between Employment and Self-employment, Review of Social Economy*, 2009, 67 (2), 22 juin 2009, p. 201-228.

⁸² Dockès, *op. cit.* note 77.

⁸³ Cass. Soc., n° 98-40.572, 19 décembre 2000.

⁸⁴ CATHERINE COURCOL-BOUCHARD, Avis oral du premier avocat général relatif à l'arrêt Cass. Soc., n° 374 (n°19-13.316), 4 mars 2020.

⁸⁵ TF 4A_592/2016 du 16 mars 2017, consid. 2.

dépendance économique. Dès lors, bien qu'étant en théorie libre de se connecter ou non, cette liberté ne peut être invoquée qu'abusivement. Or pendant toute cette durée, il ne peut refuser des courses de manière libre et éclairée et doit se tenir géographiquement à proximité, si ce n'est à l'intérieur, de son véhicule. En se connectant pendant toute cette durée, le chauffeur a manifesté sa volonté d'être lié par le rapport de subordination qui en résultait. Ainsi prend forme le concept de subordination temporellement limitée avancé par la doctrine⁸⁶. Tout l'intérêt de ce concept est, lorsqu'il est utilisé en lien avec la dépendance économique, d'englober dans le lien de subordination les activités principales et d'exclure les activités accessoires. Ainsi, la subordination temporellement limitée, liée à la dépendance économique, rejoint le critère français du lien de subordination permanente permettant de renverser la preuve de non-salariat.

[30] **Synthèse** : Il est important de prendre en compte la dépendance économique notamment lorsque les autres éléments de la subordination ne sont qu'indirectement prouvés. Cela permet de rendre la notion de subordination plus objective, donc moins sujette à l'aléa de la preuve et de la soumettre au contrôle des juges du droit. Cumulée à la notion temporelle, cela pourrait également faciliter la preuve d'une subordination en présence d'une activité principale et l'exclure en présence d'une activité accessoire. Nous retenons également la proposition du droit suisse des assurances sociales d'objectiver l'analyse en multipliant les critères permettant d'identifier la part de dépendance pertinente relevant de la subordination.

2. La reconnaissance de la dépendance des travailleurs autonomes par la création d'un statut spécifique : les systèmes ternaires

[31] **Remarques liminaires**. Plusieurs pays, dont l'Allemagne, l'Espagne, l'Italie et l'Angleterre se sont dotés, selon des critères plus ou moins variés, d'un troisième statut, dédié aux travailleurs indépendants dépendants économiquement, afin de permettre plus de finesse dans la mise en œuvre du droit du travail⁸⁷. Le point commun de ces systèmes, que nous nommerons « ternaires », est la reconnaissance d'une certaine dépendance dans l'indépendance et la responsabilité sociale qui en découle. Cela évite de se heurter à la subordination au sens étroit des systèmes binaires. Ainsi, la frontière floue des systèmes binaires se trouve remplacée par une zone spécifique. Néanmoins, un système ternaire est plus exigeant dans l'analyse de la situation par le juge, car celui-ci doit exclure l'application non pas d'un, mais de deux statuts. En ce sens, ce sont deux frontières qu'il s'agit de délimiter selon les circonstances du cas d'espèce⁸⁸. Cette étude se concentrera sur le système anglais, dont le point commun avec les systèmes français et suisse est de s'attacher aux circonstances concrètes plutôt qu'aux termes du contrat.

[32] **Classification ternaire des relations de travail selon le système anglais**⁸⁹. En Angleterre, la Cour suprême a désormais tranché la qualification du contrat de la plateforme *Uber* et jugé

⁸⁶ BETTINA KAHIL-WOLFF HUMMER, *Les relations sociales internationales dans l'économie collaborative : renouveler les règles légales en Europe*, in : Kahil-Wolf Hummer/Juge (édit.), *Le droit social numérique*, Stämpfli, 2018, p. 33 et p. 125-168 ; VALTERIO MICHEL, *Droit de l'assurance-vieillesse*, Schulthess, 2011, p. 75.

⁸⁷ SABRINE MAGOGA-SABATIER, *L'ubérisation du travail*, op. cit. note 73, p. 59-66.

⁸⁸ JACQUES BARTHELEMY, *Du droit du travail au droit de l'activité professionnelle*, Les cahiers du DRH, juin 2008, p. 35-36, cité par PAUL-HENRI ANTONMATTEI/JEAN-CHRISTOPHE SCIBERRAS, *Le travailleur économiquement dépendant : quelle protection ? Rapport à M. le Ministre du Travail, des Relations sociales, de la Famille et de la Solidarité*, 2008, www.travail-emploi.gouv.fr, p. 6, accessible sur le lien suivant : <https://travail-emploi.gouv.fr/IMG/pdf/Rapport-Antonmattei-Sciberras-07NOV08.pdf>.

⁸⁹ SABRINE MAGOGA-SABATIER, *L'ubérisation du travail*, op. cit. note 73, p. 43-46.

que les chauffeurs sont des travailleurs, « *workers* », de la filiale britannique, *Uber London Limited* (« ULL »), titulaire du permis d'exploitation de véhicules de location privée pour Londres et non ceux de la société hollandaise signataire des contrats, Uber BV. Il s'agit dès lors d'une décision portant sur un point de droit d'importance publique⁹⁰. Pour bien comprendre le système anglais, il faut brièvement étudier les critères de distinction entre le statut d'employé, celui de travailleur et celui d'indépendant, avant de pouvoir analyser les arguments retenus et leurs conséquences⁹¹. Le statut de salarié relève en droit anglais de deux catégories : les employés (« *employees* ») d'une part et les travailleurs (« *workers* ») d'autre part. L'article 230 chiffre 2 de l'*Employment Rights Act*⁹² qualifie d'employé l'individu (« *individual* ») qui travaille au titre d'un contrat de service. La notion d'employé n'étant pas définie, la *common law* a développé des critères pour distinguer le contrat de service, réservé au statut d'employé, du contrat d'entreprise, typique d'une relation d'indépendant. Ainsi, le contrat de service doit porter sur une prestation de services personnels et l'autre partie ne doit pas être un client. À cette définition vient s'ajouter celle du travailleur, au chiffre 3 de l'article 230 : le travailleur est un individu qui a conclu et travaille au titre d'un contrat de travail ou d'un autre contrat, tacite ou exprès, oral ou écrit. La principale caractéristique du travailleur est la réciprocité des obligations, à savoir celle de fournir un travail pour ce qui est de l'employeur, et celle de mettre son temps à disposition de l'employeur pour ce qui est du travailleur⁹³. Bien que la délimitation précise soit parfois difficile, on peut dire que les deux catégories relèvent du statut de salarié, mais que la notion de travailleur est plus large que celle d'employé, car elle n'est pas limitée à la prestation personnelle de services. Une personne qui n'est pas soumise au statut d'employé pourra donc être qualifiée de travailleur. C'est ce deuxième statut qui a été revendiqué par les chauffeurs *Uber*⁹⁴. Pour appliquer les définitions légales aux cas concrets, la jurisprudence utilise des méthodes permettant de « tester » le statut. Ces méthodes ont évolué dans le temps et varient selon l'autorité ou la juridiction qui effectue le test, ou en fonction de l'intérêt en cause. Il n'y a donc pas de méthode qui s'applique en toutes circonstances ou qui prévale sur une autre. Chaque cas est traité selon ses propres caractéristiques. La doctrine distingue quatre catégories des tests : (i) le contrôle dans la façon dont le travail doit être effectué, le résultat et dans la méthode pour y arriver⁹⁵, (ii) le test du degré d'intégration ou d'organisa-

⁹⁰ Cf. Judgement of the Supreme Court of the United Kingdom, [2021] UKSC 5, *Uber B.V. & Ors vs. Aslam & Ors*, 19 février 2021 sur appel du jugement de la Court of Appeal, n° [2018] EWCA Civ 2748 *Uber B.V. & Ors vs. Aslam & Ors*, 19 décembre 2018, EAT n° UKEAT/0056/17/DA, 10 novembre 2017, Supreme Court n° UKSC 2019/0029.

⁹¹ CHRIS TURNER, *Unlocking employment law*, Londres, Routledge p. 80 ss. (traduction libre).

