

LES NOUVELLES FORMES DE TRAVAIL « TOUS UBER » ?

Delphine ROBINET, avocat

Dorian JARJAT, avocat

Nathalie ATTIAS et **Guy MARTINET**, avocats, coprésidents
de la Commission Droit Social de l'ACE

Laurence DUMURE-LAMBERT, vice-présidente

■ L'atelier organisé lors du congrès de Lyon par la Commission de Droit social et qui s'est tenu le vendredi 18 octobre avait pour thème : « *Les nouvelles formes de travail : Tous Uber ?* ».

Ce thème particulièrement « *connecté* » sur l'actualité et l'irruption des nouvelles technologies dans le domaine social s'inscrivait naturellement dans le droit fil du congrès consacré à... l'IA (Intelligence Avocat), du moins sous son acception courante (Intelligence Artificielle), puisqu'il visait à déterminer, d'une part, dans quelle mesure les outils et technologies numériques pouvaient induire des modifications dans les conditions de travail et la réglementation du droit du travail, d'autre part, si le modèle dit « *Uber* » constituait ou non un exemple.

C'est ce qu'annonçait la présentation de l'atelier en ces termes : « *A l'heure de la disruption technologique, de nouvelles activités économiques et de nouvelles formes de travail apparaissent chaque jour chahutant le cadre classique des relations de travail. Face au développement de l'intelligence artificielle et de la robotique, aux nouvelles formes de travail indépendant type Uber : le contrat de travail est-il encore pertinent ? Comment peut-il / doit-il évoluer ? Comment accompagner nos clients DRH dans la gestion de ces nouvelles formes de travail du XXI^e siècle ?* ».

■ L'occasion était excellente de mettre en pratique la détermination de la Commission de Droit Social à favoriser les convergences entre Paris et les régions ; aussi une équipe lyonnaise et une équipe parisienne se sont réparties l'animation de l'atelier, **Delphine Robinet** et **Dorian Jarjat** côté lyonnais, **Laurence Dumure Lambert** et **Guy Martinet** côté parisien, tandis que **Nathalie Attias** était chargée de modérer les débats.

Comme c'est souvent – et de plus en plus – le cas en matière sociale, le traitement de ce thème impliquait de partir de considérations sociétales afin de mettre en perspective le cadre juridique dans lequel il venait inscrire.

Ce qui a conduit à dérouler le plan suivant :

PARTIE 1 : UBÉRISATION ET DROIT DU TRAVAIL :

POUR OU CONTRE UN NOUVEAU RAPPORT DE TRAVAIL

1.1. Qu'est ce que l'*uberisation* ?

1.2. L'écosystème des plateformes collaboratives

1.3. *Uber* et le contrat de travail

PARTIE 2 : LES NOUVELLES ORGANISATIONS DU TRAVAIL

INDUITES PAR LE NUMÉRIQUE

2.1. Les nouvelles formes de travail 4.0 confrontant un cadre juridique taylorien

2.2. Les nouvelles problématiques de sécurité de l'entreprise du fait de la numérisation

PARTIE 1

■ Travailler selon *Uber* signifie, *stricto sensu*, effectuer des tâches ou fournir des services par le truchement des infrastructures d'intermédiation que sont les plateformes digitales, dont le rôle consiste à utiliser les nouvelles technologies pour mettre en relation de manière directe et quasi instantanée, d'une part, des usagers (internauts, consommateurs de services, de biens ou de connaissances), d'autre part, des prestataires/contributeurs.

Ce terme, *Uber*, provient de la dénomination de la société *UberCab (SuperTaxi)* fondée à San Francisco en 2009 par Travis Kalanick, Garrett Camp et Oscar Salazar de retour d'un séjour à Paris après avoir expérimenté la même rigidité de la part des taxis parisiens qu'à San Francisco.

On parle aujourd'hui d'*uberisation* pour caractériser de manière générique le système des plateformes digitales qui vient d'être décrit, par extension du néologisme né en France en 2015 à la suite de la médiatisation des manifestations de chauffeurs de taxis contre le service *UberPop* de mise à disposition, *via* une plateforme, de VTC (Voitures de Transport avec Chauffeur) pilotées par des chauffeurs occasionnels.

