



HAL
open science

Le lien de subordination à l'épreuve du numérique

Pauline Prépin

► **To cite this version:**

Pauline Prépin. Le lien de subordination à l'épreuve du numérique. Droit. Université Paris-Saclay, 2023. Français. NNT : 2023UPASH015 . tel-04539669

HAL Id: tel-04539669

<https://theses.hal.science/tel-04539669>

Submitted on 9 Apr 2024

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Le lien de subordination à l'épreuve du numérique

Subordination to the test of digital

Thèse de doctorat de l'université Paris-Saclay

École doctorale n° 630, Droit, Économie, Management (DEM)

Spécialité de doctorat : Droit privé et Sciences criminelles

Graduate School : Droit

Référent : Université de Versailles-Saint-Quentin-en-Yvelines

Thèse préparée dans l'unité de recherche **DANTE (Université Paris-Saclay, UVSQ)**
sous la direction de **Alexis TRICLIN**, Maître de conférences, HDR,

**Thèse soutenue à Guyancourt,
le 14 novembre 2023, par**

Pauline PRÉPIN

Composition du Jury

Membres du jury avec voix délibérative

Marion DEL SOL

Professeure des Universités
Université de Rennes

Présidente

Franck HÉAS

Professeur des Universités
Université de Nantes

Rapporteur & Examineur

Grégoire LOISEAU

Professeur des Universités
Université Paris I – Panthéon
Sorbonne

Rapporteur & Examineur

Benoît PETIT

Professeur des Universités
Université de Versailles-Saint-
Quentin-en-Yvelines

Examineur

Titre : Le lien de subordination à l'épreuve du numérique

Mots clés : numérique, travail, droit social, organisation du travail, plateforme

Résumé : Notion issue de l'ère industrielle, comme sortie « *d'un vieux placard* », le lien de subordination est encore aujourd'hui la clé de voûte du droit du travail. Il est à la fois source et effet du contrat de travail. Cependant, face à la révolution numérique, il a, d'une part, été profondément transformé, en tant que vecteur des pouvoirs de l'employeur. D'autre part, il a parallèlement été remis en question, en tant que source du contrat de travail, face aux nouveaux travailleurs du numérique, tout particulièrement ceux des plateformes numériques de travail. Cette recherche propose un éclairage sur la mise à l'épreuve du lien de subordination par le numérique, tant dans sa définition issue de l'arrêt *Société générale*, que comme critère heuristique du contrat de travail.

Autrement dit, l'étude a pour ambition d'analyser l'actualité de la définition centrée autour des trois pouvoirs de l'employeur, ainsi que les enjeux autour de l'établissement d'un lien de subordination, à l'ère numérique. L'appréhension du lien de subordination dépasse le seul droit du travail, car sa méconnaissance peut être source de fraudes, tant en droit de la protection sociale, qu'en droit pénal, mais peut également caractériser une concurrence déloyale. Bien qu'une prise en compte de la subordination fonctionnelle ait été identifiée comme étant souhaitable et nécessaire à l'occasion de l'étude, la pertinence du lien de subordination demeure. S'il existe de nouvelles formes d'expression du pouvoir à l'ère numérique, la nature du lien de subordination n'est pas altérée et sa définition personnelle conserve en effet son actualité.

Title : Subordination to the test of digital

Keywords : digital, labor, social law, work organisation, platform

Abstract : A concept from the industrial era, as something out of "*an old cupboard*", the relationship of subordination is still today the keystone of labor law. It is both source and effect of the employment contract. However, faced with the digital revolution, it has, on the one hand, been profoundly transformed, as a vector of employer powers. On the other hand, it has also been called into question, as a source of the employment contract, in the face of new digital workers, especially those on digital work platforms. This research sheds light on the testing of the relationship of subordination by digital technology, both in its definition resulting from the *Société générale* judgment, and as a heuristic criterion of the employment contract.

In other words, the study aims to analyze the topicality of the definition centered around the three powers of the employer, as well as the issues around the establishment of a relationship of subordination, in the digital age. The apprehension of the relationship of subordination goes beyond labor law alone, because its ignorance can be a source of fraud, both in social protection law and in criminal law, but can also characterize unfair competition. Although consideration of functional subordination was identified as desirable and necessary during the study, the relevance of the subordination relationship remains. If there are new forms of expression of power in the digital age, the nature of the relationship of subordination is not altered and its personal definition indeed retains its relevance.

L'Université Paris-Saclay n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses. Ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

REMERCIEMENTS

Mes remerciements vont naturellement d'abord à Monsieur Alexis Triclin, sans qui cette thèse n'aurait pu voir le jour. Sa confiance et son accompagnement tout au long de ce travail ont été particulièrement précieux. J'espère qu'il trouvera dans cette étude l'expression de ma gratitude.

Ils vont ensuite aux Professeurs Marion Del Sol, Franck Héas, Grégoire Loiseau et Benoît Petit qui m'ont fait l'honneur d'accepter de participer à mon jury de soutenance.

Je remercie l'ensemble de mes amis et collègues du laboratoire DANTE avec qui j'ai pu avoir de nombreux échanges, des déjeuners et de qui j'ai beaucoup appris. J'adresse un remerciement tout particulier pour ceux qui ont participé à la relecture de cette thèse : Hakim, Camille, Emmy, Morgane, Sébastien, Louise, Benoît et Charlotte. Et j'exprime un remerciement encore plus particulier à Louise et Morgane pour leur amitié.

Un remerciement spécial pour mon ami Benoît Lopez sans qui je serais certainement restée au bord du chemin et qui m'a partagé son expérience avec une très grande générosité pour m'éviter de nombreuses embûches. Une rencontre, qui, assurément, a exercé une influence déterminante sur les conditions de réalisation de cette thèse.

Ils vont également à l'ensemble de mes proches qui ont su m'apporter tout le réconfort nécessaire pour mener à bien ce travail. Une mention particulière pour ma famille, dont l'indéfectible présence a été déterminante dans les moments difficiles. Tout particulièrement, ma grand-mère, dont je remercie les relectures avisées.

Je souhaite enfin exprimer un remerciement particulier à mon mari, Aymeric, qui a toujours su trouver les mots pour me donner confiance. Son soutien, sa patience et son amour ont été essentiels, car la thèse est aussi une expérience qui se partage et dont les compagnons occupent une place tout à fait centrale pour arriver au bout de l'aventure.

Aux miens,

LISTES DES PRINCIPALES ABRÉVIATIONS

A. min	Arrêté ministériel
aff.	Affaire
AJ	Actualité jurisprudentielle
AJDA	Actualité juridique droit administratif
al.	Alinéa
ANACT	Agence nationale pour l'amélioration des conditions de travail
ANI	Accord national interprofessionnel
Arch. Phil. Droit	Archives de philosophie du droit (collectif)
art.	Article
Ass. plén.	Assemblée plénière
BAN	Bulletin de l'Assemblée nationale
BI	Bulletin d'information
BIT	Bureau international du travail
BICC	Bulletin de la Cour de cassation
BJT	Bulletin Joly Travail
BO	Bulletin officiel
Bull. ass. Plén.	Bulletin des arrêts de l'assemblée plénière de la Cour de cassation
Bull. civ.	Bulletin des arrêts des chambres civiles de la Cour de cassation
Bull. crim.	Bulletin des arrêts de la chambre criminelle de la Cour de cassation
<i>c/</i>	Contre
C. civ	Code civil
C. com	Code de commerce
C. éduc	Code de l'éducation
C. pén	Code pénal
C. proc. pén	Code de procédure pénale
C. transp	Code des transports
C. trav	Code du travail
CA	Cour d'appel
Cah. dr. entr.	Cahiers de droit de l'entreprise

Cass.	Arrêt de la Cour de cassation
Cass. ass. plén.	Arrêt de l'assemblée plénière de la Cour de cassation
Cass. ch. mixte	Arrêt de la chambre mixte de la Cour de cassation
Cass. ch. réun.	Arrêt rendu par les chambres réunies de la Cour de cassation
Cass. com	Arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation
Cass. soc.	Arrêt de la chambre sociale de la Cour de cassation
CCE	Communication commerce électronique
CE	Arrêt du Conseil d'État
CEDH	Arrêt de la Cour européenne des droits de l'Homme
CESDH	Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme
CGI	Code général des impôts
ch.	Chambre
CHSCT	Comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail
Circ.	Circulaire
Civ	Chambre civile de la Cour de cassation
Civ. 1 ^{re}	Arrêt rendu par la première chambre civile de la Cour de cassation
CJUE	Arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne
CNIL	Commission nationale Informatique et Libertés
CNNum	Conseil national du numérique
coll.	Collection
concl.	Conclusions
Cons. conc.	Conseil de la concurrence
Cons. const.	Décision du Conseil constitutionnel
<i>contra</i>	Contraire
Contrats, conc. consom.	Contrats, concurrence, consommation
CPH	Conseil de prud'hommes
CPC	Code de procédure civile
CPCE	Code des postes et des communications
CSE	Conseil social et économique
CSS	Code de la sécurité sociale
D.	Recueil Dalloz
Déc.	Décision
Délib.	Délibération

DP	Recueil périodique et critique mensuel Dalloz (avant 1941)
Dr. ouvr.	Droit ouvrier
Dr. soc.	Droit social
éd.	Édition
fasc.	Fascicule
GADT	Grands arrêts du droit du travail
Gaz. Pal.	Gazette du palais
GR-PACT	Groupe de recherche pour un autre Code du travail
IA	Intelligence artificielle
<i>Ibid</i>	Au même endroit
<i>Infra</i>	Ci-dessous
JA	Juris Associations
JCI	JurisClasseur
JCP	Semaine juridique
JCP E	La Semaine juridique (édition entreprise et affaires)
JCP G	La Semaine juridique (édition générale)
JCP S	La Semaine juridique (édition sociale)
JOFR	Journal officiel de la République française
JSL	Jurisprudence Sociale Lamy
Lebon	Recueil des décisions du Conseil d'État
LGDJ	Librairie générale de droit et de jurisprudence
LPA	Les Petites Affiches
LSQ	Liaisons sociales quotidien
n°	Numéro
NTIC	Nouvelles technologies de l'information et de la communication
obs.	Observations
OIT	Organisation Internationale du Travail
<i>op. cit.</i>	<i>Opus citatum</i>
p.	Page
pt.	Point
PUAM	Presses universitaires d'Aix-Marseille
PUF	Presses universitaires de France
PUR	Presses universitaires de Rennes

PUSS	Presses de l'Université des sciences sociales
QPC	Question prioritaire de constitutionnalité
QVT	Qualité de vie au travail
RDLF	Revue des droits et libertés fondamentaux
RDT	Revue de droit du travail
RFAS	Revue française des affaires sociales
RGPD	Règlement général sur la protection des données
RIT	Revue internationale du travail
RJS	Revue de la jurisprudence sociale
RLDI	Revue Lamy Droit de l'Immatériel
RTD Civ.	Revue trimestrielle de droit civil
s.	Suivant
SIRH	Système d'information des Ressources Humaines
spé.	Spécialement
SSL	Semaine sociale Lamy
suppl.	Supplément
<i>supra</i>	Ci-dessus
t.	Tome
TFUE	Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne
TGI	Tribunal de grande instance
V.	Voir
vol.	Volume
§	Paragraphe

SOMMAIRE

PREMIÈRE PARTIE : LA TRANSFORMATION DU LIEN DE SUBORDINATION PAR LE NUMÉRIQUE

Titre 1 : Le numérique source de rationalisation du pouvoir de direction

Chapitre 1 : La rationalisation de la direction de l'activité à l'ère numérique

Chapitre 2 : La rationalisation de la direction du personnel à l'ère numérique

Titre 2 : Le numérique source d'extension du pouvoir de surveillance

Chapitre 1 : L'extension du pouvoir de contrôle à l'ère numérique

Chapitre 2 : L'extension du pouvoir disciplinaire à l'ère numérique

SECONDE PARTIE : LA RÉSISTANCE DU LIEN DE SUBORDINATION FACE AU NUMÉRIQUE

Titre 1 : La tentative de dissimulation du lien de subordination des travailleurs de plateformes numériques de travail

Chapitre 1 : La reconnaissance nécessaire d'un lien de subordination fonctionnelle des plateformes numériques de travail

Chapitre 2 : L'existence d'un lien de subordination personnelle des plateformes numériques de travail « cadres »

Titre 2 : La contribution du lien de subordination à l'appréhension juridique des plateformes numériques de travail

Chapitre 1 : La méconnaissance de la subordination par les plateformes numériques de travail source de fraudes

Chapitre 2 : La tentation d'une troisième voie au-delà de la subordination source de solutions insatisfaisantes

INTRODUCTION

« *La technologie n'est ni mauvaise, ni bonne, ni neutre, elle est ce qu'on en fait* »¹

1. Le lien de subordination est au cœur, et constitue même la clé de voûte du droit du travail². En miroir, le droit du travail régit le travail subordonné, en effet, le lien de subordination est le critère décisif du contrat de travail dont découlent les dispositions sociales³. Sa qualification est à ce titre lourde de conséquences. Sans revenir sur l'ensemble de l'histoire du droit social⁴, il convient de souligner que l'avènement du modèle salarial⁵ est le fruit d'une transition du contrat vers le statut⁶. Comme l'a mis en lumière Robert Castel, c'est la révolution industrielle qui marqua la naissance du salariat moderne⁷. Nombreuses ont déjà été les transformations qu'a connues le monde du travail dont l'histoire est particulièrement liée aux évolutions techniques⁸. Sur la période contemporaine, deux révolutions industrielles se sont succédé, et depuis la fin du

¹ Loi de Kranzberg.

² V. pour une étude sur la notion, T. AUBERT-MONPEYSSEN, *Subordination juridique et relation de travail*, Éditions du CNRS, 1988 ; V. également, C. WOLMARK, « L'émergence de la subordination », *SSL suppl.*, n° 1576, 2013, p. 7-12.

³ B. TEYSSIÉ, J.-F. CESARO et A. MARTINON, *Droit du travail. Relations individuelles*, 3^e éd., LexisNexis, coll.« Manuel », 2014, p. 216-222.

⁴ V. notamment, G. AUBIN et J. BOUVERESSE, *Introduction historique au droit du travail*, 1^{re} éd., PUF, coll.« Droit fondamental », 1995 ; N. OLSZAK, *Histoire du droit du travail*, 1^{re} éd., PUF, coll.« Que sais-je ? », 1999 ; J.-P. LE CROM (dir.), *Les acteurs de l'histoire du droit du travail*, PUR, coll.« L'univers des normes », 2004 ; C. DIDRY, *L'institution du travail. Droit et salariat dans l'histoire*, La Dispute, coll.« Travail et salariat », 2016 ; J. LE GOFF, L. BERGER et P. WAQUET, *Du silence à la parole : une histoire du droit du travail des années 1830 à nos jours*, 4^e éd., PUR, 2019.

⁵ V. sur le concept de société salariale, A. BRENDER et M. AGLIETTA, *Les Métamorphoses de la société salariale*, Calmann-Lévy, 1984, p. 7 et s.

⁶ A. SUPIOT, *Critique du droit du travail*, 3^e éd., PUF, 2015, p. 13-38.

⁷ R. CASTEL, *Les Métamorphoses de la question sociale.*, Folio, coll.« Essais », 2002, spé. p. 523 et s. .

⁸ « *C'est en droit du travail en effet, bien avant que le droit civil ne soit saisi par les biotechnologies, que cette question s'est posée le plus précocement et le plus clairement.* », A. SUPIOT, « Travail, droit et technique », *Dr. soc.*, 2002, p. 13.

XX^{ème} siècle, une troisième est encore en cours : la révolution numérique. Et si cette révolution marquait la fin du modèle de travail subordonné ? Le progrès technique n'est-il pas, en effet, porteur d'espoirs ? Il devait permettre à l'Homme de se libérer d'un travail aliénant et répétitif⁹, pour se concentrer sur la part « *poiétique* » de son travail¹⁰. Force est cependant de constater que la réalité des rapports de travail à l'ère numérique est plus nuancée.

2. De prime abord, le numérique aurait tendance à faire disparaître partiellement le lien de subordination qui confère à l'employeur « *le pouvoir de donner des ordres et des directives, d'en contrôler l'exécution et de sanctionner les manquements de son subordonné* »¹¹. À cet égard, dès le début du XXI^{ème} siècle, la révolution numérique semble favoriser un rapprochement entre les figures du salarié et de l'indépendant¹². Cela a pour conséquence de mettre à l'épreuve les catégories existantes avec un double mouvement de résistance et d'aménagement face aux transformations de la relation de travail¹³. Cependant, ce n'est pas tant que le lien de subordination disparaît, mais plutôt qu'il se transforme au travers de nouvelles formes d'expression du pouvoir. Ces changements questionnent alors la pertinence d'un droit du travail fondé sur le lien de subordination : en tant que vecteur des pouvoirs de l'employeur et critère du contrat de travail. Il conviendrait ainsi de savoir si le droit positif, au regard des notions fondamentales existantes, peut se saisir de ces nouvelles pratiques, ou s'il doit être modifié face aux évolutions issues de la révolution numérique.

3. Le numérique constitue, en effet, une véritable révolution pour le monde du travail. Loin d'être un truisme, il convient de revenir sur les caractéristiques de la révolution numérique pour en comprendre les enjeux contemporains sur le travail subordonné. Tout d'abord, cette révolution a, à l'évidence, apporté de nombreuses innovations technologiques qui ont transformé profondément la société. L'informatique, puis internet sont autant d'évolutions liées

⁹ V. sur l'opportunité d'une réhumanisation de l'Homme par une « *désautomatisation* », C. VILLANI (dir.), *Donner un sens à l'intelligence artificielle*, 2018, p. 105.

¹⁰ A. SUPLOT, « De la juste division du travail », dans *Qu'est-ce qu'un régime de travail réellement humain ?*, Hermann, 2018, p. 24.

¹¹ Cass. soc., 13 novembre 1996, n° 94-13.187, *Société générale. GADT*, 4^e éd., n°2 ; *Dr. soc.*, 1996, p. 1067, note J.-J. Dupeyroux ; *JCP E* 1997. II. 911, note J. Barthélémy ; *RJS* 12/96, n° 1320.

¹² A. SUPLOT, « Les nouveaux visages de la subordination », *Dr. soc.*, 2000, p. 131 ; V. également à ce sujet, A. JEAMMAUD, « L'avenir sauvegardé de la qualification de contrat de travail. A propos de l'arrêt Labbane », *Dr. soc.*, 2001, p. 227 ; L. CASAUX-LABRUNÉE, « Le portage salarial : travail salarié ou travail indépendant ? », *Dr. soc.*, 2007, p. 58 ; E. PESKINE, « Entre subordination et indépendance : en quête d'une troisième voie », *RDT*, 2008, p. 371 ; E. DOCKÈS, « Notion de contrat de travail », *Dr. soc.*, 2011, p. 546 ; T. PASQUIER, « Sens et limites de la qualification de contrat de travail. De l'arrêt FORMACAD aux travailleurs « ubérisés » », *RDT*, 2017, p. 95.

¹³ J.-P. TRICOIT, « La digitalisation de la relation de travail : transformation des caractéristiques de la relation de travail ? », *Dalloz IP/IT*, 2023, p. 344.

au numérique qui ont offert de nouvelles opportunités d'activité, permis une dématérialisation des échanges, et favorisé l'émergence d'objets connectés¹⁴, d'outils de surveillance¹⁵, ou encore de l'intelligence artificielle¹⁶. Une prolifération des techniques, première caractéristique de cette révolution, appelant le législateur, puis le juge à encadrer l'introduction de chaque nouvel outil au travail. De grands principaux généraux ont pu être dégagés pour trouver un équilibre entre l'exercice du pouvoir de l'employeur et la protection des libertés fondamentales du salarié¹⁷, tels que le principe de loyauté de la preuve ou l'exigence de transparence pour protéger la vie personnelle face au contrôle numérique de l'employeur, mais il existe encore des points en évolution qui nécessitent d'être appréhendés pour en réguler les nouveaux usages, tant sur leurs risques que sur leurs opportunités. Par ailleurs, la prolifération des sources de preuve qu'induit le numérique peut porter atteinte à la liberté d'expression sur les réseaux sociaux ou interférer sur le temps personnel des salariés¹⁸. De plus, la rapidité de développement des technologies est particulièrement inédite par rapport aux précédentes révolutions industrielles. À cet égard, elle a pu être qualifiée de « *disruptive* »¹⁹, ce qui rend l'encadrement juridique en partie difficile, car il peut être considéré comme étant trop lent ou désuet par rapport à l'évolution des pratiques. Cette rapidité a été théorisée par la loi de Moore, qui fut formulée en 1965. Gordon Moore avait prédit qu'il y aurait un doublement tous les deux ans du nombre de transistors par microprocesseur²⁰. Sa prédiction s'est avérée non seulement juste, mais elle se double d'un développement considérable parallèlement à une baisse des prix, ce qui a pour conséquence de transformer les modes de production²¹. Les infrastructures coûtent de moins en moins cher, pour de plus en plus de capacités, ce qui alimente une recherche de performance,

¹⁴ I. DESBARATS, « Les objets connectés au travail : quelles régulations pour quels enjeux ? », *Dr. soc.*, 2021, p. 139.

¹⁵ B. BOSSU, « Surveillance au travail », dans *Droit du travail et technologies de l'information et de la communication*, LexisNexis, coll.« Planète social », 2022, p. 157-179.

¹⁶ V. pour une définition de l'IA, Proposition de règlement du Parlement européen et du conseil établissant des règles harmonisées concernant l'intelligence artificielle du 21 avril 2021, COM (2021) 206 final, art. 3 ; V. également à ce sujet, A. BENSAMOUN (dir.) et G. LOISEAU (dir.), *Droit de l'intelligence artificielle*, 1^{re} éd., LGDJ, coll.« Les Intégrales », 2019 ; S. MERABET, *Vers un droit de l'intelligence artificielle*, Dalloz, coll.« Nouvelle bibliothèque de thèses », n° 197, 2020 ; A. BENSAMOUN (dir.) et G. LOISEAU (dir.), *Droit de l'intelligence artificielle*, 2^e éd., LGDJ, coll.« Les Intégrales », 2022.

¹⁷ V. notamment à ce sujet, M. DEMOULAIN, *Nouvelles technologies et droit des relations de travail : Essai sur une évolution des relations de travail*, Panthéon Assas, 2013.