⁹² www.legislation.gov.uk/ukpga/1996/18/section/230.

⁹³ *Court of Appeal (Civil Division) Pimlico Plumbers Ltd & Anor vs. Smith*, 10 février 2017, cité dans le jugement d'*Uber*. Ce jugement qualifie les plombiers de « *workers* ». Il fait la distinction entre « *employee* » et « *worker* », selon le critère de la réalisation personnelle des services (ch. 84). Le jugement distingue également entre la qualité d'« *independent* » et de « *worker* » (ch. 114).

⁹⁴ EAT, n°UKEAT/0056/17/DA, *Uber B.V. & Ors Aslam & Ors*, 10 novembre 2017, *op. cit.* note 90, ch. 3.

⁹⁵ Le critère est de savoir si l'employeur avait ou non le pouvoir de contrôler la manière d'exécuter l'acte. Il ne suffit pas que la tâche à accomplir soit sous son contrôle, il faut aussi que l'employeur contrôle la méthode pour l'accomplir (traduction libre). Ce test trouve sa limite lorsque l'employé dispose d'une plus grande spécialisation que son employeur, cf. *United Kingdom House of Lords Decisions*, 1947 AC 1, *Mersey Docks and Harbour Board vs. Coggins and Griffith (Liverpool) Ltd* 27 juillet 1946, ch. 7.

tion⁹⁶, (iii) celui de la réalité économique ou du test multiple⁹⁷, et (iv) celui de réciprocité des obligations⁹⁸.

[33] **Apports du statut de *worker*.** La protection sociale des travailleurs est similaire à celle des employés, quoique nettement plus limitée. Il s'agit uniquement de reconnaître la situation de dépendance économique de fait dans laquelle les travailleurs autonomes se trouvent et de conférer aux employeurs la responsabilité qui en résulte. Les droits qui en découlent, mis en place en 1998, sont le droit à un salaire minimum en application de l'article 54 ch. 3 du *National Minimum Wage Act* 1998⁹⁹, la protection contre des horaires excessifs, c'est-à-dire le droit à ne pas travailler plus de 48 heures par semaine, un minimum de congés payés et une protection contre les retenues illégales sur salaire en application de l'article 36 ch. 1 des *Working Time Regulations* 1998¹⁰⁰. Les travailleurs bénéficient aussi de garanties en matière de santé et de sécurité au travail.

[34] **Critère de la réalité économique mis en œuvre par la jurisprudence.** En première instance, les juges de l'*Employment Appeal Tribunal* (« EAT ») ont considéré que réduire *Uber* à une mosaïque de 30000 petites entreprises liées par une plateforme était « à la limite du ridicule », car elles n'avaient aucun pouvoir de négociation et ne pouvaient faire croître leur clientèle. Selon eux, dans le contrat de fourniture de service entre le chauffeur et le passager, le chauffeur entre en relation contractuelle avec une personne qu'il ne connaît pas, pour entreprendre un trajet qui lui est recommandé par un tiers, vers une destination qui ne lui est communiquée qu'au début de l'exécution du trajet, alors qu'il ne peut plus se départir du contrat sans sanction, pour un prix déterminé par et payé à un tiers. Les juges ont ainsi rejeté la qualification choisie par les parties de contrat de services (*Services Agreement*), qualifiée de pure fiction et d'absurdité, sans aucune relation avec la réalité des accords et des relations entre les parties¹⁰¹. Selon les arguments développés par *Uber* et repris devant la Cour d'appel, seule l'échelle à laquelle l'activité est pratiquée serait novatrice et refléterait l'évolution technologique. En ce sens, *Uber* soutient que les juges auraient dû tenir compte de l'existence du contrat entre *Uber B.V.* et les chauffeurs dans leur qualification juridique, en s'appuyant sur la jurisprudence selon laquelle une inégalité de pouvoir de négociation entre les parties ne suffit pas pour que le contrat écrit puisse être ignoré¹⁰². Les juges se seraient reposés à tort sur des indices du contrat de travail ; indices non pertinents, car ils ne sont que la conséquence de la réglementation de la profession. Se référant aux jurisprudences sur l'interprétation correcte de la définition de travailleur, notamment *Autoclenz Limited v Belcher*¹⁰³,

⁹⁶ Ce test est aussi un test de contrôle : l'employeur dit à l'employé ce qu'il doit faire et de quelle manière ; l'employé fait partie de l'organisation du travail plus que comme simple accessoire. Ce test entre en conflit avec la sous-traitance, cf. *Court of Appeal*, [1952] 1 LTR 101, *Stevenson, Jordan Harrison Ltd vs. MacDonald & Evans*.

⁹⁷ Ce test est le plus fréquemment utilisé. Trois conditions doivent être réunies pour reconnaître le statut d'employé : l'employé doit être d'accord de fournir son travail contre un salaire, il doit accepter un certain contrôle de l'employeur dans son travail, les autres aspects du contrat ne viennent pas contredire la nature de la relation. Des critères ont été précisés par la jurisprudence pour vérifier ces conditions. Cf. *High Court of Justice*, [1968] 2 QB 497, *Ready Mixed Concrete Southeast Ltd vs. Minister of Pensions and National Insurance*, 8 décembre 1967.

⁹⁸ Ce test résulte de la mise en œuvre du précédent ; il vérifie si la réalité économique désigne une relation employeur/employé ; cf. *Court of Appeal*, [1984] QB 90, *O'Kelly vs. Trusthouse Forte plc*.

⁹⁹ www.legislation.gov.uk/ukpga/1998/39/section/54.

¹⁰⁰ www.legislation.gov.uk/uksi/1998/1833/regulation/36/made.

¹⁰¹ EAT, n°UKEAT/0056/17/DA, *Uber B.V. & Ors vs. Aslam & Ors*, *op. cit.* note 90, ch. 69, 70 et 87-89.

¹⁰² *Ibid.*, ch. 82-84.

¹⁰³ Cf. *Judgement of the Supreme Court of the United Kingdom*, [2011] UKSC 41, *Autoclenz Limited vs. Belcher and others*, *Trinity Term*, 27 juillet 2011, cité dans *Court of Appeal*, n° [2018] EWCA Civ 2748 *Uber B.V. & Ors vs. Aslam & Ors*, *op. cit.* note 90, ch. 43.

la Cour d'appel confirme le jugement de l'EAT et conclut que c'est à bon droit que les juges, appliquant le test de la réalité économique, ont rejeté la lettre de la documentation contractuelle fournie, pour affirmer qu'il existe bien un contrat, non écrit, par lequel les chauffeurs sont intégrés dans le modèle d'affaires d'Uber et plus précisément d'ULL¹⁰⁴. Selon la Cour, il n'est pas réaliste de considérer Uber comme travaillant « pour » les conducteurs ; la seule interprétation qui fait sens est, pour elle, la relation inverse : Uber gère une entreprise de transport ; les chauffeurs fournissent la main-d'œuvre qualifiée grâce à laquelle Uber fournit ses services et réalise ses bénéfices¹⁰⁵. En conséquence, le statut de travailleur, la législation sur le temps de travail et le salaire minimum doivent s'appliquer. Le temps de travail s'étend sur la période pendant laquelle le chauffeur se trouve sur le territoire qui lui est assigné, avec son application activée, car même si les chauffeurs ne sont pas obligés d'accepter la totalité ou même 80 % des courses, le niveau élevé d'acceptation requis et la pénalité d'être déconnecté si trois demandes consécutives ne sont pas acceptées dans le délai de dix secondes justifient que les chauffeurs en attente de réservation soient à disposition. Le temps d'attente entre les courses est donc aussi du temps de travail. Uber doit apporter la preuve contraire, par exemple si le chauffeur avait une application concurrente activée¹⁰⁶.

