

I Sens et limites de la qualification de contrat de travail

De l'arrêt *FORMACAD* aux travailleurs « ubérisés »

Thomas Pasquier

Maître de conférences à l'Université de Picardie Jules-Verne

Quel sens donner à la qualification de contrat de travail à l'heure où les critiques du lien de subordination et des « contraintes » prétendument inhérentes à l'application du droit du travail sont devenues légion ? C'est à ce difficile exercice de compréhension d'une opération cardinale du droit du travail qu'est consacrée la présente étude. Le point de départ du raisonnement est aussi connu que perturbant : que peut dire le droit du travail de la situation juridique des travailleurs dits « ubérisés » ? Les réactions sont diverses, allant du contrôle de la légalité de l'opération juridico-économique (v. le contentieux sur la légalité d'Uber Pop) jusqu'à la mise en place d'une responsabilité dite « sociale » des plateformes numériques. Cependant, ne néglige-t-on pas ce faisant que l'opération première d'imputation des risques en droit du travail est et demeure celle de la qualification juridique du contrat de travail ? Aussi bien, la présente étude se propose d'ausculter certaines pratiques de qualification judiciaire récentes et d'en comprendre le sens en suivant cette hypothèse. Néanmoins, comme il sera également montré, les formes particulières de mobilisation du travail qui se donnent à voir dans le secteur numérique témoignent en contrepoint des limites potentielles de l'opération de qualification du contrat de travail. Reste alors à en tirer les conséquences et à faire état des perspectives qui s'offrent à l'horizon d'une régulation du secteur numérique et d'une reformulation des protections envisageables au bénéfice des travailleurs dits « ubérisés ».

À l'image des grandes épopées homériques, l'ubérisation est un mythe, entremêlant fantasme et réalité. Du côté du fantasme¹, Uber interroge sur la possibilité de substituer l'algorithme² à la compétence, la machine à l'homme³. Si la tentation n'est pas en elle-même condamnable, elle renvoie à un imaginaire cybernétique qui mérite d'être interrogé, discuté et évalué⁴. Du côté pratique, l'ubérisation témoigne d'une nouvelle manière de produire et capter la valeur⁵, assise sur la gestion des données numériques⁶ et l'évitement des cadres juridiques et sociaux qui gouvernent les activités économiques⁷. C'est tout particulièrement cette seconde dimension qui retiendra ici l'attention. Outre

les accusations de concurrence déloyale – conséquence semble-t-il d'une capitalisation généreuse de la part des acteurs de la *Silicon Valley* autorisant la société Uber à travailler « à perte »⁸ –, c'est le soupçon de travail dissimulé et de non-respect des réglementations sociales, fiscales et administratives des pays dans lesquels elle s'est implantée qui plane au-dessus des dirigeants de la firme californienne. Les premières décisions rendues par les juridictions anglo-saxonnes ont eu un retentissement médiatique à la mesure des enjeux économiques et sociaux posés par l'organisation de l'activité économique d'Uber. Dans un jugement rendu public le 17 juin 2015⁹, la Commission du travail de l'État

(1) E. Morozov, « Résister à l'ubérisation du monde », *Le Monde diplomatique* 2015, p. 1 ; « Les technologies sont des concentrés d'idéologies », *Libération*, 20 avr. 2015.

(2) P. Cardon, *À quoi rêvent les algorithmes*, Seuil, 2015, 107 p. ; A. Rouvroy, « Quand les algorithmes décident à notre place », *Libération*, 10 avr. 2015.

(3) D. Cardon et A. Casilli, *Qu'est-ce que le Digital Labor ?*, INA Éditions, 2015, 101 p. ; C. Benavant, « Gouvernance d'entreprise : de l'économie collaborative au gouvernement algorithmique des plateformes », *The Conversation*, 5 juill. 2016.

(4) A. Supiot, *La gouvernance par les nombres*, Fayard, coll. « Poids et mesures du monde », 2015, 519 p. ; v. égal., *Au-delà de l'emploi*, nouvelle édition 2016, Flammarion, préf.

(5) D. Cardon et A. Casilli, *Qu'est-ce que le Digital Labor ?*, préc.

(6) V.-L. Benabou et J. Rochfeld, « À qui profite le clic ? Le partage de la valeur à l'ère numérique », Odile Jacob, coll. Corpus, 2015, 107 p. ; A. Debet et alii, *La protection des données à caractère personnel en droit français et européen*, Lextenso, 2015, spéc., A. Danis-Fatôme, p. 1127 s.

(7) B. Gomes, « Le *crowdworking*. Essai sur la qualification du travail par intermédiation numérique », RDT 2016. 464 ; égal. A. Bauwens, « Uber et Airbnb n'ont rien à voir avec l'économie de partage », *Le Monde*, 25 juin 2016 ; du même auteur, *Sauver le monde, vers une société post-capitaliste avec le peer-to-peer*, Les liens qui libèrent, 2015, 272 p.

(8) « Uber va perdre 3 milliards de dollars cette année », *Le Figaro*, 20 déc. 2016.

(9) Labor Commissioner of the state of California, 16 juin 2015, *Uber Technologies Inc./B. Berwick*, <http://k6.re/fk=y7> ; <http://k6.re/fQAc8>.

de Californie a reconnu la qualité de salariée à une ancienne chauffeuse de la société Uber. Plus récemment, le 28 octobre 2016¹⁰, un tribunal du travail londonien a reconnu aux chauffeurs de VTC travaillant avec Uber la qualité de *worker* au sens des *Employment Rights Acts*¹¹, leur offrant ainsi le bénéfice d'une partie de la législation sociale en matière de salaire minimum, de congés payés et de durée maximale de travail. Au terme d'une analyse particulièrement précise du modèle d'affaires de la société Uber, le tribunal relève notamment la latitude des chauffeurs dans le choix des courses, le fait qu'Uber détermine les trajets, les tarifs et les conditions de travail telles que la performance des chauffeurs et que la société détient le pouvoir de modifier unilatéralement les termes du contrat.

À la lecture de ces décisions étrangères, une question se pose immédiatement : comment les juridictions françaises vont-elles aborder la question de la qualité juridique des chauffeurs Uber sachant qu'une action a été initiée par les URSSAF ? N'est-il pas temps d'*ausculter* les décisions de la Cour de cassation rendues en matière de qualification de contrat de travail et de jauger le potentiel de requalification qu'elles recèlent¹² ? C'est à ce titre que la décision *Formacad*¹³, rendue par la deuxième chambre civile de la Cour de cassation le 7 juillet 2016, intéresse au plus haut point. En dépit de son classicisme, cette solution interpelle car elle ouvre sans doute la qualification de contrat de travail aux travailleurs ubérisés. Pour autant, ainsi qu'il sera montré, elle ne suffira sans doute pas et, malgré la force et la qualité de la décision rendue par la deuxième chambre civile, les incertitudes sont encore loin d'être levées.

En l'espèce, une société spécialisée dans la formation professionnelle avait eu recours au service de formateurs, soit sous le statut de salarié, soit sous le statut d'autoentrepreneur¹⁴. Précisément, à la faveur de l'introduction du statut d'autoentrepreneur par la loi n° 2008-776 du 4 août 2008 dite de modernisation de l'économie, elle avait « profité » de ce nouveau statut fiscal pour « embaucher » 40 % de ses formateurs salariés sous le statut d'autoentrepreneur. La société avait externalisé près de la moitié de ses salariés, tout en les gardant à son service... L'originalité de l'espèce tient dans l'articulation entre la présomption de non-salariat et le statut d'autoentrepreneur. On se souvient en effet que la loi du 4 août 2008, outre l'institution du statut

d'autoentrepreneur, avait ouvert à ces nouveaux travailleurs la présomption de non-salariat édictée par la loi Madelin du 11 février 1994¹⁵. Par application de la loi, les autoentrepreneurs inscrits au registre du commerce et des sociétés ou au répertoire des métiers étaient présumés ne pas être salariés. C'était le cas des autoentrepreneurs travaillant pour le compte de la société *Formacad*. Cette présomption, cependant, n'est pas irréfragable, mais simple. Elle supporte la preuve contraire. Et c'est précisément cette preuve contraire que retient la deuxième chambre civile de la Cour de cassation en l'espèce.

Ainsi, la deuxième chambre civile – compétente pour le contentieux du recouvrement des cotisations sociales – reconnaît l'existence d'une subordination juridique permanente et donc, implicitement mais nécessairement, d'un contrat de travail. Pour ce faire, après avoir rappelé les termes de la présomption de non-salariat, elle relève l'ensemble des indices qui fondent le renversement de la présomption, et approuve la cour d'appel d'avoir requalifié les contrats litigieux en contrats de travail.

Cette solution retient l'attention à un double titre. En dépit des critiques dont il a pu faire l'objet, le statut d'autoentrepreneur donne peu souvent lieu à contentieux, ce qui justifie de s'intéresser tout particulièrement aux arrêts qui lui sont relatifs. Par une série de décisions de 2015, les chambres criminelles¹⁶ et sociale¹⁷ avaient reconnu la qualité de salarié à un prestataire placé sous le statut d'autoentrepreneur cependant qu'elles avaient exclu cette requalification lorsque les conditions de l'indépendance étaient réunies¹⁸. Le critère retenu pour dégager la qualification semblait relever de la conception traditionnelle du lien de subordination telle qu'énoncée dans l'arrêt *Société Générale* de 1996¹⁹ : ordres, contrôle et sanction. Or la décision *Formacad*, si elle ne rompt pas formellement cette orientation, livre une interprétation « assouplie » de la notion de subordination juridique permanente, plus proche de l'arrêt *Labanne*²⁰ que de l'arrêt *Société Générale*. En somme, si la question pouvait se poser de l'influence des dispositifs de l'autoentreprise et de la présomption de non-salariat sur l'existence du lien de subordination et la qualification de contrat de travail, la Cour apporte une réponse forte, mais également nuancée, faite à la fois d'accommodements raisonnables à la situation des autoentrepreneurs présumés indépendants et de permanence de la qualification de contrat de travail (I).

(10) Employment Tribunals London, 28 oct. 2016, *Uber London Ltd-Uber Britannia Ltd/Y. Aslam-J/ Farrar* <http://k6.re/Mr7UX>; <http://k6.re/cL=dL>.

(11) *Employment Rights Act* de 1996; *Working Time Regulations* de 1998; *National Minimum Wage Act* de 1998.

(12) G. Loiseau et A. Martinon, « L'homo-ubericus est-il un salarié ? », *Cah. soc.* 2016. 283.

(13) Civ. 2^e, 7 juill. 2016, n° 15-16.110, D. 2016. 1574; Dr. soc. 2016. 859, obs. J. Mouly.

(14) On parlera ici de statut, même si l'expression est impropre, puisque l'autoentreprise n'est pas un statut, au sens d'ensemble de droits et obligations non négociables, mais un régime fiscal et social.

(15) F. Héas, « L'auto-entrepreneur au regard du droit du travail », *JCP S* 2009. 1555; v. égal. M. Véricel, « Le rétablissement de la présomption de non-salariat », *Dr. soc.* 2004. 297.

(16) Crim. 15 déc. 2015, n° 14-85.638, *Dr. soc.* 2016. 650, étude S. Tournaux.

(17) Soc. 6 mai 2015, n° 13-27.535, D. 2015. 1105, obs. X. Delpech; *ibid.* 2016. 807, obs. P. Lokiec et J. Porta.