Lato sensu, cette forme d'activité recouvre en effet un nouveau mode d'organisation du travail et d'économie dite collaborative, reposant sur la mutualisation et la gestion des flux plutôt que la possession, et donc sur un écosystème de partage et d'échange de pair à pair entre réseaux ou communautés connectés par des algorithmes d'appariement, où les consommateurs peuvent être à leur tour contributeurs –

et le deviennent en tout cas au travers des valeurs qu'ils créent (informations, données, avis) en se connectant, en faisant des recherches et en laissant des évaluations (*like*, étoiles et autres notations).

■ Cette nouvelle économie répond à la fois à des préoccupations d'ordre financier sur fond de crise économique, à une défiance et une remise en cause des marchés traditionnels, à un besoin d'autonomie et de créativité, à une prise de conscience environnementale concourant à privilégier l'authenticité des circuits courts ainsi que les rapports de confiance et de qualité qui leur sont associés.

Derrière cette modernité se retrouvent cependant des mécanismes juridiques qui sont ancrés – depuis longtemps pour certains d'entre eux – dans le droit du travail.

Mentionnons tout d'abord les formes de travail triangulaire reposant sur le principe d'une **relation tripartite**.

Qu'il s'agisse des opérations de **mise à disposition de salariés**, lesquelles sont autorisées si elles entrent dans le cadre légal du travail temporaire et, **hors cadre légal**, à la condition (i) qu'elles ne poursuivent pas un but lucratif ayant exclusivement pour objet un prêt de main d'œuvre – situation qui se matérialise souvent par un rapport de fausse sous-traitance et qui est sanctionnée par l'article L. 8241-1 du code du travail) ou (ii) qu'elles n'aient pas pour objet de causer un préjudice au salarié ou d'éluder l'application de dispositions légales ou de stipulations d'une convention ou d'un accord collectif (délit de marchandage prohibé par l'article L. 8231-1 du code du travail).

Qu'il s'agisse également du dispositif plus récent du **portage salarial** (articles L. 1254-1 et s. du code du travail), où le travailleur porté est placé dans une situation hybride, puisqu'il se comporte comme un indépendant – disposant par hypothèse d'une qualification et d'une autonomie qui lui permettent de rechercher lui-même les entreprises clientes puis de négocier avec elles la prestation et le prix avant de les mettre en contact avec la société de portage – tout en étant lié à ladite société de portage par un contrat de travail.

En outre et dans tous les cas, **l'exercice est limité par les règles visant à prohiber la dissimulation d'emploi salarié** (article L. 8221-5 du code du travail) **et la dissimulation d'activité exercée à titre indépendant** (article L. 8221-3 du code du travail).

■ Cela étant, le sujet qui est au cœur du modèle *Uber* et plus généralement de l'écosystème des plateformes collaboratives est celui de **la nature du lien juridique unissant les prestataires aux dites plateformes : salariés ou indépendants ?**

Tout vient de ce qu'*Uber*, qui est une plateforme de service à la demande (service de transport en l'occurrence), s'affirme de façon assumée non pas comme une entreprise de transport mais comme **une plateforme d'intermédiation** faisant intervenir des travailleurs **indépendants**, alors même que la réalité de ce statut indépendant est contestée en raison des conditions mêmes dans lesquelles les missions des chauffeurs sont exécutées.

Tel est d'ailleurs, à vrai dire, le cas d'autres plateformes qui font de même appel à des indépendants mais sans toutefois, du moins pour la plupart d'entre elles, que l'application de ce statut fasse difficulté. En même temps, il convient de relever aussi que beaucoup d'autres plateformes ne font pas mystère, quant à elles, d'employer des salariés et qu'au-delà de l'activité proprement dite des plateformes, celles-ci contribuent largement à la création indirecte d'emplois salariés. Il demeure que **le questionnement sur le statut de travailleur indépendant est concrètement soulevé par l'économie numérique**. Et ce, sous différents angles.