[35] **Lien entre dépendance économique, intégration dans l'organisation, subordination et contrôle substantiel dans la qualification du contrat.** Citant sa jurisprudence *Bates van Winkelhof*, du 21 mai 2014 § 39, concernant une avocate associée liée par un contrat d'exclusivité, la Cour Suprême dans son jugement du 19 février 2021 rappelle que si la subordination aide parfois à distinguer les travailleurs des autres formes de travail indépendant, il ne s'agit pas une notion autonome ou d'une caractéristique universelle du statut de travailleur. Selon la Cour, l'intégration dans l'organisation de travail et l'incapacité de vendre ses services à d'autres personnes font naître une dépendance qui peut rendre un individu vulnérable à différentes formes d'exploitation (§ 74). C'est précisément le but poursuivi par le National Minimum Wage Act 1998, définissant le worker, que d'étendre la protection accordée aux employés aux personnes qui, quel que soit leur statut formel, sont obligées de fournir les heures de travail requises. C'est-à-dire des personnes, dont le niveau de dépendance est le même que celle des employés, mais qui jouissent d'une autonomie leur permettant d'être responsables d'eux-mêmes sous certains aspects (§ 65, 68-72). Il existe une corrélation directe entre la subordination ou la dépendance et le contrôle exercé par l'employeur sur les conditions de travail et la rémunération : plus les conditions de travail d'une personne sont contrôlées, plus la dépendance est importante et en conséquence la vulnérabilité économique, sociale et psychologique est grande. Dans ce contexte, la Cour rejette, comme le prétend Uber, que les termes du contrat doivent prévaloir pour définir la qualité de travailleurs. Cela reviendrait à valider les pratiques abusives que la législation a pour but de prévenir (§ 74-77, 82). Ainsi, si la jurisprudence *Autoclenz* vise, dans une approche pragmatique ressemblant à la théorie de la confiance du droit suisse, à analyser, au-delà des termes de l'accord écrit, l'accord réel (§ 78), cette jurisprudence ne saurait aboutir à contourner des dispositions légales impératives. S'agissant du contrôle exercé par la plateforme, la Cour reprend les éléments constatés par les juges dans les instances précédente (§ 94-100) et complète le raisonnement en faisant une comparaison a contrario, comme nous le proposerons dans notre deuxième partie, avec les plateformes de ré-

¹⁰⁴ *Court of Appeal*, n° [2018] EWCA Civ 2748 *Uber B.V. & Ors vs. Aslam & Ors*, *op. cit.* note 90, ch. 71-82, 87, 90-91.

¹⁰⁵ *Ibid.*, ch. 95.

¹⁰⁶ *Ibid.*, ch. 104.

servation d'hôtel en ligne. Selon elle, ces plateformes au contraire d'Uber ne visent pas un produit standardisé, le produit étant la variété d'hôtels, ne fixent pas le prix qui est proposé par chaque fournisseur, les notes sont publiées non comme une sanction mais pour aider le client dans son choix entre différents fournisseurs, enfin la communication entre le client et le fournisseur n'est pas entravée par la plateforme, les deux pouvant tout à fait contracter indépendamment de la plateforme (§ 103-104). Dans le cas d'Uber au contraire, les éléments de la relation mis bout à bout induisent un contrôle strict visant une standardisation du service fourni aux passagers, dans laquelle les chauffeurs sont interchangeables. En conséquence la fidélité des passagers et donc la clientèle profite directement à Uber (§ 101). La Cour relativise également l'importance de ce que nous avons appelé la subordination temporellement limitée. Selon elle, une part importante de la mesure de l'indépendance et de l'autonomie des chauffeurs vient de leur liberté de choisir quand, où et pendant combien de temps ils travaillent. A l'image des travailleurs occasionnels, le contrat de services d'Uber s'applique sur une période de temps étendue, mais ne lie les chauffeurs que pendant les périodes de connexion. La Cour ne voit cependant pas de raison que l'absence de statut légal en dehors des périodes de travail ait une conséquence sur la qualification du statut pendant le temps de travail (§ 91). Selon elle, le fait que les chauffeurs puissent refuser de travailler n'est pas un élément substantiel du moment qu'ils ont une obligation générale de fournir un travail. Or, lorsqu'ils sont connectés, même s'ils n'ont pas l'obligation d'accepter chaque course, l'obligation de travail est bien présente car ils peuvent être sanctionnés si le taux de refus est trop élevé (§ 126-127). La Cour confirme également la décision d'instance précédente en précisant que le temps de connexion, et pas seulement le temps de trajet des courses, doit être considéré comme du temps de travail s'il résulte de la situation de concurrence des différents opérateurs présents sur le marché que le chauffeur n'a pas la possibilité d'être connecté sur plusieurs plateformes en même temps. La Cour suprême avait déjà tranché une question similaire en juin 2018 dans l'affaire *Pimlico Plumbers*¹⁰⁷. Selon cette jurisprudence, les entreprises souhaitent présenter leurs agents au public comme faisant partie d'elles-mêmes, et pour cela exercent sur eux un contrôle substantiel, tout en organisant leur indépendance dans des contrats savamment orchestrés¹⁰⁸. Lorsque le contrôle aboutit à ce que le caractère *intuitu personae* de la personne qui effectue le travail soit plus importante que le travail en lui-même et lorsqu'il s'exerce d'une manière si étroite que l'entreprise ne doit pas être considérée comme un client, mais bien comme un employeur, alors le travailleur doit être qualifié de *worker*.

[36] **Application au droit français et au droit suisse.** Le législateur français a ébauché un régime spécifique des travailleurs des plateformes numériques avec la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 introduisant, dans la septième partie du Code du travail, livre troisième, un titre IV concernant les « travailleurs utilisant une plateforme de mise en relation par voie électronique ». Ne sont concernés par ce régime que les « travailleurs indépendants » (article L.7341-1 du Code du travail) et uniquement « lorsque la plateforme détermine les caractéristiques de la prestation de service fournie ou du bien vendu et fixe son prix » (article L.7341-2 du Code du travail). Ainsi, à l'image de la solution anglaise, une protection est accordée aux situations de dépendance dans l'indépendance, en l'absence de subordination permanente ou lorsque la preuve échoue. Néanmoins, contrairement à la solution anglaise, il s'agit d'un statut d'indépendant « amélioré » et non

¹⁰⁷ Judgement of the Supreme Court of the United Kingdom, [2018] UKSC 29, *Pimlico Plumbers Ltd & Anor vs. Smith*, 13 juin 2018, ch. 47 et 48.

¹⁰⁸ *Ibid.*, ch. 16, 47-48.

pas d'un statut de travailleur « allégé ». La Suisse réfléchit également à la création d'un tel statut. L'association Avenir Suisse¹⁰⁹ a fait des propositions dans ce sens et certains conseillers nationaux ont déposé des postulats afin que la question de la création d'un statut hybride soit étudiée par le Conseil fédéral¹¹⁰.

[37] **Conclusion intermédiaire.** La création d'un statut spécifique permet incontestablement de couvrir la notion de dépendance économique du travailleur sans l'assimiler au contrat de travail, ce qui est impossible dans les systèmes binaires. Il n'est pas certain, cependant, qu'un statut supplémentaire augmente la protection des personnes ainsi qu'un objectif de prévisibilité des solutions et de sécurité juridique, car la qualification repose tout autant sur l'appréciation des circonstances et des éléments de preuve. Ainsi, en mai 2018, des coursiers à vélo anglais ont réussi à obtenir devant l'EAT le statut de *worker*¹¹¹. En revanche, en novembre 2018, les coursiers *Deliveroo* se sont vu refuser ce statut en l'absence de sanctions exercées sur les livreurs, qui n'avaient pas l'obligation d'exécuter personnellement la tâche et pouvaient donc se substituer une autre personne en cas d'empêchement¹¹². Le *Central Arbitration Committee* a pourtant aussi appliqué la jurisprudence *Autoclenz Limited v Belcher* permettant de s'éloigner des termes du contrat au profit de la réalité des relations entre les parties. Finalement, le plus grand risque d'un tel statut est qu'il aboutisse, dans les faits, à baisser la protection sociale des travailleurs s'il est utilisé intensément par les entreprises comme moyen d'externalisation du travail. Les propositions que nous ferons dans la partie suivante viseront donc à objectiver la qualification à retenir, afin de réduire l'insécurité juridique résultant des incertitudes quant à la détermination de la correcte catégorie tout en réduisant l'effet de sous-enchère sociale d'une nouvelle catégorie.