(18) Soc. 20 oct. 2015, n° 14-16.178, préc.

(19) Soc. 13 nov. 1996, n° 94-13.187, D. 1996. 268; Dr. soc. 1996. 1067, note J.-J. Dupeyroux; RDSS 1997. 847, note J.-C. Dosdat.

(20) Soc. 19 déc. 2000, n° 98-40.572, D. 2001. 355, et les obs.; Dr. soc. 2001. 227, note A. Jeammaud; Dr. ouvrier 2001. 241, note A. de Senga, p. 241.

Mais l'intérêt de la solution ne se limite pas à la seule considération de la qualification retenue. C'est un lieu commun en effet d'affirmer que les frontières de la subordination se trouvent très largement réinterrogées depuis que certaines entreprises, profitant du formidable potentiel offert par les technologies du numérique, ont investi des pans entiers de l'activité – qu'il s'agisse de domaines dits « collaboratifs » ou bien de secteurs relevant, plus classiquement, de l'économie marchande. Uber, à ce titre, apparaît comme l'étendard de nouveaux modes de captation de la valeur et de domestication de l'activité de travail par la technologie numérique²¹. Substituant au pouvoir de la hiérarchie, le contrôle des systèmes d'information, Uber se donne à voir comme un tiers garant, simple coordinateur d'activités, dans le cadre d'une relation émancipée des « contraintes » du droit du travail. Néanmoins, *il n'est [??] que de rappeler les décisions précitées rendues par les juridictions anglo-saxonnes, ou encore les mouvements collectifs initiés par les chauffeurs Uber au cours du mois de décembre 2016 à la suite de la hausse des tarifs des courses*²², pour considérer que rien n'est encore joué, et se convaincre de l'intérêt d'une étude des situations de travail ubérisées à la lumière de l'arrêt *Formacad*. Faisant œuvre de prospection, il s'agira donc de s'interroger sur la portée, c'est-à-dire à la fois sur le potentiel mais également sur les limites de la solution retenue, au regard de situations contentieuses en devenir (II).

I. - Le sens d'une requalification

La qualification du contrat de travail est une mécanique complexe²³. Ses ressorts reposent sur deux séries de règles: des règles d'action qui guident le juge dans l'opération de qualification et des règles de qualification qui déterminent le contenu de la qualification attendue. De manière synthétique, à l'occasion

de l'examen de la qualité juridique d'un prestataire de services, les juges sont tenus de redonner aux faits leur exacte qualification²⁴, sans que les parties ne puissent déroger au statut d'ordre public qui découle des conditions d'exécution de la prestation de travail²⁵. Ajoutons à cela qu'ils doivent, pour retenir l'existence d'un contrat de travail, mettre en lumière l'existence d'une rémunération, d'un travail et, à titre principal, d'un lien juridique de subordination²⁶. Si ces principes paraissent ordonner la qualification « générique » du contrat de travail²⁷, il est également des hypothèses dans lesquelles la qualification ne procède pas de la volonté des parties, mais de conditions imposées par la loi. On se souvient des hypothèses de présomptions légales de contrat de travail applicables aux VRP²⁸ ou aux journalistes professionnels²⁹. Mais de manière plus contemporaine, le législateur est intervenu pour mettre à la disposition des acteurs économiques des présomptions de non-salariat. Contrairement aux présomptions de contrat de travail qui ajoutent à la qualification générique, les présomptions de non-salariat retranchent à cette qualification. Quel sort leur a réservé la Cour de cassation? Dans un attendu dont la formulation syllogistique paraît comme un modèle du genre, la deuxième chambre civile œuvre en trois temps: posant la règle de droit, la Cour procède à un rappel des principes de qualification applicables à propos de la présomption de non-salariat (A) puis, dans une analyse particulièrement riche des éléments de fait, elle relève les indices déterminants dans la compréhension de la situation juridique (B) et tire la conclusion qui s'impose: les formateurs étaient liés à la société *Formacad* par un lien de subordination juridique permanent, et donc un contrat de travail (C).

A. - La permanence des principes de la qualification

Les principes de la qualification sont connus: la détermination de la qualité juridique d'un prestataire de services dépend des conditions d'exécution de la

(21) A. Supiot, préc.; D. Cardon et A. Casilli, préc.

(22) V. not. <http://k6.re/B1QvZ>; http://k6.re/n_3k6.

(23) V. not. T. Pasquier, *L'économie du contrat de travail. Conception et destin d'un type contractuel*, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit social », T. 53, 2010, p. 105 s.; v. égal. A. Jeammaud, « L'avenir sauvegardé de la qualification de contrat de travail. À propos de l'arrêt *Labanne* », Dr. soc. 2001. 227; E. Dockès, « Notion de contrat de travail », Dr. soc. 2011. 546; C. Radé, « Des critères du contrat de travail. Protéger qui exactement? Le tentateur, le sportif amateurs, le travailleur? », Dr. soc. 2013. 202.

(24) Soc. 31 oct. 1989, n° 87-13.376, Bull. civ. V, n° 624: « La cour d'appel, à laquelle il appartient de qualifier les relations juridiques ayant lié les parties »; 19 mai 1998, n° 95-45.575, Bull. civ. V, n° 267: « La qualification exacte d'un contrat, dont la nature juridique est indécise, relève de l'office du juge »; D. 1998. 166.

(25) Civ. 3^e, 5 avr. 1968, Bull. civ. III, n° 162; Civ. 1^{re}, 20 mai 1981, Defrénois 1982. 490; Com. 14 mai 1985, Bull. civ. IV, n° 153; Cass., ass. plén., 4 mars 1983, Bull. ass. plén., n° 3; D. 1983. 381, concl. J. Cabannes: « la seule volonté des parties étant impuissante à soustraire (le salarié) au statut social qui découlait nécessairement des conditions d'accomplissement de son travail »; Soc. 1^{er} déc. 2005, n° 05-43.031: « l'existence d'une relation de travail ne dépend ni de la volonté exprimée par les parties ni de la dénomination qu'elles ont donnée à leur convention, mais des conditions de fait, dans lesquelles est exercée l'activité des travailleurs »; D. 2006. 410, obs. G. Borenfreund, F. Guiomard, O. Leclerc, P. Lokiec et E. Peskine.

(26) Généralement sur l'introduction du lien de subordination comme critère du contrat de travail, v. T. Pasquier, *L'économie du contrat de travail*, préc., p. 41 s.; sur le plan socio-historique, v. A. Cottreau, « Sens du juste et usages du droit du travail: une évolution contrastée entre la France et la Grande-Bretagne au XIX^e siècle », Revue d'histoire du XIX^e siècle, 2006, n° 33, p. 101; P. Lefebvre, « Subordination et "révolutions" du travail et du droit du travail (1776-2010) », Entreprises et histoire, 2009-4, n° 57, p. 45; C. Wolmark, « L'émergence de la subordination », Sem. soc. Lamy, n° spéc. *Droit du travail et pratiques de management*, suppl. n° 1576, 18 mars 2013.

(27) A. Jeammaud, « L'avenir sauvegardé de la qualification de contrat de travail », préc.

(28) C. trav., art. L. 7313-1.

(29) C. trav., art. L. 7112-1.

prestation de travail, la volonté étant « impuissante à soustraire le salarié au statut social qui découlait nécessairement des conditions d'accomplissement de son travail »³⁰. De cette formule issue de l'arrêt d'assemblée plénière *École des roches* de 1983, il ressort que la qualité de salarié est à la fois d'ordre public, c'est-à-dire non disponible pour les parties, et « réaliste »³¹, en ce qu'elle dépend de ce que font les parties plutôt que de ce qu'elles disent ou écrivent. Ajoutant à l'édifice, l'arrêt *Labanne*³² de 2000 énonce que « l'existence d'une relation de travail ne dépend ni de la volonté exprimée par les parties ni de la dénomination qu'elles ont donnée à leur convention mais des conditions de fait dans lesquelles est exercée l'activité des travailleurs ». La qualification dépend donc de la volonté réelle des parties, et non pas de leur volonté formelle, ce qui n'exclut pas de prêter une attention au contrat – à ses clauses particulièrement – mais ce qui impose de considérer qu'en cas de « discordance » entre le contrat – ses termes, sa dénomination ou ses stipulations – et les conditions factuelles d'exécution de la prestation de travail, ces dernières s'imposent aux éléments issus du contrat³³. La logique est-elle respectée à propos de la présomption de non-salariat ?

À suivre les décisions antérieures à l'arrêt *Formacal*³⁴, il n'est pas douteux que la Cour de cassation ne s'est pas laissée enfermer dans l'économie de la présomption légale, usant des ressources offertes par la loi pour garantir l'autonomie de son pouvoir de requalification. La décision rapportée confirme, ici, cette orientation. Mais elle y ajoute. Alors que le régime d'autoentrepreneur avait été « pensé » par le législateur comme un statut de l'indépendance, la Cour le rabat dans le régime général de la présomption, au point de laisser entrevoir une forme d'indifférence à l'égard de ce statut dans l'opération de qualification.

1. - L'autonomie du pouvoir de requalification

Sans conteste, le fondement du pouvoir de requalification des juges est, en matière de présomption de non-salariat, original, sans pour autant être distinct. Dans la qualification générique de contrat de travail, le fondement du pouvoir de requalification tient dans l'articulation de l'article 12, alinéa 2, du Code de procédure civile, qui impose aux juges de « donner ou restituer leur exacte qualification aux faits et actes

litigieux sans s'arrêter à la dénomination que les parties en auraient proposée », et du caractère d'ordre public de l'application du droit du travail. À propos de la présomption de non-salariat, c'est dans le texte même de l'article L. 8221-6 du Code du travail que le juge trouve la ressource de son pouvoir. Rappelons l'économie de la présomption posée par cet article : dans certains cas – par exemple l'inscription au registre du commerce et des sociétés ou au répertoire des métiers –, les prestataires sont présumés ne pas être liés à leur donneur d'ordre (*sic*) par un contrat de travail, sauf s'il est établi qu'ils fournissent une prestation qui les place dans une situation de subordination juridique permanente. La présomption de non-salariat est donc simple et c'est la loi qui habilite les plaideurs et le juge à « détruire » cette présomption dès lors qu'est établie l'existence d'une subordination. En conséquence, là où le fondement du pouvoir général de requalification est l'article 12, alinéa 2, du Code de procédure civile, il est, en matière de présomption de non-salariat, issu du texte de l'article L. 8221-6. Mais, en définitive, le juge est toujours titulaire d'un pouvoir – celui de requalifier les faits –, sans que la contrainte de l'ordre public disparaisse : il est toujours tenu de ne pas laisser la qualification juridique de salarié à la disposition des parties. La solution de la deuxième chambre s'inscrit donc dans le fil des principes généraux de la qualification de contrat de travail.

2. - L'indifférence du régime d'autoentrepreneur

Prolongeant l'analyse, il convient de noter que la Cour affirme de manière assez ferme l'indifférence du statut social du prestataire eu égard à la qualification de contrat de travail. En retenant que la « présomption légale de non-salariat qui bénéficie aux personnes sous le statut d'autoentrepreneur peut être détruite s'il est établi qu'elles fournissent directement ou par une personne interposée des prestations au donneur d'ordre dans des conditions qui les placent dans un lien de subordination juridique permanente à l'égard de celui-ci », la haute juridiction inscrit le statut d'autoentrepreneur dans le cadre de la mécanique générale de la présomption de non-salariat et, ce faisant, elle « anesthésie » la présomption dont bénéficient les autoentrepreneurs en les plaçant au même niveau que tout autre prestataire de services³⁵. Si une telle solution était en germe³⁶, elle trouve ici une confirmation particulièrement opportune.