¹⁸ V. *infra*, n° 409 et s.

¹⁹ B. METTLING, *Transformation numérique et vie au travail*, Rapport à l'attention de Mme Myriam El Khomri, Ministre de l'Emploi, de la Formation Professionnelle et du Dialogue social, 2015, p. 5.

²⁰ G. BABINET, *Transformation digitale : l'avènement des plateformes*, Le Passeur, 2016, p. 48-49.

²¹ « Il existe deux corollaires classiques à cette loi : le premier dit que les performances d'un système doublent tous les dix-huit mois, en raison de l'accroissement du nombre de transistors intégrables mais aussi de l'augmentation de leur vitesse ; le second indique en contrepartie que le coût d'une usine de production de circuits intégrés croît aussi exponentiellement. », E. LAZARD et P. MOUNIER-KUHN, *Histoire illustrée de l'informatique*, 3^e éd., EDP Sciences, 2022, p. 181.

dans une logique productiviste, qui plus est, dans un contexte jusqu'à présent mondialisé. Ce qui n'a pas manqué d'influencer l'organisation du travail subordonné, pour correspondre à ces objectifs de rentabilité²². Une démarche qui peut être porteuse de risques pour la santé et la sécurité des travailleurs. Enfin, la révolution numérique est loin d'être terminée : l'intelligence artificielle²³ n'en est finalement qu'à son commencement, avec de nombreuses interrogations qui entourent les usages possibles de *ChatGpt*²⁴, ou encore les perspectives que va pouvoir offrir le *Métaverse* au travail²⁵.

4. Le rapport de l'Homme à la machine peut être considéré comme étant paradoxal : d'un côté, il la fantasme, et de l'autre, il la craint²⁶. Ces réactions s'expliquent tout d'abord par une humanisation de la machine, qui n'est pourtant que l'expression de la volonté de son créateur. Il peut exister un rapport affectif qu'il convient de souligner dès à présent, qui alimente l'imaginaire autour des technologies. En ce sens, la littérature en atteste, Isaac Asimov inventa les « *trois lois de la robotique* »²⁷, comme pour se prémunir d'une révolte possible des robots contre les Hommes, leur supposant l'existence d'une conscience. Or, appliqué au monde du travail, si l'employeur utilise un logiciel pour diriger les salariés de l'entreprise, c'est bien son pouvoir qui s'exprime au travers de l'outil numérique. La machine n'ayant pas d'existence propre et indépendante, son utilisation ne doit donc pas occulter la responsabilité du donneur d'ordre : elle est programmée par l'Homme, utilisée par l'Homme, pour diriger l'Homme.

5. La technologie peut, en ce sens, servir d'écran pour masquer le réel titulaire du pouvoir et étendre le domaine de la surveillance. Par exemple, le premier *chatbot*²⁸, nommé *ELIZA*, simulant une psychothérapeute, a pu mettre en évidence la possible manipulation émotionnelle

²² Paul Durand soulignait déjà que « *le droit de direction permet à l'employeur d'utiliser la force de travail du salarié au mieux des intérêts de l'entreprise.* », P. DURAND, *Traité de droit du travail*, t. 1, Dalloz, 1947, p. 430.

²³ V. *infra*, n° 37 ; V. notamment sur le sujet, A. BENSAMOUN (dir.) et G. LOISEAU (dir.), *Droit de l'intelligence artificielle*, *op. cit.* ; S. MERABET, *Vers un droit de l'intelligence artificielle*, *op. cit.* ; J. BERNIER (dir.), *L'intelligence artificielle et les mondes du travail : perspectives sociojuridiques et enjeux éthiques*, Presses de l'Université Laval, 2021 ; A. BENSAMOUN (dir.) et G. LOISEAU (dir.), *Droit de l'intelligence artificielle*, *op. cit.* ; C. CASTETS-RENARD (dir.) et J. EYNARD (dir.), *Un droit de l'intelligence artificielle. Entre règles sectorielles et régime général. Perspectives comparées*, Bruylant, 2023.

²⁴ J. SÉNÉCHAL, « L'IA Act déjà obsolète face aux IA de nouvelle génération ? L'exemple de ChatGPT », *Dalloz actualité*, 1 février 2023.

²⁵ P. ADAM, « Metaverse », *Dr. soc.*, 2021, p. 961.

²⁶ Car les technologies, et tout particulièrement l'intelligence artificielle, promettent « *le pire et le meilleur* », P. ADAM, « Intelligence artificielle et droit du travail », dans *Droit de l'intelligence artificielle*, 2^e éd., LGDJ, coll.« Les Intégrales », 2022, p. 349.

²⁷ E. LAZARD et P. MOUNIER-KUHN, *Histoire illustrée de l'informatique*, *op. cit.*, p. 91.

²⁸ Il s'agit d'un agent conversationnel, qui est « *un outil permettant de discuter, généralement sous la forme d'une messagerie instantanée. [...] [sous forme d'un robot préprogrammé]* », F. BRAGARD et G. PIETREMENT, *SIRH : des systèmes d'information aux solutions de management des RH*, 4^e éd., Vuibert, coll.« Les spécialités du sup », 2021, p. 380-381.

de la machine en donnant l'impression d'être empathique. Le programme fonctionnait par la reconnaissance de mots-clés, mais ne comprenait pas, bien entendu, le sens des réponses de l'utilisateur. Néanmoins, nombreux seront ceux qui engageront une relation émotionnelle avec le programme²⁹. Cet exemple illustre l'influence comportementale possible des machines sur l'Homme³⁰. Il convient ainsi d'en saisir les risques et les dérives possibles vers une surveillance excessive, pouvant s'étendre aux émotions des personnes. Cela a, par ailleurs, pu créer certaines pratiques dans les entreprises, pour influencer le comportement des salariés³¹.

6. Parallèlement, il existe une confiance dans l'outil numérique, au détriment de la décision humaine : d'aucuns préfèrent la rationalité supposée de la machine à la subjectivité humaine. Or, d'une part, l'Homme doit « *garder la main* »³² sur le numérique, et d'autre part l'outil doit être au service de l'Homme et non l'inverse. Si le numérique peut être source de libération pour le travailleur subordonné, elle peut également constituer une source de contrôle particulièrement prégnante. En ce sens, le système de crédit social chinois³³, étendu à l'ensemble de la société, constitue un dernier exemple particulièrement frappant du contrôle dont la mise en œuvre a été rendue possible par les outils numériques. Lors de l'analyse de l'influence qu'ont les outils numériques sur l'exercice de la subordination, cette étude aura donc à cœur de garder à l'esprit que la machine est programmée par l'Homme et doit avant tout s'adapter à lui et non l'inverse³⁴. Conformément aux positions de l'OIT, l'utilisation de la technologie doit être « *en faveur du travail décent et une approche fondée sur le contrôle humain de la technologie. [...] Le travail n'est pas une marchandise et les travailleurs ne sont pas des robots* »³⁵. La protection de la santé et de la sécurité des travailleurs doit être préservée face à la subordination numérique.

²⁹ E. LAZARD et P. MOUNIER-KUHN, *Histoire illustrée de l'informatique*, op. cit., p. 185.

³⁰ V. également sur l'« *anthropomorphisme affectif* », G. LOISEAU, « Intelligence artificielle et droit des personnes », dans *Droit de l'intelligence artificielle*, 2^e éd., LGDJ, coll.« Les Intégrales », 2022, p. 59.

³¹ V. *infra*, n° 189, 688 et s.

³² CNIL, *Comment permettre à l'Homme de garder la main ? Les enjeux éthiques des algorithmes et de l'intelligence artificielle*, 2017.

³³ V. à ce sujet, O. AÏM, *Les théories de la surveillance. Du panoptique aux Surveillance Studies*, Armand Colin, coll.« Collection U », 2020, p. 119-120 ; E. DUBOIS DE PRISQUE, « Le système de crédit social chinois. Comment Pékin évalue, récompense et punit sa population », *Futuribles*, vol. 434, n° 1, 2020, p. 27-48 ; J.-L. ROCCA, « Crédit social. Spécificité chinoise ou processus de modernisation ? », *Sociétés politiques comparées*, n° 51, 2020.

³⁴ Conformément aux dispositions de l'article L. 4121-2 C. trav.

³⁵ OIT, *Travailler pour bâtir un avenir meilleur*, Commission mondiale sur l'avenir du travail, 2019, p. 45 ; V. également sur l'évolution de l'appréhension de la notion de travail décent au sein de l'OIT, J.-M. SERVAIS, « Organisation internationale du travail », dans *Répertoire de droit du travail*, Dalloz, 2020, n° 48 et 49.

7. Avec l'apparition du numérique, le travail subordonné a connu de nombreuses transformations. Tout d'abord, les conditions d'exercice du travail ont notablement évolué : notamment par l'apparition de nouveaux métiers³⁶, ou de nouvelles formes d'organisation du travail avec le télétravail³⁷. De plus, l'émergence de nouvelles activités indépendantes a réinterrogé la place du lien de subordination dans la construction du droit social autour du salariat³⁸. Nonobstant de nombreux ouvrages³⁹, thèses⁴⁰, rapports⁴¹, et articles⁴² sur le sujet du numérique appliqué au droit du travail, et même les thèses sur les questions récentes des travailleurs de plateformes numériques⁴³, le sujet est loin d'être épuisé. La présente thèse se propose d'apporter un éclairage complémentaire centré sur la mise à l'épreuve du lien de

³⁶ V. notamment, D. GARDES, « Le droit à l'emploi face à l'intelligence artificielle », *Dr. soc.*, 2021, p. 115.

³⁷ B. BOSSU, « Télétravail », dans *Droit du travail et technologies de l'information et de la communication*, LexisNexis, coll.« Planète social », 2022, p. 59-98.

³⁸ V. notamment, Y. FERGUSON, « Des travailleurs diminués dans des organisations augmentées ? », *Dr. soc.*, 2021, p. 133.

³⁹ V. notamment, P. CATALA, *Le droit à l'épreuve du numérique : jus ex machina*, PUF, coll.« Droit étique société », 1998 ; K. ROSIER et C. de TERWANGNE, *Le droit du travail à l'ère numérique*, Limal, Anthemis, 2011 ; P. FLICHY, *Les nouvelles frontières du travail à l'ère numérique*, Le Seuil, coll.« Les livres du nouveau monde », 2017 ; S. CHATRY (dir.), J.-M. MOULIN (dir.) et A. RIERA (dir.), *L'entreprise face aux défis du numérique*, Mare & Martin, coll.« Droit privé & sciences criminelles », 2018 ; A.A. CASILLI, *En attendant les robots : enquête sur le travail du clic*, Éditions du Seuil, coll.« La Couleur des idées », 2019 ; P. ADAM (dir.), M. LE FRIANT (dir.) et Y. TARASEWICZ (dir.), *Intelligence artificielle, gestion algorithmique du personnel et droit du travail*, Dalloz, coll.« Thèmes et commentaires », 2020 ; J. BARTHÉLÉMY et G. CETTE, *Travail et changements technologiques. De la civilisation de l'usine à celle du numérique.*, Odile Jacob, 2021 ; B. BOSSU (dir.), *Droit du travail et technologies de l'information et de la communication*, LexisNexis, coll.« Planète social », 2022.

⁴⁰ M. DEMOULAIN, *Nouvelles technologies et droit des relations de travail*, op. cit. ; É. TERNYNCK, *Le juge du contrat de travail et la preuve électronique : essai sur l'incidence des technologies de l'Information et de la communication sur le contentieux prud'homal*, thèse, Université de Lille Nord de France, 2014 ; Y.-M. LARHER, *Le droit du travail à l'heure du numérique*, Nuvis éditions, 2020 ; F. GABROY, *Essai sur la protection du travailleur numérique par les droits fondamentaux*, thèse, Université de Normandie, 2022.

⁴¹ V. notamment, B. METTLING, *Transformation numérique et vie au travail*, op. cit. ; CNum, *Travail, emploi, numérique. Les nouvelles trajectoires*, 2016 ; A. COHEUR, *Impact de la révolution numérique en matière de santé sur l'assurance maladie*, Comité économique et social européen, 2017 ; C. PARAPONARIS, *Plateformes numériques, conception ouverte et emploi*, Institut de Recherche Economiques et Sociales, 2017 ; J. DIRINGER (dir.), *Transformations sociales et Economie Numérique*, Projet TransSen, 2022.

⁴² V. notamment, E. LEDERLIN, « Le travail numérique à l'épreuve du droit social : l'appréciation du lien de subordination selon le principe de réalité », *JCP S*, n° 47, 2015, 1415 ; A. BIDET et A. PORTA, « Le travail à l'épreuve du numérique », *RDT*, 2016, p. 328 ; A. BOBOC, « Numérique et travail : quelles influences ? », *Sociologies pratiques*, n° 34, janvier 2017, p. 3-12 ; M. JULIEN et E. MAZUYER, « Le droit du travail à l'épreuve des plateformes numériques », *RDT*, 2018, p. 189-198 ; G. LOISEAU et A. MARTINON, « Plateformes numériques : l'exosalariat ne peut plus être dissimulé », *Les Cahiers Sociaux*, n° 306, 2018, p. 183 ; G. BARGAIN, « Quel droit du travail à l'ère des plateformes numériques ? », *Lien social et Politiques*, n° 81, 2018, p. 21-40 ; H. GUYOT, « Numérique et droit du travail », *Dalloz IP/IT*, n° 12, décembre 2019, p. 680.

⁴³ B. GOMES, *Le droit du travail à l'épreuve des plateformes numériques*, thèse, Université de Paris 10, 2018 ; A. PACQUETET, *Les plateformes collaboratives : essai de qualification en droit du travail*, thèse, Université Panthéon-Assas, 2021 ; E. MAUREL, *Entre subordination et dépendance. Essai sur une relecture de la subordination par les plateformes de mobilité*, thèse, Université de Côte d'azur, 2021 ; M. VICENTE, *Les droits collectifs des travailleurs de plateformes : étude sur le champ d'application personnel des droits collectifs dans le contexte des plateformes numériques*, thèse, Université de Strasbourg, 2022.

subordination par le numérique. La remise en question du lien de subordination⁴⁴ jumelée à une évolution constante des techniques et des modes d'expression du pouvoir renouvellent ainsi l'intérêt du sujet. En outre, l'élasticité propre au lien de subordination en fait sa force, mais aussi son incertitude. Aussi, afin de souligner les différents enjeux de l'étude, il convient de revenir sur l'émergence de la mise à l'épreuve du lien de subordination par le numérique (§1) pour ensuite définir les perspectives et ambitions de la thèse (§2).

§1 : L'émergence d'une rencontre entre le lien de subordination et le numérique

8. Le terme de subordination est chargé d'histoire, comme « *sorti d'un vieux placard qu'on n'aurait pas ouvert depuis longtemps, comme par crainte d'y trouver quelque démon caché* »⁴⁵, et continue à porter encore aujourd'hui le poids de ses origines, ce qui lui vaut d'être régulièrement remis en question pour sa prétendue absence de modernité. Pour comprendre l'objet de l'étude, il est nécessaire de revenir sur la notion de lien de subordination (A) pour ensuite connaître des enjeux de son évolution face au numérique (B). L'apparition du numérique met, en effet, à l'épreuve les principes du droit du travail, dont le lien de subordination, par l'émergence de nouvelles formes d'organisation du travail.

A- La notion de lien de subordination

9. Étymologiquement, la subordination vient du mot latin *subordinatio*, qui correspond à la « *dépendance par rapport à ce qui a un rang supérieur* »⁴⁶. À cet égard, la subordination traduit le rapport hiérarchique⁴⁷. La notion de subordination juridique est cependant empreinte d'un paradoxe : d'un côté, elle soumet et de l'autre, elle libère. Elle révèle, en effet, la situation de

⁴⁴ V. pour une synthèse sur le sujet, C. NICOD et J.-F. PAULIN, « La subordination en cause », *SSL suppl.*, n° 1485, 2011, p. 17-27.

⁴⁵ J.-F. CESARO, « La subordination », dans *Les notions fondamentales du droit du travail*, Panthéon-Assas, coll.« Colloques », 2009, p. 129.

⁴⁶ « Subordination », dans *Trésor de la Langue Française informatisé*, <https://www.cnrtl.fr/etymologie/subordination>, [consulté le 21 août 2023].

⁴⁷ L'idée de hiérarchie ne doit cependant pas être confondue avec celle d'inégalité, A. SUPIOT, *Critique du droit du travail*, *op. cit.*, p. 114-116.

dépendance et d'assujettissement du travailleur qui est sous les ordres d'un employeur. Néanmoins, par la reconnaissance de sa situation, le travailleur subordonné se voit appliquer des garanties particulières qui répondent justement à sa condition, dans une dialectique de la « *subordination-protection* »⁴⁸. Il est évident que la notion de subordination trouve ses racines dans la construction du contrat de travail⁴⁹, dont elle est la caractéristique centrale. Nous pouvons retrouver la notion de subordination au sein des écrits de Ludovico Barassi⁵⁰. L'auteur a inscrit la subordination au centre du contrat de travail, dans une conception personnelle du rapport de travail⁵¹ pour garantir la protection du salarié, en sa qualité de personne, et lutter contre la réduction de l'Homme à un objet d'échange marchand. Par ailleurs, Paul Pic définissait le contrat de travail comme celui « *par lequel une personne s'engage à exécuter temporairement les travaux rentrant dans sa profession ou métier pour le compte d'une autre personne, qui s'oblige en retour, à lui payer pendant le même temps un salaire convenu, déterminé par la convention ou l'usage* »⁵². L'auteur poursuivait en soulignant que « *ce qui caractérise cette forme de contrat, c'est que l'ouvrier est, pendant le temps convenu [...] au service de celui qui l'emploie* »⁵³. La lutte contre la réification du travailleur posait déjà la dimension personnelle du travail, qui imposera une synthèse nécessaire menant au « *statut dans le contrat* »⁵⁴. L'adoption du lien de subordination, en tant que critère du contrat de travail, n'est cependant pas allée de soi et a pu faire l'objet de controverses. L'idée de subordination est, en effet, une idée doctrinale datant de la fin du XIX^{ème} siècle et qui n'a pas initialement emporté l'adhésion de la doctrine majoritaire⁵⁵. En ce sens, il convient de revenir sur ses origines (1), pour ensuite observer sa définition (2) ainsi que ses liens avec le contrat de travail, en tant que critère central (3).

⁴⁸ J. LE GOFF, L. BERGER et P. WAQUET, *Du silence à la parole*, op. cit., p. 168.

⁴⁹ V. sur l'histoire du contrat de travail, N. OLSZAK, *Histoire du droit du travail*, op. cit., p. 78 ; G. AUBIN et J. BOUVERESSE, *Introduction historique au droit du travail*, op. cit., p. 102 ; O. THOLOZAN, « L'apparition de la notion de contrat de travail dans les thèses des facultés de droit (1890-1901) », dans *Les acteurs de l'histoire du droit du travail*, PUR, coll.« L'univers des normes », 2004, p. 59-68.

⁵⁰ L. BARASSI, *Il contratto del lavoro nel diritto positivo italiano*, 1^{ère} éd., Societã Editrice Libreria, 1901, p. 23 ; V. également, T. PASQUIER, *L'économie du contrat de travail : conception et destin d'un type contractuel*, t. 53, LGDJ, coll.« Bibliothèque de droit social », 2010, p. 46.

⁵¹ V. sur la distinction entre les traditions romanistes et germaniques sur la conceptualisation juridique de la relation de travail, A. SUPIOT, *Critique du droit du travail*, op. cit., p. 13-22.

⁵² P. PIC, *Traité élémentaire de législation industrielle. Première partie. Législation du travail industriel*, Librairie nouvelle de droit et de jurisprudence, 1894, p. 314.

⁵³ *Ibid.*, p. 315.

⁵⁴ A. SUPIOT, *Critique du droit du travail*, op. cit., p. 15.

⁵⁵ E. DOCKÈS, « Notion de contrat de travail », op. cit. ; A. COTTEREAU, « Droit et bon droit. Un droit des ouvriers instauré, puis évincé par le droit du travail (France, XIXe siècle) », *Annales. Histoire, Sciences sociales*, vol. 57, n° 6, 2002, p. 1521-1557.

10. L'opposition entre dépendance économique et subordination. Le critère à retenir pour la qualification de salarié a suscité dès ses origines de vifs débats. Deux conceptions s'opposaient : la subordination et la dépendance économique⁵⁶. On se souvient qu'une partie de la doctrine, en particulier Paul Cuche, soutenait le critère de la dépendance économique⁵⁷. Pour ce faire, l'auteur retenait deux caractéristiques. Premièrement, le travailleur devait percevoir une rémunération « *ne dépassant pas notablement ses besoins et ceux de sa famille* ». Secondement, il soulignait que celui « *qui paie le travail absorbe, si l'on peut dire, intégralement et régulièrement l'activité de celui qui le fournit* »⁵⁸. Pour lui, la subordination seule ne pouvait suffire, sans y adjoindre une dépendance économique. Ce n'est pas la soumission aux ordres, mais le fait de dépendre économiquement d'un seul employeur qui importait et qui justifiait une protection particulière. Depuis, la dépendance économique peut se définir comme étant la « *situation dans laquelle se trouve une personne par rapport à une autre dont l'existence ou la survie économique est subordonnée au maintien de la relation contractuelle* »⁵⁹. Il s'agit par ce critère de prendre en compte des considérations sociales⁶⁰ dans une perspective structurelle⁶¹. En ce sens, la doctrine met en lumière le caractère marchand du contrat de travail. Cependant, la Cour de cassation va adopter une position à contre-courant, en consacrant le lien de subordination, plutôt que la dépendance économique, comme critère de la relation salariale, et ce, malgré la considération majoritaire de son caractère *a priori* trop restrictif⁶².

⁵⁶ H. GROUDEL, « Le critère du contrat de travail », dans *Tendances du droit du travail français contemporain. Études offertes à G. H. Camerlynck*, Dalloz, 1977, p. 49-61 ; J.-P. LE CROM, « Retour sur une "vaine querelle" : le débat subordination juridique-dépendance économique dans la première moitié du XX^{ème} siècle », dans *La subordination dans le travail : analyse juridique et sociologique de l'évolution des formes d'autonomie et de contrôle dans la relation de travail*, Min. des Affaires Sociales, du Travail et de la Solidarité, coll.« Cahier travail et emploi », 2003, p. 71-83 ; O. RIVOAL, « La dépendance économique en droit du travail », *D.*, 2006, p. 891 ; O. LECLERC et T. PASQUIER, « La dépendance économique en droit du travail : éclairages en droit français et en droit comparé. 1^{ère} partie : la tentation de la dépendance économique », *RDT*, 2010, p. 83.