II. Propositions d'élargissement du faisceau d'indices convergents vers la subordination

[38] **Annonce de plan.** Comme nous venons de le voir, si la jurisprudence veut englober les travailleurs de plateformes lorsqu'ils sont des indépendants fictifs, elle doit pouvoir prendre en compte l'existence d'une dépendance économique du co-contractant. Toutefois, ce critère n'est pas à lui seul révélateur d'une relation salariée. Notre propos ici sera de montrer de nouveaux révélateurs typiques des plateformes numériques, afin de donner aux juges prud'homaux saisis de la qualification de possibles indices révélateurs du lien de subordination. L'analyse est un peu atypique, dans la mesure où les jurisprudences commerciales sont rarement analysées par les juristes en droit du travail. Nous poursuivons l'idée que, sous couvert des nouvelles formes

¹⁰⁹ Fondée en 1999 par quatorze des plus grandes multinationales helvétiques, Avenir Suisse, fondation à but non lucratif au capital de 50 millions de francs suisses, est un *think tank* qui développe des idées pour le futur du pays.

¹¹⁰ Cf. par exemple PETER GRÜNENFELDER/URS STEINER, *Plus de digitalisation, moins de lutte des classes*, 14 mai 2018, accessible sur le lien suivant : <https://www.avenir-suisse.ch/fr/plus-de-digitalisation-moins-de-lutte-des-classes/> et Axel Doffey, *La sécurité sociale 4.0*, 29 mars 2018, accessible sur le lien suivant <https://www.avenir-suisse.ch/fr/la-securite-sociale-4-0/>. Postulat 17.4087 « société numérique. Etudier la création d'un nouveau statut de travailleur » déposé auprès du Conseil national le 13 décembre 2017 par le Groupe Libéral Radical, adopté par le parlement le 19 septembre 2018 et un rapport sur des mesures de flexibilisation des assurances sociales de l'OFAS en collaboration avec le secrétariat à l'économie, l'office de la justice et l'administration fédérale des contributions est attendu depuis fin 2019.

¹¹¹ EAT, [2018] UKEAT 0289/17/LA, *Addison Lee Ltd vs. Gascoigne*, 11 Mai 2018 et EAT, [2018] UKEAT 0037/18/BA, *Addison Lee Ltd vs. Lange & Ors*, 14 novembre 2018.

¹¹² *Central Arbitration Committee Independent workers' Union of Great Britain vs. Rooffoods Ltd*, 14 novembre 2017.

d'auto-emploi, donc échappant à la notion de subordination, les plateformes numériques externalisent aujourd'hui leur main d'œuvre, tout comme les entreprises ont désintégré leur organisation verticale en externalisant leur distribution dans les années 70. Le rapport de travail est en quelque sorte « non contractualisé »¹¹³ au profit d'une relation encadrée par des impératifs marketing. Si cette relation se double d'une dépendance économique du co-contractant, elle doit entraîner une responsabilité sociale du donneur d'ordre, faute de quoi la concurrence entre le secteur numérique et la même activité exercée de manière traditionnelle serait faussée au prix de la protection sociale du co-contractant. La subordination est bien présente, mais sous des formes inédites, que sont l'influence décisive dans la prestation du service (A) ou l'intégration dans le modèle commercial (B).

A. La question de l'influence décisive de la plateforme numérique sur le service

[39] **Propos liminaires**¹¹⁴. La jurisprudence européenne concernant *Uber* n'est pas nouvelle¹¹⁵. Notre exercice consiste dans cette partie à la mettre en perspective avec la jurisprudence plus récente *Airbnb*¹¹⁶, afin d'adopter un regard différent sur la façon d'appréhender les relations de travail des plateformes numériques. En effet, dans les deux affaires, les réponses aux questions préjudicielles posées à la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) ont nécessité une analyse de la nature de l'activité des plateformes afin de déterminer si elles pouvaient bénéficier de la libéralisation des services de l'information que souhaite favoriser l'Union européenne¹¹⁷. Et dans les deux affaires, la Cour a abouti à une conclusion différente au terme de son analyse, aboutissant à tracer une sorte de ligne de démarcation entre le statut d'indépendant et celui de travailleur dans le cadre d'un contrat de travail que nous identifierons. Afin de ne pas alourdir le raisonnement d'informations juridiques inutiles, nous renvoyons aux décisions, par ailleurs largement commentées par la doctrine, concernant le contexte légal.

1. Problématique juridique

[40] **Problématique de l'affaire *Uber***. Conformément à la technique juridique, chère au droit européen, des définitions autonomes, quatre conditions doivent être réunies pour qu'un service

¹¹³ AURÉLIEN WITZIG, *Ressorts méconnus du droit du travail*, Regards croisés sur le droit du travail : Liber amicorum pour Gabriel Aubert, *op. cit.* note 72, p. 356-357.

¹¹⁴ Les propos de cette partie sont tirés d'un article à paraître, soumis et accepté au Congrès de Lisbonne de la Société Internationale de Droit du Travail et de la Sécurité Sociale, MAGOGA-SABATIER SABRINE, *Entre influence décisive et intégration dans l'organisation : Une nouvelle génération de subordination pour le travailleur de plateforme ?*

¹¹⁵ CJUE, affaire C-434/15, Asociación Profesional Elite Taxi contre Uber Systems Spain SL (arrêt *Uber*), 20 décembre 2017.

¹¹⁶ Cf. arrêt *Uber* précité (note 115) et CJUE, affaire C-390/18 Airbnb Ireland UC contre Hôtelière Turenne SAS et Association pour un hébergement et un tourisme professionnel (AHTOP) et Valhotel (arrêt *Airbnb*), 19 décembre 2019. Les décisions CJUE affaire C-320/16, Uber France SAS (arrêt *Uber France SAS*) du 10 avril 2018, et CJUE, affaire C-390/18 YA ne sont pas analysés, car la CJUE renvoie à sa conclusion rendue dans l'affaire C-434/15.

¹¹⁷ Les innovations des opérateurs économiques désireux d'accroître leur compétitivité doivent être favorisées car, en permettant de répondre à toute demande par une offre appropriée, elles jouent un rôle important dans le développement d'un marché sans frontières (cf. arrêt *Airbnb*, conclusions de l'avocat général, ch. 61-62).

puisse être qualifié de service de la société de l'information au sens de la directive 2000/31¹¹⁸ (dite « directive sur le commerce électronique ») : le service doit être presté contre rémunération, à distance, par voie électronique et à la demande individuelle d'un destinataire¹¹⁹. Afin de pouvoir répondre à la question préjudicielle posée dans l'affaire *Uber*, la problématique préalable consistait à déterminer si une telle qualification de service de la société de l'informatique pouvait être caractérisée. *Uber* est un service de transport urbain non collectif, accessible par sa plateforme informatique. Le service d'*Uber* répond donc *a priori* à ces quatre conditions ; toutefois, il n'est pas entièrement fourni par l'utilisation du dispositif électronique. Il s'agit en ce sens d'un service mixte. La Cour a donc dû se prononcer sur la nature des services fournis par *Uber* afin de déterminer si le principe de libre prestation des services applicable aux services de la société de l'information l'emportait ou si l'État membre pouvait imposer des exigences concernant l'exercice de l'activité, et en sanctionner le non-respect sans se conformer à la procédure d'information prévue par l'article 8 de la directive 98/34/CE¹²⁰. L'innovation de la plateforme *Uber* repose certes sur des innovations technologiques telles que la géolocalisation et l'utilisation du smartphone, mais elle ne se limite pas à cela ; elle touche l'organisation du transport lui-même, à la différence d'une simple centrale de réservation de taxi. En cela, la prestation de transport est la principale prestation et lui confère son sens économique. La phase de mise en relation n'a qu'un caractère préparatoire accessoire, donc l'activité doit être qualifiée de prestation de transport¹²¹. Deux critères ont été prépondérants dans l'analyse pour arriver à cette conclusion : premièrement, le service d'intermédiation a créé une offre de services dont le contenu est matériel à savoir le transport urbain, accessible par des outils informatiques ; deuxièmement, *Uber* influence de manière décisive les conditions de la prestation de service des chauffeurs dans une mesure telle que le service d'intermédiation lui est indissociablement lié et qu'on peut considérer que cette prestation est effectuée par *Uber*. Ainsi, le caractère principal de l'activité de transport est transféré vers *Uber*¹²².