➤ En premier lieu, **le travail indépendant est-il vraiment en progression ?**

A cette interrogation, la réponse est certes **affirmative** : il est incontestable que le recours au travail indépendant grâce à l'économie numérique offre une opportunité d'intégration sociale aux chômeurs ou aux jeunes, constitue un choix revendiqué par les générations Y ou Z qui veulent garder la maîtrise de leur carrière, séduit tous ceux qui souhaitent optimiser leur temps libre afin de réaliser un complément de revenu ou occuper utilement leurs loisirs en participant à des activités valorisantes ou bien encore qui privilégient la mobilité professionnelle (comme les *slasheurs* inscrits sur plusieurs plateformes).

Mais cette réponse doit être nuancée. Si le travail indépendant s'est effectivement développé en France, encore cette progression est-elle restée cantonnée **dans des proportions modestes** et est-elle en grande partie consécutive à la **création du régime d'autoentrepreneur** par la *loi de modernisation de l'économie* (LME) du 4 août 2008 (voir J. Barthélémy et G. Cette, *Travailler au XXI^e siècle, l'uberisation de l'économie ?*, Odile Jacob).

Etant rappelé ici (i) que l'autoentreprise n'est pas un statut mais un **régime** donnant accès à des modalités simplifiées de paiement des charges sociales et de l'impôt sur le revenu, (ii) que ce régime est **devenu celui de microentrepreneur** à compter du 1^{er} janvier 2016 par l'effet de la *loi Pinel relative à l'artisanat, au commerce et aux très petites entreprises* du 19 juin 2014.

➤ En deuxième lieu, **peut-on vraiment parler de travail indépendant ?**

En pratique, c'est principalement **le souci de la protection des travailleurs indépendants** utilisant une plateforme de mise en relation par voie électronique qui est en question, d'aucuns n'hésitant pas à dénoncer un esclavage moderne et un déficit de représentation syndicale.

La loi Travail du 8 août 2016 a précisément commencé à remédier aux dérives qui peuvent être observées, en instaurant au travers des nouveaux articles L. 7341-1 et s. du code du travail **une responsabilité sociale des plateformes** qui se concrétise par la mise à leur charge du coût de l'assurance couvrant le risque d'accident du travail, par un droit d'accès à la formation professionnelle et à la VAE (Validation des Acquis

de l'Expérience) ainsi que par une protection en cas de mouvement collectif.

A ce stade, une référence doit être faite au **rapport établi en avril 2019 par l'Institut Montaigne**, lequel, après avoir analysé le mode de fonctionnement des plateformes et le profil des travailleurs des plateformes, recense une série de préconisations destinées à lever les causes d'insécurité juridique et sociale affectant les conditions de leur exercice professionnel.

➤ En troisième lieu, le travail indépendant ne dissimule-t-il pas un contrat de travail ?

A titre liminaire, il importe de rappeler que la loi et le code du travail ont apporté des débuts de clarifications :

- **d'un côté, la loi Madelin du 11 février 1994 a posé le principe d'une présomption de non salariat** pour les personnes immatriculées au registre du commerce et des sociétés, au répertoire des métiers, au registre des agents commerciaux, auprès de l'Urssaf ou inscrites au registre des transports ;
- **de l'autre, la Partie VII du code du travail a entendu couvrir par une présomption de salariat ou une assimilation au salariat un certain nombre de métiers** (VRP, journalistes, artistes de spectacle, mannequins, gérants de succursales, travailleurs à domicile et travailleurs portés, ainsi qu'on l'a vu ci-dessus).

Mais en approfondissant la réflexion, il est permis de **se demander si la notion de lien de subordination, telle qu'elle a été définie par la Cour de cassation pour distinguer le travail salarié du travail indépendant est encore pertinente.**

Rappelons que la Cour de cassation a finalement retenu **les critères juridiques qui caractérisent ce lien** – direction et contrôle du travail, associés à la faculté de sanctionner les manquements – **et non les critères économiques** – tels que, par exemple, l'incidence du nombre de donneurs d'ordres, de la durée des relations ou de la hauteur du chiffre d'affaire réalisé avec un même donneur d'ordres (arrêt *Bardou* du 6 juillet 1931, arrêt *Société Générale* du 13 novembre 1996).

Or, quel peut être aujourd'hui l'avenir de cette jurisprudence alors que le travail s'exerce désormais dans un contexte où le lieu, le temps et le mode d'accomplissement du travail ne sont plus ceux de l'univers hiérarchisé de la prescription et du contrôle propre à l'entreprise taylorienne ?