⁵⁷ P. CUCHE, « Du rapport de dépendance, élément constitutif du contrat de travail », *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1913, p. 412-427.

⁵⁸ *Ibid.*, p. 423.

⁵⁹ J.-P. CHAZAL, « Le consentement n'est pas vicié de violence par la seule dépendance économique inhérente au statut salarial », *D.*, 2002, p. 1860.

⁶⁰ J.-P. LE CROM, « Retour sur une "vaine querelle" : le débat subordination juridique-dépendance économique dans la première moitié du XX^{ème} siècle », *op. cit.*, p. 77.

⁶¹ V. sur ce point, O. RIVOAL, « La dépendance économique en droit du travail », *op. cit.*

⁶² V. sur la prise en compte possible de la dépendance économique au travers de la subordination fonctionnelle, *infra*, n° 580 ; V. sur la dépendance économique, comme critère alternatif au lien de subordination, *infra*, n° 822 ;

11. L'adoption controversée de la subordination. La Cour de cassation a, en effet, tranché le débat assez tôt dans son célèbre arrêt *Bardou* du 6 juillet 1931 en affirmant que « *la condition juridique d'un travailleur à l'égard de la personne pour laquelle il travaille ne saurait être déterminée par la faiblesse ou la dépendance économique de ce travailleur et ne peut résulter que du contrat conclu entre les parties ; la qualité de salarié implique nécessairement l'existence d'un lien juridique de subordination du travailleur à la personne qui l'emploie* »⁶³. L'année qui suit, elle semble même mettre un terme définitif aux débats sur le sujet en jugeant que « *la dépendance économique ne peut, en l'état actuel de la législation, servir de criterium pour déterminer les obligations que la loi met à la charge de l'employeur* »⁶⁴. Cependant, la Cour de cassation va, pendant un moment, faire encore référence au critère économique⁶⁵. C'est ainsi qu'elle retient, par exemple, que l'enseignant qui est libre dans la préparation de ses cours et sa façon de les faire pouvait se trouver dans un lien de subordination en raison « *d'un lien de dépendance dans l'organisation générale du travail* »⁶⁶.

12. Cette position de la jurisprudence ne va pas manquer d'occasionner un intense débat doctrinal. Des auteurs tels que Paul Cuche⁶⁷, René Savatier⁶⁸ et André Rouast⁶⁹ opposèrent des critiques aux décisions en ce sens, en défendant une vision davantage sociale et solidaire, rejetant le seul fondement de la hiérarchie. André Rouast estimait par exemple que « *le « salarié » au point de vue social, n'est pas seulement celui qui a loué ses services, mais celui qui dépend économiquement d'un maître pour qui il travaille, même en dehors de toute subordination* »⁷⁰. Bien que la jurisprudence ait finalement retenu le lien de subordination juridique, au détriment de la dépendance économique, il convient de relever que l'influence des défenseurs d'une conception extensive, au travers de la dépendance économique, s'est

« *Le point de vue de l'administration du Travail est donc très net. Elle rejette l'idée de subordination juridique au profit d'une conception large, qualifiée dès lors de dépendance économique. [...] On aurait pu croire la question réglée, tout au moins en ce qui concerne la législation relative aux assurances sociales. En réalité, il n'en sera rien* », J.-P. LE CROM, « Retour sur une "vaine querelle" : le débat subordination juridique-dépendance économique dans la première moitié du XXème siècle », *op. cit.*, p. 76 ; V. également sur l'adoption du lien de subordination, F. GAUDU, *L'emploi dans l'entreprise privée : essai de théorie juridique*, thèse, Université Panthéon-Sorbonne, 1986, p. 97 et s.

⁶³ Civ. 6 juillet 1931, *DP 1931.1. 121*, note P. Pic.

⁶⁴ Cass. civ., 22 juin 1932, 30 juin 1932 et 1er août 1932, *D. P. 1933. 45*, note P. PIC.

⁶⁵ J.-F. CESARO, « La subordination », *op. cit.*, p. 134.

⁶⁶ Cass. soc., 27 mai 1968, *Bull. civ. V, n° 225* ; Cass. soc., 13 novembre 1986, n° 84-40.672, *D. 1986. IR 442*.

⁶⁷ P. CUCHE, « La définition du salarié et le criterium de la dépendance économique », *Dalloz hebdomadaire*, 1932, p. 101-104.

⁶⁸ R. SAVATIER, « Note sous CA Poitiers, 5 décembre 1923 », *Dalloz périodique*, 1924, p. 73-74.

⁶⁹ A. ROUAST, « La notion de contrat de travail et la loi sur les Assurances sociales », *La semaine juridique*, n° 1, 1929, p. 329-332.

⁷⁰ *Ibid.*, p. 332.

poursuivie⁷¹ et continue à s'exercer⁷². Cependant, il s'agit peut-être finalement d'une « vaine querelle »⁷³, car la Cour de cassation défendra, en réalité, une acception extensive du lien de subordination avec la reconnaissance d'un « ample spectre de situations » allant de l'employé de maison au sportif et à l'ouvrier spécialisé, bien qu'elle ne soit pas sans limite dès lors qu'une sujétion n'est pas suffisamment caractérisée⁷⁴.

13. La consécration de la définition du lien de subordination juridique. L'arrêt *Société générale* du 13 novembre 1996 consacra, on le sait, la définition que l'on connaît aujourd'hui du lien de subordination, à savoir, qu'il « 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 »⁷⁵. À cette occasion, le lien de subordination juridique devient le critère commun tant en droit du travail qu'en droit de la protection sociale⁷⁶, dans une démarche unificatrice⁷⁷. En outre, la Cour de cassation a circonscrit l'intégration au sein d'un service organisé comme « un indice du lien de subordination lorsque l'employeur détermine unilatéralement les conditions d'exécution du travail »⁷⁸. À partir de cette définition, les juges vont observer le triptyque des pouvoirs caractéristiques du lien de subordination : direction, contrôle et sanction. Ils forment le socle du périmètre de la volonté de l'employeur. Bien que la dépendance économique rende compte d'une réalité sociale, elle ne permettrait pas de recouvrir, comme le fait la subordination juridique, l'ensemble des formes de travail. À cet égard, le recours au faisceau d'indices⁷⁹ dans

⁷¹ J.-P. LE CROM, « Retour sur une “vaine querelle” : le débat subordination juridique-dépendance économique dans la première moitié du XX^e siècle », *op. cit.*, p. 77 et s.

⁷² V. *infra*, n° 822 ; V. également, G. VIRASSAMY, *Les contrats de dépendance : essai sur les activités professionnelles exercées dans une dépendance économique*, t. 190, Librairie générale de droit et de jurisprudence, coll.« Bibliothèque de droit privé », 1986 ; O. RIVOAL, « La dépendance économique en droit du travail », *op. cit.* ; O. LECLERC et T. PASQUIER, « La dépendance économique en droit du travail : éclairages en droit français et en droit comparé. 1^{ère} partie : la tentation de la dépendance économique », *op. cit.* ; E. DOCKÈS, « Notion de contrat de travail », *op. cit.* ; art. L. 11-3 et L. 11-5, E. DOCKÈS (dir.), *Proposition de code du travail 2017. Sous l'égide du Groupe de recherche pour un autre Code du travail (GR-PACT)*, Dalloz, coll.« Hors collection », 2017.

⁷³ J.-P. LE CROM, « Retour sur une “vaine querelle” : le débat subordination juridique-dépendance économique dans la première moitié du XX^e siècle », *op. cit.*, p. 82-83.

⁷⁴ J. PÉLISSIER, A. LYON-CAEN, A. JEAMMAUD et E. DOCKÈS, *Les grands arrêts du droit du travail*, 4^e éd., Dalloz, 2008, p. 8-9.

⁷⁵ Cass. soc., 13 novembre 1996, n° 94-13.187, *Société générale. GADT*, 4^e éd., n°2 ; *Dr. soc.*, 1996, p. 1067, note J.-J. Dupeyroux ; *JCP E* 1997. II. 911, note J. Barthélémy ; *RJS* 12/96, n° 1320, *op. cit.*

⁷⁶ V. auparavant, G.H. CAMERLYNCK, *Traité de droit du travail. Contrat de travail*, 1^{re} éd., Dalloz, 1968, p. 54-56.

⁷⁷ V. en ce sens, J.-J. DUPEYROUX, « A propos de l'arrêt Société générale », *Dr. soc.*, 1996, p. 1067.

⁷⁸ Cass. soc., 13 novembre 1996, n° 94-13.187, *Société générale. GADT*, 4^e éd., n°2 ; *Dr. soc.*, 1996, p. 1067, note J.-J. Dupeyroux ; *JCP E* 1997. II. 911, note J. Barthélémy ; *RJS* 12/96, n° 1320, *op. cit.*

⁷⁹ V. sur le faisceau d'indices du lien de subordination, *infra*, n° 648 et s. ; L'indice doit être distingué du critère. Là où le critère désigne une condition nécessaire à l'identification d'une notion, l'indice n'est ni nécessaire, ni

le cadre d'une appréhension complémentaire de la subordination recouvrira ainsi la variété des situations contractuelles⁸⁰. Là où la dépendance économique souligne le pouvoir sur le patrimoine, la subordination va jusqu'à la personne du salarié⁸¹. Le législateur consacra légalement la subordination juridique⁸², mais sa définition et son contenu furent fixés par la Cour de cassation, ce, tout comme le contrat de travail⁸³. Le lien de subordination a ainsi progressivement perdu sa connotation de sa représentation originelle, pour devenir une notion-cadre⁸⁴ définie par les pouvoirs.

2- Le lien de subordination défini par les pouvoirs de l'employeur

14. Le rapport de pouvoirs au cœur de la définition du lien de subordination. La subordination juridique renvoie aux conditions concrètes d'accomplissement de la prestation de travail⁸⁵. Sa définition s'articule autour de critères qui participent à son identification, qu'est l'exercice cumulatif d'un pouvoir de direction, de contrôle et de sanction. Le lien de subordination doit ainsi être entendu comme un rapport de pouvoir⁸⁶. La subordination

suffisant pour procéder à l'identification d'une notion. V. à ce sujet, C. WOLMARK, *La définition prétorienne : étude en droit du travail*, Dalloz, coll.« Nouvelle bibliothèque de thèses », 2007, vol.69, p. 115.

⁸⁰ T. AUBERT-MONPEYSSSEN, *Subordination juridique et relation de travail*, *op. cit.*, p. 14.

⁸¹ P. LOKIEC, *Contrat et pouvoir. Essai sur les transformations du droit privé des rapports contractuels*, LGDJ, coll.« Bibliothèque de droit privé », 2004, p. 342 ; « *En affirmant que le critère du contrat de travail réside dans la subordination juridique, la Cour de cassation a simplement souligné que la subordination découle de l'existence d'un rapport de pouvoir, et non pas seulement de la faiblesse du cocontractant dont la survie dépend des ressources qu'il tire d'une activité* », E. PESKINE et C. WOLMARK, *Droit du travail*, 16^e éd., Dalloz, coll.« Hypercours », 2022, p. 31.

⁸² C. trav., art. L. 721-1, al. 3, relatif aux travailleurs à domicile et issu d'une loi de 1957 ; art. L. 120-3, al. 2, créé en 1994, abrogé en 2000 puis recréé en 2005. J. PÉLISSIER, A. LYON-CAEN, A. JEAMMAUD et E. DOCKÈS, *Les grands arrêts du droit du travail*, *op. cit.*, p. 7 et s. ; A. JEAMMAUD, « Le pouvoir patronal visé par le droit du travail », *SSL*, n° 1340, 2008, p. 17-18.

⁸³ T. REVET, « L'objet du contrat de travail », *Dr. soc.*, 1992, p. 859 ; M. FABRE-MAGNAN, « Le contrat de travail défini par son objet », dans *Le travail en perspectives*, LGDJ, coll.« Droit et société », n° 22, 1998, p. 101-124 ; F. GAUDU et R. VATINET, *Les contrats du travail. Contrats individuels, conventions collectives et actes unilatéraux*, LGDJ, coll.« Traité des contrats », 2001.

⁸⁴ « *Ce terme conservateur, chargé d'histoire, riche de toute une évolution juridico-sociale, recouvre une notion-cadre qui n'a pu devenir le précieux outil juridique qu'elle constitue aujourd'hui qu'en perdant sa signification littérale* », T. AUBERT-MONPEYSSSEN, *Subordination juridique et relation de travail*, *op. cit.*, p. 314 ; v. également en ce sens, S. FROSSARD, *Les qualifications juridiques en droit du travail*, t. 33, LGDJ, coll.« Bibliothèque de droit social », 2000, p. 33.

⁸⁵ « *Ce lien de subordination existe donc si le travailleur est dans une situation réelle de dépendance juridique à l'égard du donneur d'ouvrage* », F. HÉAS, *Droit du travail*, 10^e éd., Bruylant, coll.« Paradigme », 2022, p. 219.

⁸⁶ A. JEAMMAUD, « Le pouvoir patronal visé par le droit du travail », *op. cit.* ; V. sur les origines philosophiques de la subordination, B. PETIT, « Libres propos sur le rapport de subordination dans les relations de travail : sortir du moralisme de la lutte des classes pour oser, demain, la co-gestion ! », *RDLF*, 2017, chron. n° 11.

juridique est, en effet, centrée sur la preuve d'un rapport de pouvoir entre l'employeur et le salarié⁸⁷ et se réalise à travers l'expression du pouvoir patronal⁸⁸.

15. Dans son sens strict et le plus classique, la définition du lien de subordination, telle qu'issue de la jurisprudence *Société générale*⁸⁹, est restée stable. En ce sens, le lien de subordination se caractérise tout d'abord par l'exécution d'un travail sous les ordres, ou les instructions⁹⁰ d'un donneur d'ouvrage⁹¹. Le pouvoir de direction est le premier pouvoir de l'employeur, il est celui qui organise la prestation de travail⁹² et dont découlent les deux autres pouvoirs. En outre, la conformité du travail doit, en effet, être contrôlée, que ce soit de manière personnelle, par personne interposée, ou par tous les moyens qui peuvent consister en de la géolocalisation⁹³ ou l'obligation à remettre des comptes rendus⁹⁴. Le pouvoir de contrôle est celui qui fait la jonction entre les instructions et la possibilité de sanctionner les manquements. La faculté de sanctionner le travailleur, qu'il existe une faute ou non et que celle-ci soit justifiée ou non, est le dernier élément caractéristique du lien de subordination⁹⁵. Il traduit le pouvoir disciplinaire de l'employeur qui peut notamment s'exercer par des avertissements⁹⁶ ou des suspensions⁹⁷. L'ensemble de ces pouvoirs doit, en principe, être constaté cumulativement⁹⁸.

16. Le recours à un faisceau d'indices. Se sont ajoutés au « *noyau dur* » de la subordination, des indices complémentaires pour rendre compte de l'appartenance à une organisation⁹⁹. À cet

⁸⁷ P. LOKIEC, *Droit du travail*, 2^e éd., PUF, coll. « Thémis Droit », 2022, p. 128.

⁸⁸ J.-P. CHAUCHARD, « La subordination du salarié, critère du contrat de travail », dans *La subordination dans le travail : analyse juridique et sociologique de l'évolution des formes d'autonomie et de contrôle dans la relation de travail*, Min. des Affaires Sociales, du Travail et de la Solidarité, coll.« Cahier travail et emploi », 2003, p. 21-22.

⁸⁹ Cass. soc., 13 novembre 1996, n° 94-13.187, *Société générale*. *GADT*, 4^e éd., n°2 ; *Dr. soc.*, 1996, p. 1067, note J.-J. Dupeyroux ; *JCP E* 1997. II. 911, note J. Barthélémy ; *RJS* 12/96, n° 1320, *op. cit.*

⁹⁰ Et même d'avis ou de conseils, Cass. soc., 15 février 2006, n° 04-44.049, *JCP S* 2006. 1255, note Puigelier.

⁹¹ Un lien de subordination a ainsi été reconnu pour des poseurs d'affiches vis-à-vis d'une société d'affichage, dès lors qu'ils recevaient de celle-ci des directives précises pour exécuter le travail qu'elle leur avait commandé. Cass. soc., 22 mai 1997, n° 95-15.455.

⁹² « *Le pouvoir premier, essentiel, est le pouvoir de direction. Il est une faculté d'organiser, de contrôler et de commander la prestation de travail. En termes plus juridiques, il est une faculté de créer ou de préciser unilatéralement les obligations dont le salarié est le débiteur* », G. AUZERO, D. BAUGARD et E. DOCKÈS, *Droit du travail*, 36^e éd., Dalloz, coll.« Précis », 2022, p. 896.

⁹³ V. *infra*, n° 651 et s.

⁹⁴ Y. AUBREE, « Contrat de travail : existence », dans *Répertoire de droit du travail*, Dalloz, 2023, n° 84.

⁹⁵ V. par exemple, concernant un joueur de rugby, Cass. soc., 28 avril 2011, n° 10-15.573, *D. actu.* 19 mai 2011, *obs. Perrin* ; *ibid.* 2011. 2325, note Karaquillo ; *RDT* 2011. 370, *obs. Auzero* ; *Dr. soc.* 2011. 1119, *obs. Barthélémy* ; *RJS* 2011. 527, n° 571 ; *JCP S* 2011. 1362, *obs. Puigelier*.

⁹⁶ Cass. soc., 19 septembre 2013, n° 12-17.494.

⁹⁷ Cass. soc., 8 septembre 2021, n° 19-18.673.

⁹⁸ V. par exemple, Cass. soc., 18 janvier 2012, n° 10-26.325.

⁹⁹ Bien que, notamment à l'occasion d'une critique du service organisé, il a pu être souligné que tout travailleur, qu'il soit salarié ou non, appartient à une entreprise. G. LYON-CAEN, *Le droit du travail non salarié*, Sirey, 1990, p. 30.

égard, il a été admis que le juge puisse recourir à un faisceau d'indices pour caractériser un lien de subordination¹⁰⁰. C'est l'accumulation des indices, dont la force peut être variable, qui va caractériser la subordination¹⁰¹. Ont ainsi pu constituer de tels indices : l'imposition d'horaires¹⁰², d'un lieu de travail¹⁰³, la fourniture du matériel¹⁰⁴, ou l'intégration à un service organisé¹⁰⁵. Ce dernier indice, qui a pu pendant un temps être considéré comme étant un critère alternatif au lien de subordination¹⁰⁶, renoue avec le versant économique du pouvoir de direction, qui peut aussi être appelé pouvoir d'organisation ou de gestion¹⁰⁷. Malgré la position de la Cour de cassation qui a indiqué qu'il constituait un simple indice¹⁰⁸, certains auteurs contestent un quelconque « *déclassement* » de l'intégration à un service organisé¹⁰⁹, qui resterait un véritable critère du lien de subordination¹¹⁰. S'il fallait s'en convaincre, preuve en est de l'intensité des débats qui entoure l'appréhension juridique du lien de subordination et qui connaît un intérêt renouvelé face à l'émergence de nouvelles activités.

17. La distinction entre lien de subordination fonctionnelle et personnelle. Il y aurait ainsi d'une part une subordination directe ou centrale, caractérisée par « *le pouvoir de donner des ordres et des directives, d'en contrôler l'exécution et de sanctionner les manquements* »¹¹¹ et, d'autre part, une subordination indirecte ou « *périphérique* » constituée notamment par l'intégration à un service organisé et l'exercice d'un pouvoir de gestion¹¹². Cette dualité de la

¹⁰⁰ V. notamment à ce sujet, E. JEANSEN, « Salariat », dans *JCI Travail Traité*, Lexis Nexis, Fasc. 17-1, 2022, n° 30.

¹⁰¹ « *De nombreux éléments peuvent servir d'indice de subordination. De tels indices sont simplement des éléments de fait qui sont le plus souvent, habituellement, associés à une relation de travail subordonné* », G. AUZÉRO, D. BAUGARD et E. DOCKÈS, *Droit du travail*, op. cit., p. 292.

¹⁰² Cass. soc., 30 juin 1988, n° 85-43.661.

¹⁰³ Cass., ass. plén., 4 mars 1983, n° 81-11.647, *D.* 1983. 381, concl. Cabannes ; *D.* 1984. IR 164, obs. Béraud.

¹⁰⁴ Cass. crim., 29 octobre 1985, n° 84-95.559, *Gaz. Pal.*, 7 janv. 1986, n° 5 à 7, note Doucet.

¹⁰⁵ Cass., ass. plén., 18 juin 1976, n° 74-11.210, *D.*, 1977, note A. Jeammaud ; *JCP CI* 1977. 12497, note Saint-Jour. ; Cass. soc., 13 novembre 1996, n° 94-13.187, *Société générale. GADT*, 4e éd., n°2 ; *Dr. soc.*, 1996, p. 1067, note J.-J. Dupeyroux ; *JCP E* 1997. II. 911, note J. Barthélémy ; *RJS* 12/96, n° 1320, op. cit.

¹⁰⁶ Cass., ass. plén., 18 juin 1976, n° 74-11.210, *D.*, 1977, note A. Jeammaud ; *JCP CI* 1977. 12497, note Saint-Jour., op. cit.

¹⁰⁷ A. JEAMMAUD, M. LE FRIANT et A. LYON-CAEN, « L'ordonnancement des relations de travail », *D.*, 1998, p. 359.

¹⁰⁸ Cass. soc., 13 novembre 1996, n° 94-13.187, *Société générale. GADT*, 4e éd., n°2 ; *Dr. soc.*, 1996, p. 1067, note J.-J. Dupeyroux ; *JCP E* 1997. II. 911, note J. Barthélémy ; *RJS* 12/96, n° 1320, op. cit.

¹⁰⁹ J.-J. DUPEYROUX, « A propos de l'arrêt Société générale », *Dr. soc.*, 1996, p. 1067 ; Même si les auteurs parlent d'un « *fort indice* », G. AUZÉRO, D. BAUGARD et E. DOCKÈS, *Droit du travail*, op. cit., p. 292.