[41] **Problématique d'*Airbnb***. Dans l'affaire *Airbnb* la question se posait de savoir si les services proposés par *Airbnb* caractérisaient une activité d'agent immobilier ou si la plateforme se limitait à une simple mise en relation, auquel cas son activité devait être qualifiée de service de la société de l'information au sens des directives 2000/31 précitée et 2015/1535 du Parlement européen et du Conseil du 9 septembre 2015, qui prévoient une procédure d'information dans le domaine des réglementations techniques et des règles relatives aux services de la société de l'information. En ce sens, la problématique était identique à celle de l'affaire *Uber* : il s'agissait également d'un service mixte. Cependant, à la différence d'*Uber*, le marché de l'hébergement de courte durée existait avant la création de la plateforme. Différents moteurs de recherche, agences et sites Internet répertoriaient les biens en location et les annonces. En ce sens, *Airbnb* n'a pas créé une offre nouvelle. Le service du référencement est donc dissociable du service de location. En ce sens, le

¹¹⁸ Directive 2000/31 du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur.

¹¹⁹ Cf. Art. 2 let. a) directive 2000/31 qui renvoie à l'art. 1 point 2 de la directive 98/34 tel que modifié par l'art. 1 point 2, a), 2. de la directive 98/48/CE définissant la notion de « service » comme : « tout service de la société de l'information, c'est-à-dire tout service presté normalement contre rémunération, à distance par voie électronique et à la demande individuelle d'un destinataire de services ». Arrêt *Uber*, conclusions de l'avocat général, ch. 26.

¹²⁰ Directive 98/34/CE du Parlement européen et du Conseil, 22 juin 1998.

¹²¹ Arrêt *Uber*, ch. 63-64.

¹²² Arrêt *Uber*, ch. 40.

premier des deux critères n'est pas rempli. La Cour a donc dû déterminer si les deux critères présents dans la jurisprudence *Uber* pour faire basculer la nature de l'activité d'intermédiaire vers celle du service principal devaient s'entendre comme étant cumulatifs. Selon la Cour, le critère de la création d'une offre de services dont le contenu est matériel n'est pas décisif, faute de quoi les opérateurs économiques traditionnels seraient exclus du champ d'application de la libre prestation des services même s'ils procèdent à des innovations technologiques. Ce critère pourrait conduire une société de l'information à bénéficier d'un avantage concurrentiel par rapport aux acteurs traditionnels, qui eux ne bénéficient pas de la libéralisation et des principes européens tels que la libre circulation, uniquement parce que les services ne seraient pas fournis par voie électronique¹²³. La Cour précise donc que la nouveauté de l'offre ne doit être qu'un indice. C'est le deuxième critère, celui de l'influence décisive sur les conditions de la prestation de service par le contrôle du prestataire et des conditions de la prestation qui décide de la qualification finale des services mixtes¹²⁴. La question était donc de savoir si l'innovation technologique de la plateforme influence la prestation d'hébergement au point d'être absorbée par celle-ci¹²⁵.

2. Analyse de la nature de l'activité des plateformes par la CJUE

[42] **Uber : Influence décisive sur le service et dépendance économique.** Selon l'avocat général près la Cour de justice de l'Union européenne, « *Uber* exerce un contrôle sur tous les aspects pertinents d'un service de transport urbain : sur le prix [...] sur les conditions minimales de sécurité [...] sur l'accessibilité de l'offre de transport par l'incitation des chauffeurs à exercer aux moments et aux endroits de grande demande, sur le comportement des chauffeurs au moyen du système d'évaluation et, enfin, sur la possibilité d'éviction de la plateforme. [...] *Uber* contrôle donc les facteurs économiquement pertinents du service de transport offert dans le cadre de sa plateforme »¹²⁶. L'avis de l'avocat général ne vise évidemment qu'à éclairer la Cour sur certains enjeux liés aux solutions juridiques qu'elle retiendra, et la Cour n'est nullement tenue de le suivre, ni même de lui répondre. Il se trouve qu'en l'occurrence la Cour de Justice a confirmé la pertinence du raisonnement de l'avocat général sur ce point. Selon la Cour, en plus de fournir un service d'intermédiation, on peut affirmer qu'*Uber* crée une offre de services de transports urbains, rendue accessible par des moyens informatiques dont elle organise le fonctionnement en faveur des personnes souhaitant effectuer les déplacements. Il s'agit là de services matériels. De plus, *Uber* influence de manière décisive les conditions de la prestation des chauffeurs, jusqu'à les supplanter, en contrôlant le prix de la course, la qualité des véhicules et des chauffeurs ou en collectant le montant facturé. Selon ces deux critères, l'intervention de la plateforme est donc décisive au point que la prestation de service de la société de l'information n'est plus dissociable des services matériels¹²⁷. Or l'influence décisive de l'activité de la plateforme *Uber* est telle que, selon l'avocat général, d'un point de vue économique, les chauffeurs ne sont pas en mesure de poursuivre une activité indépendante, ce qui exclut qu'*Uber* puisse être considérée comme un simple intermédiaire. La dépendance des chauffeurs est même, selon lui, plus importante que celle des

¹²³ Arrêt *Airbnb*, conclusion de l'avocat général, M. MACIEJ SZPUNAR, ch. 65.

¹²⁴ Arrêt *Airbnb*, conclusion de l'avocat général ch. 64–68.

¹²⁵ Arrêt *Airbnb* ch. 44–50.

¹²⁶ Arrêt *Uber*, conclusions de l'avocat général, M. MACIEJ SZPUNAR, 11 mai 2017, ch. 51

¹²⁷ Arrêt *Uber*, ch. 38.

taxis à l'égard des centrales : « Le caractère innovant de la plateforme *Uber* repose en grande partie sur l'utilisation des nouvelles technologies, telles que la géolocalisation et les smartphones, pour organiser le transport urbain. Mais cette innovation ne se limite pas à cela, elle touche également l'organisation du transport lui-même, sans laquelle *Uber* serait une simple application de réservation de taxis »¹²⁸.

[43] ***Airbnb* : Absence d'influence décisive sur le contenu du service et de dépendance économique et organisationnelle.** Comme pour *Uber*, prestataire de service et client concluent tous deux des contrats avec la plateforme pour son utilisation. Un second contrat est ensuite passé pour le paiement en ligne. Dans le schéma d'*Airbnb*, le loueur fait lui-même la démarche de mettre en ligne l'annonce, *Airbnb* fournit à l'internaute une liste des biens correspondants aux critères de recherche, puis celui-ci fait une requête individuelle auprès du loueur et, enfin, un contrat est conclu entre le loueur et l'internaute-locataire. Selon la CJUE, la réalisation de la prestation d'hébergement se fait, non de manière immédiate, mais sur la base d'une liste structurée correspondant aux critères définis par le locataire. C'est la création de cette liste, en lien avec la localisation et la comparaison des offres, qui constitue la caractéristique essentielle de la plateforme *Airbnb*. Ce service n'est aucunement indispensable à la réalisation des prestations d'hébergement, du fait des autres canaux de mise en relation disponibles. L'activité de la plateforme est donc un service innovant fondé sur les particularités d'une activité commerciale de la société de l'information. Par ailleurs, la Cour constate que la fixation du prix relève de la seule responsabilité du loueur. La plateforme n'a qu'un rôle de proposition d'une estimation basée sur les moyennes des prix pratiqués répertoriés dans sa base de données¹²⁹. Elle influence certainement le prix, mais la logique de l'offre et de la demande est prépondérante, car les loueurs, contrairement aux chauffeurs *Uber*, ne sont pas « découragés » par le logiciel de fixer leur prix. Concernant la collecte du montant de la course par la plateforme, qui fut jugée chez *Uber* comme un élément indiquant qu'il ne s'agissait pas d'un service de la société de l'information, une évolution a été amorcée. Dans l'analyse de l'activité de *Airbnb*, l'avocat général considère qu'il s'agit d'une caractéristique de la grande majorité des sociétés de l'information. Ce critère n'est donc pas pertinent en lui-même. Enfin, la notation des loueurs et des locataires, voire la suspension temporaire de l'annonce, ne sont pas déterminantes chez *Airbnb*, contrairement à *Uber*, car elle se font par rapport à des critères que les loueurs choisissent eux-mêmes. Concernant les conditions de location et d'annulation, *Airbnb* ne fait que prédéfinir des options qu'il revient au loueur de sélectionner ou non de manière délibérée¹³⁰. Le système de notation des loueurs et des locataires, le service de photographie ou le canevas permettant au loueur de définir son offre sont caractéristiques de la « logique collaborative » inhérente aux plateformes d'intermédiation. La perception du montant des loyers et leur redistribution, après prélèvement de la commission liée à l'utilisation du service, doivent être considérées comme un instrument de sécurisation des transactions. Elles ne sauraient modifier la qualification juridique du service. Il en va de même de l'assurance responsabilité civile optionnelle et de la garantie des dommages aux loueurs par *Airbnb*¹³¹. Ces services proposés par *Airbnb* sont facultatifs et ont un caractère accessoire par rapport à l'activité principale d'intermédiaire. Leur contenu matériel ne dénature pas l'activité principale, car celle-ci

¹²⁸ Arrêt *Uber*, conclusions de l'avocat général, ch. 64.