(30) Cass., ass. plén., 4 mars 1983, préc., D. 1983. 381, concl. J. Cabannes.

(31) Sur le réalisme et le contrat de travail, v. B. Géniaut, « Le contrat de travail et la réalité », RDT 2013. 90 ; sur le réalisme et le droit du travail, v. T. Sachs, « La raison économique en droit du travail. 1^{re} partie : une raison réaliste », RDT 2011. 550.

(32) Soc. 19 déc. 2000, préc.

(33) T. Pasquier, préc. ; égal. A. Jeammaud, préc.

(34) V. not. Soc. 8 juill. 2003, n° 01-40.464, Bull. civ. V, n° 217 ; D. 2004. 383, obs. T. Pasquier.

(35) On rappellera ici que, dans le sillon de la loi Madelin du 11 févr. 1994, la loi du 4 août 2008 relative à la modernisation de l'économie avait opéré une double modification au bénéfice des autoentrepreneurs. Elle avait introduit à son art. 11 une présomption « positive » de travailleur indépendant – « Est présumé travailleur indépendant celui dont les conditions de travail sont définies exclusivement par lui-même ou par le contrat les définissant avec son donneur d'ordre », C. trav., art. L. 8221-6-1 – mais également ouvert la présomption « négative » de non-salariat en introduisant un 4^e alinéa à l'article L. 8221-6 du Code du travail – supprimé depuis lors par la loi n° 2014-626 du 18 juin 2014 – spécifiques aux autoentrepreneurs.

(36) Soc. 6 mai 2015, préc.

Aussi bien, en dépit de l'ambition affichée par le législateur de « sécuriser » la qualification d'indépendant par le double jeu de la présomption de non-salariat et du statut d'autoentrepreneur, les juges, sans trahir ni l'esprit de la loi ni la lettre de la jurisprudence, réaffirment l'autonomie de leur pouvoir et des principes de la qualification. Le même sentiment ressort de l'analyse des indices retenus par la Cour pour justifier, *in fine*, la requalification.

B. - La diversité des indices de la qualification

Ce n'est pas une gageure de considérer que la qualification du contrat de travail est une entreprise difficile, parfois un peu floue. Cela tient à la plasticité de son critère : le lien de subordination. Au stade de la qualification, il n'est pas question de saisir un effet de droit inhérent au contrat de travail, mais un état de contrainte factuelle, une subordination en mouvement, un pouvoir en action³⁷. Cette situation, cependant, n'est jamais ni claire ni précise. Elle mélange toujours des données de fait et de droit, des indices de subordination et des éléments d'indépendance. Cela tient encore à la diversité des indices retenus : ordre, directive, clientèle, planning, sanction, honoraires, clause de non-concurrence, horaires, lieu de travail, etc. Le spectre est large. Relevons cependant que, depuis l'arrêt *Société Générale*, la Cour semble avoir procédé à une forme de resserrement des indices de la subordination, primauté étant donnée aux indices de pouvoir unilatéral³⁸. S'inscrivant dans ce sillon, les premières décisions rendues à propos des autoentrepreneurs, notamment dans la série d'arrêts de 2015³⁹, avaient pu laisser penser que la preuve du lien de subordination reposait exclusivement sur les indices de l'unilatéralisme. C'est à ce titre que l'arrêt *Formacad* est original : la Cour s'attache à caractériser un ensemble d'indices, pour les uns témoignant de l'absence d'indépendance des formateurs, pour les autres d'une situation de subordination, et qui, pris dans leur ensemble, permettent de considérer que les conditions de travail auxquelles étaient soumis les autoentrepreneurs relevaient plutôt du salariat que de l'indépendance.

1. - L'absence d'indépendance⁴⁰

La Cour entame son raisonnement par un rappel particulièrement circonstancié des conditions dans lesquelles les prestataires sont devenus autoentrepreneurs : « l'arrêt retient qu'à l'examen des déclarations annuelles des données sociales 2008 et 2009, plus de 40 % des formateurs salariés en 2008 avaient été recrutés sous le

statut d'autoentrepreneur au cours de l'année 2009, à la suite de l'entrée en vigueur de la loi de modernisation de l'économie du 4 août 2008 ». Le décor est planté d'une opération d'externalisation des plus manifestes : comme il a été dit, la société avait « profité » de l'introduction du régime d'autoentrepreneur pour « embaucher » presque la moitié de ses formateurs sous le statut d'indépendant. Si la pratique de l'externalisation n'est pas en soi une cause de requalification, on sait en revanche qu'elle est, depuis l'arrêt *École des roches*⁴¹ notamment, un indice fort du maintien des conditions de travail salarié. Mais plus avant, c'est une analyse particulièrement minutieuse des conditions de la pseudo-indépendance des formateurs que livre la Cour dans son attendu. Elle relève ainsi que les formateurs exerçaient leur activité au profit de la société, dans ses locaux, auprès d'élèves qui demeuraient sa clientèle exclusive. En somme, les autoentrepreneurs n'avaient pas de clientèle propre. Or il n'est que de rappeler le contentieux des avocats salariés pour se convaincre de ce que la titularité de la clientèle apparaît comme un indice déterminant de l'absence de l'indépendance. Ainsi, la Cour détermine-t-elle la « réalité » de la clientèle propre des avocats par référence aux conditions matérielles dans lesquelles ceux-ci exercent leur activité : si la possibilité de développer une clientèle personnelle n'est qu'une vue de l'esprit et que la réalité du cabinet empêche concrètement l'avocat de se comporter comme un indépendant, la qualité de salarié l'emporte⁴². C'est le même raisonnement qui paraît guider la deuxième chambre civile en l'espèce. Ajoutant encore, la Cour relève que « les contrats prévoyaient une "clause de non-concurrence" d'une durée d'un an après la résiliation du contrat de prestation interdisant aux formateurs de proposer leurs services directement aux clients présentés par la société et limitaient de ce fait l'exercice libéral de leur activité ». Se situant sur le terrain des conditions de l'exercice libéral de l'activité, c'est-à-dire finalement de la liberté d'entreprise, les magistrats confirment que les autoentrepreneurs, loin de jouir de la liberté constitutionnellement garantie, étaient en réalité contraints et limités dans l'exercice même de leur liberté d'entreprendre. Achèvement le raisonnement, la Cour souligne que, « si, selon le contrat, le formateur est libre d'accepter ou non la prestation, force est de constater que ce contrat était conclu pour une durée indéterminée de sorte que le formateur n'est pas un formateur occasionnel mais bien un enseignant permanent ». L'attention portée au caractère permanent de la relation mérite d'être soulignée : si l'on avait pu considérer que la question du caractère permanent de la

(37) T. Pasquier, thèse préc., p. 107 s.

(38) A. Jeammaud, préc.

(39) Soc. 6 mai 2015, préc.

(40) V. not., sur cette question, J.-P. Chauchard, « Qu'est-ce qu'un travailleur indépendant ? », Dr. soc. 2016. 947.

(41) Cass., ass. plén., 4 mars 1983, préc.

(42) Civ. 1^{re}, 9 déc. 2015, n° 14-26.427, JCP 2016. 670 obs. C. Caseau-Roche ; Soc. 9 oct. 2013, n° 12-23.718, D. 2013. 2407 ; Dr. soc. 2014. 11, chron. S. Tournaux ; 11 juill. 2012, n° 11-13.809.

subordination juridique n'était pas une condition autonome de la qualification⁴³, la Cour semble ici la réintroduire, sous le couvert de l'analyse de la « réalité » de l'indépendance des autoentrepreneurs. En somme, c'est un véritable *audit d'indépendance* que réalise la chambre civile, confirmant que la qualification de contrat de travail est sans doute, à bien des égards, une qualification négative⁴⁴: c'est à défaut d'indépendance que les indices de subordination sont pris en considération. Être indépendant, c'est être à la fois maître de sa capacité de profit et des conséquences qui en résultent en termes de risques. Si cette maîtrise fait défaut, c'est l'indépendance qui manque⁴⁵. La Cour de cassation a d'ailleurs développé à ce propos une analyse particulièrement fine des conditions de l'indépendance, visant explicitement, par exemple, le « faisceau d'indices de l'indépendance »⁴⁶. Une fois l'indépendance exclue, la Cour s'intéresse aux indices de pouvoir.

2. - L'existence d'une subordination

Ainsi, la Cour relève que « les cours de rattrapage étaient dispensés selon un programme fixé par la société Formacad et remis aux professeurs lors de réunions pédagogiques de sorte que l'enseignant n'avait aucune liberté pour concevoir ses cours », ce qui révélait une maîtrise des conditions de l'activité et une absence d'autonomie dans la gestion de celle-ci tout à fait certaine. On voit apparaître ici un pouvoir de contrainte fait à la fois d'unilatéralisme et d'absence d'autonomie. La Cour prolonge en affirmant qu'« au contrat était inscrit un mandat aux termes duquel l'autoentrepreneur mandatait la société pour réaliser l'ensemble des formalités administratives liées à son statut, émettre des factures correspondant au montant des prestations réalisées et effectuer en son nom les déclarations trimestrielles de chiffre d'affaires et le paiement des charges sociales et fiscales ». La société *Formacad* se comportait donc comme un employeur en matière sociale et fiscale. Or il n'est pas douteux que le comportement des parties, et particulièrement celui de l'employeur présumé, constitue un indice fort, justifiant la requalification en contrat de travail – la Cour relève d'ailleurs, *in fine*, qu'« aucune modification des conditions d'exercice n'était intervenue dans l'activité des formateurs initialement salariés puis recrutés en tant qu'autoentrepreneurs à compter de janvier 2009 », confirmant ainsi qu'entre le salariat et l'indépendance,

rien n'avait véritablement changé, l'employeur était toujours *Formacad*. Enfin, parachevant l'édifice, la Cour énonce que « les formateurs "autoentrepreneurs" étaient liés par un contrat "de prestations de services" à durée indéterminée pour des cours de soutien scolaire et animation de cours collectifs ». Nouvel indice de l'intégration des formateurs dans l'entreprise *Formacad*, la relation contractuelle était à durée indéterminée, ce qui suggère une nouvelle fois la subordination des formateurs dès lors que, travaillant en lien constant avec la société, ils étaient tout dédiés à faire fructifier l'activité de celle-ci. Quelle conclusion tirer de ce cumul d'indices de subordination et d'absence d'indépendance? C'est à ce dernier temps que se consacre la Cour en procédant à la requalification attendue.