¹¹⁰ « *Aussi peut-on suggérer que toute tentative de réduire la place du service organisé dans la qualification de la subordination serait condamnée à l'échec, sauf à ne plus vouloir faire correspondre exactement la subordination et les différentes figures du pouvoir patronal* », C. WOLMARK, *La définition prétorienne : étude en droit du travail*, op. cit., p. 122 ; V. pour une vision contraire, F. GAUDU et R. VATINET, *Les contrats du travail. Contrats individuels, conventions collectives et actes unilatéraux*, LGDJ, coll. « *Traité des contrats* », 2001, p. 30.

¹¹¹ Cass. soc., 13 novembre 1996, n° 94-13.187, *Société générale. GADT*, 4e éd., n°2 ; *Dr. soc.*, 1996, p. 1067, note J.-J. Dupeyroux ; *JCP E* 1997. II. 911, note J. Barthélémy ; *RJS* 12/96, n° 1320, op. cit.

¹¹² Expression empruntée à C. PUIGELIER, « Salariat - Définition », dans *JCI Travail Traité*, fasc. 17-1, 2000, n° 45.

subordination a pu être exprimée par certains auteurs. À cet effet, Monsieur Alain Supiot distingue « *d'un côté donc, une subordination fonctionnelle, résultant de l'intégration à une organisation ; de l'autre une subordination personnelle, résultant d'un devoir d'obéissance* »¹¹³. Or, depuis que la jurisprudence a indiqué que le critère de l'intégration à un service organisé était un simple indice de la subordination, impliquant néanmoins pour le juge de vérifier que « *l'employeur détermine unilatéralement les conditions de travail* »¹¹⁴, la subordination fonctionnelle s'est effacée au profit de la subordination personnelle¹¹⁵. Cependant, l'apparition de nouvelles organisations du travail a redonné tout son sens à cette acception de la subordination, dans l'analyse de l'état de subordination pour souligner l'exercice d'un pouvoir direction de l'activité du donneur d'ordre et de la dimension économique de la relation. Si le lien de subordination peut avoir une dimension aussi élastique, c'est parce qu'il traduit avant tout une situation de fait.

18. Le lien de subordination, un fait juridique. La recherche du lien de subordination traduit, en effet, une situation de fait au sein de laquelle se trouvent les parties. Le principe d'indisponibilité du contrat de travail¹¹⁶, selon lequel « *l'existence d'une relation de travail salarié 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* »¹¹⁷, exprime le caractère factuel de la relation¹¹⁸. Parallèlement, le caractère juridique doit être mis en miroir avec celle de fait juridique¹¹⁹. En effet, un fait juridique est un « *agissement ou un événement auquel la loi attache des effets de droit* »¹²⁰ et « *la subordination juridique est un rapport factuel de pouvoir auquel le droit attache des conséquences juridiques, en l'occurrence la qualification de contrat de travail* »¹²¹. Au-delà d'une interprétation du contrat par le juge¹²², il s'agit bien d'un contrôle de qualification juridique des faits.

¹¹³ A. SUPIOT, *Le droit du travail*, PUF, coll.« Que sais je ? », 2019, p. 69-70.

¹¹⁴ Cass. soc., 13 novembre 1996, n° 94-13.187, *Société générale. GADT*, 4e éd., n°2 ; *Dr. soc.*, 1996, p. 1067, note J.-J. Dupeyroux ; *JCP E* 1997. II. 911, note J. Barthélémy ; *RJS* 12/96, n° 1320, *op. cit.*

¹¹⁵ A. JEAMMAUD, « Le pouvoir patronal visé par le droit du travail », *op. cit.*, p. 19.

¹¹⁶ V. *infra*, n° 620 et s.

¹¹⁷ Cass., ass. plén., 4 mars 1983, n° 81-11.647, *D.* 1983. 381, *concl. Cabannes* ; *D.* 1984. IR 164, *obs. Béraud.*, *op. cit.*

¹¹⁸ V. à ce sujet P. LOKIEC, *Contrat et pouvoir*, *op. cit.*, p. 342-345.

¹¹⁹ *Ibid.*, p. 342.

¹²⁰ V. « Fait juridique », T. DEBARD et S. GUINCHARD, *Lexique des termes juridiques*, 30^e éd., Dalloz, coll.« Lexiques », 2022, p. 485.

¹²¹ P. LOKIEC, *Contrat et pouvoir*, *op. cit.*, p. 342.

¹²² A. JEAMMAUD, « L'avenir sauvegardé de la qualification de contrat de travail. A propos de l'arrêt Labbane », *op. cit.*

19. La distinction entre lien de subordination juridique et état de subordination. Il convient néanmoins de distinguer, d'une part, la subordination juridique qui correspond au pouvoir reconnu par le droit qui est accordé à l'employeur¹²³ et, d'autre part, le pouvoir de fait¹²⁴ qui est exercé sur le travailleur qui caractérise un état de subordination. Le lien juridique de subordination est un effet du contrat de travail et ne joue en soi aucun rôle dans la qualification, là où l'état de subordination, par la présence d'éléments de fait, constituera la source de la reconnaissance d'un contrat de travail¹²⁵. En d'autres termes, « *l'état de subordination est ce qui permet la qualification de contrat de travail : il est sa cause. Et la subordination juridique découle de cette qualification : elle est son effet* »¹²⁶. Une distinction doit ainsi être opérée entre pouvoir de droit et pouvoir de fait¹²⁷. À cet égard, certains auteurs distinguent le pouvoir-rapport social et le pouvoir-prérogative juridique¹²⁸, quand d'autres opèrent une distinction entre pouvoir factuel et pouvoir juridique¹²⁹, ou encore entre pouvoir de fait et pouvoir de droit¹³⁰. En somme, ces typologies du pouvoir ont pour vocation de distinguer le pouvoir habilité – par la loi ou le contrat – qui caractérise le lien de subordination juridique et le pouvoir de fait qui caractérise un état de subordination.

20. Dans le cadre de cette étude, la notion de lien de subordination sera entendue largement, dans ses deux acceptions, à savoir : lien de subordination juridique et état de subordination. En effet, les éléments retenus pour reconnaître un état de subordination découlent de la définition du lien de subordination juridique. Dès lors, les évolutions que peut connaître l'expression des pouvoirs de l'employeur, dans le cadre du lien de subordination juridique, alimentent l'appréhension possible de l'état de subordination. Et inversement, les nouvelles formes d'organisation du travail, dans le cadre d'une recherche d'un état de subordination, peuvent nourrir les réflexions autour de la subordination juridique. Par conséquent, le lien de subordination est le critère de fait de la relation salariale, mais il est également l'effet juridique

¹²³ G. AUZERO, D. BAUGARD et E. DOCKÈS, *Droit du travail*, op. cit., p. 286.

¹²⁴ Sur la différence entre pouvoir de droit et pouvoir de fait, V. notamment, A. JEAMMAUD, « Le pouvoir patronal visé par le droit du travail », op. cit. ; P. LOKIEC, *Contrat et pouvoir*, op. cit., p. 25 ; E. DOCKÈS, « De la supériorité du contrat de travail sur le pouvoir de l'employeur », dans *Analyse juridique et valeurs en Droit social, Études offertes à Jean Pélissier*, Dalloz, 2004, p. 203.

¹²⁵ E. DOCKÈS, « Notion de contrat de travail », op. cit.

¹²⁶ *Ibid.*

¹²⁷ E. DOCKÈS, « Le pouvoir dans les rapports de travail. Essor juridique d'une nuisance économique », *Dr. soc.*, 2004, p. 620 ; A. JEAMMAUD, « Le pouvoir patronal visé par le droit du travail », op. cit.

¹²⁸ A. JEAMMAUD, « Le pouvoir patronal visé par le droit du travail », op. cit. ; A. JEAMMAUD, « Le pouvoir de l'employeur renforcé ou altéré ? », dans *Intelligence artificielle, gestion algorithmique du personnel et droit du travail*, Dalloz, coll.« Thèmes et commentaires », 2020, p. 31-36.

¹²⁹ P. LOKIEC, *Contrat et pouvoir*, op. cit.

¹³⁰ E. DOCKÈS, « De la supériorité du contrat de travail sur le pouvoir de l'employeur », op. cit.

du contrat de travail¹³¹. Le lien de subordination est donc celui qui confère les pouvoirs de l'employeur : il est « *l'âme même* » du contrat de travail¹³².

3- Le lien de subordination comme critère qualificatif du contrat de travail

21. Les origines du contrat de travail. Il fallut attendre la fin du XIX^{ème} siècle pour voir apparaître le contrat de travail¹³³. Initialement, le travail était régi par le Code civil au travers du louage d'ouvrage¹³⁴, prévu au sein des anciens articles 1780 et 1781 du Code civil, qui se distinguait du « *louage des gens de travail qui s'engagent au service de quelqu'un* » ainsi que celui des « *entrepreneurs d'ouvrages par suite de devis ou de marchés* »¹³⁵, qui s'apparentait à un contrat d'entreprise. Monsieur Alain Supiot soulignait que les travailleurs étaient, dans cette conception, l'objet même du louage, ce qui trahissait déjà, selon lui, « *l'indissolubilité du prestataire et de la prestation* »¹³⁶.

22. À ce sujet, Monsieur Alain Cottereau a mis en exergue l'importance du louage d'ouvrage durant le XIX^{ème} siècle¹³⁷. Selon l'auteur, le contrat de travail serait ainsi né d'un « *coup de force dogmatique* »¹³⁸ d'Ernest Glasson en 1886. Une vision qui a cependant pu être relativisée

¹³¹ B. PEREIRA, « Mutation du rapport de subordination : le salarié "autonomie" ou l'indépendant "subordonné" en France », *Management & Avenir*, n° 104, juin 2018, p. 40.

¹³² F. FAVENNEC-HÉRY, P.-Y. VERKINDT et G. DUCHANGE, *Droit du travail*, 8^e éd., LGDJ, coll.« Manuel », 2022, p. 470.

¹³³ V. sur l'histoire du contrat de travail, A. COTTEREAU, « Droit et bon droit. Un droit des ouvriers instauré, puis évincé par le droit du travail (France, XIX^e siècle) », *op. cit.* ; P. LEFEBVRE, « Subordination et "révolutions" du travail et du droit du travail (1776-2010) », *Entreprises et histoire*, vol. 57, n° 4, 2009, p. 45-78 ; O. THOLOZAN, « L'apparition de la notion de contrat de travail dans les thèses des facultés de droit (1890-1901) », *op. cit.* ; T. PASQUIER, *L'économie du contrat de travail : conception et destin d'un type contractuel*, *op. cit.*, spé. partie 1, titre 1, chapitre 1.

¹³⁴ « *Le Code civil distingue trois espèces de contrat de louage d'ouvrage et d'industrie (art. 1779) à savoir le contrat de louage de travail, le contrat de transport et le contrat d'entreprise d'ouvrages. Ces contrats semblent être énumérés dans l'ordre inverse de leur importance : deux articles sont consacrés au contrat de louage de travail, cinq au contrat de transport et treize au contrat d'entreprise* », J.-P. NANDRIN, « L'histoire du contrat de travail et la problématique de l'entreprise avant 1914 », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, vol. 15, n° 2, 1985, p. 51.

¹³⁵ Régis à l'ancien article 1779 du Code civil ; V. « Contrat de travail », A. BEVORT, A. JOBERT, M. LALLEMENT et A. MIAS, *Dictionnaire du travail*, PUF, coll.« Quadrige », 2012, p. 132.

¹³⁶ L'auteur poursuit en indiquant que l'idée sera reprise de Pothier, qui, « *fidèle au droit romain, celui-ci, après avoir rangé le louage d'industrie sous la rubrique du louage de choses, opposait en revanche ce dernier au louage d'ouvrages (i.e à notre contrat d'entreprise : v. C. civ., art. 1787)* », A. SUPIOT, *Critique du droit du travail*, *op. cit.*, p. 53.

¹³⁷ A. COTTEREAU, « Droit et bon droit. Un droit des ouvriers instauré, puis évincé par le droit du travail (France, XIX^e siècle) », *op. cit.*

¹³⁸ *Ibid.*, p. 1524.

par la démonstration de l'existence d'un processus de transformation hiérarchique qui montre l'apparition progressive de la notion, certes innovante, mais non soudaine, de contrat de travail¹³⁹. Il convient, en effet, de rappeler qu'il n'y a que peu d'entreprises « modernes », construites sur un modèle hiérarchique, pendant les trois premiers quarts du XIX^{ème} siècle¹⁴⁰. La majorité du travail était, en effet, constitué de travail à domicile, de marchandage, et du tâcheronnat. Autrement dit, il n'y avait pas de réelle coordination du travail, et les relations étaient donc principalement commerciales. Il a fallu attendre la fin du XIX^{ème} siècle pour voir apparaître une « *forme moderne de rationalisation et d'organisation centralisée du travail* »¹⁴¹. C'est ainsi que la notion de contrat de travail a fait son apparition dans la loi en 1901¹⁴². Son introduction a donné lieu à de nombreuses interprétations et propositions doctrinales sur les caractères qu'il convenait de retenir pour le définir et le distinguer des autres contrats¹⁴³. Mais c'est indéniablement son objet qui fut « *le point sensible* »¹⁴⁴ de la qualification de la relation de travail.

23. L'analyse patrimoniale du contrat de travail. L'objet du contrat de travail est composé pour Monsieur Thierry Revet de deux éléments : le travail et la subordination¹⁴⁵. Il définit le travail par la force de travail, qui correspond à l'ensemble des facultés corporelles et intellectuelles grâce auxquelles l'Homme travaille¹⁴⁶. Or, la nature personnelle de la force de travail a pu constituer, chez une partie de la doctrine, un obstacle à sa commercialisation. Nombreux considèrent que c'est bien le travailleur lui-même qui est l'objet du contrat de travail¹⁴⁷. Par exemple, pour le doyen Carbonnier, le contrat de travail était une « *aliénation de l'énergie musculaire* »¹⁴⁸. Pour surmonter cette difficulté, il a pu être considéré que la force de travail se distinguerait ainsi du travailleur lui-même,¹⁴⁹ ce qui explique la possible objectivation

¹³⁹ P. LEFEBVRE, « Subordination et “révolutions” du travail et du droit du travail (1776-2010) », *op. cit.*

¹⁴⁰ P. LEFEBVRE, *L'invention de la grande entreprise*, PUF, coll.« Sociologies », 2003, p. 25-137.

¹⁴¹ C. WOLMARK, « L'émergence de la subordination », *op. cit.*, p. 9.

¹⁴² Art. 1^{re} de la loi du 18 juillet 1901 relative à la garantie des emplois des réservistes de l'armée.

¹⁴³ V. à ce sujet, T. PASQUIER, *L'économie du contrat de travail : conception et destin d'un type contractuel*, *op. cit.*, p. 44 et s.

¹⁴⁴ A. SUPLOT, *Critique du droit du travail*, *op. cit.*, p. 53.

¹⁴⁵ T. REVET, *La force de travail : étude juridique*, Litec, 1992.

¹⁴⁶ T. REVET, « L'objet du contrat de travail », *op. cit.*

¹⁴⁷ V. en ce sens, « *la chose louée est la force de travail qui réside en chaque personne et qui peut être utilisée comme celle d'une machine ou d'un cheval* », M. PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, 9^e éd., Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1923, p. 608 ; « *par le contrat de travail, est-ce son travail ou sa personne que le travailleur met à la disposition de son partenaire ? C'est, sous certaines réserves, sa personne : il ne sert à rien de nier la réalité au prétexte qu'elle est choquante* », J.-J. DUPEYROUX, « Quelques questions », *Dr. soc.*, 1990, p. 9.

¹⁴⁸ J. CARBONNIER, *Droit civil*, 2^e éd., t. 1, PUF, 1977, n° 48.

¹⁴⁹ V. par exemple, J. RIVERO, « Les libertés publiques dans l'entreprise », *Dr. soc.*, 1982, p. 243 ; J. SAVATIER, « La liberté dans le travail », *Dr. soc.*, 1990, p. 51.

qui permet sa subordination et ainsi sa commercialisation¹⁵⁰. L'objet du contrat de travail porterait, dans cette perspective, sur le travail et les fruits de celui-ci, comme étant détachables de la personne même du travailleur. C'est ce qui fonde, ce qui a été appelé, la fiction du « *travail-marchandise* »¹⁵¹. Or, il s'agit bien d'une fiction juridique¹⁵² dont la subordination, en tant que critère central du contrat de travail, met en lumière la dimension éminemment personnelle du rapport de travail¹⁵³.

24. L'analyse corporelle du contrat de travail. Selon Monsieur Alain Supiot, « *le concept juridique de corps humain est le seul concept suffisamment général et abstrait pour caractériser l'objet du contrat de travail et répondre à cette idée abstraite de travail sur laquelle a été conclu le contrat de travail* »¹⁵⁴. Cette analyse sera rejointe par d'autres auteurs¹⁵⁵ qui ont démontré, comme Madame Muriel Fabre-Magnan, que l'objet du contrat de travail est plus qu'une simple obligation de faire, mais mettait en réalité en jeu le corps même du salarié, ce qui aurait pour conséquence que « *le salarié participe de la définition de l'objet du contrat de travail* »¹⁵⁶. Dans la continuité de ce constat sur le caractère personnel, qui entraîne une prise en compte nécessaire du corps humain dans la relation de travail, « *le droit du travail s'institue dans cette réapparition de valeurs non patrimoniales dans un échange marchand* »¹⁵⁷. Autrement dit, le lien de subordination révèle la nature personnelle de la relation de travail, qui appelle à une protection de la personne du travailleur, dont la sécurité est l'objet premier du droit du travail¹⁵⁸.

¹⁵⁰ S. THOMAS, *La compétence du salarié*, Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, LGDJ, coll.« Thèses de l'IFR », 2018, p. 177.

¹⁵¹ A. SUPIOT, *Le travail n'est pas une marchandise : Contenu et sens du travail au XXIe siècle*, Collège de France, coll.« Leçon de clôture », 2019, p. 22-28.

¹⁵² Il s'agit d'un « *mécanisme technique qui consiste en une méconnaissance volontaire de la réalité en vue de l'obtention d'un résultat de droit.* », V. « Fiction », D. ALLAND et S. RIALS, *Dictionnaire de la culture juridique*, 4^e éd., PUF, 2012, p. 717-718.

¹⁵³ V. en ce sens, T. PASQUIER, *L'économie du contrat de travail : conception et destin d'un type contractuel*, op. cit., p. 46-47. Cette difficulté fut également synthétisée par Monsieur Alain Supiot qui écrivait que « *le droit du travail vise à organiser un pouvoir « privé », c'est-à-dire le pouvoir d'une personne privée sur une autre. Il y a là déjà une source considérable de difficultés dans la mesure où il emprunte l'essentiel de ses techniques au droit des obligations. Difficultés juridiques tout d'abord, car en faisant entrer le corps humain dans le champ du droit des obligations, et en admettant que la volonté puisse, non seulement se soumettre à une obligation, mais se subordonner contractuellement à une autre volonté, le droit du travail peut contredire deux principes majeurs de notre droit : l'extrapatrimonialité du corps humain, et l'autonomie de la volonté* », A. SUPIOT, *Le juge et le droit du travail*, thèse, Université de Bordeaux, 1979, p. 959-960.

¹⁵⁴ A. SUPIOT, *Critique du droit du travail*, op. cit., p. 63.

¹⁵⁵ V. notamment, « *Peut-on raisonnablement soutenir que l'engagement du salarié est de nature exclusivement patrimoniale, que celui-ci n'engage pas sa personne dans le rapport de travail ? Assurément non ! Loin des figures désincarnées de créancier ou de débiteur, à travers lesquelles le droit se représente généralement les rapports patrimoniaux, le salarié est appréhendé comme une personne à part entière* », P. LOKIEC, *Il faut sauver le droit du travail !*, Odile Jacob, 2015, p. 43.

¹⁵⁶ M. FABRE-MAGNAN, « *Le contrat de travail défini par son objet* », op. cit., spé. p. 105.

¹⁵⁷ A. SUPIOT, *Critique du droit du travail*, op. cit., p. 67.

¹⁵⁸ A. SUPIOT, *Le droit du travail*, op. cit., p. 114.

Pour ce faire, le lien de subordination constitue par conséquent le « *révélateur de la véritable nature des relations* »¹⁵⁹, en tant que critère distinctif. La définition retenue lors de l'arrêt *Société générale* ne doit, en effet, pas masquer la prise en compte du risque¹⁶⁰.

25. Le lien de subordination comme critère distinctif du contrat de travail. Le lien de subordination est celui qui permet de distinguer le contrat de travail des autres contrats¹⁶¹. Dès 1954, la Cour de cassation a, en effet, défini le contrat comme étant « *une convention par laquelle une personne s'engage à travailler pour le compte d'une autre et sous sa subordination moyennant une rémunération* »¹⁶². La notion de subordination est celle qui est au cœur de la qualification et de la reconnaissance de l'existence juridique d'un contrat de travail¹⁶³. Depuis sa création, le droit des professions a laissé la place à un droit de la subordination, « *il n'y a plus lieu aujourd'hui, de distinguer les activités en fonction de leur teneur, mais en fonction de leur modalité d'accomplissement, subordonnée ou indépendante* »¹⁶⁴. Le lien de subordination, en ce sens, est la source du contrat de travail.

26. Le lien de subordination comme effet du contrat de travail. Parallèlement, en tant que critère du contrat de travail, le lien de subordination est également son effet. Il peut, ainsi, être considéré comme une obligation contractuelle¹⁶⁵ « *dont l'employeur est le créancier et dont le salarié est le débiteur. L'obligation de subordination résulte d'une rencontre de volontés par laquelle une personne qui entend participer à l'entreprise d'autrui reconnaît à une autre qui l'accepte, pour l'exécution du contrat, la prérogative de lui donner des instructions pour l'accomplissement du travail, d'en contrôler l'exécution et d'en sanctionner les résultats. L'objet de cette obligation porte sur le contrôle que l'employeur peut exercer sur la manière dont le salarié accomplit sa prestation de travail* »¹⁶⁶. La subordination se définit par les

¹⁵⁹ J.-P. CHAUCHARD, « La subordination du salarié, critère du contrat de travail », *op. cit.*, p. 22.

¹⁶⁰ « *certes moins systématique* », P. LOKIEC, *Droit du travail*, *op. cit.*, p. 128 ; V. à ce sujet, T. PASQUIER, *L'économie du contrat de travail : conception et destin d'un type contractuel*, *op. cit.*, spé. p. 75-107.