¹²⁹ Arrêt *Airbnb*, ch. 53–57.

¹³⁰ Arrêt *Airbnb*, conclusion de l'avocat général ch. 69–79.

¹³¹ Arrêt *Airbnb* ch. 58–63.

présente un intérêt économique autonome. Le critère prépondérant dans la jurisprudence *Uber*, à savoir l'influence décisive exercée par la plateforme sur les conditions de la prestation matérielle, n'est présent chez *Airbnb ni* dans la fixation du prix ni dans la sélection des loueurs ou des logements. Les loueurs qui utilisent la plateforme conservent leur indépendance économique, car ils peuvent bénéficier des activités d'intermédiation traditionnelles ou de plateformes de référencement. Les services mis en place pour définir l'offre n'exercent pas un contrôle de l'activité analogue à une gestion des ressources humaines par les nouvelles technologies ; tout rapport de subordination est donc exclu. Partant de là, la Cour constate qu'il s'agit bien de services de la société de l'information.

[44] **Notion d'influence décisive et subordination.** Bien qu'il refuse de se prononcer sur le statut des chauffeurs, sous-traitants ou salariés, ce point n'étant pas en cause, l'avocat général précise que le contrôle indirect exercé par *Uber*, basé sur des incitations financières et une évaluation décentralisée par les passagers, permet un management tout aussi efficace, sinon plus, que celui basé sur des ordres formels donnés par un employeur à ses employés et le contrôle de leur exécution. Il s'agit d'un rapport de subordination, même s'il n'obéit pas au sens hiérarchique classique¹³². Un lien peut donc être établi entre l'influence décisive d'*Uber* sur le service et un possible rapport de subordination. Il résulte de l'application des nouvelles technologies comme outil de gestion des ressources humaines. Ce sujet fait d'ailleurs l'objet d'études détaillées du point de vue anthropologique¹³³.

[45] **Notion d'influence décisive et intermédiation.** La différence essentielle qui amène la Cour à une conclusion opposée dans les deux affaires tient, selon nous, à la force ou à la faiblesse du rapport d'intermédiation. Le point commun de toutes les plateformes numériques est d'impliquer trois parties : le consommateur, utilisateur des services ; le fournisseur, prestataire de service ; et la plateforme, intermédiaire de mise en relation, qui peut obtenir une commission sur la transaction. Or, par nature, l'intervention d'un tiers distend le lien entre le prestataire de service et ses destinataires. Pourtant, parallèlement, plus il est présent et plus il fragilise la position indépendante attribuée au prestataire¹³⁴. La question est donc de savoir si, lorsqu'elle met en œuvre son service numérique, la plateforme reste un intermédiaire à la transaction, une simple technologie à la disposition du prestataire et du client ou si, par sa puissance, elle joue un rôle de premier plan, développant sa propre clientèle et utilisant son parc de prestataires pour asseoir ses parts de marché, car elle devient débitrice de la prestation et donc employeur du contractant. En conséquence, lorsque la plateforme est au premier plan, à tel point que la nature de son activité en devient mixte, voire qu'elle peut être qualifiée elle-même de prestataire, la relation d'indépendance créée avec le prestataire s'effrite, pour laisser apparaître les différents critères qui fondent une relation de travail subordonnée. Au contraire, plus le lien entre client et prestataire est étroit, plus le statut d'indépendant s'impose. Le raisonnement est ici très proche de celui appliqué par la Cour suprême anglaise dans l'affaire *Pimlico Plumbers Ltd*¹³⁵.

¹³² Arrêt *Uber*, conclusions de l'avocat général ch. 51, 52 et 54, auxquelles il renvoie également dans ses conclusions dans l'affaire C-320/16.

¹³³ Cf. LUCA PERRIG, *op.cit.* note 72.

¹³⁴ GABRIELA RIEMER-KAFKA, « *Plattformarbeit oder andere Formen der Zusammenarbeit : Sind die Abgrenzungskriterien für selbständige oder für unselbständige Erwerbstätigkeit noch tauglich ?* », Revue suisse des assurances sociales et de la prévoyance professionnelle (SZS), 2018, p. 587-590.

¹³⁵ Cf. *op. cit* note 107.

[46] **Synthèse.** S'extrayant des analyses nationales pour adopter son propre cadre normatif à travers l'interprétation des textes européens, l'apport de la CJUE est de procéder à une appréciation plus globale du service fourni et des rôles économiques de chacun. En évaluant l'intégration du prestataire dans un service global et en étudiant l'influence décisive dans l'organisation du service, elle teste le poids de la relation d'intermédiation dans la relation avec le client et permet d'attribuer la clientèle à celui qui détient la part prépondérante. Une telle approche en droit du travail permettrait, en imposant une responsabilité sociale à l'entreprise qui contrôle la prestation de bout en bout, de limiter l'intérêt pour la plateforme de multiplier les contractants dans le seul but d'augmenter l'offre pour faire pression sur le tarif au détriment de la concurrence avec les secteurs traditionnels. Ainsi, si l'on suit ce raisonnement, les indices relevés par les juridictions vaudoises (fixation du prix, choix du chauffeur favori, informations sur la destination) qu'*Uber* a modifiés dans ses contrats après sa condamnation afin d'échapper au statut d'employeur, passent au second plan. Ces altérations contractuelles restent superficielles et ne modifient pas le schéma d'affaire de la plateforme.

B. La question de l'intégration du travailleur dans l'activité de l'entreprise de franchise

[47] **Légalité de l'organisation d'entreprise en réseau.** L'externalisation du travail a été précédée, dès les années 70 en France et aux États-Unis, par l'externalisation de la distribution au moyen des réseaux de distribution, dont la franchise est l'archétype¹³⁶. Quelles que soient leur nature et leurs spécificités, les contrats de distribution en réseau sont caractérisés par la mise à disposition de moyens marketing et d'un savoir-faire, souvent accompagnés d'une exclusivité territoriale et d'une puissance d'achat par le franchiseur, pour apporter une clientèle à un franchisé indépendant qui la développera localement. Le franchisé, qui bénéficie d'un soutien technique et commercial, s'engage, en contrepartie, à se soumettre à des normes, à des techniques commerciales, voire une politique tarifaire dictée par le franchiseur qui en assure le contrôle¹³⁷. Ce système, avec le rapport d'indépendance contrôlée qu'il institue, a été validé par les législateurs des différents pays européens. Il fait souvent l'objet d'une réglementation propre, qui vise tout autant à protéger la partie faible qu'à assurer une bonne régulation de la concurrence¹³⁸. Pourtant, en Suisse, la validation du contrat de franchise ne résulte pas d'une loi, mais de la jurisprudence. La notion de subordination a été utilisée de manière plutôt atypique en droit commercial suisse, dans le cadre de la requalification du contrat de franchise. Le droit du travail y est alors appliqué au franchisé par analogie¹³⁹.

¹³⁶ PIERRE VERGE, *Les instruments d'une recomposition du droit du travail : de l'entreprise-réseau au pluralisme juridique*, Les Cahiers de droit, vol. 52, n° 2, 2011, p. 141-143.