Surtout lorsque l'on songe que la Cour de Justice des Communautés Européenne a formulé, il y a déjà de nombreuses années, une définition du travail qui ne repose pas sur le contrat de travail mais sur **la relation de travail** (arrêt *Lawrie Blum* du 3 juillet 1986).

Diverses pistes sont ainsi proposées pour **encadrer le travail indépendant** :

- les unes visant de manière pragmatique à «toiletter» le code du travail,
- les autres à suggérer **la création d'un statut intermédiaire de parasubordonné** (P.H. Antomattei et J.-Ch. Sciberras, *Le travailleur économiquement dépendant : quelle protection ?* Rapport novembre 2008) ou encore **l'émergence d'un**

nouveau statut de l'actif au travail regroupant tous les travailleurs du plus subordonné au totalement indépendant (J.Barhélémy et G. Cette, ouvrage précité ; *Du droit du travail au droit de l'activité professionnelle*, Les Cahiers du DRH juin 2008 ; *Vers un droit de l'activité professionnelle*, Droit social mars 2017, p. 188).

En l'état, c'est aux juges qu'il revient d'examiner au cas par cas les espèces qui leur sont soumises. Ce qu'ils font en partant de la position de principe établie par la Cour de cassation, selon laquelle « *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 du travailleur* » (Cass. soc. 19 décembre 2000, Dr. Soc. 2001) et en attendant pour l'instant, aux termes de cette approche factuelle, à requalifier la prestation de travail en contrat de travail (arrêt *Take Eat Easy*, Cass. soc. du 28 novembre 2018, et arrêt *Uber Eats*, CA Paris du 10 janvier 2019).

Il est vrai que la loi californienne semble elle-même vouloir donner une inflexion en ayant adopté le projet de loi dit "*Amendment Bill 5*" qui prévoit de requalifier les chauffeurs VTC en salariés...

Une nouvelle étape est attendue en France avec *le projet de loi d'orientation des mobilités*.

PARTIE 2

■ En tout cas, force est de constater que la nouvelle économie numérique (irriguée ou non par le concept *Uber* de la plateformes), ses outils ainsi que les nouveaux métiers et **les nouvelles formes de travail 4.0** en découlant entraînent des disruptions qui impactent fortement le monde du travail. Cet impact peut se mesurer plus particulièrement en zoomant sur les quatre centres d'intérêts examinés ci-après.

➤ **Le télétravail est le premier d'entre eux car il est la traduction la plus immédiate de cette indifférenciation du lieu de travail facilitée par les progrès de la digitalisation.**

L'origine de dispositif remonte à *l'Accord National Interprofessionnel (ANI) du 19 juillet 2005* ayant transposé l'accord-cadre européen du 16 juillet 2002 avant d'être doté d'un cadre juridique qui a été intégré dans le code du travail par *la loi Warsmann du 22 mars 2012* puis aménagé par *l'une des ordonnances Macron du 22 septembre 2017* et *la loi de ratification du 29 mars 2018*.

Ce qui importe de retenir dans le présent cadre, c'est que le télétravail n'est **pas un statut mais seulement une forme d'organisation du travail**, de sorte que sa mise en œuvre exige de connaître **certaines chausse-trappe**; entre autres :

- le fait de réserver la qualification de télétravail au seul home office (le télétravail vise toute forme d'organisation du travail exécuté hors des locaux de l'entreprise – étant ajouté qu'il ne suffit pas de travailler à l'extérieur de l'entreprise pour que soit conférée la qualité de télétravailleur) ;

- le fait d'exclure le télétravail lorsqu'il revêt un caractère occasionnel (l'ordonnance Macron précitée a supprimé la référence au caractère « régulier » dans la définition du télétravail afin de combattre la tendance à recourir au télétravail de façon exceptionnelle pour échapper aux dispositions qui le réglementent) ;
- le fait d'omettre de structurer le télétravail par un document écrit ;
- le fait de sous-estimer les mesures organisationnelles à convenir ;
- le fait de faire cohabiter une variété de situations individuelles ;
- le fait de se croire dispensé de l'obligation de remboursement de frais.