¹⁶¹ B. TEYSSIÉ, J.-F. CESARO et A. MARTINON, *Droit du travail. Relations individuelles*, *op. cit.*, p. 226-232 ; Y. AUBREE, « Contrat de travail : existence », dans *Répertoire de droit du travail*, Dalloz, 2023, n° 111 et s. .

¹⁶² Cass. soc., 22 juillet 1954, *Bull. civ. IV*, n° 576.

¹⁶³ « *La condition juridique d'un travailleur à l'égard de la personne pour laquelle il travaille ne saurait être déterminée par la faiblesse ou la dépendance économique dudit travailleur et ne peut résulter que du contrat conclu entre les parties ; la qualité de salarié implique nécessairement l'existence d'un lien juridique de subordination du travailleur à la personne qui l'emploie* », Civ. 6 juillet 1931, *DP 1931.I. 121*, note P. Pic.

¹⁶⁴ C. WOLMARK, « Quelle place pour le travail dans le droit du travail ? », *Dr. soc.*, 2016, p. 439.

¹⁶⁵ J.-F. CESARO, « La subordination », *op. cit.*, p. 145-147.

¹⁶⁶ B. TEYSSIÉ, J.-F. CESARO et A. MARTINON, *Droit du travail. Relations individuelles*, *op. cit.*, p. 217-218.

pouvoirs de l'employeur et entraîne l'exercice de ces derniers, où décision patronale et pouvoir sont « *les deux faces d'une même médaille* »¹⁶⁷.

27. L'habilitation du pouvoir. Le contrat de travail constitue ainsi la première source du pouvoir de l'employeur, dont le lien de subordination est le critère distinctif. Cependant, sur la question ancienne¹⁶⁸ des normes d'habilitation¹⁶⁹ du pouvoir, s'opposent deux fondements qui ont été développés par la doctrine : contractuel et institutionnel¹⁷⁰. Dans la conception contractuelle du pouvoir, le contrat est la première assise du rapport de travail. Marc Sauzet fondait sur le contrat de travail la responsabilité de l'employeur¹⁷¹, articulant le pouvoir et les risques ainsi que la subordination et la protection¹⁷². Cette position a, par ailleurs, pu être confortée par la jurisprudence¹⁷³.

28. Cependant, les juges ont également pu se tourner vers une conception institutionnelle¹⁷⁴, où le pouvoir serait « *inhérent à sa qualité* » de chef d'entreprise¹⁷⁵, dès lors que le fondement contractuel fut insuffisant¹⁷⁶. Il en ressort que, l'appréhension de l'entreprise comme institution

¹⁶⁷ P. ADAM, « La décision patronale sous perfusion algorithmique. Une nouvelle dystopie ? », dans *Vers un droit de l'algorithmique ?*, Mare & Martin, 2022, p. 49 ; V. dans le même sens, « *la décision constitue la principale manifestation du pouvoir, entendu comme la faculté d'imposer sa volonté à autrui* », P. LOKIEC, « La décision et le droit privé », *D.*, 2008, p. 2293.

¹⁶⁸ V. à ce sujet, E. GAILLARD, *Le pouvoir en droit privé*, Economica, coll.« Collection Droit civil », 1985.

¹⁶⁹ V. plus généralement, G. TUSSEAU, *Les normes d'habilitation*, Dalloz, coll.« Nouvelle bibliothèque de thèses », n° 60, 2006.

¹⁷⁰ V. pour une analyse de la distinction entre l'analyse institutionnelle et contractuelle appliquée à la notion d'entreprise, *infra*, n° 64 et s. ; V. également sur le sujet, *Droit du travail, op. cit.*, p. 206-208 ; G. AUZERO, D. BAUGARD et E. DOCKÈS, *Droit du travail, op. cit.*, p. 897-905 ; A. FABRE, *Le régime du pouvoir de l'employeur*, t. 52, LGDJ, coll.« Bibliothèque de droit social », 2006, p. 25-32 ; P.-E. BERTHIER, *La récompense en droit du travail : contribution à l'étude du pouvoir de l'employeur*, t. 63, LGDJ, coll.« Bibliothèque de droit social », 2014, p. 84-96.

¹⁷¹ M. SAUZET, « De la responsabilité des patrons vis-à-vis des ouvriers dans les accidents industriels », *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1883, p. 596-640.

¹⁷² T. PASQUIER, *L'économie du contrat de travail : conception et destin d'un type contractuel, op. cit.*, p. 53.

¹⁷³ Cass. soc., 8 octobre 1987, n° 84-41.902, *Raquin*. *GADT*, 4e éd., n° 49 ; *D.* 1988. 57, note *Saint-Jours* ; *Dr. soc.* 1988. 135, note *J. Savatier* ; *Dr. ouvr.* 1988, p. 259, note *P. Tillie* ; Cass. soc., 10 juillet 1996, n° 93-41.137, *GADT*, 4e éd., n° 50 ; *D.* 1996. IR 199 ; *JCP* 1997. II. 22768, note *Saint-Jours* ; *RJS* 1996. 580, n° 900 ; *CSB* 1996. 317, A. 62, note *Philbert* ; *Dr. ouvrier* 1996. 457, note *Moussy* ; Cass. soc., 16 juin 1998, n° 95-45.033, *Hôtel Le Berry*. *GADT*, 4e éd., n° 67 ; *D.* 1999. 125, note *Puigelier* ; *RJS* 1998. 555, n° 858 ; *Dr. soc.* 1998. 803, rapp. *Waquet* ; *Dr. soc.* 1999. 3, *chron. Radé* ; *JCP E* 1998. 2059, note *Morand* ; V. pour une analyse de l'intégration en jurisprudence de l'analyse contractuelle du pouvoir, G. AUZERO, D. BAUGARD et E. DOCKÈS, *Droit du travail, op. cit.*, p. 900-905.

¹⁷⁴ Cass. soc., 16 juin 1945, *Ets Poliet et Chausson c/ Vialard*. *Dr. soc.* 1946. 427, note *P. Durand*.

¹⁷⁵ P. DURAND et R.-É. JAUSSAUD, *Traité de droit du travail*, t. 1, Dalloz, 1947, p. 424 ; V. notamment pour une vision critique de la notion de « pouvoir inhérent à la qualité de chef d'entreprise », A. SUPIOT, *Le juge et le droit du travail, op. cit.*, p. 804-805.

¹⁷⁶ « *L'analyse contractuelle fournit le plus souvent au juge le moyen de sauvegarder l'autorité de l'employeur, puisque, le contrat consacrant la subordination du salarié, le principe de sa force obligatoire se confond normalement avec l'affirmation du pouvoir du chef d'entreprise. Mais lorsque le recours à un syllogisme de ce type n'est pas possible, le juge cherche à fonder autrement l'autorité patronale : sur le droit de propriété, ou sur la notion de « pouvoir inhérent » à la qualité de chef d'entreprise* », A. SUPIOT, *Le juge et le droit du travail*, thèse, Université de Bordeaux, 1979, p. 964.

menée par Paul Durand, inspirée par les travaux de Maurice Hauriou¹⁷⁷, les pouvoirs patronaux découleraient « naturellement » du statut de chef d'entreprise¹⁷⁸. Autrement dit, « *le chef d'entreprise est le législateur naturel de la société professionnelle, parce qu'il a pour fonction d'en coordonner les éléments et d'assurer le bien commun du groupement* »¹⁷⁹. Dans la continuité de cette position¹⁸⁰, la jurisprudence a établi l'existence d'un pouvoir discrétionnaire de l'employeur dans ses prises de décision¹⁸¹, en tant que propriétaire de son entreprise¹⁸². La loi viendra néanmoins encadrer l'exercice de ses pouvoirs, ce qui en fait une source du pouvoir¹⁸³. Le pouvoir du chef d'entreprise fait donc l'objet d'une habilitation : « *le pouvoir est consubstantiel à la subordination et celle-ci comme celui-là sont déterminés par les normes d'habilitation du pouvoir : la loi et le contrat* »¹⁸⁴.

29. La multiplicité des développements relatifs aux sources du pouvoir de l'employeur ne doit cependant pas faire oublier que la principale est celle de l'état de subordination du salarié¹⁸⁵. Cet état ne relève pas simplement de l'acceptation des volontés issue du contrat de travail. Il est la consécration d'un rapport social¹⁸⁶. En d'autres termes, la subordination est avant tout une opération de qualification des faits plutôt qu'une expression de la volonté contractuelle.

30. Le contrat de travail comme acte-condition. Le constat d'un lien de subordination, qui mène à la qualification de contrat de travail, donne accès à un statut et à l'application des dispositions sociales. Loin d'être un rappel anodin, il souligne l'enjeu du lien de subordination

¹⁷⁷ M. HAURIOU, *Précis de droit administratif et de droit public*, 6^e éd., Sirey, 1907.

¹⁷⁸ P. DURAND, « Naissance d'un droit nouveau. Du droit du travail au droit de l'activité professionnelle », *Dr. soc.*, 1952, p. 437-441.

¹⁷⁹ P. DURAND et R-É. JAUSSAUD, *Traité de droit du travail*, op. cit., p. 151.

¹⁸⁰ J.-M. BÉRAUD, « Les interactions entre le pouvoir unilatéral du chef d'entreprise et le contrat de travail », *Dr. ouvr.*, 1997, p. 529.

¹⁸¹ « *L'employeur qui porte la responsabilité de l'entreprise est seul juge des circonstances qui le déterminent à cesser son exploitation, et aucune disposition ne lui fait l'obligation de maintenir son activité à seule fin d'assurer à son personnel la stabilité de son emploi, pourvu qu'il observe à l'égard de ceux qu'il emploie, les règles édictées par le Code du travail.* », Cass. soc., 31 mai 1956, *Brinon*, D. 1958.21, note G. Levasseur ; JCP 1956, II, 9397, note Esmein.

¹⁸² V. notamment en ce sens, J. SAVATIER, « Pouvoir patrimonial et direction des personnes », *Dr. soc.*, 1982, p. 1.

¹⁸³ La Cour de cassation a pu indiquer que l'employeur est « *investi par la loi du pouvoir de direction et de contrôle des salariés placés sous sa subordination juridique* », Cass. soc., 18 octobre 2006, n° 04-48.612, D. 2007. 695, note J. Mouly, *Dr. soc.* 2007. 103, obs. J. Savatier. ; A. FABRE, *Le régime du pouvoir de l'employeur*, op. cit., p. 5.

¹⁸⁴ P.-E. BERTHIER, *La récompense en droit du travail*, op. cit., p. 199.

¹⁸⁵ « *Aujourd'hui, il est communément admis que le rapport d'emploi n'est issu ni de la seule appartenance à l'entreprise, ni du seul contrat* », E. PESKINE et C. WOLMARK, *Droit du travail*, op. cit., p. 169.

¹⁸⁶ Comme le relevait Léon Duguit, dans le cadre de la théorie de la volonté déclarée : « *toute situation de droit n'a de force que dans la mesure où elle a un fondement social* », L. DUGUIT, *Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon*, 1^{re} éd., Librairie Félix Alcan, 1912, p. 87.

et la nature d'acte-condition du contrat de travail¹⁸⁷ : « *la qualification de salarié comporte un enjeu juridique majeur : c'est la reconnaissance de l'existence d'un contrat de travail qui entraîne l'obligation pour l'employeur de respecter la législation du travail, conditionne la compétence du conseil de prud'hommes ainsi que l'affiliation au régime général de la sécurité sociale* »¹⁸⁸. L'enjeu principal de l'identification du lien de subordination se trouve dans l'accès au statut de salarié¹⁸⁹. Cependant, l'identification n'est pas nécessairement aisée face à des travailleurs à la lisière de la subordination, ce qui n'a eu de cesse d'interroger la pertinence du lien de subordination, par un rapprochement croissant entre la figure du salarié et de l'indépendant¹⁹⁰, dont la révolution numérique a largement contribué à renouveler la question.

B- À l'épreuve du numérique

31. Le mot numérique est dérivé du latin *numerus*, qui signifie le nombre¹⁹¹. Au sens littéral, le numérique se rapporte aux nombres¹⁹². Au sens de l'informatique, le numérique s'oppose à l'analogie et concerne le codage, le stockage et « *la transmission d'informations ou de grandeurs physiques sous forme de chiffres ou de signaux à valeur discrète (ou discontinue)* [...] *Par ext. Se dit de la représentation d'informations, de données sous forme de chiffres* »¹⁹³. L'usage du calcul date de la naissance des mathématiques¹⁹⁴ et a conduit à un essor des usages normatifs de la quantification qui a déjà été décrit par la doctrine¹⁹⁵. Le numérique renouvelle, grâce à l'informatique, l'approche du nombre. Il rend possible l'automatisation et offre des perspectives nouvelles avec l'intelligence artificielle. Succédant à la révolution industrielle, la

¹⁸⁷ A. JEAMMAUD, M. LE FRIANT et A. LYON-CAEN, « L'ordonnement des relations de travail », *op. cit.*

¹⁸⁸ F. FAVENNEC-HÉRY, P.-Y. VERKINDT et G. DUCHANGE, *Droit du travail, op. cit.*, p. 466.

¹⁸⁹ « *Que l'on soit d'un côté ou de l'autre de la barrière, le statut juridique change du tout au tout. Et cette différence emporte déjà, en elle-même, d'importantes conséquences qui font de l'opération de qualification du contrat de travail une opération lourde d'enjeux* », E. PESKINE et C. WOLMARK, *Droit du travail, op. cit.*, p. 25.

¹⁹⁰ Un mouvement identifié de longue date, V. notamment, A. SUPIOT, « Les nouveaux visages de la subordination », *op. cit.*

¹⁹¹ V. « Nombre », J. PICOCHÉ, *Dictionnaire étymologique du français*, Le Robert, coll.« Les usuels », 2002, p. 381-382.

¹⁹² « *Qui se rapporte aux nombres [...] Analyse ou calcul numérique, qui permet d'aboutir à la solution chiffrée* », « Numérique », dans *Dictionnaire de l'Académie française*, 1992.

¹⁹³ « Numérique », dans *Dictionnaire de l'Académie française*, 1992.

¹⁹⁴ E. LAZARD et P. MOUNIER-KUHN, *Histoire illustrée de l'informatique, op. cit.*, p. 17 et s.

¹⁹⁵ V. tout particulièrement, A. SUPIOT, *La gouvernance par les nombres*, Fayard, coll.« Poids et mesures du monde », 2015, spé. chapitre 5.

révolution numérique a profondément et durablement métamorphosé la société¹⁹⁶. Le droit n'a pas été épargné par une telle révolution et n'a pu l'ignorer¹⁹⁷. Il est peu dire que le numérique a, en effet, transformé le travail. Dès lors, il convient de revenir sur les circonstances de son apparition dans le monde du travail (1) pour mieux appréhender la façon dont il met à l'épreuve le lien de subordination (2).

1- L'apparition du numérique dans le monde du travail

32. Hier. L'histoire du calcul montre que, bien qu'opposés, le numérique et l'analogie ont cohabité longtemps, avant que le numérique ne triomphe¹⁹⁸. Environ 300 ans avant J.-C., Euclide a décrit le plus ancien algorithme encore utilisé de nos jours, qui consistait en « *une méthode pour calculer le plus grand diviseur commun de deux entiers dont on ne connaît pas les facteurs* »¹⁹⁹. Parallèlement, dès le II^{ème} siècle avant J.-C., la machine d'Anticythère fut le premier calculateur analogique actionné par une manivelle et un système d'engrenage²⁰⁰. Ces deux exemples illustrent que ces deux méthodes coexistèrent jusqu'à l'avènement de l'informatique, voire se mêlèrent avec l'horlogerie²⁰¹. Par ailleurs, cette dernière marque les premières réflexions autour de la fiction de « *l'Homme-machine* »²⁰², dès le XVI^{ème} siècle avec l'ouvrage de Julien Offray de La Mettrie²⁰³, où l'homme est appréhendé sur le modèle d'un rouage. Un parallèle qui montre l'existence d'un lien entre le travail et le

¹⁹⁶ « *La révolution numérique implique un changement de paradigme dans le monde du travail. Loin de se résumer à l'usage d'outils numériques, elle marque l'arrivée, dans l'entreprise, de méthodes de conception, de production, de collaboration, qui sont aussi des méthodes de pensée, de travail, d'organisation.* », B. METTLING, *Transformation numérique et vie au travail, op. cit.*, p. 5 ; CNNum, *Travail, emploi, numérique. Les nouvelles trajectoires*, 2016, spé. p. 8.

¹⁹⁷ M.-C. ROQUES-BONNET, *Le droit peut-il ignorer la révolution numérique ?*, Michalon Editions, 2010.

¹⁹⁸ E. NETTER, *Numérique et grandes notions du droit privé*, Mémoire en vue de l'habilitation à diriger des recherches en droit privé, Université de Picardie - Jules Verne, 2017, p. 13-15.

¹⁹⁹ E. LAZARD et P. MOUNIER-KUHN, *Histoire illustrée de l'informatique, op. cit.*, p. 24.

²⁰⁰ « *Il décrivait les positions de la lune et du soleil par rapport aux signes zodiacaux gravés sur l'un des cadrans, permettant de calculer et de prévoir divers phénomènes astronomiques comme les éclipses ou les mouvements de certaines planètes, de fixer les dates futures des divers concours sportifs ...* », E. LAZARD et P. MOUNIER-KUHN, *Histoire illustrée de l'informatique, op. cit.*, p. 20.

²⁰¹ L'horloge à jacquemarts de la place San Marco à Venise, de 1496, dont les bords extérieurs affichent l'heure et l'intérieur suit les phases de la lune, est un parfait exemple associant numérique et analogique. V. à ce sujet, *Ibid.*, p. 29-30.

²⁰² V. *infra*, n° 332 ; P. MUSSO, « L'imaginaire occidental du travail industriel : cinq figures symboliques », dans *Qu'est-ce qu'un régime de travail réellement humain ?*, Hermann, 2018, p. 253-278 ; A. SUPLOT, *La gouvernance par les nombres, op. cit.*, p. 35 ; H. JORDA, « Le travail de l'Homme-machine et les promesses d'abondance. De la manufacture automatique à la cyber-entreprise », *L'Homme & la Société*, vol. 207, n° 2, 2018, p. 28.

²⁰³ J.O. de LA METTRIE, *L'Homme Machine*, Frédéric Henry, Librairie-éditeur, 1865.

« *techno-imaginaire* »²⁰⁴ où les conditions du travail subordonné sont particulièrement liées à l'évolution de la technique²⁰⁵. Cette image fut reprise lors des révolutions industrielles, qu'illustre le film des *Temps modernes* de Charlie Chaplin. Le rapport entre l'Homme et la machine, spécialement avec l'utilisation de la technique au travail, interroge depuis plusieurs siècles. Il est même possible de trouver dans la mythologie des récits de création d'êtres artificiels²⁰⁶ qui mettent en lumière les aspirations techniques et les attentes autour de la machine²⁰⁷.

33. Les études autour des machines à calculer existent depuis 1645 avec la création de la « *Pascaline* »²⁰⁸ et se sont poursuivies au XIX^{ème} siècle jusqu'à leur démocratisation avec la création de machines à écrire additionneuses utilisées en banque. Déjà, dans une approche littérale du numérique, on remarque qu'il existe une recherche de fiabilité par le calcul et la machine, ainsi qu'une optimisation du travail. Il y a dès 1804 une semi-automatisation du travail, avec l'invention du métier à tisser Jacquard, qui ne manqua pas de susciter la colère et la crainte chez les ouvriers d'être remplacés par la machine²⁰⁹. Durant la première²¹⁰ et la seconde²¹¹ révolution industrielle, des avancées sont à noter dans le domaine de la communication avec l'émergence du télégramme, des premiers programmes, l'invention du code morse et du téléphone. Autant de techniques qui marquèrent le début de l'évolution des échanges et de la recherche de rationalisation, par le gain de temps technique, jusqu'à une automatisation par la machine, dans un objectif de productivité. Ces changements appelleront une modification de la législation, particulièrement concernant l'hygiène et la sécurité²¹², face aux évolutions de l'organisation du travail, au machinisme et à l'apparition de nouveaux secteurs d'activité. La fin du XIX^{ème} siècle signe la naissance d'une utilisation de la science²¹³

²⁰⁴ G. BALANDIER, *Le Grand Système*, Fayard, 2001, p. 20.

²⁰⁵ « *Nous voulons insister sur le lien entre l'imaginaire du travail industriel en Occident et cette mise en miroir du corps physique avec l'outil technique, la machine puis l'ordinateur. Cet imaginaire tient par cette relation spéculaire entre les métaphores du corps humain et les imaginaires de la machine* », P. MUSSO, « L'imaginaire occidental du travail industriel : cinq figures symboliques », dans *Qu'est-ce qu'un régime de travail réellement humain ?*, Hermann, 2018, p. 254.

²⁰⁶ V. à ce sujet, P. BRETON, *A l'image de l'Homme. Du Golem aux créatures virtuelles*, Seuil, 1998.

²⁰⁷ S. MERABET, *Vers un droit de l'intelligence artificielle*, op. cit., p. 4-5.

²⁰⁸ E. LAZARD et P. MOUNIER-KUHN, *Histoire illustrée de l'informatique*, op. cit., p. 38.

²⁰⁹ *Ibid.*, p. 46-47.

²¹⁰ V. notamment à ce sujet, C. LE BAS, *Histoire sociale des faits économiques. La France au XIX^e siècle*, Presses universitaires de Lyon, coll. « Analyse, épistémologie, histoire économiques », 1984, p. 51-62 ; V. également, J.-P. RIOUX, *La révolution industrielle. 1770-1880*, Points, 2015.

²¹¹ C. LE BAS, *Histoire sociale des faits économiques*, op. cit., p. 85-101.

²¹² N. OLSZAK, *Histoire du droit du travail*, op. cit., p. 48-68.

²¹³ « *Le but général de l'organisation scientifique de l'économie consiste à aménager les activités de base des entreprises – soit la production, soit la vente – de manière à ce que celles-ci soient pré-conditionnées, c'est-à-dire*

au service « *d'une amélioration de la direction du travail des hommes* », dont les théories proposées par Taylor²¹⁴, pour l'organisation du travail, et Fayol, pour l'administration des entreprises ont marqué un tournant important dans l'histoire du travail²¹⁵. Il s'agit des débuts du travail à la chaîne où le travail est morcelé en plusieurs tâches chronométrées²¹⁶.