C. - L'accommodement du critère de la qualification

Dans un ultime mouvement, la Cour affirme que « de ces constatations procédant de l'exercice de son pouvoir souverain d'appréciation des éléments de fait et de preuve soumis à son examen faisant ressortir que les formateurs recrutés à compter du 1^{er} janvier 2009 sous le statut d'autoentrepreneurs étaient liés à la société par un lien de subordination juridique permanente, la cour d'appel a exactement déduit, sans encourir les griefs du moyen, que le montant des sommes qui leur avaient été versées devait être réintégré dans l'assiette des cotisations de l'employeur »⁴⁷. Ainsi, la Cour rejette-t-elle le pourvoi de la société et approuve-t-elle les juges du fond d'avoir considéré que les formateurs étaient liés à elle par un lien de subordination juridique permanent. Sur le plan du contrôle exercé par la Cour de cassation, relevons, à la suite d'un auteur, que, si la Cour laisse un certain pouvoir d'appréciation aux juges du fond, elle se réserve néanmoins la possibilité de contrôler la qualification juridique des faits⁴⁸ – ce qui ressort assez nettement de la formule selon laquelle la cour d'appel « a exactement déduit » que les sommes devaient être réintégré dans l'assiette des cotisations de l'employeur. L'appréciation souveraine des juges du fond doit donc s'accommoder, à propos du contrat de travail, d'un contrôle de la qualification juridique des faits par la haute juridiction. Également, si l'on avait un temps pu s'interroger sur la portée de la formule « subordination juridique *permanente* », on peut, à la suite d'une auteure⁴⁹, considérer que la question n'est pas seule-

(43) V. Soc. 8 juill. 2003, n° 01-40.464, Bull. civ. V, n° 217; D. 2004. 383, obs. T. Pasquier.

(44) T. Pasquier, *L'économie du contrat de travail*, préc., p. 123 s.

(45) T. Pasquier, préc., p. 123 s.

(46) Civ. 1^{re}, 9 déc. 2015, n° 14-26.427; J.-P. Chauchard, « Qu'est-ce qu'un travailleur indépendant? », préc.

(47) On notera également que la Cour, de manière assez originale, ne requalifie pas formellement les contrats de prestation de service en contrat de travail: elle relève simplement que les autoentrepreneurs étaient dans une situation de subordination juridique permanente et que les sommes versées étaient des salaires. Il convient cependant de ne pas attacher à cette absence une conséquence qu'elle n'a pas. L'art. L. 8221-6, C. trav. prévoit en effet expressément, en cas de subordination juridique permanente, la requalification des contrats de prestations de service en contrat de travail. Celle-ci s'impose donc comme un implicite nécessaire, même s'il n'est pas énoncé. La décision rapportée est donc bien, en dépit des termes utilisés, une solution relative à la qualification de contrat de travail.

(48) J. Mouly, « Quand l'auto-entreprise sert de masque au salariat », Dr. soc. 2016. 859.

(49) A.-C. Créplet, « Autoentrepreneur et requalification du contrat de travail », RDT 2015. 366.

ment celle de savoir si la subordination juridique est permanente, mais surtout celle de savoir si la Cour, pour renverser la présomption de non-salariat, s'en tient aux termes de la jurisprudence *Société Générale* – exigeant ainsi de caractériser un pouvoir de donner des ordres et des directives, d'en contrôler l'exécution et d'en sanctionner les manquements – ou bien si elle donne crédit aux indices du service organisé. Incontestablement, en l'espèce, les indices relevés semblent plus proches d'un service organisé que d'une subordination rigoureuse. Ceci invite, d'ailleurs, à se poser une question : quel sens convient-il de conférer à la qualification retenue par la deuxième chambre civile au regard du ou des critères traditionnels du contrat de travail ?

1. - Une résurgence du service organisé ?

On sait que la compréhension du critère du contrat de travail a été stabilisée, après quelques atermoiements⁵⁰, par l'arrêt *Bardou* de 1931⁵¹. Aux termes de cet arrêt, la qualité de juridique salarié ne dépend pas de la situation de dépendance économique dans laquelle il se trouve à l'égard de son cocontractant, mais de la caractérisation d'un lien juridique de subordination avec son donneur d'ordre. À la faveur d'un arrêt *Société Générale* de 1996, la Cour a pris soin de définir la teneur même de ce lien en précisant que celui-ci « 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 ; que le travail au sein d'un service organisé peut constituer un indice du lien de subordination lorsque l'employeur détermine unilatéralement les conditions de travail »⁵². Suivant la juste analyse d'un auteur, il ne convient cependant pas d'inférer de cette « définition » du lien de subordination la plénitude du critère de qualification⁵³. En effet, s'il n'est pas douteux que le lien de subordination, en tant qu'effet juridique du contrat de travail, repose sur un lien de direction et d'autorité, ce même lien se retrouve au stade de la qualification comme un « état » de subordination, mélangé de fait et de droit, d'indépendance et de subordination. Dans un cas, la contrainte est juridiquement instituée, dans l'autre, elle est factuellement relevée puis rattachée à la catégorie de contrat de travail. On ajoutera que, dans l'arrêt *Société Générale*, la Cour s'employait à rabattre

le service organisé au rang de simple indice du lien de subordination. On se souvient en effet que le service organisé avait eu des tendances « autonomistes » au point, dans certains cas, de constituer un quasi-critère du contrat de travail⁵⁴. Depuis l'arrêt *Société Générale*, la chambre sociale semble avoir tenu compte de ce rabaissement⁵⁵. Cependant, est-ce à dire que la disparition de la lettre a emporté celle de l'esprit ? On peut en douter. La présente espèce l'atteste : si l'unilatéralisme se retrouve à propos de la détermination du contenu des enseignements, pour le reste, il est bien plus question de la maîtrise des conditions d'exécution du travail que de la direction du travail lui-même. En somme, le premier enseignement qui semble ressortir de l'arrêt *Formacard* est celui d'une forme de ré-accommodement du service organisé, c'est-à-dire d'une considération, non seulement pour le contrôle du travail, mais également pour la maîtrise des conditions d'exécution de ce travail – la nature du contrat, l'accomplissement des formalités sociales – et de la finalité de l'activité elle-même – le travail au profit d'autrui, l'absence de clientèle propre, la clause de non-concurrence.

2. - Vers une compréhension renouvelée du critère du contrat de travail ?

Plus avant encore, on peut se demander, à la suite de plusieurs auteurs, s'il ne serait pas utile de lever le voile de la qualification contractuelle et de révéler la substance qui se cache derrière l'usage de l'expression convenue de « lien juridique de subordination ». Ainsi, Emmanuel Dockès propose-t-il de « réévaluer » le critère de la dépendance économique au côté de celui de la subordination⁵⁶. En effet, si l'arrêt *Bardou* semble avoir scellé le sort de la dépendance économique à titre de critère principal, une analyse précise du contentieux laisse néanmoins apparaître que les indices de la dépendance économique paraissent parfois déterminants dans la qualification de contrat de travail. Est-ce à dire cependant que la dépendance économique se substitue à l'analyse de la subordination ? Nous ne le croyons pas. Si l'on suit les pratiques de qualification du lien de subordination elles-mêmes, on peut simplement considérer que la contrainte économique est un des indices de la subordination, celle-ci s'entendant à la fois d'un pouvoir sur le travail et d'une maîtrise de l'activité économique⁵⁷. Plus audacieux, Christophe Radé propose

(50) T. Pasquier, *L'économie du contrat de travail*, préc., p. 41 s.

(51) Civ. 6 juill. 1931, D. 1931. 121, note PIC.

(52) Soc. 13 nov. 1996, *Société générale*, n° 94-13.187, Bull. civ. V, n° 386 ; D. 1996. 268 ; Dr. soc. 1996. 1067, note J.-J. Dupeyroux ; RDSS 1997. 847, note J.-C. Dosdat.

(53) A. Jeammaud, « L'avenir de la qualification de contrat de travail », préc.

(54) T. Pasquier, *L'économie du contrat de travail*, préc., p. 111 s.

(55) Cependant que la chambre sociale, et plus encore les chambres civiles, usent encore du vocable de service organisé dans certaines espèces, v. Soc. 2 déc. 2015, n° 14-22.609, Dr. soc. 2016. 650, étude S. Tournaux ; 24 sept. 2014, n° 13-18.125 ; v. égal., sur ce point, C. Wolmark, *La définition prétorienne. Étude en droit du travail*, Dalloz, coll. « Nouvelle bibliothèque des thèses », vol. 69, 2007.

(56) E. Dockès, « Notion de contrat de travail », Dr. soc. 2011. 546.

(57) T. Pasquier, « La dépendance économique au prisme de ses usages », RDT 2010. 85 ; plus généralement, v. O. Leclerc, T. Pasquier, A. Guamán Hernández et F. Martelloni, « La dépendance économique en droit du travail : éclairages en droit français et en droit comparé », RDT 2010. 83 et 149.

de substituer au lien de subordination le critère de « l'intégration économique »⁵⁸. Fondant son analyse notamment sur la répartition des risques entre les parties, l'auteur précise que « contrairement à d'autres formes d'organisation de l'activité économique, le contrat de travail répond à une double nécessité: celle de l'employeur, qui ne peut exécuter seul ses engagements et a besoin d'une main-d'œuvre flexible pour répondre à ses besoins, et celle des travailleurs qui ne souhaitent pas se confronter directement au marché et aspirent au contraire à un revenu constant et garanti, déconnecté des aléas de la conjoncture économique. Le contrat de travail est donc à la fois le lieu d'expression des intérêts économiques de chacune des parties (flexibilité d'un côté, sécurité de l'autre) et le moyen de réaliser un projet économique commun (contribuer à une même activité économique profitable pour les deux parties). Pour y parvenir, le travailleur accepte de consacrer son temps à l'activité économique de son employeur qui devient, par là même, également la sienne; il va alors se fondre dans son entreprise »⁵⁹. Particulièrement convaincante, la proposition trouve dans la décision rapportée une terre d'élection: c'est sans conteste car, en réalité, ils étaient intégrés dans l'entreprise d'autrui que les formateurs, pseudo-indépendants, devaient recevoir la qualité de salarié. On est d'autant plus convaincu par l'analyse qu'elle prolonge une considération pour la répartition des risques dans le contrat de travail qui témoigne sans conteste de la portée du concept d'*économie du contrat de travail*⁶⁰. Cette économie, faite d'une imputation des risques au compte du pouvoir de l'employeur, permet de penser à la fois le régime du contrat de travail et les évolutions qui l'affectent, notamment du fait des clauses de transfert des risques, de la diversification des formes d'emploi, ou encore de la complexification des techniques de contrôle du pouvoir de l'employeur. À ce titre, avait pu être proposée une analyse renversée du critère du contrat de travail partant, non plus de la subordination, mais de l'absence d'indépendance et de la répartition des risques entre les parties: le lien de subordination semble en réalité comme une qualification négative qui se construit par opposition à celle de l'indépendance⁶¹. Lorsque la qualité juridique d'un prestataire est discutée et mélange des données de l'indépendance et de la subordination, les juges excluent par principe du champ du salariat les vrais indépendants,

c'est-à-dire ceux qui disposent à la fois de la maîtrise de leur capacité de profits et des risques inhérents à cette maîtrise. C'est la raison pour laquelle, la participation aux pertes et aux risques de l'entreprise exclut la qualification de contrat de travail. Mais, et la décision rapportée en témoigne, ce n'est pas seulement la question de la charge des risques qui compte – sinon il suffirait de faire peser les risques sur un prestataire pour qu'il soit privé de la qualité de salarié – mais également la maîtrise de la capacité de profits. En l'espèce, sans clientèle propre, sans locaux, sans liberté d'entreprendre du fait de la clause de non-concurrence, les formateurs ne pouvaient être considérés comme indépendants dès lors que leur manquait l'un des attributs de leur indépendance: la capacité de profit. Par effet, celui qui n'a pas sa propre indépendance, sa propre entreprise, doit être traité comme un salarié en ce qu'il participe en réalité à l'entreprise d'autrui⁶².