➤ Dans le prolongement du précédent paragraphe, une attention particulière doit être portée au **travail distant ou nomade**, oublié du législateur.

Le travailleur distant ou nomade serait-il un télétravailleur qui s'ignore ?

Ce n'est pas la seule incertitude ; quid de l'encadrement du temps de travail (pertinence du forfait horaire, délimitation du temps de trajet ?) ; quid de celui du travail en espace de co-working ?

On ne manquera pas non plus d'évoquer à ce stade la nécessité d'anticiper contractuellement les conditions d'exécution du travail distant à **l'international**, ceci valant pour les missions de courte comme de longue durée, eu égard à toutes les contraintes spécifiques découlant de la mobilité internationale.

➤ Autre problématique induite par le numérique et l'utilisation des mêmes équipements à titre privé et à des fins professionnelles (ordinateurs, tablette, smartphone etc.) ainsi que l'émergence des réseaux sociaux aussi bien dans la vie privée que dans le travail : **l'hyperconnexion**.

Celle-ci se traduit du reste par des effets à double sens : par l'immixtion de la vie privée **au sein de l'entreprise** autant que par le débordement du travail **sur la sphère privée**.

D'où la **nécessité de fixer des règles** (par accords, chartes ou au travers du règlement intérieur), à la fois :

- pour **prévenir les dérives et préserver la vie privée** dans l'enceinte de l'entreprise (avec l'appui de la Cnil et des enseignements de la jurisprudence, celle de la Cour de cassation comme de la Cedh),
- et pour **garantir le respect de la réglementation en matière de temps de travail** (temps de repos quotidien et hebdomadaire, amplitudes maximales de travail autorisées).

Concernant ce second volet, l'*Accord National Interprofessionnel (ANI) du 19 juin 2013 « Vers une amélioration de la qualité de vie au travail et de l'égalité professionnelle »* se proposait en son article 17 de « *Promouvoir une gestion intelligente des technologies de l'information et de la communication au service de la compétitivité des entreprises respectueuses de la vie privée des salariés* ».

Dans ce contexte, la *loi Rebsamen du 17 août 2015 relative*

au dialogue social, dont on se souvient qu'elle a regroupé en trois blocs les obligations préexistantes de négocier, réservait l'un de ces blocs à la « *Négociation annuelle sur l'égalité professionnelle entre les hommes et les femmes et la qualité de vie au travail* », ce dernier point devant comporter le traitement de « *L'articulation entre la vie personnelle et la vie professionnelle* ».

C'est ainsi que la *loi Travail du 8 août 2016* est venue mettre en œuvre les *guidelines* exposées dans l'ANI précité en instituant un **droit à la déconnexion**, qui fait obligation aux entreprises soumises à la NAO (Négociation Annuelle Obligatoire), de négocier sur « *le droit à la déconnexion et la mise en place par l'entreprise de dispositifs de régulation de l'utilisation des outils numériques en vue d'assurer le respect des temps de repos et de congé ainsi que la vie personnelle et familiale* » (voir article L. 2242-8, 7° nouveau du code du travail).

➤ Le réflexe qui vient tout naturellement face à ce nouvel environnement est celui du **contrôle**.

Mais comment l'exercer, dans quelles limites, dans quels domaines ?

Evoquons tour à tour :

- **les logiciels espions** (*keyloggers*), dont la Cnil souligne que la mise en place ne peut se justifier qu'en présence d'un fort impératif de sécurité et doit, en ce cas, respecter les exigences de la *loi informatique et libertés* ainsi que du code du travail ;
- **les dispositifs de contrôle individuel** du volume et des flux des messageries électroniques, qui doivent être transparents et donner lieu à déclaration auprès de la Cnil ;
- **la géolocalisation**, dont l'installation est soumise à l'observation de conditions multiples, sous le contrôle du juge et sous réserve des recommandations de la Cnil ;
- **la biométrie**, à laquelle il ne peut être recouru qu'en se conformant aux obligations énoncées par une délibération de la Cnil du 10 janvier 2019.

■ **C'est enfin dans de le domaine de la sécurité que la confrontation de l'entreprise avec la numérisation impose d'identifier les écueils.**

➤ **Sécurité des données** en premier lieu.