34. Parallèlement au développement de l'industrie, le XX^{ème} siècle est également celui du début de l'informatique²¹⁷. L'élaboration par IBM de la carte perforée à 80 colonnes signe les débuts du traitement de données²¹⁸. L'informatique naît en 1936 d'un article célèbre d'Alan Turing « *Sur les nombres calculables et les applications au problème de la décidabilité* »²¹⁹, qui décrivait les fondamentaux du langage binaire²²⁰. Son article servira de base à la fabrication de l'ordinateur, qui fut construit en 1945 par John Presper Eckert et John Mauchly²²¹. Contrairement au calculateur analogique, la « *machine de Turing* » numérique est capable d'exécuter des calculs différents sans nécessiter de reconfiguration à chaque problème²²². Dès 1950, l'adoption de techniques de traitement de l'information fut un enjeu stratégique clé pour augmenter la productivité. L'ordinateur occupa une place de plus en plus importante tant dans les recherches universitaires que dans le monde de l'entreprise dans un objectif de rentabilité²²³. Progressivement, les ordinateurs furent présents dans les entreprises, particulièrement dans

que le travail d'exécution proprement dit soit réduit, simplifié et réglé à l'avance. Le but est aussi de transformer, de « traiter » des opérations – qu'elles soient de production, de distribution ou encore tout simplement de bureau – de manière à ce que celles-ci se présentent, dans la mesure du possible, avec un caractère répétitif. C'est, en effet ce dernier caractère qui fait qu'une opération est susceptible d'être étudiée, à l'aide par exemple de procédés statistiques, et aussi qu'elle se prête à la mécanisation et à toutes sortes de mesures d'organisation », H. PASDERMADJIAN, *La deuxième révolution industrielle*, PUF, 1959, p. 64-65.

²¹⁴ V. « Taylor Frederick Winslow, 1856-1915 », A. BEVORT, A. JOBERT, M. LALLEMENT et A. MIAS, *Dictionnaire du travail*, op. cit., p. 775-781.

²¹⁵ Il convient de ne pas confondre le taylorisme et le fayolisme, car là où le taylorisme se fonde la « *science, supposée unique et impersonnelle* », le fayolisme « *réhabilitait la figure du chef-père* » dans une conception hiérarchique de l'organisation. V. « Taylor Frederick Winslow, 1856-1915 », *Ibid.*, p. 778 ; C. LE BAS, *Histoire sociale des faits économiques*, op. cit., p. 85-101.

²¹⁶ F. W. TAYLOR, *The Principles of Scientific Management*, Harper & Brothers, 1911.

²¹⁷ L'informatique se définit comme étant la « *science du traitement rationnel, notamment par des machines automatiques, de l'information considérée comme le support des connaissances humaines et des communications dans les domaines technique, économique et social* », arrêté du 22 décembre 1981 relatif à l'enrichissement du vocabulaire informatique, *JORF* du 17 janvier 1982, p. 624.

²¹⁸ E. LAZARD et P. MOUNIER-KUHN, *Histoire illustrée de l'informatique*, op. cit., p. 74-80.

²¹⁹ *Ibid.*, p. 82 ; V. également, A. TURING, « Computing Machinery and Intelligence », *Mind*, vol. 59, n° 236, p. 433-460.

²²⁰ V. également à ce sujet, C. SYBORD, « Le management algorithmique des plateformes numériques : de ses origines aux pratiques d'aujourd'hui », dans *Regards croisés sur le travail et le microtravail de plateforme*, Mare & Martin, 2023, p. 250-252.

²²¹ « Tous les ordinateurs obéissent au même principe : ils séparent la mémoire de l'unité de calcul et, dans l'esprit de l'article de Turing, placent à la fois les données et le programme dans leur mémoire. », D. CARDON, *Culture numérique*, Presses de Sciences Po, coll. « Les petites humanités », 2019, p. 21.

²²² E. NETTER, *Numérique et grandes notions du droit privé*, op. cit., p. 16.

²²³ V. pour une analyse sur l'utilisation de la technique et de l'automatisation sur les conditions de travail, G. FRIEDMANN, *Le travail en miettes*, Gallimard, 1964.

l'administration et la banque, puis commercialisés auprès du grand public. Malgré la loi, considérée comme pionnière, en date du 6 janvier 1978, encadrant les données personnelles et l'usage des outils numériques²²⁴, il faudra attendre le début du XXI^{ème} siècle pour que le droit tant européen que français se saisisse réellement du numérique²²⁵. Par ailleurs, il en fut de même pour les premières décisions concernant l'usage des outils numériques au travail²²⁶. Enfin, la création des micro-ordinateurs et le développement de réseaux de communication, comme Aparnet ou le minitel, jusqu'à l'avènement d'internet²²⁷ et du *Web*²²⁸ marquèrent la rencontre entre l'informatique et internet qui signale l'entrée dans l'ère numérique²²⁹.

35. Aujourd'hui. Ce rapide panorama historique, qui ne prétend pas à l'exhaustivité, montre néanmoins l'historicité du numérique et ce qu'il peut regrouper. Le XXI^{ème} siècle est pleinement celui de l'ère numérique. Il est, depuis plusieurs années, un objet de recherches²³⁰ et concentre toute l'attention du législateur²³¹. Nombreuses ont été les expressions qui se sont succédé, on a pu parler de NTIC pour Nouvelle Technologie de l'Information et de la Communication²³², puis

²²⁴ Loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés.

²²⁵ M. VIVANT, « Internet », dans *Répertoire IP/IT et Communication*, Dalloz, 2017, n° 5.

²²⁶ V. par exemple, le célèbre arrêt *Nikon*, Cass. soc., 2 octobre 2001, n° 99-42.942, *D. 2001. IR 2944* ; *Dr. soc. 2001. 920, obs. Ray* ; *JCP E 2001. 1918, note Puigelier* ; *RJS 2001. 948, n° 1394* ; *CSB 2001, A. 40, obs. Jez* ; *JSL 2001, n° 88-2* ; *SSL 2001, n° 1045, p. 6, concl. Kehrig*.

²²⁷ V. à ce sujet, E. LAZARD et P. MOUNIER-KUHN, *Histoire illustrée de l'informatique*, *op. cit.*, p. 174-278 ; C. SYBORD, « Le management algorithmique des plateformes numériques : de ses origines aux pratiques d'aujourd'hui », *op. cit.*, p. 252-255.

²²⁸ « *L'inter Network ou Internet est un ensemble de réseaux informatiques de portée transnationale. Né en 1969, Internet entre dans sa phase commerciale en 1995. Le programme World Wide Web, dit Web né en 1992 est l'un des protocoles d'Internet et le principal service du Net. L'ICANN (Internet Corporation for Assigned Numbers and Names), société de droit privé et d'intérêt public de droit américain, est chargée de gérer le système Internet dans la Communauté internationale. Elle alloue les adresses de protocole Internet (IP), gère le système de nom de domaine (DNS)* », J.-M. BRUGUIERE (dir.), *L'entreprise à l'épreuve du droit de l'internet*, Dalloz, coll.« Thèmes & commentaires », 2014, p. 111.

²²⁹ « *Le législateur employait en premier temps, le terme d'informatique – notamment avec la loi du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés – avant de recourir, dans un deuxième temps à celui d'électronique – comme l'atteste la directive du 8 juin 2002 portant sur le commerce électronique – pour préférer, dans un troisième temps l'emploi de numérique, à l'instar de la loi du 7 octobre 2016 pour une république numérique* », B. CASSAR, *La transformation numérique du droit. Les enjeux autour des LegalTech*, Bruylant, 2021, p. 71.

²³⁰ V. notamment, M.-C. ROQUES-BONNET, *Le droit peut-il ignorer la révolution numérique ?*, *op. cit.* ; N. BLANC (dir.) et M. MEKKI (dir.), *Le juge et le numérique : un défi pour la justice du XXIème siècle*, Dalloz, coll.« Thèmes et commentaires », 2019 ; D. CARDON, *Culture numérique*, *op. cit.* ; B. CASSAR, *La transformation numérique du droit*, *op. cit.* ; V. spécialement en droit du travail, M. DEMOULAIN, *Nouvelles technologies et droit des relations de travail*, *op. cit.* ; B. METTLING, *Transformation numérique et vie au travail*, *op. cit.* ; P. FLICHY, *Les nouvelles frontières du travail à l'ère numérique*, *op. cit.* ; Y.-M. LARHER, *Le droit du travail à l'heure du numérique*, *op. cit.*

²³¹ V. notamment concernant les données personnelles, loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, *op. cit.* ; règlement n° 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données.

²³² V. par exemple au sein de la doctrine, J.-E. RAY, « NTIC et droit syndical », *Dr. soc.*, 2002, p. 65 ; P.-H. ANTONMATTEI, « NTIC et vie personnelle au travail », *Dr. soc.*, 2002, p. 37 ; J. ICARD, « L'impact des NTIC au sein des entreprises post-industrielles », *Les Cahiers Sociaux*, n° 178, 2006, p. 107.

l'adjectif « *nouveau* » a été progressivement abandonné²³³ pour laisser place à uniquement Technologie de l'Information et de la Communication (TIC)²³⁴ et désormais « *numérique* » qui désigne l'ensemble des technologies issues de l'informatique et d'internet²³⁵. L'ère numérique marque un basculement du travail industriel, « *civilisation de l'usine* », vers une « *société informationnelle* » et des « *travailleurs du savoir* »²³⁶ où l'usage des outils numériques est incontournable et guide même la réalisation du travail. Cependant, cela a pu conduire à l'élaboration d'un contrôle numérique particulièrement intense avec la mise en œuvre d'indicateurs ou de *reporting* pour encadrer l'autonomie des salariés²³⁷. En ce sens, les conditions de travail des salariés ont profondément évolué²³⁸.

36. Il est possible d'identifier plusieurs enjeux concernant l'usage des outils numériques dans l'organisation du travail. Tout d'abord, les principes fondamentaux du droit du travail, que sont les unités de lieu, de temps et d'action, ont été profondément bouleversés par le numérique²³⁹. La dématérialisation des échanges a, en effet, entraîné une porosité entre le temps personnel et le temps de l'entreprise²⁴⁰. En outre, l'évolution des conditions de travail a permis un gain d'autonomie pour les « *travailleurs du savoir* » questionnant les conditions d'exercice de la surveillance de l'employeur²⁴¹. Parallèlement, de nouvelles formes de travail indépendant sont apparues avec le numérique, appelant des réflexions sur les frontières du droit du travail entre indépendance et salariat²⁴². Concomitamment, il existe une évolution grandissante des technologies et leur usage nécessite une appréhension par le droit, car au-delà d'intégrer une nouvelle technique, le numérique renouvelle les méthodes de production et d'organisation du

²³³ V. « Technologie de l'information et de la communication (TIC) », F. BALLE, *Lexique d'information-communication*, 1^{re} éd., Dalloz, coll.« Lexiques », 2006, p. 434.

²³⁴ V. « Technologie de l'Information et de la Communication », A. BEVORT, A. JOBERT, M. LALLEMENT et A. MIAS, *Dictionnaire du travail*, *op. cit.*, p. 781-786.

²³⁵ Le numérique sera entendu au sens large et désigne l'ensemble des technologies : « *les outils de travail en mobilité (tablettes, smartphones, plateformes collaboratives...), la connectivité (capteurs, communications, réseaux, Internet des objets...), la continuité de la chaîne numérique (jumeaux numériques, réalité virtuelle, réalité augmentée...), l'algorithme (big data, intelligence artificielle, chatbot, blockchain...), de nouveaux procédés de fabrication (fabrication additive, microfabrication...), l'automatisation (robots, cobots, AGV, drones...)* », Y. BENAYOUN, « Numérique, santé et travail : quels risques, quels biais et quels fantasmes ? », *Ouishare*, 2021, p. 2.

²³⁶ B. BOSSU (dir.), *Droit du travail et technologies de l'information et de la communication*, *op. cit.*, p. 1.

²³⁷ V. *infra*, n° 336, 362 et s.

²³⁸ A. SUPIOT, « Les nouveaux visages de la subordination », *op. cit.* ; B. BOSSU, « L'impact du numérique sur les frontières du salariat », *BJT*, n° 2, 2018, p. 134.

²³⁹ B. BOSSU, « Quel contrat de travail au XXIème siècle ? », *Dr. soc.*, 2018, p. 232.

²⁴⁰ V. *infra*, n° 451 et s. ; P. LOKIEC, *Il faut sauver le droit du travail !*, *op. cit.*, p. 47.

²⁴¹ V. *infra*, n° 266 et s.

²⁴² V. *infra*, n° 683 et s.

travail²⁴³. En ce sens, la technologie tend principalement vers l'automatisation par le recours aux algorithmes qui occupent une place centrale dans les défis actuels. Un algorithme correspond à « *la description de la suite d'étapes à réaliser pour effectuer un calcul et parvenir à un résultat déterminé à partir de données fournies en entrée* »²⁴⁴. Il détermine sous quelles conditions le logiciel va exécuter ses fonctions²⁴⁵. Mais il convient de prendre en compte que l'algorithme ne fonctionne pas seul, son efficacité dépend des données qui lui sont transmises²⁴⁶. Dans le cas des logiciels de prédiction de recherches, « *il s'appuie notamment pour ce faire sur les recherches similaires effectuées par d'autres internautes. Il en résulte des suggestions pouvant s'avérer racistes, antisémites, misogynes ou encore diffamantes. L'algorithme n'est pas directement en cause, ce sont les données qui lui sont transmises par les utilisateurs qui aboutissent à de tels résultats* »²⁴⁷. L'utilisation des outils numériques au travail occupe ainsi une bonne place dans les contentieux, pour connaître des utilisations possibles vis-à-vis des libertés fondamentales²⁴⁸. Enfin, à mi-chemin, entre aujourd'hui et demain, l'intelligence artificielle offre de nouvelles perspectives, dont les évolutions possibles ne sont finalement qu'à leurs débuts²⁴⁹.

37. Demain. L'exemple de *ChatGPT*, une intelligence artificielle, qui est un modèle de langage préentraîné²⁵⁰, ravive les rêves, suscite des craintes et développe des fantasmes sur l'avenir possible du numérique. D'une part, l'intelligence artificielle présente une opportunité pour aider à la prise de décision²⁵¹ ainsi que pour automatiser certaines tâches. D'autre part, il convient

²⁴³ V. en ce sens, « *l'essentiel est de comprendre comment le renouvellement permanent des dispositifs techniques, lié à des transformations réglementaires et organisationnelles, dans une visée gestionnaire, renforce ou éventuellement remet en cause les rapports sociaux préexistants.* », « *Technologies de l'information et de la communication* », A. BEVORT, A. JOBERT, M. LALLEMENT et A. MIAS, *Dictionnaire du travail*, op. cit., p. 785-786.

²⁴⁴ F. PELLEGRINI, S. CANEVET, *Droit des logiciels, logiciel privatif et logiciel libre*, PUF, 2013.

²⁴⁵ S. MERABET, *Vers un droit de l'intelligence artificielle*, op. cit., p. 55.

²⁴⁶ *Ibid.*, p. 75.

²⁴⁷ *Ibid.*

²⁴⁸ V. *infra*, n° 306 et s., 396 et s., 403 et s. ; V. déjà sur l'ordre technologique, G. LYON-CAEN, *Les libertés publiques et l'emploi*, La documentation française, 1992.

²⁴⁹ V. sur l'histoire de l'intelligence artificielle, M. DAVID, C. SAUVIAT et M. CRAWFORD, *Intelligence artificielle. La nouvelle barbarie*, Éditions du Rocher, 2019 ; P. ZARATE, « L'intelligence artificielle d'hier à aujourd'hui », *Dr. soc.*, 2021, p. 106 ; V. pour une étude juridique, S. MERABET, *Vers un droit de l'intelligence artificielle*, op. cit. ; A. BENSAMOUN (dir.) et G. LOISEAU (dir.), *Droit de l'intelligence artificielle*, op. cit. ; A. BENSAMOUN (dir.) et G. LOISEAU (dir.), *Droit de l'intelligence artificielle*, op. cit. ; C. CASTETS-RENARD (dir.) et J. EYNARD (dir.), *Un droit de l'intelligence artificielle. Entre règles sectorielles et régime général. Perspectives comparées*, op. cit. ; V. également pour un exemple d'intelligence artificielle dans le monde juridique en cours de développement, « Harvey, une solution d'intelligence artificielle dédiée aux avocats », *Gaz. Pal.*, n° 9, 2023, p. 3.

²⁵⁰ B. DEFFAINS, « ChatGPT et le marché du droit », *JCP G*, n° 13, 2023, 430.

²⁵¹ V. à ce sujet, S. DESMOULIN-CANSELIER et D. LE METAYER, *Décider avec les algorithmes. Quelle place pour l'Homme, quelle place pour le droit ?*, Dalloz, coll. « Les sens du droit », 2020, p. 55-108.

d'identifier les risques de son usage comme sa fiabilité dans la pertinence et la véracité des informations transmises, ou encore, assurer une transparence²⁵² et conserver un contrôle humain sur la machine en vue de créer une éthique de l'intelligence artificielle²⁵³. L'intérêt pour l'intelligence artificielle a réellement débuté en 2017²⁵⁴. Mais pour le moment, aucune législation nationale ne s'est saisie du sujet²⁵⁵, il fallut attendre le projet européen dont une première version est parue le 21 avril 2021²⁵⁶. En outre, à la différence d'un algorithme, l'intelligence artificielle évolue au fur et à mesure qu'elle obtient des informations, il s'agit d'un « *un système informatique capable d'effectuer un choix autonome, distinct de celui de la personne qui l'a conçue ou qui en a l'usage* »²⁵⁷. Ce qui rend son résultat incertain et évolutif, contrairement à l'algorithme qui est en principe déterministe, car appliquant une formule. Il s'agit alors d'une automatisation sans incertitude. Incertain n'est cependant pas synonyme d'imprévisible, néanmoins, le caractère évolutif l'IA peut présenter davantage de risques juridiques. Usuellement, on distingue d'une part l'IA faible qui est capable d'effectuer une tâche précise, en simulant une fonction spécifique ; et d'autre part l'IA forte où la machine serait consciente d'elle-même et de sa capacité à raisonner par elle-même²⁵⁸. Aujourd'hui, il s'agirait exclusivement d'une l'IA faible²⁵⁹. Il convient même de préciser que certaines entreprises se targuent d'avoir développé une IA, alors que des « *micro-travailleurs* », renouant, par ailleurs, avec une forme de tâcheronnat²⁶⁰, complètent encore ses capacités²⁶¹. En somme, « *comme beaucoup d'outils d'IA, il ne dépend que de nous de savoir l'utiliser, ce qui*

²⁵² V. notamment, B. BOSSU, « Gestion par algorithme du personnel et exigence de loyauté et de transparence », dans *Intelligence artificielle, gestion algorithmique du personnel et droit du travail*, Dalloz, coll.« Thèmes et commentaires », 2020, p. 115-129.

²⁵³ V. à ce sujet, H. BARBIER, « Intelligence artificielle et éthique », dans *Droit de l'intelligence artificielle*, 1^{re} éd., LGDJ, coll.« Les Intégrales », 2019, p. 9-34 ; H. BARBIER, « Intelligence artificielle et éthique », dans *Droit de l'intelligence artificielle*, 2^e éd., LGDJ, coll.« Les Intégrales », 2022, p. 11-37.

²⁵⁴ Résolution du Parlement européen du 16 février 2017 contenant des recommandations à la Commission concernant les règles de droit civil sur la robotique (2015/2103(INL)).

²⁵⁵ V. néanmoins des rapports sur le sujet, CNIL, *Comment permettre à l'Homme de garder la main ? Les enjeux éthiques des algorithmes et de l'intelligence artificielle*, op. cit. ; C. VILLANI (dir.), *Donner un sens à l'intelligence artificielle*, op. cit.

²⁵⁶ Proposition de règlement du Parlement européen et du conseil établissant des règles harmonisées concernant l'intelligence artificielle du 21 avril 2021, COM (2021) 206 final, op. cit. ; V. notamment à ce sujet, B. BERTRAND, « Chronique Droit européen du numérique - La proposition de régulation générale pour l'intelligence artificielle dans l'Union européenne : l'IA Act », *RDT Eur.*, 2022, p. 473 ; J. SÉNÉCHAL, « L'IA Act déjà obsolète face aux IA de nouvelle génération ? L'exemple de ChatGPT », op. cit. ; M. HO-DAC, « La normalisation, clé de voûte de la réglementation européenne de l'intelligence artificielle (AI Act) », *Dalloz IP/IT*, 2023, p. 228.

²⁵⁷ S. MERABET, *Vers un droit de l'intelligence artificielle*, op. cit., p. 506.

²⁵⁸ CNIL, *Comment permettre à l'Homme de garder la main ? Les enjeux éthiques des algorithmes et de l'intelligence artificielle*, op. cit., p. 75.

²⁵⁹ *Ibid.*, p. 16.

²⁶⁰ V. *supra*, n° 22.

²⁶¹ A.A. CASILLI, *En attendant les robots*, op. cit. ; E. MAZUYER (dir.), *Regards croisés sur le travail et le microtravail de plateforme*, Mare & Martin, 2023.

implique de s'approprier la technologie plutôt que de la subir »²⁶². En d'autres termes, il convient donc bien d'anticiper les risques liés principalement à la prise de décision par l'outil pour mieux les maîtriser afin de préserver une éthique dans l'utilisation de l'IA²⁶³. À cet égard, l'OIT soulignait qu'il convenait de souscrire « *à une approche de l'intelligence artificielle qui garantisse que les décisions finales touchant au travail soient prises par des êtres humains et non par des algorithmes* »²⁶⁴.

38. Il existe des technologies que l'on ne connaît pas encore, ou que l'on commence seulement à envisager comme le *Metaverse*, qui consiste en un « *un monde virtuel, connecté au réel, dans lequel les utilisateurs (muni d'une prothèse technique : un casque de réalité virtuelle) évoluent sous la forme d'un avatar* »²⁶⁵. Il se distinguerait des jeux vidéo et des réseaux sociaux, néanmoins, ils pourraient être une source d'inspiration pour anticiper les risques d'une telle immersion virtuelle, notamment en ce qui concerne les possibles distorsions de réalité ou d'« *effet Proteus* » où l'individu s'identifierait à son avatar²⁶⁶. Une utilisation possible au travail, dans un futur, peut être proche, qui concernerait alors, tout particulièrement, les questions de santé au travail²⁶⁷.