Ainsi donc, l'arrêt *Formacad* témoigne d'une conception souple de la qualification du lien de subordination, innervée par l'idée d'intégration économique dans l'entreprise d'autrui. Cela pourrait laisser penser que mécaniquement, les chauffeurs Uber pourraient être requalifiés en travailleurs subordonnés au sens de la jurisprudence de la deuxième chambre civile. Mais l'évidence est-elle si certaine? Nous ne le croyons pas et, au contraire, les pratiques contractuelles inhérentes au modèle d'affaire d'Uber invitent à considérer les limites propres de la catégorie juridique de contrat de travail.

II. - Les limites d'une catégorie

Précisons l'ambition: il n'est pas ici question de participer à l'estocade généralisée contre le contrat de travail, et la subordination en particulier. Il s'agit en revanche de comprendre et d'évaluer, d'un point de vue juridique, les limites internes à la catégorie elle-même (A) afin de réfléchir à la manière de (re-)penser le plus essentiel: la considération pour les travailleurs qui ne relèvent pas de la catégorie de contrat de travail mais dont la situation justifie néanmoins une forme de protection (B).

A. - Les difficultés d'une extension

L'une des difficultés posées par les situations de travail des chauffeurs Uber tient à l'intermédiation sur

(58) C. Radé, « Des critères du contrat de travail. Protéger qui exactement? Le tentateur, le sportif amateurs, le travailleur? », Dr. soc. 2013. 202.

(59) C. Radé, préc.; v. égal., H. Groutel, « Le critère du contrat de travail », in *Tendances du droit du travail français contemporain: études offertes à G.-H. Camerlynck*, Dalloz, 1977, p. 49, not. p. 58: « Ainsi, ce que l'on continue d'appeler la subordination n'est plus, d'une manière générale en droit social, qu'un ensemble de circonstances, au demeurant fort diverses, permettant d'affirmer que le travailleur est l'un des éléments humains occupant une place dans une entreprise dont il n'est pas l'organisateur: il est celui qui appartient à une entreprise. Inversement, il n'est pas un travailleur subordonné si l'on peut considérer qu'il a lui-même mis en œuvre sa propre entreprise ».

(60) T. Pasquier, *L'économie du contrat de travail. Conception et destin d'un type contractuel*, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit social », T. 53, 2010. Pour une analyse renouvelée et stimulante des rapports entre l'autoentreprise et les risques, v. égal. N. Levratto et E. Serverin, « L'auto-entrepreneur, au risque de l'entreprise », <http://k6.re/jzAZV>.

(61) T. Pasquier, préc.

(62) M.-L. Morin (dir.), *Prestation de travail et activité de service*, Doc. fr., coll. « Cahier Travail et Emploi », ministère de l'emploi et de la solidarité, 1999, 231 p.

laquelle elle repose : il est question d'une relation de travail triangulaire dans laquelle un client bénéficie d'une prestation par l'intermédiaire d'un tiers, en l'espèce, d'un tiers numérique. Mais alors que dans les relations de travail triangulaires régies par le droit du travail, le tiers est l'employeur de droit du prestataire, dans les relations numériques, le prestataire, du fait de sa qualité d'indépendant, n'est pas dans une relation d'emploi salarié avec la plateforme numérique et supporte en conséquence tous les risques liés à son activité⁶³. Pourrait-il en être autrement ? En dépit de l'extension que semble réaliser l'arrêt *Formacad*, il n'est pas certain que la qualité de salarié soit acquise pour les chauffeurs Uber. À cela deux raisons principales, qui constituent autant de limites à l'extension.

1. - L'obstacle de la loi

Le problème posé par Uber tient en une considération simple : la société n'exerce pas de pouvoir, elle coordonne des systèmes d'information. Ainsi, les chauffeurs sont-ils libres de leur activité, maîtres de leur temps, affranchis de l'obligation de travailler, etc. Trois « pratiques » pourraient cependant s'avérer délicates pour la société Uber. Celle d'abord, fort connue, de la détermination unilatérale du prix de la course et du taux des commissions. À deux reprises, au moins, en novembre 2015 et en décembre 2016, Uber a imposé une politique de prix à ses chauffeurs, qui d'ailleurs s'en émeuvent collectivement. Or il est constant que la détermination unilatérale du prix de la prestation constitue un indice fort de l'existence d'un pouvoir. Ensuite, Uber impose à ses chauffeurs un ensemble d'obligations, de la tenue vestimentaire en passant par la propreté du véhicule jusqu'à la fameuse bouteille d'eau, qui, s'il se donne comme l'expression d'une politique commerciale, pourrait s'envisager comme les indices d'une contrainte sur le travail lui-même. Enfin, il n'est pas douteux que la pratique de la fermeture à l'accès au réseau – sur le fondement des notations clientèles, en toute « objectivité numérique » – puisse s'interpréter comme une manifestation d'un pouvoir de sanction. On ajoutera que, suivant précisément la décision *Formacad*, le fait que les chauffeurs ne soient

pas titulaires d'une clientèle propre, puisque celle-ci « appartient » à Uber, ajoute encore à l'apparence de salariat. On pourrait alors légitimement penser qu'en articulant habilement la solution retenue dans l'arrêt *Formacad* et celle issue de l'arrêt *Labanne*⁶⁴, le potentiel de requalification en contrat de travail n'est pas mince. Mais c'était sans compter sur l'action du législateur.

La loi Travail, en effet, en son article 60, prévoit l'introduction d'un nouveau titre dans la Partie VII du Code du travail, dédié aux travailleurs indépendants recourant, pour l'exercice de leur activité professionnelle, à une ou plusieurs plateformes de mise en relation par voie électronique. Le nouveau régime, qui sera étudié plus avant, prévoit l'« extension »⁶⁵ de certaines protections issues du droit du travail – en matière d'accidents du travail, de formation professionnelle, ou encore de droits d'action collective – aux travailleurs ubérisés. Aux termes de la loi, ce nouveau régime est « réservé » aux travailleurs indépendants. Ainsi, la question se pose de savoir si cette limitation augure de la qualité juridique des prestataires de l'économie numérique, ou bien simplement d'un champ d'application. Pour la première fois, en effet, le législateur semblerait, non plus seulement présumer la qualification de travailleur indépendant, mais également imposer cette qualification et fermer toute possibilité de requalification. Deux interprétations sont envisageables. Au plus fort, on peut considérer que les chauffeurs qui travaillent avec une ou plusieurs plateformes sont nécessairement indépendants, c'est-à-dire non salariés, et que toute contestation de cette qualité soit proscrite du fait de la formule légale. S'en déduirait alors que le législateur a entendu, par ces nouvelles dispositions, « enfermer » les chauffeurs de VTC dans le domaine de l'indépendance... Mais l'on doit considérer que cette interprétation n'est pas pertinente. Au contraire, en effet, il est bien plus probable que le législateur a simplement entendu circonscrire le champ d'application des dispositions concernées aux travailleurs indépendants, sans préjuger de la possibilité pour eux de discuter leur qualité juridique sur le terrain de la qualification du contrat de travail. On rappellera à ce titre le contentieux des franchisés⁶⁶ – Yves Rocher⁶⁷, SFR⁶⁸, ou

(63) B. Gomes, « Le *crowdworking*. Essai sur la qualification du travail par intermédiation numérique », RDT 2016. 464.

(64) Dans l'arrêt *Labanne*, la Cour de cassation avait affirmé, à propos des chauffeurs locataires de véhicule équipé taxi, que « nonobstant la dénomination et la qualification données au contrat litigieux, l'accomplissement effectif du travail dans les conditions précitées prévues par ledit contrat et les conditions générales y annexées, plaçant le "locataire" dans un état de subordination à l'égard du "loueur" et qu'en conséquence, sous l'apparence d'un contrat de location d'un "véhicule taxi", était en fait dissimulée l'existence d'un contrat de travail ». Le retentissement de cette décision doit autant à la qualité de ses termes qu'à ceux des commentaires dont elle a été l'objet. Puis vint l'arrêt *Taxitel* de 2005 dans lequel la Cour affirme « qu'en se bornant à analyser certaines clauses du contrat, sans rechercher si indépendamment des conditions d'exécution du travail imposées par les nécessités de police administrative, dans les faits, les sociétés avaient le pouvoir de donner des ordres et des directives relatifs non pas au seul véhicule objet du contrat de location mais à l'exercice du travail lui-même, d'en contrôler l'exécution et d'en sanctionner les manquements, la cour d'appel, qui n'a pas caractérisé le lien de subordination, n'a pas donné de base légale à sa décision ». Prenant une forme de contre-pied de l'arrêt *Labanne*, l'arrêt *Taxitel* réaffirme la valeur de l'exercice d'un pouvoir de direction, non seulement sur le véhicule objet du contrat, mais également sur le travail lui-même.

(65) Précisons immédiatement qu'il ne s'agit pas d'une application partielle ou totale du droit du travail, mais d'une extension *ad hoc*, c'est-à-dire d'une inspiration puis une application particulière de certaines techniques du droit du travail à des travailleurs indépendants. Sur cette démarche d'inspiration, v. E. Peskine, « Entre subordination et indépendance : en quête d'une troisième voie », RDT 2008. 371.

(66) Soc. 4 déc. 2001, n° 99-41.265, D. 2002. 1934, et les obs., note H. Kenfack ; *ibid.* 3007, obs. D. Ferrier ; Dr. soc. 2002. 158, note A. Jeammaud.

(67) V. not. Soc. 13 janv. 2010, n° 09-41.644, D. 2011. 540, obs. D. Ferrier ; 9 mars 2011, n° 09-42.901, D. 2011. 888 ; Dr. soc. 2011. 715, obs. E. Dockès.

(68) Soc. 1^{er} févr. 2011, n° 09-40.033.

encore Petit Casino⁶⁹ – dans lequel la Cour de cassation n'hésite pas à prononcer, alternativement, la qualification de contrat de travail ou l'application de la Partie VII du Code du travail suivant les conditions d'exécution de la prestation. Ainsi, les dispositions applicables aux gérants non salariés prévoient également la fixation des conditions de la prestation et du prix par le prestataire, ce qui n'a pas empêché la Cour de cassation de reconnaître la qualité de travailleur subordonné à des franchisés dès lors, justement, que les faits laissaient apparaître, non seulement un pouvoir de définition des conditions l'activité – économique –, mais également un pouvoir de direction, de contrôle et de sanction. La subordination est en effet plus large que le contrôle de l'activité: elle vise encore le contrôle du travail – l'arrêt *Société Générale* pourrait ici recouvrir une fonction de défense de la catégorie de contrat de travail. Il faudra donc attendre les premières décisions de justice pour savoir si les juges succomberont à la force de l'appellation d'indépendant. Gageons cependant qu'ils ne se laisseront pas facilement dépouiller de leur pouvoir de requalification. Mais il est une seconde limite sans doute plus redoutable.