¹³⁷ Fédération française de la franchise, *Histoire et évolution de la franchise* accessible sur le lien suivant *Histoire et évolution de la franchise*, www.franchise-fff.com.

¹³⁸ Cf. notamment Règlement (UE) n° 330/2010 de la Commission concernant l'application de l'art. 10 § 3 du TFUE à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées, ou à l'art. L.330-3 du code de commerce français (loi Doubin) régissant le devoir d'information précontractuelle.

¹³⁹ SABRINE MAGOGA-SABATIER, *L'ubérisation du travail*, *op. cit.* note 73, p. 54-56.

1. Analyse de la jurisprudence sur la franchise de subordination

[48] **Qualification du contrat de franchise par la jurisprudence suisse.** En Suisse, le Tribunal fédéral a validé la distribution en franchise selon un raisonnement tout à fait intéressant. Les critères mis en œuvre sont liés à l'influence décisive de la plateforme dans la prestation de service. La jurisprudence distingue donc deux types de franchise : la franchise de partenariat, qu'il convient de valider comme contrat *sui generis*, et la franchise de subordination, dans laquelle il convient d'apporter une certaine protection au travailleur.

[49] **Franchise de partenariat.** Le Tribunal examine l'ampleur de l'indépendance du franchisé selon trois critères : (1) L'indépendance juridique dans la conclusion des contrats : le franchisé doit pouvoir gérer son entreprise de manière juridiquement indépendante. Il facture en son nom propre et pour son propre compte, certes sous l'enseigne d'un tiers. (2) Une indépendance accrue pour les gains : le franchisé doit certes payer une redevance, en fonction du chiffre d'affaires, mais les bénéfices doivent lui rester entièrement acquis. (3) Une indépendance certaine dans la gestion de l'entreprise : si le franchisé reçoit des instructions sur la manière d'apparaître, sur le contenu et la qualité des produits ou services à offrir, il ne doit en recevoir aucune sur la manière de gérer son entreprise. Il doit rester libre de gérer son affaire, dans ses propres locaux, d'organiser son travail et de choisir ses employés¹⁴⁰.

[50] **Franchise de subordination.** La franchise de subordination est caractérisée par une reprise fidèle du système de stratégie de marketing, de distribution et de mise en place des produits, ainsi qu'une faible interaction entre les franchisés d'un même franchiseur. Le Tribunal fédéral considère que si le contrat de franchise a une emprise telle que le franchisé est dépourvu d'autonomie, il en résulte une subordination. En conséquence, il applique par analogie les règles impératives du droit du travail. C'est l'intensité de la subordination, révélatrice d'un besoin de protection comparable à celui existant en droit du travail, qui peut justifier un même régime¹⁴¹. Il n'y a pas de présomption en faveur de la franchise de subordination ainsi, le franchisé qui entend se prévaloir d'un régime de protection, doit prouver un rapport de subordination suffisant. Toutefois, si le franchisé est une petite entreprise face à un franchiseur puissant, un rapport de subordination devrait être plus facilement admis¹⁴². Cette qualification a débouché sur une jurisprudence du Tribunal fédéral appliquant le droit du travail par analogie aux contrats *sui generis*, c'est-à-dire sans qu'il n'y ait besoin de procéder à une requalification du contrat. Le système suisse ouvre ainsi une voie intéressante à la création d'un troisième système, qui pourrait à nos yeux s'appliquer dans le cas des relations de travail des plateformes numériques.

2. Prospective d'application du droit du travail par analogie aux relations de plateformes

[51] **Mise en œuvre des critères dans le cas de la plateforme Uber.** Si l'on tente un rapprochement avec le modèle *Uber*, lorsqu'elle met en œuvre son savoir-faire, la plateforme crée une dé-

¹⁴⁰ PASCAL PICHONNAZ, *Le contrat de franchise : état de son évolution*, La pratique contractuelle 3, Schulthess éd. Romandes, 2012, p. 54-57 et ATF 118 II 157, consid. 4. et TF 4A_148/2001 du 8 septembre 2011, consid. 4.2 à 4.4.

¹⁴¹ ANNE MEIER/KURT PÄRLI/ZOÉ SEILER, *Le futur du dialogue social et du tripartisme dans le contexte de la digitalisation de l'économie*, 18 mai 2018, ch. 126, accessible sur le lien suivant https://www.isdc.ch/media/1600/23-dialogue_social_digitalisation_final_fr.pdf.

¹⁴² TF 4A_148/2011 du 8 septembre 2011, consid. 4.1.

pendance bien plus forte que dans la franchise de subordination. Non seulement elle impose par ses contrôles une reprise fidèle de la stratégie marketing et du concept, mais ni elle ne permet pas à la personne de se forger sa clientèle, non plus de construire son indépendance par son travail. De plus, l'application impose la localisation GPS du chauffeur au moment de la demande de course comme principal critère d'attribution de la clientèle. Cela anonymise le chauffeur et empêche la création d'une clientèle propre. Enfin, seul dans sa voiture, avec un unique client, le chauffeur n'a qu'une marge de manœuvre très limitée quant à la croissance de son affaire. C'est, au contraire, l'algorithme, qui par le calcul des tarifs et des trajets, est l'élément majeur de la régulation du chiffre d'affaires et du management des chauffeurs. Ainsi, *Uber* serait sans nul doute qualifiée de franchise de subordination ce qui justifierait l'application par analogie du droit du travail. *A contrario*, si l'on essaie d'appliquer ces critères à une plateforme numérique comme *Airbnb*, le savoir-faire développé par *Airbnb* apporte un avantage économique aux loueurs qui s'affilient. Il est d'ailleurs facturé par *Airbnb*, qui prend une commission sur les transactions. Néanmoins, l'indépendance du loueur reste visible, car il peut mettre son bien à disposition d'une autre agence, ou avoir son propre site Internet. Il s'agirait donc d'une franchise de partenariat.

[52] **Synthèse.** Ainsi, un rapport de subordination peut naître de l'imposition d'une stratégie marketing si elle aboutit à nier la possibilité pour le franchisé de créer sa propre activité économique, voire sa propre clientèle, c'est-à-dire en combinaison avec un critère de dépendance économique. L'indépendance économique du prestataire est présente chez *Airbnb*, car le loueur a la possibilité d'offrir à la location un même bien pour une même période par différents intermédiaires, et de choisir son locataire. Elle est quasiment impossible avec *Uber*, car le travailleur est sanctionné s'il refuse des courses alors qu'il est connecté à la plateforme. Ainsi, la doctrine évoque l'idée d'une subordination limitée dans le temps pour les chauffeurs *Uber*¹⁴³ ou celle d'une application par analogie du droit du travail.

[53] Pour résumer nos constatations tirées des jurisprudences européennes et suisses, lorsque la plateforme collaborative exerce une influence décisive ou un contrôle important sur le prestataire du service en l'intégrant dans son organisation de travail, elle doit être considérée comme fournissant elle-même le service sous-jacent, en plus du logiciel d'intermédiation. Certaines conditions factuelles et juridiques traduisent la maîtrise qu'elle exerce sur le processus. À l'inverse, la plateforme peut n'être qu'une aide au prestataire, en fournissant des facilités de paiement, une couverture d'assurance ou des services après-vente. Ces éléments, ainsi que les mécanismes d'évaluation par l'utilisateur, ne sont pas, en soi, une preuve de l'existence d'un contrôle, mais leur cumul peut avoir une influence¹⁴⁴. Lorsque la plateforme effectue elle-même le service, l'indépendant sera considéré comme travailleur s'il accomplit, pendant un certain temps, des prestations en contrepartie desquelles il perçoit une rémunération, en faveur et sous la direction de la plateforme, et ce même si l'exercice effectif de l'activité ou sa surveillance ne sont pas continus.

[54] Une des raisons d'une telle confusion des genres et des rôles de chacun vient du fait que les nécessités économiques imposent aux acteurs du marché un renforcement de leur image de marque. L'objectif et la force des plateformes numériques est de disposer d'une clientèle propre qui permet au travailleur de développer sa propre activité. En conséquence, le rapport à la clientèle, un des éléments essentiels de la définition de l'activité indépendante, est fortement impacté

¹⁴³ BETTINA KAHIL-WOLF HUMMER, *op. cit.* note 86, p. 33.