39. Les technologies étudiées. Il convient de préciser que, bien que le numérique sera entendu largement dans son sens littéral et secondaire, le calcul présentant un lien fort avec les technologies, l'étude n'a cependant pas pour ambition d'inclure de façon exhaustive l'ensemble des outils numériques existants ou à venir. Seules les technologies les plus utilisées et identifiées comme étant particulièrement structurantes feront l'objet de notre attention. À cet égard, le *Metaverse* ainsi que la *blockchain*²⁶⁸ ne seront pas traités dans cette étude. Le caractère

²⁶² B. DEFFAINS, « ChatGPT et le marché du droit », *op. cit.*

²⁶³ A. BENSAMOUN, « Maîtriser les risques de l'intelligence artificielle : entre éthique, responsabilisation et responsabilité », *JCP G*, n° 5, 2023, doct. 181.

²⁶⁴ OIT, *Travailler pour bâtir un avenir meilleur*, *op. cit.*, p. 45.

²⁶⁵ P. ADAM, « Metaverse », *op. cit.*

²⁶⁶ J. GUEGAN, S. BUISINE et J. COLLANGE, « Effet Proteus et amorçage : ces avatars qui nous influencent », *Bulletin de psychologie*, n° 547, t. 70 (1), février 2017, p. 3-16 ; A. BASDEVANT, C. FRANCOIS et R. RONFARD, *Mission exploratoire sur les métavers*, Ministère de l'Economie, des Finances et de la Relance, 2022, spé. p. 84, 86-87.

²⁶⁷ R. GAURIAU, « Métavers et santé du salarié », *SSL*, n° 2036, 2023, p. 4-7 ; Les risques liées à la technologie ont été mentionnés dans l'ANI, ils n'ont cependant pas été repris par la loi, V. Accord national interprofessionnel du 9 décembre 2020 relatif à la prévention renforcée et à une offre renouvelée en matière de santé au travail et conditions de travail.

²⁶⁸ V. art. L. 223-13 du C. monétaire et financier ; La blockchain peut se définir comme « *un ensemble de blocs intégrés dans un système partageant une base de données commune* ». Parlement européen, résolution 2016/2007(INI), 26 mai 2016 sur les monnaies virtuelles ; « *Le terme « Blockchain », issu de l'anglais, signifie littéralement une « chaîne de blocs ». Il s'agit d'un système informatique composé de « blocs » qui représentent toutes les transactions passées entre ses utilisateurs. Il désigne soit la technologie qui permet « le stockage et la*

encore inégal de ces technologies, l'un parce qu'il est en cours de développement, l'autre, car il n'est pas encore utilisé en droit du travail, a mené à leur exclusion. Malgré le certain engouement qu'a pu entraîner la *blockchain*²⁶⁹ et sa diffusion, parfois encore potentielle, dans plusieurs domaines (financier, assurance, etc.)²⁷⁰, elle ne touche cependant pas ou peu les travailleurs²⁷¹. Bien que certaines études envisagent son utilisation dans le domaine du travail²⁷², en pratique, la technologie de la *blockchain* n'est pas utilisée pour conclure un contrat de travail, ou pour contrôler la bonne exécution d'une prestation de travail. De plus, à l'aune de sa complexité technique de mise en œuvre ainsi que de son coût²⁷³, face à des systèmes d'horodatage et des Systèmes d'Information des Ressources Humaines (SIRH), nous estimons que cette technologie ne présente, pour le moment, que peu d'intérêt pour une entreprise dans le domaine du droit social. C'est pour cette raison qu'il a été fait le choix de se concentrer notamment sur les SIRH²⁷⁴, car si cet outil est particulièrement étudié dans des ouvrages de gestion de ressources humaines²⁷⁵, il reste encore rare dans la recherche en droit du travail²⁷⁶,

transmission d'informations », soit « une base de données qui contient l'historique de tous les échanges effectués entre ses utilisateurs depuis sa création ». Chaque transaction nouvelle, par exemple l'achat d'un bien ou l'authentification d'un document, est validée puis inscrite dans ce registre, par nature impossible à effacer. Ce registre des transactions est détenu et supervisé par ses utilisateurs (dits mineurs), sur un concept dit de « confiance décentralisée ». Ce sont les « mineurs » qui valident chaque modification de la blockchain, dont ils ont tous une copie, grâce à de puissants calculs mathématiques opérés par leurs ordinateurs. Au passage, ils prélèvent une petite commission. Les transactions sont ainsi effectuées sans acteur centralisé, sans intermédiaire », C. FÉRAL-SCHUL, *Cyberdroit : le droit à l'épreuve de l'Internet*, 8^e éd., Dalloz, coll.« Praxis Dalloz », 2020, n° 532.41.

²⁶⁹ V. pour une étude juridique sur le sujet, F. MARMOZ (dir.), *Blockchain et droit*, Dalloz, coll.« Thèmes et commentaires », 2019 ; F. G'SELL, « Intelligence artificielle et blockchain », dans *Droit de l'intelligence artificielle*, 1^{re} éd., LGDJ, coll.« Les Intégrales », 2019, p. 373-392 ; C. LEVENEUR, *Les smart contracts. Étude de droit des contrats à l'aune de la blockchain*, thèse, Université Panthéon-Assas, 2022.

²⁷⁰ J. TOLEDANO, *Les enjeux des blockchains*, France Stratégie, 2018, p. 38-53. Le rapport admet néanmoins qu'« à dire vrai, la révolution annoncée ne s'est pas encore produite, malgré les milliers de projets en développement. », *Ibid.*, p. 53.

²⁷¹ V. pour une étude critique, É. A. CAPRIOLI, « Mythes et légendes de la blockchain face à la pratique », *Dalloz IP/IT*, n° 7, 2019, p. 429.

²⁷² M. ELDAYA, « Quel avenir pour les travailleurs des plateformes numériques à l'aune de la blockchain ? », dans *Le travail en mouvement*, Presses des Mines, 2019, p. 211-219.

²⁷³ V. notamment, O. DESPLEBIN, G. LUX et N. PETIT, « L'évolution de la comptabilité, du contrôle, de l'audit et de leurs métiers au prisme de la Blockchain : une réflexion prospective », *Management & Avenir*, n° 103, 2018, p. 152 ; V. également, plus largement, P. RODRIGUEZ, *La Révolution Blockchain. Algorithmes ou institutions, à qui donnerez-vous votre confiance ?*, Dunod, coll.« Hors collection », 2017 ; P. DE FILIPPI, *Blockchain et cryptomonnaies*, PUF, coll.« Que sais-je ? », 2018.

²⁷⁴ V. *infra*, n° 161 et s. ; « système informatique pouvant être constitué de différents logiciels hétéroclites communicants entre eux par des interfaces techniques leur permettant d'échanger des données », B. JUST, *Pas de DRH sans SIRH*, Liaisons, 2010, p. 370.

²⁷⁵ V. notamment, B. JUST, *Pas de DRH sans SIRH*, *op. cit.* ; M. GILLET et P. GILLET, *SIRH : système d'information des ressources humaines*, Dunod, 2010 ; P. STORHAYE et J.-M. PERETTI, *Le SIRH enjeux, facteurs de succès, perspectives*, Dunod, 2013 ; J.-N. CHAINTREUIL, *RH & digital : regards collectifs de RH sur la transformation digitale*, Diateino, 2015 ; M. BARABEL, J. LAMRI, O. MEIER et B. SIRBEY, *Innovations RH. Passer en mode digital et agile*, Dunod, 2017 ; F. BRAGARD et G. PIETREMENT, *SIRH*, *op. cit.*

²⁷⁶ Il faut néanmoins signaler notamment, L. MALFETTES, « Gestion du personnel par algorithmes et droits du salarié », *Dr. soc.*, 2019, p. 591 ; C. LÉVY, « L'IA dans les RH : une standardisation qui pose problème », dans

alors qu'il est particulièrement plébiscité, dans la pratique, comme aide à la gestion du personnel. De même, des technologies plus connues comme la vidéosurveillance, la géolocalisation, la commande vocale ou l'utilisation d'algorithmes seront traitées à l'occasion de cette thèse.

40. La révolution numérique met à l'épreuve le droit, et particulièrement le droit du travail, avec une vitesse d'évolution inédite. Le travail est ainsi en pleine transformation, tant dans son contenu, que dans ses conditions d'organisation ou dans ses formes d'emploi. Un contexte qui mène à une remise en question des référentiels initiaux du droit du travail, dont le lien de subordination, qui connaît des transformations à l'ère numérique.

2- La mise à l'épreuve du lien de subordination par le numérique

41. Les évolutions du travail. Le numérique met à l'épreuve le lien de subordination dans ses deux aspects : tant dans sa définition, qu'en tant que critère du contrat de travail. Tout d'abord, au sein de l'entreprise, le numérique a profondément transformé le contenu du travail, par le recours croissant aux outils technologiques et l'émergence de nouvelles activités, ainsi que les conditions de travail des salariés, avec le développement du télétravail²⁷⁷ impliquant notamment une porosité des temps personnels et professionnels²⁷⁸. L'ère numérique signe également le développement du secteur tertiaire²⁷⁹, avec lequel l'employeur ne peut plus maîtriser l'ensemble du processus de production, car le travail intellectuel²⁸⁰ requiert une part de liberté dans la réalisation de la prestation de travail, admettant ainsi une sphère d'autonomie dans la subordination. Parallèlement, les outils numériques ont offert de nouvelles modalités de surveillance et de contrôle à l'employeur²⁸¹. À ce sujet, certains auteurs évoquent l'existence

Intelligence artificielle, gestion algorithmique du personnel et droit du travail, Dalloz, coll.« Thèmes et commentaires », 2020, p. 15-30 ; T. TAURAN, « La sécurité sociale et les logiciels de gestion », *JCP S*, n° 11, 2023, 1071.

²⁷⁷ V. notamment, B. BOSSU, « Télétravail », *op. cit.*

²⁷⁸ V. *infra*, n° 470 et s.

²⁷⁹ En 2018, le secteur tertiaire représente, en France, 76,1% des personnes en emploi, INSEE Références, *Tableaux de l'économie française*, éd. 2020, p. 52.

²⁸⁰ V. à ce sujet, L. DRAI, *Le droit du travail intellectuel*, t. 42, LGDJ, coll.« Bibliothèque de droit social », 2005.

²⁸¹ V. notamment, P. LOKIEC et J. ROCHFELD, « Nouvelle surveillance, nouvelle subordination ? », dans *A droit ouvert : mélanges en l'honneur d'Antoine Lyon-Caen*, 1^{re} éd., Dalloz, coll.« Etudes, mélanges, travaux », 2018, p. 545-567 ; B. BOSSU, « Surveillance au travail », *op. cit.*

d'un « œil électronique »²⁸². L'ère numérique semble ainsi empreinte d'un certain paradoxe : d'une part un rapprochement de la figure du salarié vers celle de l'indépendant, et d'autre part une présence quasi permanente du contrôle numérique de l'employeur. À l'ère numérique, le salarié est à mi-chemin entre émancipation et aliénation²⁸³. Ce constat interroge l'effectivité de la définition du lien de subordination, issue de l'arrêt *Société générale*, centrée autour des trois pouvoirs de l'employeur²⁸⁴. Face à une autonomisation du salarié, la pertinence de la définition du lien de subordination est régulièrement interrogée²⁸⁵, voire remise en question, dans la mesure où le lien de subordination serait désuet, car issu du « *vieux monde industriel* »²⁸⁶.

42. La confrontation entre l'« Ancien » et le « Nouveau » Monde. Le cœur de notre étude portera sur la confrontation entre le lien de subordination, une notion issue de l'ère industrielle, et la réalité du travail à l'ère numérique moderne. Le sujet oppose, *a priori*, l'« ancien » et le « nouveau » monde²⁸⁷. Le numérique est, en effet, présenté comme une opportunité pour repenser l'organisation de l'entreprise. À ce sujet, il existe un certain rejet de la verticalité, qui correspond au modèle hiérarchique subordonné, au profit d'une recherche d'horizontalité²⁸⁸, principalement pour les salariés cadres ayant une certaine employabilité, dans une logique davantage participative et coopérative²⁸⁹. Celle-ci se retrouve dans les nouvelles théories de

²⁸² C. RADÉ, « Nouvelles technologies de l'information et de la communication et nouvelles formes de subordination », *Dr. soc.*, 2002, p. 26.

²⁸³ M. BRASSEUR et F. BIAZ, « L'impact de la digitalisation des organisations sur le rapport au travail : entre aliénation et émancipation », *Question(s) de management*, vol. 21, n° 2, 2018, p. 143-155.

²⁸⁴ Cass. soc., 13 novembre 1996, n° 94-13.187, *Société générale*. *GADT*, 4e éd., n°2 ; *Dr. soc.*, 1996, p. 1067, note J.-J. Dupeyroux ; *JCP E* 1997. II. 911, note J. Barthélémy ; *RJS* 12/96, n° 1320, *op. cit.*

²⁸⁵ À ce sujet, Monsieur Pascal Lokiec indique « le concept de subordination, sur lequel le droit du travail s'est construit, ne survivra peut-être pas à la conception moderne du pouvoir, fondée non plus sur la hiérarchie mais sur le savoir et la compétence », P. LOKIEC, *Droit du travail*, *op. cit.*, p. 156.

²⁸⁶ « Le travail et la subordination sont les deux principales dimensions qui caractérisent le salariat et forment l'objet du droit du travail. Elles sont aussi souvent perçues comme des maux à combattre et l'être humain rêve de leur disparition, depuis plus d'un siècle et demi », E. DOCKÈS, « Décomposition et recomposition du travail et de ses maîtres », dans *Le travail au XXIe siècle. Livre du centenaire de l'Organisation internationale du Travail*, Editions de l'Atelier, 2019, p. 271.

²⁸⁷ V. sur la succession de « Mondes », N. MAGGI-GERMAIN, « Le travail à l'ère des techniques numériques », dans *La numérisation du travail. Enjeux juridiques et sociaux en santé au travail*, L'Harmattan, coll. « Psych-Logiques », 2021, p. 42.

²⁸⁸ V. notamment, S. TRAN, « Quelle contribution des technologies collaboratives à la configuration des organisations ? », *Systèmes d'information & management*, vol. 19, 2014, p. 75-111.

²⁸⁹ J. LE GOFF, L. BERGER et P. WAQUET, *Du silence à la parole*, *op. cit.*, p. 622-624.

management moderne²⁹⁰ qui seraient à l'œuvre dans les entreprises à l'ère numérique²⁹¹. En outre, le numérique serait également l'occasion d'un renouvellement de l'organisation de l'activité économique avec la facilitation de rapports horizontaux où des interfaces numériques permettraient la rencontre entre des « *consommateurs connectés et des prestataires diversifiés* »²⁹². Ces nouvelles organisations économiques exercent une influence sur l'emploi, dans un contexte qui favorisait déjà la flexibilité²⁹³.

43. Les plateformes numériques comme nouvelle figure de l'entreprise. À cette occasion, d'aucuns estiment que le salariat serait issu de l'ancien monde et ne répondrait plus aux aspirations actuelles des travailleurs²⁹⁴. Tandis que la figure de l'indépendant est, quant à elle, renouvelée avec l'apparition de nouveaux acteurs économiques que sont les plateformes numériques²⁹⁵. Ces entreprises ont largement bouleversé le paysage économique²⁹⁶ et occupent une attention particulière de la part de la doctrine depuis quelques années²⁹⁷. Toutes les

²⁹⁰ P. MUSSO, « Management », dans *Les nouveaux mots du pouvoir. Abécédaire critique*, Aden, 2007, p. 300-302 ; V. notamment à ce sujet, M.-A. DUJARIER, « Ne travailler que pour les chiffres ? Le sens du travail à l'épreuve du management contemporain », dans *Les risques du travail*, La Découverte, coll.« Hors collection Sciences Humaines », 2015, p. 171-179 ; S. BROSIA, *Management stratégique de Start up innovantes et création de valeurs*, thèse, Université de Toulon, 2016 ; J.-B. LE CORF, « L'organisation homme-machine de la communication automatisée d'entreprise dans le capitalisme : le cas des robots conversationnels », *Communication & management*, vol. 14, n° 2, 2017, p. 35-52 ; M.-A. DUJARIER, *Le management désincarné. Enquête sur les nouveaux cadres du travail*, La Découverte, coll.« Essais », 2017 ; D. MERCURE, « Les nouveaux codes du management », *Sciences humaines*, n° 308, novembre 2018, p. 44-47 ; B. PEREIRA, « Mutation du rapport de subordination : le salarié "autonomie" ou l'indépendant "subordonné" en France », *op. cit.*

²⁹¹ V. *infra*, n° 72 et s.

²⁹² A. CHAIGNEAU et T. PASQUIER, « Capital, travail et entreprise numérique », dans *À droit ouvert : mélanges en l'honneur d'Antoine Lyon-Caen*, Dalloz, coll.« Etudes, mélanges, travaux », 2018, p. 187.

²⁹³ « D'un point de vue organisationnel et managérial, la flexibilité se traduit par des politiques de sous-traitance, de management en réseau, de délocalisations qui permettent soit d'externaliser les contraintes pesant sur l'entreprise, soit de réduire ces contraintes en s'implantant dans des pays dans lesquels elles sont moins prégnantes. », F. ROUBELAT, « Flexibilité », dans *Les nouveaux mots du pouvoir. Abécédaire critique*, Aden, 2007, p. 217.

²⁹⁴ J.-E. RAY, « Le nécessaire renouvellement du droit du travail », *Dr. soc.*, 2019, p. 522.

²⁹⁵ Art. L. 111-7 C. conso. ; art. 242 bis CGI.

²⁹⁶ Certains auteurs évoquent même une « ère du « capitalisme des plateformes » », J. SÉNÉCHAL, « Préface », dans *Rôle et responsabilité des opérateurs de plateforme en ligne : approche(s) transversale(s) ou approches sectorielles ?*, IRJS Editions, t. 91, coll.« Bibliothèque de l'Institut de Recherche Juridique de la Sorbonne - André Tunc », 2018, p. VIII.

²⁹⁷ V. notamment, J. SÉNÉCHAL (dir.) et S. STALLA-BOURDILLON (dir.), *Rôle et responsabilité des opérateurs de plateforme en ligne : approche(s) transversale(s) ou approches sectorielles ?*, t. 91, IRJS Editions, coll.« Bibliothèque de l'Institut de Recherche Juridique de la Sorbonne - André Tunc », 2018 ; X. DELPECH (dir.), *L'émergence d'un droit des plateformes*, Dalloz, coll.« Thèmes & commentaires », 2021 ; M. LE ROY, *La loyauté des plateformes à l'égard des consommateurs*, Dalloz, coll.« Nouvelle bibliothèque de thèses », 2023 ; V. notamment en droit du travail, B. GOMES, *Le droit du travail à l'épreuve des plateformes numériques*, *op. cit.* ; G. DUCHANGE, « La subordination juridique à l'heure des plateformes numériques », dans *Intelligence artificielle, gestion algorithmique du personnel et droit du travail*, Dalloz, coll.« Thèmes et commentaires », 2020, p. 55-69 ; S. FISCHMAN et B. GOMES, « Intelligences artificielles et droit du travail : contribution à l'étude du fonctionnement des plateformes numériques », dans *Intelligence artificielle, gestion algorithmique du personnel et droit du travail*, Dalloz, coll.« Thèmes et commentaires », 2020, p. 37-54 ; CNum, *Travail à l'ère des*

plateformes n'intéressent cependant pas le droit du travail. Celles d'achats groupés, de financement participatif, ou encore de vente n'intéresseront pas cette étude²⁹⁸. Seules celles dont l'objet porte sur une prestation de travail seront retenues dans le champ de notre étude²⁹⁹. Cette nouvelle forme d'organisation du travail propose aux travailleurs d'être « *leur propre patron* », rompant ainsi, *a priori*, avec une autorité hiérarchique salariale classique. De plus, elle présente le souhait de s'opposer à une vision du travail, comme source de souffrance³⁰⁰, en mobilisant un caractère ludique³⁰¹, tant dans le contenu du travail que dans l'évaluation et les mesures prises³⁰². Pourtant, la jurisprudence a pu requalifier la situation de certaines plateformes de travail avec leurs prestataires de relation de travail, y décelant l'existence d'un lien de subordination, et donc, d'un contrat de travail³⁰³. Cependant, les requalifications s'opèrent au cas par cas, *a posteriori*, et ne sont pas source de solutions pérennes pour ces travailleurs.

44. Les acteurs numériques étudiés. Il a ainsi été fait le choix de centrer l'étude sur les plateformes numériques de travail comme perturbateur de la fonction du lien de subordination, car elles concentrent l'actualité tant de la recherche³⁰⁴, que des contentieux³⁰⁵, ou de la

plateformes. Mise à jour requise, 2020 ; E. MAUREL, *Entre subordination et dépendance. Essai sur une relecture de la subordination par les plateformes de mobilité*, op. cit. ; M. VICENTE, *Les droits collectifs des travailleurs de plateformes : étude sur le champ d'application personnel des droits collectifs dans le contexte des plateformes numériques*, op. cit. ; R. CARELLI, P. CINGOLANI et D. KESSELMAN, *Les travailleurs des plateformes numériques. Regards interdisciplinaires*, Teseo, 2022 ; J. DIRRINGER (dir.), *Transformations sociales et Economie Numérique*, op. cit.

²⁹⁸ V. notamment sur les différents types de plateformes collaboratives, N. AMAR et L.-C. VIOSSAT, *Les plateformes collaboratives, l'emploi et la protection sociale*, Inspection Générale des Affaires Sociales, 2016.

²⁹⁹ V. pour une définition de la plateforme numérique de travail, *infra*, n° 508 ; Sont considérées comme des plateformes numériques de travail celles qui « *permettent la conclusion de convention ayant pour objet la location d'une force de travail indispensable à la réalisation de l'activité productive développée par l'organisation.* », B. GOMES, *Le droit du travail à l'épreuve des plateformes numériques*, op. cit., p. 40.