2. - L'obstacle des faits

Cette limite tient à la configuration particulière des relations de travail ubérisées. Le temps n'est sans doute plus à l'imagerie d'Épinal d'un chauffeur travaillant exclusivement pour Uber avec son véhicule personnel, financé à crédit. Aujourd'hui, les situations sont plus complexes. Et c'est alors les configurations juridico-factuelles qui pourraient constituer autant d'obstacles à la requalification. *Première hypothèse*: le chauffeur travaille « à temps perdu » pour Uber, c'est-à-dire en complément d'une activité principale. Si la société Uber a été contrainte de mettre fin à Uber Pop⁷⁰, il n'en demeure pas moins que la configuration était possible. Or comment la jurisprudence considère-t-elle les cas de pluriactivités? À suivre l'exemple des médecins libéraux qui travaillent à la fois à titre principal pour eux-mêmes et à titre accessoire pour un établissement de santé, il semble que la Cour de cas-

sation exclut à leur propos, en dépit même des indices de subordination, la qualité de salarié⁷¹. En somme, il apparaît que l'exercice libéral à titre principal exclut la qualité de salarié à titre accessoire. Mais, plus avant, encore, une *deuxième hypothèse* est à envisager: celle dans laquelle les chauffeurs travaillent, non seulement pour Uber, mais également pour d'autres prestataires de services de transport, du type Chauffeur privé, Heetch ou Le Cab. En effet, dès lors que le chauffeur n'est pas exclusivement lié à Uber, ne doit-on pas considérer qu'il ne peut pas bénéficier de la qualité de salarié puisqu'il dispose d'une forme de clientèle, à tout le moins constituée par le réseau de plateformes avec lequel il travaille? C'est en tout cas ce qui pourrait être déduit des décisions relatives à l'analyse de la clientèle des avocats notamment⁷². La difficulté est d'ailleurs double: à supposer même que la qualité de salarié leur soit reconnue, avec quel(s) client(s) conviendrait-il d'établir la relation de contrat de travail? *Autre hypothèse*, encore, celle des chauffeurs Uber employeurs. On sait qu'Uber « incite » ses chauffeurs à passer leur « capacité »⁷³. Cette capacité, qui est une formation à l'indépendance et à la gestion d'entreprise, autorise les chauffeurs Uber à devenir eux-mêmes gestionnaires de chauffeurs de VTC... des quasi-salariés employeurs, donc... Comment leur conférer la qualité de salarié cependant qu'ils se comportent comme de véritables employeurs? *Dernière hypothèse*, des plus délicates, celle des chauffeurs qui louent leur véhicule auprès d'une société spécialisée dans la location de VTC et qui sont en même temps partenaires de la société Uber. Les chauffeurs sont enserrés dans un double lien: celui de la location d'un côté, celui de la prestation de service de l'autre. Si l'on applique la jurisprudence *Labanne*, c'est le lien entre le chauffeur et la société loueuse qui pourrait être saisi. Si au contraire, on applique l'arrêt *Formacad*, c'est le lien entre le chauffeur et la société Uber qui pourrait faire l'objet d'une requalification. Mais en définitive, pourquoi choisir l'un plutôt que l'autre alors qu'ils participent tous deux de même processus économique?

(69) En matière de clause de non-concurrence, v. Soc. 27 mars 2013, n° 12-12.892, D. 2013. 924; *ibid.* 2812, obs. Centre de droit de la concurrence Yves Serra; Dr. soc. 2013. 558, obs. M. Poumarède; sur la liberté syndicale, v. Crim. 11 oct. 2011, n° 10-86.944, D. 2011. 2734; Dr. soc. 2012. 720, chron. R. Salomon et A. Martinel; RTD com. 2012. 76, obs. B. Saintourens.

(70) V. not. L. Gamet, « Uber Pop (f) », Dr. soc. 2015. 929.

(71) Soc. 19 juin 2014, n° 13-19.490; v. égal. 21 juin 2012, n° 11-17.294.

(72) Civ. 1^{re}, 9 déc. 2015, n° 14-26.427; 9 oct. 2013, n° 12-23.718, D. 2013. 2407; Dr. soc. 2014. 11, chron. S. Tournaux; 11 juill. 2012, n° 11-13.809.

(73) Le système capacitaire repose sur une possibilité offerte par la loi dite LOTI de faire travailler des chauffeurs sans nécessairement que ceux-ci remplissent les exigences légales applicables aux chauffeurs VTC. C'est l'un des enjeux de la loi dite Leroux/Grandguillaume n° 2016-1920 adoptée le 29 déc. 2016 relative à la régulation, à la responsabilisation et à la simplification dans le secteur du transport public particulier de personnes publiée (JO 30 déc.) – dont l'objet est le suivant: « Constatant que "l'offre de transport léger extérieure au service public est historiquement éclatée entre plusieurs régimes juridiques ayant chacun sa logique propre" et que "le développement du numérique et la demande accrue de transports publics les ont rapprochées", les auteurs de ce texte estiment que, "dans ce contexte, le maintien de réglementations cloisonnées, en décalage avec la réalité économique, est source de nombreuses tensions pénalisant au premier chef les conducteurs, auxquels la présente proposition entend remédier". En s'appuyant sur les concertations conduites par Laurent Grandguillaume à la demande du gouvernement à la suite des mouvements sociaux déclenchés début 2016 par l'ensemble des conducteurs, taxis, VTC et véhicules utilisés en application de l'art. 29 de la loi d'orientation des transports intérieurs (LOTI), ils souhaitent, par cette loi, poursuivre la démarche entreprise par la loi n° 2014-1104 du 1^{er} oct. 2014 relative aux taxis et aux voitures de transport avec chauffeur et le décret n° 2014-1725 du 30 déc. 2014 relatif au transport public particulier de personnes, pour "une plus grande cohérence entre les différents régimes et une meilleure régulation des centrales". Ils proposent notamment de modifier le régime juridique des "LOTI" afin de mettre fin aux détournements urbains (art. 4) ».

En somme, ainsi que l'a particulièrement bien identifié une auteure, c'est le *spectre du réseau*⁷⁴ qui vient ici mettre cause les mécanismes de qualification traditionnelle du contrat de travail. À ce titre, le *paradigme de l'entreprise*, tel qu'il résulte notamment des pratiques de qualification du contrat de travail, continue de constituer un voile particulièrement difficile à lever pour comprendre les phénomènes d'entreprise en réseau. Dès lors que l'entreprise est réduite à une organisation hiérarchique, liant *un* salarié à *un* employeur dans le cadre d'une communauté de travail, le droit du travail butera sur les organisations réticulaires qui substituent à la coordination par un *pouvoir unifié*, une coordination par un contrôle des *systèmes pluriels*. C'est alors le phénomène d'intégration économique et numérique qui doit être saisi. Cela d'autant plus que, de plus en plus régulièrement, les travailleurs ubérisés exercent leur activité, non plus individuellement, mais par le biais d'une forme sociétaire, parfois en s'associant avec d'autres chauffeurs. Le temps n'est donc plus seulement à l'entrepreneur individuel économiquement dépendant d'une plateforme mais à l'intégration d'organisation de travail et de profit dans des organisations plus grandes, souvent de dimension internationale, qui captent une part des profits, contrôlent le déploiement de l'activité, sans supporter les risques générés par cette activité. Pour saisir ce « deuxième âge » de relations numériques intégrées, les solutions existent, mais elles demeurent encore au stade embryonnaire. Il convient toutefois de tenter de les développer pour répondre au mieux au besoin de protection des travailleurs non salariés.

B. - Les voies d'une recomposition⁷⁵

Comment imputer aux plateformes numériques les conséquences juridiques et sociales que les conditions qu'elles imposent à l'activité des prestataires ubérisés justifient? Plusieurs raisons légitiment l'encadrement juridique de ces nouvelles pratiques d'intégration économique-numérique. Du côté économique, nombre de théories ont démontré que l'activité de coordination des acteurs était une source de profit quasi équivalente à celle de la production de biens et de services⁷⁶. Or l'une des caractéristiques essentielles des activités numériques repose sur le fait que la clé ne se trouve plus dans la détention des moyens de production, mais dans le contrôle des systèmes d'information qui

les coordonnent⁷⁷. Le profit retiré, même de manière partagée, doit justifier une forme de protection, cela d'autant que, du fait de leur indépendance, les travailleurs ubérisés supportent seuls les risques de l'activité. Du côté juridique, il n'est pas douteux que l'intégration économique des agents s'abstrait du modèle de la hiérarchie pour se mouvoir dans une troisième voie, celle du réseau, dans laquelle l'organisation se construit entre l'entreprise et le marché. La force de cette forme d'organisation réside dans le fait de masquer son influence au plan juridique tout en assurant sa performance par des mécanismes de contrôle de la valeur et du profit, et d'intégrer en son sein, non seulement des travailleurs indépendants, mais également des organisations de travail, qui deviennent les agents de son propre profit.

Les voies de l'imputation des conséquences économiques et sociales et du contrôle de ces formes d'organisation en réseau numérique sont diverses. Au plus près, on peut proposer d'envisager la création d'un nouveau contrat de travail *ad hoc*⁷⁸: le contrat de travail numérique, cependant que le législateur contemporain paraît peu enclin à suivre cette voie. Dépasant alors le cadre du contrat de travail, il est encore possible d'envisager une application du droit du travail sans contrat de travail, et la création d'un statut de l'intégration numérique. Cette perspective a l'avantage d'une consécration législative récente. Au plus loin, on doit enfin envisager la création d'un véritable statut de l'activité professionnelle, émancipée de la figure tutélaire du travailleur salarié, qui permettrait la promotion à la fois des droits des organisations de travail intégrées dans le réseau des plateformes et de ceux des travailleurs du numérique qui ne relèvent pas nécessairement de la sphère marchande.

1. - Le renouvellement des frontières de la subordination: la voie du contrat de travail numérique

Le modèle du contrat de travail peut-il s'envisager comme l'une des voies de l'encadrement du travail numérique? Bien que le législateur soit récemment intervenu dans des termes différents, l'hypothèse n'est pas à exclure. Elle suppose, ainsi que l'avait bien montré Mark Freedland⁷⁹, de renouveler notre compréhension des frontières de la subordination et de la catégorie de contrat de travail, en y intégrant les situations mixtes qui mélangent l'indépendance et la subordination. En somme, il s'agit d'intégrer dans la catégorie de travail-

(74) E. Peskine, *Réseaux d'entreprise et droit du travail*, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit social », 2008, 379 p.; v. égal. « Entre subordination et indépendance: en quête d'une troisième voie », RDT 2008. 371.

(75) A. Supiot, « Les nouveaux visages de la subordination », Dr. soc. 2000. 139; v. égal. « Indépendance et salariat », La nouvelle revue du travail 2014, n° 5.

(76) R. Cooper, *Coordination games*, Cambridge university press, 1999; P. Milgrom et J. Roberts, « The economics of modern manufacturing », *American Economic Review*, 80(3), juin 1990, p. 511-528.

(77) A. Supiot, *Au-delà de l'emploi*, préc., p. XLII.

(78) E. Lederlin, « Le travail numérique à l'épreuve du droit social. L'appréciation du lien de subordination selon le principe de réalité », JCP S 2015. 1415.

(79) M. Freedland, *The Personal Employment Contract*, OUP 2003; M. Freedland, « From the Contract of Employment to the Personal Work Nexus », 35 *Indus. L. J.* 6 (2006); en langue française, M. Freedland, « Sur l'application du droit du travail et de l'emploi au-delà du contrat de travail », *Rev. internat. trav.*, vol. 146, n° 1-2, 2007, p. 3; v. aussi O. Leclerc, « La dépendance économique en droit du travail. Éclairages en droit français et en droit comparé », RDT 2010. 83.

leurs salariés les quasi-indépendants, ni tout à fait salarié ni tout à fait indépendant. À ce titre, le droit français n'est pas sans ressource.