Le développement du numérique conduit à une croissance exponentielle des contenus écrits, vidéos et photos, d'apparence éphémère, sur l'entreprise. De nombreux salariés s'expriment sur leur travail ou plus largement sur l'entreprise *via* des articles, des interviews pour les newsletters, le site internet, les pages des réseaux sociaux. Diverses photographies sont publiées chaque jour pour représenter l'entreprise.

Qui est le propriétaire de ces contenus ?

Ce sont les salariés qui sont propriétaires des œuvres de l'esprit qu'ils créent au cours de l'exécution de leur contrat, telles que les logiciels (hors logiciels de fonction), les articles, les newsletters, les vidéos, les photographies, les dessins, publiés

sur l'ensemble des supports de communication de l'entreprise (articles L. 111-1, L. 111-3, L.112-2 et L.112-3 du code de la propriété intellectuelle).

Dès lors l'entreprise se trouve dans la situation de devoir se doter des moyens ou de s'entourer des précautions appropriées pour :

- s'assurer *a posteriori*, moyennant rémunération et dans le respect des droits fondamentaux de la personne – notamment le droit à l'image –, de la propriété des œuvres créés par ses salariés, si du moins telle est son intention (sachant que la cession globale des œuvres *in futurum* est prohibée par l'article L. 131-1 du code de la propriété intellectuelle) ;
- exercer son pouvoir disciplinaire afin de maîtriser les messages de ses collaborateurs, alors que l'employeur demeure responsable de leurs agissements avec le matériel de l'entreprise ;
- veiller à sauvegarder la confidentialité des contenus ;
- réglementer (en suivant à cet égard les options définies par la Cnil) la pratique dite *BYOD (Bring your own device)* consistant pour les salariés à utiliser leurs outils personnels – sur proposition de l'employeur ou par convenance personnelle – ;
- sécuriser l'actif immatériel que représentent les données personnelles face au risque de l'intelligence économique.

> Sécurité et santé au travail en deuxième lieu.

En vertu du contrat de travail, l'employeur est tenu envers le salarié d'une obligation de sécurité de moyens renforcée et peut même voir sa responsabilité plus lourdement engagée en cas de faute inexcusable de sa part dès lors qu'il avait ou aurait dû avoir conscience du danger auquel était exposé le salarié et qu'il n'a pas pris les mesures nécessaires pour l'en préserver.

Il appartient donc à l'employeur d'élaborer une politique de prévention des risques propres à l'utilisation des outils numériques – tels que troubles visuels, maux de tête, risques psycho-sociaux – ainsi que de mise à disposition d'équipements adaptés aux conséquences de la mobilité.

Pour autant, il subsiste des inconnues qu'il est difficile d'anticiper mais qui ne doivent pas être sous-estimées : pourrât-on prétendre ne pas savoir que ces outils peuvent présenter des risques spécifiques pour la santé ? A-t-on aujourd'hui une appréhension suffisamment fine des risques potentiels et des mesures préventives ? Va-t-on vers de nouveaux cas de maladies professionnelles, accidents du travail ou préjudice d'anxiété ?

En conclusion : sommes-nous donc tous *Uber* ?

Assurément **non** si l'on s'en tient strictement au modèle *Uber*, qui n'est en somme qu'un modèle parmi d'autres. **Oui** néanmoins, s'il l'on parte plutôt de plateformisation, puisque c'est un phénomène qui non seulement se généralise en s'étendant aux entreprises du secteur traditionnel mais qui «ouvre le champ des possibles» (Rapport Terrasse de février 2016). **Oui et non** en définitive car il n'y a pas à proprement parler de raz de marée de l'*ubérisation* de l'économie.

En réalité, qu'il s'agisse du développement de l'économie collaborative ou de tout autre changement technologique dû à l'émergence de l'économie numérique, il convient de demeurer vigilant mais serein : ne pas sous-estimer les transformations en cours, ne céder ni à l'alarmisme ni à l'angélisme, relativiser ; la révolution est en marche et elle est inéluctable mais elle avance de façon progressive, nous laissant le temps de nous adapter... et de décider d'être ou ne pas être *Uber*.