¹⁴⁴ Voir en ce sens la communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et Social européen et au Comité des régions, *Un agenda européen pour l'économie collaborative*, 2 juin 2016.

par l'influence des plateformes¹⁴⁵. De plus, pour optimiser son potentiel, la plateforme s'appuie sur des efforts marketing qui nécessitent une intégration la plus complète possible du prestataire dans un concept unique proposé au client. *Uber*, par exemple, développe d'importants efforts pour uniformiser l'accueil, le service et la voiture. C'est même son trait distinctif, son leitmotiv, ce que recherche spécifiquement le client : un accueil uniformisé, qui amène la plateforme à exercer une influence décisive sur la prestation du service matériel. C'est à cette même logique que participent les réseaux de franchise, dont l'intégration au concept marketing tend à compenser l'externalisation de l'organisation de l'entreprise.

[55] **Existence d'une corrélation entre intégration et subordination.** Il y a donc, bien selon nous, une corrélation directe entre l'influence exercée sur le service par la plateforme, l'intégration du travailleur dans l'organisation de travail et la qualification de la relation de travail. L'intensité de l'intégration dans l'organisation commerciale complète l'approche contractuelle et contextuelle de la dépendance économique en tant qu'indice d'un lien de subordination dans les réseaux de distribution et les plateformes numériques. Ces critères participent d'une subordination d'un genre nouveau, développée par la doctrine et reconnue par la jurisprudence anglaise¹⁴⁶ que devrait énoncer la Cour suprême prochainement.

Conclusion

[56] La subordination présente un potentiel d'évolution énorme, car elle sort de toutes les définitions légales. Cette évolution est toutefois entravée par l'approche binaire des systèmes juridiques dont les autorités, en France comme en Suisse, favorisent l'entrepreneuriat afin de lutter contre un engorgement du système économique et social résultant d'une protection sociale des travailleurs salariés très large. Face à cela, la jurisprudence n'a que très peu de marge de manœuvre et se trouve vite dépassée par la multitude et la diversité des relations de travail. Le critère actuel de démarcation entre le salariat et le travail indépendant repose en effet sur un choix effectué dans les années 70, selon un critère, la subordination, hérité du modèle fordien de croissance dont les faiblesses apparaissent devant la prolifération des formes de travail ayant pour effet une dé-standardisation de la relation d'emploi¹⁴⁷. Ainsi, les juges prud'homaux français et suisses peinent à élargir ce concept pour prendre en compte les nouvelles formes de travail sans toutefois inclure dans le champ de protection des formes de sous-traitance intégrées qui n'y auraient pas leur place. On note qu'ils tentent un assouplissement de la définition, grâce à la notion de dépendance économique ou celle de subordination temporellement limitée, en appui de leur raisonnement. En parallèle, les juridictions des assurances sociales suisses centrent leur analyse sur la dépendance économique en tentant de l'objectiver au moyen de treize sous-critères qui permettent au juge de se forger une intime conviction selon la nature prépondérante de l'activité.

¹⁴⁵ D'un point de vue sociologique, un groupe professionnel peut être considéré comme indépendant, lorsque ses membres sont majoritairement non-salariés, et que l'autonomie est considérée par la profession comme un élément essentiel. La relation avec une clientèle, la reconnaissance d'une expertise personnelle, la maîtrise du temps de travail, la nécessité d'une certaine capacité à contrôler son activité, afin de participer à une dynamique de concurrence sont des points communs des professions indépendantes. Cf. CLAUDE DUBAR *et al.*, *Sociologie des professions*, Armand Colin, 2015, p. 199.

¹⁴⁶ Judgement of the United Kingdom Supreme Court, [2018] UKSC 29, *Pimlico Plumbers Ltd & Anor vs. Smith*, *op. cit.* note 107.

¹⁴⁷ CHRISTIAN AZAÏS *et al.*, *Zone grise d'emploi, pouvoir de l'employeur et espace public : une illustration à partir du cas Uber*, *Relations industrielles*, 2017, vol. 72 (3), p. 433-456.

Dans cette méthode, à la fois objective et pragmatique, la subordination ne représente qu'un seul des treize critères ; elle fait partie d'un tout beaucoup plus large. Bien que les méthodes soient différentes, les conclusions des juges pour un même état de fait convergent vers la même conclusion.

[57] L'analyse des décisions en matière commerciale que nous avons effectuée en deuxième partie permet d'adopter une optique plus globale. Selon cette étude, il y aurait subordination en présence d'une intégration du contractant se concrétisant par une influence décisive de la plateforme sur son organisation, cumulée à un état de dépendance économique. Une telle approche *sui generis*, compatible avec un développement harmonieux des activités économiques européennes, paraît particulièrement intéressante, non seulement pour élargir la notion de subordination des systèmes binaires, mais aussi concernant les systèmes ayant opté pour la création d'un statut de travailleur indépendant dépendant économiquement. Dans ce choix, le lien de subordination disparaît au profit de l'analyse de la relation économique. Le risque de créer une catégorie « fourre-tout », qui risquerait d'empiéter sur le contrat de travail du fait du caractère attractif de la protection sociale moindre qui lui est attachée, disparaît, car les dispositions protectrices du droit du travail peuvent être appliquées par analogie, à l'image de la jurisprudence suisse sur la franchise de subordination, sans entraîner nécessairement une requalification du contrat en contrat de travail.

[58] Nous sommes bien conscients que la faiblesse actuelle de tous ces systèmes réside dans le fait que la justiciabilité du droit repose sur la partie faible économiquement. Aussi, il ne serait pas illogique que les autorités soient, comme en Suisse, les plus à même de préciser ce nouveau visage de la subordination numérique que nous proposons.

SABRINE MAGOGA-SABATIER, MLaw en droit social et en droit public de l'Université de Neuchâtel, Diplôme d'études approfondies en droit des affaires de l'Université de Montpellier (France), Assistante doctorante pour la chaire de droit constitutionnel suisse et comparé à l'Université de Neuchâtel et conseillère juridique à la direction du service de l'emploi de la République et canton de Neuchâtel. Cet article est une synthèse des recherches menées par l'auteure depuis 2018, ayant donné lieu à des publications, malheureusement différées en raison de la pandémie mondiale actuelle. Les lecteurs intéressés pourront s'y référer pour plus de détails. Il s'adresse à un public français et suisse et fait l'objet de deux publications parallèles, dans la Revue de droit international d'Assas et la Jusletter.

Auteure de *L'ubérisation du travail, nouvelle forme d'entrepreneuriat ou précarisation : Quelle reconnaissance pour les nouveaux indépendants ?*, Publié aux Éditions Weblaw, Magister, 2019, ISBN 978-3-906940-94-6, *Entre influence décisive et intégration dans l'organisation : Une nouvelle génération de subordination pour le travailleur de plateforme ?* Article soumis et sélectionné par le Congrès de Lisbonne de la Société Internationale de Droit du Travail et de la Sécurité Sociale, à paraître ; *La couverture sociale des travailleurs des plateformes en Suisse, la voie du milieu ?*, co-écrit avec ANNE-SYLVIE DUPONT, International Social Security Review, publication Printemps-Été 2021 ; *Status of Platform Workers in the Swiss Legal System*, co-écrit avec JEAN-PHILIPPE DUNAND et PASCAL MAHON, Comparative Labor Law & Policy Journal, volume 41, n° 2 à paraître. L'auteure rédige une thèse de doctorat depuis 2019 sur l'évolution du droit social et sa possible conciliation avec la liberté économique, partant de l'idée que la requalification des nouvelles formes d'acti-

vité en contrat de travail est en bonne voie d'être acquise auprès des juridictions de nombreux pays, mais ne suffira pas à endiguer les pratiques des plateformes, constamment évolutives. Elle a également participé en janvier 2020 aux travaux européens du projet NUTRA, financé par la Région Nouvelle-Aquitaine et dirigé par Isabelle Daugareilh, directrice de recherche au CNRS – HDR. Ce projet sur cinq ans a pour objectif d'étudier l'évolution simultanée des formes de travail, de l'organisation des entreprises et de la régulation des marchés dans les secteurs « disruptés » par l'économie collaborative. Les travaux des chercheurs associés font l'objet de plusieurs publications internationales.