L'une des techniques qui pourraient être utilisées est celle de l'extension de la catégorie de contrat de travail par présomption de contrat de travail. C'est la voie qui fut suivie au milieu du XX^e siècle pour intégrer dans le champ du salariat les VRP, journalistes et autres mannequins. Cette solution permettrait de lever les obstacles précédemment identifiés à l'analyse des configurations contractuelles issues de la pratique. Les chauffeurs de VTC ont-ils recours au service d'une pluralité de plateformes, laissant ainsi entrevoir l'existence d'une forme de clientèle? Les dispositions dédiées aux journalistes ou encore aux VRP multiscartes précisent que la qualification de contrat de travail est présumée quand bien même les prestataires auraient un ou plusieurs clients... À cela une raison simple: être client d'intermédiaires de travail, ce n'est pas avoir une clientèle. Les chauffeurs sont-ils rémunérés non pas au temps mais au forfait? Les dispositions applicables au travailleur à domicile notamment le prévoient comme une condition d'application expresse de la législation. Sont-ils totalement libres de leur temps? Peuvent-ils même refuser la prestation? Travaillent-ils avec leur propre instrument de travail? Travaillent-ils même avec des tiers? Cela n'est pas un obstacle à l'application du droit du travail, ainsi que l'attestent les dispositions relatives aux travailleurs à domicile. À ces dispositions anciennes, on ajoutera celles du portage salarial, récemment renforcées par une ordonnance de 2015⁸⁰. L'opération de portage, rappelons-le, est une opération tripartite qui permet à un entrepreneur de bénéficier du statut salarial par le truchement d'une structure *ad hoc* dite de portage salarial: le salarié porté cherche ses clients et exécute ses prestations, le client rétribue la société de portage et cette dernière rétrocède les honoraires en salaire et protection sociale pour le salarié porté. Cette configuration est assez radicalement éloignée de l'économie traditionnelle du contrat de travail⁸¹ en ce qu'elle autorise un entrepreneur, pourtant seul maître de sa clientèle, à pénétrer le domaine du salariat. Mais elle pourrait

s'envisager pour les travailleurs ubérisés: les chauffeurs seraient couverts par la société de portage tandis que la ou les plateformes numériques deviendraient le ou les clients des sociétés de portage. La désarticulation entre les formes juridiques de mise au travail et l'exécution concrète de la prestation serait patente. Mais ce montage aurait l'avantage de conférer aux chauffeurs un statut, salarial, cependant qu'ils continueraient de bénéficier de la « souplesse » de l'indépendance. Reste qu'il n'est pas certain que ceux-ci acceptent de perdre une grosse part de leurs revenus du fait de l'augmentation des charges sociales inhérentes au statut salarial. Mais la protection est sans doute à ce prix...

À cette technologie de l'extension, ajoutons que le droit du travail a développé ces dernières années des techniques particulièrement efficaces pour encadrer les nouveaux modes de contrôle de l'activité du salarié assis sur le numérique – dans l'entreprise et en dehors. Du contentieux de l'admissibilité de la preuve en passant par la protection de la vie privée jusqu'au récent droit à la déconnexion⁸², le droit du travail, loin de se laisser désactiver par les nouvelles technologies, épouse au contraire chacune de ses aspérités en leur imposant sa grammaire propre: l'objectivité, la loyauté, la dignité. Ainsi donc, la création d'un contrat de travail numérique pourrait être particulièrement opportune pour saisir les nouvelles relations de travail ubérisées. Cependant, outre le fait que le législateur n'a pas choisi de suivre cette voie, une question taraude: les travailleurs ubérisés veulent-ils être salariés? À lire et analyser les discours sur l'économie du numérique, le fait n'est pas acquis. Il n'est que de se plonger dans certains écrits pour se convaincre qu'au contraire, le salariat est l'anti-modèle du monde numérique. Cela, cependant, n'emporte pas d'exclure toute forme de protection. Et c'est à cette tâche que semble s'être attelé le législateur contemporain.

2. - La perspective du *tertium genus*⁸³: les contours d'un statut de l'intégration numérique

Plusieurs voies sont offertes au législateur pour encadrer les relations de travail numérique. Sensible à

(80) Ord. n° 2015-380, 2 avr. 2015.

(81) T. Pasquier, *L'économie du contrat de travail*, préc., p. 358 s.

(82) C. Mathieu, M.-M. Pérettié et A. Picault, « Le droit à la déconnexion: une chimère? », RDT 2016. 592.

(83) La question préalable qui pouvait se poser était celle de l'opportunité de la création d'un troisième genre entre subordination et indépendance. À cette question, l'on répondra assez nettement par la négative. À cela, deux raisons majeures. Au-delà de l'argument d'insécurité juridique tiré de la démultiplication des catégories juridiques soulevé par l'IGAS, c'est sur le plan de la politique juridique que la création d'une nouvelle catégorie doit être contestée: créer une catégorie intermédiaire entre subordination et indépendance aura pour effet de créer un appel d'air vers la nouvelle catégorie et de participer de l'externalisation juridique de nombreux salariés. À l'heure où le salariat et le droit du travail traversent une zone de turbulences sévères, il n'est sans doute pas opportun de charger encore plus certainement la barque sur laquelle ils naviguent. À cet argument d'inopportunité, il faut ajouter celui de l'inutilité. Pour le comprendre, il convient de rappeler, à grands traits, la teneur des expériences étrangères. Le caractère principal des catégories envisagées, telles que la *parasubordinazione* italienne ou le *TRADE* espagnol, est le lien d'exclusivité entre le travailleur et son cocontractant et le caractère personnel de la prestation de travail. L'idée est donc d'offrir à des prestataires qui sont juridiquement indépendants, mais dans une situation de dépendance économique à l'égard de leur prestataire du fait, notamment, du lien d'exclusivité qui les unit à leur fournisseur et du caractère personnel de la prestation, une forme de protection. Mais est-ce bien utile dans le système français? Comme on l'a vu précédemment, la notion de service organisé – ou encore l'interprétation faite par la 2^e chambre civile dans l'arrêt *Formacad* de l'absence d'indépendance véritable – a précisément permis d'intégrer dans le champ du droit du travail les travailleurs en situation de « dépendance existentielle ». Dès lors, si l'ambition d'une nouvelle catégorie se réduit à faire autrement, voire plus mal, ce que la jurisprudence fait déjà par le biais de la qualification de contrat de travail, autant ne rien faire. Cela d'autant plus que, comme le remarque justement un auteur, la question n'est pas vraiment celle d'une alternative entre des travailleurs salariés, des travailleurs

la considération fondamentale suivant laquelle le travail, qu'il soit exercé en indépendance ou sous le statut salarial, n'est pas une marchandise⁸⁴, une première approche consiste à protéger les travailleurs placés en situation de dépendance économique, ce qui fut longtemps le choix privilégié en Europe occidentale. Suivant une autre orientation, également essentielle, selon laquelle le droit, et le droit du travail en particulier, est, au même titre que le discours économique-gestionnaire, un discours sur l'organisation⁸⁵, il est encore possible de considérer que c'est le contrôle numérique exercé par les plateformes, non seulement sur leurs modèles d'affaires, mais encore sur l'activité de travail, qui justifie une forme de responsabilité spécifique. Entre ces deux voies, le législateur de la loi Travail ne semble pas avoir tranché, empruntant aux deux, sans toutefois peut-être aller au bout de la logique.

Du côté de la *dépendance économique*, l'article 60 de la loi Travail (C. trav., art. L. 7341-1 à L. 7342-6) prévoit un régime *ad hoc* inspiré du droit du travail⁸⁶, applicable aux travailleurs « indépendants » qui utilisent, pour l'exercice de leur activité professionnelle, une ou plusieurs plateformes de mise en relation par voie électronique. Le dispositif repose sur une prise en charge par la ou les plateformes de la cotisation éventuellement souscrite par le travailleur en matière d'accident du travail, de la contribution à la formation professionnelle qui est normalement à la charge des travailleurs indépendants, et des frais d'accompagnement de la validation des acquis professionnels que le travailleur est en droit de demander, ainsi qu'une indemnité de perte d'activité. Ce faisant, le législateur tranche une question de protection sociale déterminante : celle de la charge financière contre les accidents du travail. On sait en effet que les travailleurs indépendants, ceux notamment relevant du RSI, bénéficient d'une forme de protection contre les risques maternité, maladie,

ou encore vieillesse, mais qu'ils sont exclus du régime des accidents du travail et de l'assurance chômage. En procédant à un transfert de charge sur le terrain des cotisations d'accident du travail, le législateur pose les bases d'une protection sociale élargie des indépendants. Évidemment, on peut regretter que le législateur n'envisage pas de réintégrer les travailleurs indépendants dans le champ du régime général, ce qui, à coup sûr, constituerait un vrai bénéfice pour les travailleurs non salariés⁸⁷. Mais il s'agit ici d'un premier pas vers une protection sociale de l'indépendance pleinement assumée. Plus avant, le nouveau dispositif repose sur un régime de l'employabilité – formation et VAE – qui mérité d'être relevé. C'est sans doute un substitut fonctionnel à l'absence de prise en charge par le régime des indépendants du risque chômage, mais il n'en demeure pas moins que, dans une logique de protection contre les risques économiques, la possibilité pour les travailleurs numériques de se former et de faire valoir leurs compétences acquises aux frais des plateformes numériques constitue une avancée non négligeable dans la gestion de l'« emploi » non salarié.

On ajoutera à ce volet de la dépendance économique les ressources offertes par le droit civil et commercial. Il n'est que de rappeler la récente réforme du droit des obligations – qui a introduit dans le champ du droit commun le contrôle de la violence économique, des clauses abusives, ou encore de la révision pour imprévision⁸⁸ – et les dispositions relatives à la rupture des relations commerciales intégrées (C. comm., art. L. 442-6, al. 2), pour se convaincre du formidable potentiel que recèlent les autres branches du droit pour protéger les travailleurs ubérisés, non seulement contre les risques sociaux, mais également contre les abus de dépendance économique. C'est d'ailleurs l'une des tâches qui restent encore à accomplir sur le plan de la doctrine juridique : celle de la caractérisation de la

autonomes et des travailleurs indépendants, mais celle d'« une dynamique intrinsèque à l'auto-emploi qui le fait muter soit en direction d'une organisation partenariale ou entrepreneuriale, soit en travail intégré à une telle organisation ». En somme, l'alternative, tant sur le plan juridique qu'organisationnel, n'est pas celle d'un triptyque mais celle d'un diptyque entre le salariat intégré dans l'entreprise d'autrui et l'indépendance maîtresse de l'organisation de travail. Est-ce à dire qu'aucune protection n'est nécessaire ? Sans doute pas si l'on envisage que, de plus en plus, les organisations – même indépendantes juridiquement – sont directement intégrées ou coordonnées par une autre organisation – souvent de dimension internationale. Sur le troisième genre, v. A. Perulli, *Travail économiquement dépendant/parasubordination. Les aspects juridiques, sociaux et économiques*, Rapport pour la Commission européenne, 2003 ; v. égal. T. Pasquier, *L'économie du contrat de travail*, préc., p. 295 s. ; J. Barthélémy, « Essai sur la parasubordination », *Sem. soc. Lamy* 2003, n° 1134, p. 6 ; du même auteur, « Le professionnel libéral et les 35 heures », *Dr. soc.* 2000. 485 ; « Le professionnel parasubordonné », *JCP E* 1996. I. 606 ; A. Supiot, « Les nouveaux visages de la subordination », *Dr. soc.* 2000. 139 ; E. Peskine, « Entre subordination et indépendance : en quête d'une troisième voie », *RDT* 2008. 371 ; Rapport sur *Le travail économiquement dépendant* de P.-H. Antonmattéi et J.-C. Sciberras, 2008 ; *Travailleurs Indépendants Économiquement Dépendants, Mesures statistiques, enjeux et opportunités*, Projet mis en place dans le cadre du programme Relations industrielles et dialogue social

de la Direction générale emploi, affaires sociales et inclusion de la Commission européenne, 2014. Rapport de l'IGAS, *Les plateformes collaboratives, l'emploi et la protection sociale*, nov. 2016.

(84) K. Polanyi, *La grande transformation. Aux origines politiques et économiques de notre temps*, Gallimard, coll. « NRF », 1991, 417 p.

(85) G. Teubner, « Nouvelles formes d'organisation et droit », *Revue française de gestion*, 1993, nov.-déc., p. 50.

(86) Sur la technique de l'inspiration à partir des dispositions du droit du travail, v. E. Peskine, « Entre subordination et indépendance : en quête d'une troisième voie », *RDT* 2008. 371.

(87) En effet, ce qui comptera à l'avenir sera sans doute moins la question du salariat que celle de l'intégration des indépendants dans le régime général de la protection sociale. Y. Struillou, « Le numérique pour la question d'un statut social couvrant les risques sociaux », *Le Monde*, 18 mai 2015.

(88) Sur les incidences de la réforme du droit des contrats en matière de droit du travail, v. not. *Dr. soc.* 2016. 650, obs. S. Tournaux ; Y. Pagnerre, « Impact de la réforme du droit des contrats sur le contrat de travail », *Dr. soc.* 2016. 727 ; M. Fabre-Magnan, « Réforme du droit des contrats », *Sem. soc. Lamy* 2016. 1715 ; L. Bento de Carvalho, « L'incidence de la réforme du droit des contrats sur le régime du contrat de travail : renouvellement ou *statu quo* ? », *RDT* 2016. 258.

dépendance économique dans son sens d'intégration économique ⁸⁹.

Du côté du *contrôle de l'organisation numérique*, la loi prévoit la possibilité pour les travailleurs de constituer une organisation syndicale et d'y adhérer, et une protection spéciale en cas d'action collective contre les mesures de représailles de l'employeur, ce qui s'inscrit dans la seconde dimension d'un statut de l'intégration numérique centré sur les mécanismes de compensation des effets liés au contrôle numérique. La faculté de coalition et d'action collective constitue sans conteste la contrepartie nécessaire au pouvoir de contrôle qui résulte de la coordination du réseau numérique par les plateformes. On pourrait trouver ces excroissances du droit du travail un peu faibles, notamment du fait que les droits de coalition et d'action collective ne sont, ni au plan constitutionnel ni au plan européen, réservés aux travailleurs salariés. Il n'en demeure pas moins que la création d'un régime d'immunité contre les représailles de l'employeur en matière d'action collective ou de coalition constitue une vraie avancée dans l'élaboration d'un régime juridique du travail indépendant. En outre, dire que les travailleurs indépendants peuvent faire grève et s'organiser collectivement ne relève pas de l'évidence, ainsi que l'introduction des instances de représentations professionnelles dans les réseaux de franchise l'atteste. Aussi convient-il sans doute de ne pas trop « éreinter » le régime proposé par le législateur qui, bien qu'en deçà du régime des *TRADE* espagnols sur le plan de la protection de la vie personnelle ou des droits de sécurité sociale, constitue une première pierre à un édifice prometteur : celui du droit du travail non salarié.

À cela, on ajoutera également que le cœur du modèle d'affaires des plateformes numériques ne repose pas sur la détermination des conditions de travail, ni même sur la détention des moyens de production – puisqu'elles ne sont pas propriétaires des biens dont elles tirent profit du fait de l'activité de travail produite par les travailleurs numériques – mais sur le *pouvoir de coordination*, qui se concrétise par un contrôle de l'algorithme et des données numériques – *Data* et *Cloud*. Ici, plusieurs questions émergent : quel régime juridique attribuer aux « notations » clients et quelles conséquences les plateformes peuvent-elles en tirer ? Quelles protections offrir

aux travailleurs dits indépendants en termes de respect de la vie privée et de droit à la santé ? Ce qui fait encore défaut, c'est la dimension relative au contrôle de l'activité des travailleurs numériques, ce contrôle étant à la fois entendu dans le sens de l'évaluation de la prestation de travail et du contrôle de l'activité et des déplacements du prestataire. On est d'autant plus surpris que, précisément, le *TRADE* espagnol prévoit un certain nombre de garanties du point de vue du respect de la vie privée du travailleur économiquement dépendant et de garanties des droits et libertés fondamentales ⁹⁰.

3. - Vers un droit du travail sans adjectif : la perspective d'un droit de l'activité professionnelle

La considération pour un droit de l'activité – *sans adjectif*, comme disent les auteurs italiens – est ancienne et elle peut prendre plusieurs formes. Suivant les traces de Gérard Lyon-Caen ⁹¹, on peut envisager de « penser » le droit de la prestation numérique non salariée à partir des éléments de droit positif. Partant de l'hypothèse de l'existence de principes communs entre le travail salarié et le travail non salarié, l'auteur distinguait entre le travail non salarié individuel et le travail non salarié en société, et il recensait l'ensemble des dispositifs à la disposition des travailleurs non salariés. Cet ouvrage était un *vade-mecum* du travail non salarié, pétri de droit social, de droit commercial, de droit des sociétés, de droit civil ou encore de droit de la concurrence. Suivant l'orientation d'Alain Supiot ⁹², la création d'un droit de l'activité relèverait de la considération pour la dimension personnelle inhérente à toute activité de travail et justifierait la mise en place d'un droit du travail général dessiné par cercles concentriques – au plus large, les droits fondamentaux applicables à toute activité de travail ; au milieu, les droits réservés aux travailleurs en situation de dépendance économique ou contractuelle ; au centre, les droits des salariés – et articulé par des droits de tirage sociaux – permettant une mise en œuvre concrète et choisie des libertés fondamentales garanties par l'ordre juridique ⁹³.

La loi Travail, de ce point de vue, apporte une pierre non négligeable à l'édifice de la création d'un droit de l'activité professionnelle. En introduisant le compte personnel d'activité, les dispositions de la Partie VII sur les plateformes numériques, ou encore la mise en

(89) F. de Boüard, *La dépendance économique née d'un contrat*, LGDJ, coll. « Bibliothèque de l'Institut A. Tunc », t. 13, 2007, 517 ; C. Del Cont, « L'appréhension juridique du phénomène de dépendance économique », in *Les nouvelles formes organisationnelles*, Economica, 1999, 257 ; G.-J. Virassamy, *Les contrats de dépendance, essai sur les activités professionnelles exercées dans une dépendance économique*, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit privé », t. 190, 1986, 334 p.

(90) En conséquence, penser un droit de l'intégration numérique implique de mettre à jour un régime à deux temps. Un droit de la *dépendance économique*, sensible aux questions de protection sociale, mais également à l'*abus* – articulant les dispositions déjà fort nourries du droit commercial, not. l'art. L. 442-6, al. 2, C. comm. sur les ruptures des relations commerciales intégrées, et du droit civil, notamment au regard des nouvelles dispositions issues de la réforme du droit des obligations. Nécessairement, cette branche de l'alternative implique de réfléchir la dépendance économique, non seulement en négatif – abus et dépendance existentielle –, mais également en positif – techniques contractuelles d'intégration économique et de contrôle de l'activité. Un droit du *contrôle numérique*, ensuite, qui se décomposerait en un régime du *contrôle de la qualité du travail* – l'évaluation numérique reposant sur des exigences d'objectivité et de justesse – et un droit du *contrôle de l'activité du travailleur* – donnant une place prépondérante aux questions de vie privée, de protection des données et de légalité des modes de preuve.

(91) G. Lyon-Caen, *Le droit du travail non salarié*, Sirey, 1990.

(92) A. Supiot, « Les nouveaux visages de la subordination », Dr. soc. 2000. 139 ; v. égal., *Au-delà de l'emploi*, préc., p. XLII.

(93) A. Supiot, « Vers un nouveau statut social attaché à la personne du travailleur ? », Dr. ouvrier 2015. 557 s.

place d'instance de représentation dans les réseaux de franchise, le législateur donne corps aux prémices d'un droit de l'activité, qui pourrait être également un droit de l'activité professionnelle.

Sans entrer ici dans le détail de ces nouveaux dispositifs, on doit souligner que la spécificité des activités numériques implique d'aller plus loin encore. En effet, à côté des activités ubérisées, c'est-à-dire de ces secteurs dans lesquels certains agents ont pénétré un marché – de transport, de service, etc. – par le truchement d'une application numérique, il est encore nombre d'activités de *jobbing* non encore encadrées et qui pourraient ne pas relever du droit du travail. On pense ici notamment à ce qu'il est convenu d'appeler le *digital labour*⁹⁴ ou encore le *crowdworking*⁹⁵, c'est-à-dire à l'ensemble de ces micro-tâches dématérialisées et à faible valeur ajoutée qui donne lieu à faible rétribution – du type *amazon mechanical turk* –, mais également aux activités d'entraide et de partage de service de pair à pair, reposant sur le modèle du don contre don. L'obstacle tient ici à la modicité des sommes versées, ou encore à la logique de don qui imprègne les échanges : on sait de ce point de vue que le juge notamment se montre sensible

à l'exception de travail gratuit lorsque les prestations envisagées ne relèvent pas d'une logique marchande ou encore quand la modicité des sommes rend difficilement applicable le droit du travail – suivant l'adage selon lequel « des choses de peu, le prêteur n'a cure ». Aussi bien serait-il aujourd'hui nécessaire de réfléchir, non seulement à un droit de l'activité numérique non salarié, mais également à un droit de l'activité numérique gratuite ou à faible rétribution⁹⁶.

Pour conclure, Uber pose au droit du travail des difficultés certaines mais ces difficultés ne sont sans doute pas insurmontables. Mieux même, elles pourraient être l'occasion de concrétiser un vieux rêve : celui de créer un droit du travail au sens large, garant de certaines valeurs fondamentales, telles que la dignité et la décence au travail. Sur ce point, il est particulièrement intéressant de relever les mots utilisés par les chauffeurs Uber lors du « conflit » qui les a opposés à la plateforme numérique au cours du mois de décembre 2016 : « humiliation », « dignité », « travail décent ». Tout n'est donc pas économique, dans le numérique. La question du « politique » doit au contraire être remise sur le métier afin d'envisager, vraiment, une autre politique du travail⁹⁷.

(94) D. Cardon, A. Casilli, *Qu'est-ce que le Digital Labor?*, INA Éditions, 2015, 101 p.

(95) B. Gomes, « Le *crowdworking*. Essai sur la qualification du travail par intermédiation numérique », RDT 2016. 464.

(96) T. Pasquier, « Le travail gratuit saisi par le droit du travail », in N. Martial-Braz et C. Zolynski (dir.), *La gratuité : un concept polymorphe*, Lextenso, coll. « Droit et économie », 2013, p. 223.

(97) E. Heyer, D. Meda et P. Lokiec, « Une autre voie pour le travail », *Le Monde*, 1^{er} mars 2016; A. Supiot, « Pour un droit du travail digne de ce nom », *Le Monde*, 16 oct. 2010; égal., *Au-delà de l'emploi*, préc., préf., « Les voies d'une vraie réforme du droit du travail ».