³⁰⁰ Qui renvoie notamment aux origines étymologiques du terme travail, qui vient du latin *tripalium*, qui dérivé du verbe *tripaliere*, renvoie à la souffrance. V. à ce sujet, D. GARDES, *Essai et enjeux d'une définition juridique du travail*, Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, coll.« Thèses de l'IFR », 2018, spé. p. 18.

³⁰¹ B. GOMES, « La plateforme numérique comme nouveau mode d'exploitation de la force de travail », *PUF*, n° 63, janvier 2018, coll.« Actuel Marx », p. 90.

³⁰² E. MAUREL, *Entre subordination et dépendance. Essai sur une relecture de la subordination par les plateformes de mobilité*, op. cit., p. 27.

³⁰³ V. *infra*, n° 617 et s. ; V. notamment, Cass. soc., 28 novembre 2018, n° 17-20.079, *D. actu. 12 déc. 2018*, obs. Peyronnet ; *ibid.* 169, avis Courcol-Bouchard, obs. Escande-Varniol ; *RDT 2019. 36*, note Peyronnet ; *RJS 2/2019*, p. 98, *Rapp. Salomon* ; *ibid.*, n° 72 ; *SSL 2018*, n° 1841, p. 6, obs. Gomes et Lokiec ; *JCP S 2018. 1398*, obs. Loiseau. ; Cass. soc., 4 mars 2020, n° 19-13.316, *D. 2020. 490* ; *Dr. soc. 2020. 374*, obs. Antonmattei ; *RDT 2020. 328*, note Willocx ; *RJS 5/2020*, n° 223 ; *SSL 2020*, n° 1899, p. 2, obs. Champeaux, Entretien Huglo ; *JCP S 2020. 1080*, obs. Loiseau ; Cass. soc., 24 juin 2020, n° 19-13.476 ; Cass. soc., 15 mars 2023, n° 21-17.316.

³⁰⁴ V. *supra*, note de bas de page n° 39, 40, 41, 42 et 43.

³⁰⁵ V. *infra*, n° 491 et s.

législation³⁰⁶. Au-delà des seules plateformes dites de « *mobilité* »³⁰⁷, qui ont pu concentrer les regards, l'étude aura à cœur de traiter l'ensemble des plateformes numériques de travail³⁰⁸, dont il sera détaillé la diversité et les fonctionnements afférents³⁰⁹ à l'aune de la notion de subordination.

45. Par conséquent, les influenceurs³¹⁰ ne seront, en revanche, pas traités dans le cadre de cette étude. Les influenceurs ont émergé à l'aide des réseaux sociaux, ce qui aurait pu justifier *a priori* leur intégration dans notre étude. L'influenceur est une personne physique qui utilise « *un compte sur une plateforme de réseau social (Instagram, Twitter, Facebook, etc.) ou de partage de vidéos (YouTube, Dailymotion, Twitch, etc.), d'un blog ou d'un vlog, qui bénéficie d'une audience auprès d'une communauté d'internautes (les followers ou abonnés) sur laquelle elle a un pouvoir d'influence qu'elle peut monétiser auprès des annonceurs ou des marques* »³¹¹. Bien que la qualification de leur situation ait pu interroger la doctrine³¹² et puisse être considérée comme étant à la lisière d'un état de subordination³¹³, dès lors que leurs partenaires exercent un degré de directive et de contrôle important³¹⁴, les enjeux qui entourent leur prise en compte par le droit concernent néanmoins davantage leurs rapports avec les consommateurs que leur éventuel état de salarié³¹⁵. En outre, plusieurs éléments portent, en

³⁰⁶ Art. L. 7341-1 et s. C. trav. ; V. sur la création d'un statut de travailleurs de plateformes « *de mise en relation par voie électronique* », *infra*, n° 548 et s.

³⁰⁷ Art. L. 7342-8 C. trav.

³⁰⁸ V. notamment à ce sujet, A.-M. NICOT, « Les enjeux du travail dans l'économie des plateformes », *Regards*, vol. 55, n° 1, 2019, p. 54.

³⁰⁹ V. notamment, *infra*, n° 509 et s.

³¹⁰ « *Les personnes physiques ou morales qui, à titre onéreux, mobilisent leur notoriété auprès de leur audience pour communiquer au public, par voie électronique, des contenus visant à faire la promotion, directement ou indirectement, de biens, de services ou d'une cause quelconque exercent l'activité d'influence commerciale par voie électronique.* », art. 1, loi n° 2023-451 du 9 juin 2023 visant à encadrer l'influence commerciale et à lutter contre les dérives des influenceurs sur les réseaux sociaux ; « *Un influenceur est une personne qui, par sa notoriété, sa compétence dans un domaine et son exposition médiatique, bénéficie d'un puissant pouvoir de suggestion, lui permettant d'orienter le choix des internautes, en utilisant un support sur la toile* », P. LE TOURNEAU, *Contrats du numérique*, 12^e éd., Dalloz, coll.« Dalloz Référence », 2022, p. 708, n° 451-14.

³¹¹ L. CARRIE, « L'influenceur », dans *JCI Communication*, fasc. 322, 2022, n° 4.

³¹² V. notamment, B. LOPEZ, « Le risque de requalification en contrat de travail d'une prestation d'influenceur », *Dalloz IP/IT*, 2020, p. 480 ; C. BLANQUART, « Les influenceurs et l'accès au salariat », *JCP S*, n° 39, 2020, 3020 ; A. SZKOPINSKI, « À la recherche d'un statut juridique pour les influenceurs », *Dalloz IP/IT*, 2020, p. 472.

³¹³ V. *supra*, n° 19.

³¹⁴ Dès lors que « *la marque ne se contente pas de formuler des demandes pour orienter la prestation, mais se réserve le droit de dicter précisément le format et la description qui accompagne un post sur Instagram* », il est possible d'y voir une contrainte commençant à s'apparenter à un état de subordination. B. LOPEZ, « Le risque de requalification en contrat de travail d'une prestation d'influenceur », *Dalloz IP/IT*, 2020, p. 480.

³¹⁵ En atteste la récente proposition de loi visant à lutter contre les arnaques et les dérives des influenceurs sur les réseaux sociaux, déposée à l'Assemblée nationale le 31 janvier 2023, qui a été adoptée lors de la Loi n° 2023-451 du 9 juin 2023 visant à encadrer l'influence commerciale et à lutter contre les dérives des influenceurs sur les réseaux sociaux, *op. cit.* ; V. à ce sujet, « Encadrement de l'activité des influenceurs : les travaux parlementaires se précisent », *Légipresse*, 2023, p. 6 ; « Encadrement de l'activité des influenceurs : Bruno Le Maire détaille la liste des mesures retenues », *Légipresse*, 2023, p. 135.

effet, à exclure l'existence d'un lien de subordination. Tout d'abord, l'influenceur maîtrise les choix stratégiques de son activité, autrement dit, il choisit ses partenaires, le type de contenu qu'il souhaite produire, son « *image de marque* », négocie ses contrats et conserve une liberté dans les conditions de réalisation de sa prestation, comme le choix de ses horaires par exemple. Autant d'éléments qui caractérisent une activité indépendante³¹⁶. De plus, la part de créativité et l'identité de l'influenceur impliquent son identification qui en fait l'objet même de son activité. Contrairement aux travailleurs de plateforme qui se confondent derrière la plateforme, l'influenceur est identifié pour lui-même et ne disparaît pas derrière la marque qu'il promeut. C'est d'ailleurs sur sa « *sincérité* » et son « *authenticité* » que repose son influence³¹⁷. Enfin, les études tendent à exclure les qualifications d'artiste-interprète³¹⁸, en l'absence d'interprétation ou d'œuvre à jouer³¹⁹, et celle de mannequin³²⁰, sauf dans le cadre de l'organisation d'une séance photo où cette dernière qualification peut être envisageable à l'aune de la conception extensive de la Cour de cassation sur le sujet³²¹. En l'absence de cette dernière situation, l'influenceur semble relever du statut de travailleur indépendant³²². Enfin, l'apparition de cette activité n'a pas eu pour effet de susciter une remise en question du lien de subordination comme critère du contrat de travail. L'ensemble de ce développement nous amène donc à les exclure de notre étude et à concentrer notre attention sur les plateformes numériques de travail, comme perturbateur de la fonction heuristique du lien de subordination.

46. Principaux intérêts de l'étude. Que ce soit comme vecteur des pouvoirs de l'employeur ou comme critère du contrat de travail, le lien de subordination questionne. L'intérêt de l'étude trouve sa source première dans l'actualité du sujet. Les évolutions numériques ne cessent de remettre en question le cadre existant, dont le lien de subordination, comme clé d'entrée du

³¹⁶ V. *infra*, n° 670 et s.

³¹⁷ C. BLANQUART, « Les influenceurs et l'accès au salariat », *op. cit.*

³¹⁸ Art. L. 7121-2 C. trav.

³¹⁹ Art. L. 212-1 C. propriété intellectuelle ; V. s'agissant des candidats de télé-réalité, *infra*, n° 882 ; Cass. 1^{re} civ., 24 avril 2013, n° 11-19.091, *D. 2013. 1131* ; *Dr. soc. 2013. 576*, note Tournaux ; *JCP 2013, n° 731*, note Daverat ; *D. actu. 29 avr. 2013, obs. Cherqui* ; *AJ 1131* ; *CCE 2013, n° 75*, note Caron ; *Gaz. Pal. 19-20 juin 2013, p. 13*, note Prieur ; *JCP 2013. 731*, note Daverat ; *Légipresse 2013, n° 307, p. 418*, note Querzola.

³²⁰ Art. L. 7123-2 C. trav.

³²¹ V. en ce sens, Cass. 2^{ème} civ., 12 mai 2021, n° 19-24.610, *D. 2021. 1455*, obs. Loiseau ; *RJS 7/2021, n° 412* ; à ce sujet, Monsieur Grégoire Loiseau indique que « *c'est certainement aussi, dans un proche avenir, la condition juridique des influenceurs qui devra être clarifiée. Ce débat ne peut être confisqué par la seule deuxième chambre civile instrumentalisant la présomption de salariat* », G. LOISEAU, « Le contrat de parrainage sportif, un contrat de travail qui s'ignore », *D.*, 2021, p. 1455.

³²² « *En l'absence de séances de photos ou de reproduction de l'image au sens strict sur un support visuel ou audiovisuel cette qualification nous semble devoir être écartée car le contrat d'influenceur est moins un contrat sur l'image de la personne qu'un contrat sur la notoriété dont la prestation caractéristique est alors la publication du contenu sur son compte de réseau social.* », L. CARRIE, « L'influenceur », dans *JCI Communication*, fasc. 322, 2022, n° 65 ; V. cependant pour les influenceurs mineurs, Loi n° 2020-1266 du 19 octobre 2020 visant à encadrer l'exploitation commerciale de l'image d'enfants de moins de seize ans sur les plateformes en ligne.

droit du travail, est une cible particulière³²³. À cet égard, nombreuses sont les propositions qui cherchent à le compléter³²⁴, voire, à le remplacer³²⁵. Certains en viennent à la conclusion qu'on n'arrive cependant pas à s'en passer³²⁶, comme insatisfaits de ce constat. Le lien de subordination structure le modèle social français, et même, présente un intérêt qui peut parfois dépasser le seul droit social³²⁷. Dans ce contexte, l'intérêt d'une étude centrée sur le lien de subordination est double. Le premier concerne celui de la définition du lien de subordination. Le recours aux outils numériques ayant tendance à dissimuler le pouvoir de l'employeur³²⁸, l'étude aura pour ambition d'essayer de déceler la réalité de l'exercice de celui-ci pour évaluer l'actualité de la définition centrée autour des trois pouvoirs de l'employeur. Le second concerne la pertinence du lien de subordination, comme critère heuristique du contrat de travail. Outre l'étude factuelle des conditions d'exercice des nouveaux travailleurs du numérique³²⁹, concentrés sur ceux des plateformes numériques de travail, l'étude aura pour objet d'analyser les enjeux autour du lien de subordination qui vont au-delà du seul droit du travail. En centrant le sujet sur le lien de subordination, nous aspirons à apporter une réflexion complémentaire, dans la continuité des études qui ont déjà pu être faites sur le sujet, concernant les enjeux contemporains du droit du travail. En outre, l'étude a vocation à tirer des enseignements généraux. Autrement dit, au travers de l'utilisation d'exemples, que ce soient des outils ou des acteurs numériques, cette étude a pour ambition d'apporter des éléments d'analyse qui pourraient s'appliquer à des situations similaires, bien qu'elles ne soient pas traitées spécifiquement dans la thèse.

³²³ « Plutôt que de gonfler à l'excès la catégorie « contrat de travail » pour élargir le champ des bénéficiaires de certains droits, plutôt que de s'enfermer dans des contentieux sans fin sur la démonstration d'une subordination juridique aux contours dépassés, le droit du travail s'appliquerait hors contrat », F. FAVENNEC-HÉRY, « Faut-il brûler le contrat de travail ? », dans *Mélanges en l'honneur de Bernard Teyssié*, Lexis Nexis, 2019, p. 166.

³²⁴ V. notamment, P. LOKIEC, *Il faut sauver le droit du travail !*, *op. cit.*, p. 61 ; Art. L. 11-3 et L. 11-5, E. DOCKÈS (dir.), *Proposition de code du travail 2017. Sous l'égide du Groupe de recherche pour un autre Code du travail (GR-PACT)*, *op. cit.*, p. 6.

³²⁵ V. sur les différentes propositions, *infra*, n° 888 et s. ; V. notamment, pour une substitution de la subordination vers la notion de contrôle, P. LOKIEC et J. ROCHFELD, « Nouvelle surveillance, nouvelle subordination ? », *op. cit.*, p. 560. Monsieur Pascal Lokiec propose de remplacer la définition actuelle de la relation de travail par la suivante : « la relation de travail salariée est caractérisée par l'exécution d'un travail sous le contrôle d'un employeur qui a le pouvoir d'en déterminer les modalités d'exercice. », P. LOKIEC, « De la subordination au contrôle », *SSL*, n° 1841, 2018, p. 10-11.

³²⁶ Madame Françoise Favennec-Héry décrit la proposition relative au contrat d'activité dont les niveaux de protection dépendraient du « degré de subordination du travailleur », et indique en note de bas de page « on ne peut décidément pas s'en passer », F. FAVENNEC-HÉRY, « Faut-il brûler le contrat de travail ? », *op. cit.*, p. 164.

³²⁷ V. particulièrement *infra*, n° 737 et s.

³²⁸ A. JEAMMAUD, « Le pouvoir de l'employeur renforcé ou altéré ? », *op. cit.*

³²⁹ V. pour une étude centrée sur les droits fondamentaux mais concernant plus largement les travailleurs numériques, F. GABROY, *Essai sur la protection du travailleur numérique par les droits fondamentaux*, *op. cit.*

§2 : Les perspectives de l'étude : l'avenir du lien de subordination face au numérique

47. L'étude de la mise à l'épreuve du lien de subordination par le numérique impose de déterminer la méthode utilisée (A), pour ensuite exposer la thèse défendue et le plan de la recherche (B).

A- La méthode utilisée

48. **Une approche pragmatique.** Le lien de subordination a été défini par la jurisprudence³³⁰. La notion décrit avant tout une situation de fait³³¹. Nous retiendrons comme définition, en tant que postulat de départ, celle issue de la jurisprudence *Société générale*, pour confronter son actualité aux transformations liées au numérique. De plus, il sera entendu selon son double aspect : lien de subordination juridique et état de subordination. Par ailleurs, il convient de constater que la construction autour de l'encadrement des pouvoirs de l'employeur trouve également sa source principalement dans la jurisprudence³³². Il est vrai que le droit du travail est marqué par une certaine intensité dans l'activité dont fait œuvre la chambre sociale de la Cour de cassation³³³. Cette situation implique de recourir principalement à une méthode inductive³³⁴. Autrement dit, l'étude de la jurisprudence sera tout à fait centrale, et permettra de dresser des enseignements plus généraux dans un but prescriptif, notamment des grandes tendances dans l'étude de la reconnaissance d'un état de subordination, ou encore, les contours de l'encadrement des pouvoirs de l'employeur. L'objectif principal d'une telle démarche s'inscrit dans une approche pragmatique³³⁵, pour analyser les « *phénomènes issus des pratiques*

³³⁰ Cass. soc., 13 novembre 1996, n° 94-13.187, *Société générale*. *GADT*, 4e éd., n°2 ; *Dr. soc.*, 1996, p. 1067, note J.-J. Dupeyroux ; *JCP E* 1997. II. 911, note J. Barthélémy ; *RJS* 12/96, n° 1320, *op. cit.*

³³¹ Cass. ass. plén., 19 mai 1988, n° 87-82.654, *R.*, p. 223 ; *D.* 1988. 513, note Larroumet ; *Gaz. Pal.* 1988. 2. 640, concl. Dorwling-Carter ; *Defrénois* 1988. 1097, obs. Aubert ; *RTD civ.* 1989. 89, obs. Jourdain ; Cass. soc., 19 décembre 2000, n° 98-40.572, *D.* 2001. IR 355 ; *GADT*, 4e éd., n° 3 ; *RJS* 2001. 203, n° 275 ; *Dr. soc.* 2001. 227, note Jeammaud.

³³² P. WAQUET, « Le juge et l'entreprise », *Dr. soc.*, 1996, p. 472 ; A. FABRE, *Le régime du pouvoir de l'employeur*, *op. cit.*, spé. p. 113-169.

³³³ V. en ce sens, C. WOLMARK, *La définition prétorienne*, *op. cit.*, p. 7.

³³⁴ V. CHAMPEIL-DESPLATS, *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, 3e éd., Dalloz, coll. « Méthodes du droit », 2022, p. 401-403.

³³⁵ *Ibid.*, p. 370-373.

juridiques et de l'étude de cas »³³⁶. À cet égard, la notion de lien de subordination sera analysée au regard des pratiques de travail issues de la révolution numérique. Il est néanmoins entendu, qu'il soit possible, au cours de cette étude, de recourir à une méthode déductive³³⁷, lorsque les juges ne se seraient pas prononcés sur un sujet, ou pour compléter le droit positif, dès que cela sera estimé nécessaire. Dans ce cas, des hypothèses pourront être émises, le cas échéant, par un raisonnement analogique avec d'autres branches du droit, pour formuler des propositions.

49. Par ailleurs, l'étude portera principalement sur le droit social, qui comprend le droit du travail et le droit de la protection sociale. Le lien de subordination est peut-être commun aux deux matières, mais les enjeux doivent être distingués, pour mieux appréhender l'avenir de la notion. Il sera également fait recours à d'autres branches du droit privé comme le droit du numérique³³⁸, le droit de la concurrence³³⁹ ou le droit pénal du travail³⁴⁰, pour mettre en lumière les enjeux autour du lien de subordination. En outre, une étude en droit du travail est souvent en proximité avec la sociologie du travail³⁴¹ ainsi que le management, qui permettent de rendre compte de certains phénomènes qui éclairent indéniablement la compréhension du droit du travail³⁴². En ce sens, il a pu être souligné la complémentarité de l'analyse d'un même problème par le droit et le management³⁴³. Si l'étude porte sur l'analyse juridique de la mise à l'épreuve du lien de subordination par le numérique, il pourra être fait appel à des études en sociologie du travail ou en management pour nourrir l'étude juridique des pratiques existantes dans les

³³⁶ J.-Y. CHÉROT et B. FRYDMAN, « Avant-propos », dans *La science du droit dans la globalisation*, Bruylant, 2012, p. XI.

³³⁷ V. CHAMPEIL-DESPLATS, *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, *op. cit.*, p. 397-401.

³³⁸ L. DEGOS (dir.), D. BERTHAULT (dir.) et F. MATTATIA (dir.), *Code du numérique*, 2^e éd., LexisNexis, 2022 ; V. pour d'autres expressions comme « cyberdroit », C. FÉRAL-SCHUL, *Cyberdroit : le droit à l'épreuve de l'Internet*, *op. cit.*

³³⁹ « Le droit de la concurrence s'insère directement dans les relations économiques entre opérateurs. Tantôt instrument d'encadrement des rapports contractuels, tantôt instrument d'assainissement des rapports entre commerçants », M.-A. FRISON-ROCHE et J.-C. RODA, *Droit de la concurrence*, 2^e éd., Dalloz, coll.« Précis », 2022, p. 582.

³⁴⁰ Malgré ses caractéristiques spécifiques, qui en fait une branche spécifique, le droit pénal du travail en tant qu'« il ne peut déroger totalement aux principes généraux en matière pénale, notamment au principe de la légalité criminelle, en raison de sa valeur constitutionnelle et internationale » ne peut tout à fait être considéré comme étant autonome du droit pénal. A. CERF-HOLLENDER, « Droit pénal du travail », dans *Répertoire de droit du travail*, Dalloz, 2018, spé. n° 9.

³⁴¹ V. à ce sujet, « en deux mots, une doctrine irriguée en permanence par l'argument sociologique. Prodigieux antidote contre la fossilisation de la pensée ! », P.-Y. VERKINDT, « L'argument sociologique dans la doctrine travailliste », dans *L'argument sociologique en droit. Pluriel et singularité*, Dalloz, coll.« Thèmes & commentaires. Actes », 2015, p. 313-322.

³⁴² En ce sens, Gérard Lyon-Caen appelait de ses vœux à la mise en œuvre d'une « analyse sociale concrète » qui consistait en « la corrélation entre tel argument juridique et tel déplacement des lignes sur le front social », G. LYON-CAEN, « À propos de quelques ouvrages de doctrine », *Dr. soc.*, 1978, p. 292.

³⁴³ P. LEFEBVRE, « Subordination et “révolutions” du travail et du droit du travail (1776-2010) », *op. cit.*, p. 46-47.

rapports de travail³⁴⁴. À cet égard, il pourra être observé comment les enquêtes quantitatives ou qualitatives, qui sont devenues incontournables et sur lesquelles reposent essentiellement les études sociologiques, influencent les orientations du droit du travail³⁴⁵. Comme le relevait le doyen Carbonnier, « *la sociologie peut collaborer à la législation non pas se confondre avec elle* »³⁴⁶, néanmoins il souligne que l'étude de la sociologie permet de réduire l'écart entre les pratiques et le droit³⁴⁷.

50. Une étude centrée principalement sur le droit interne. La recherche sera principalement circonscrite au droit interne français. Il a été fait le choix de se concentrer principalement sur le droit social français, dont le lien de subordination en est issu et lui est propre, en tant qu'objet de l'étude. Il pourra néanmoins être fait référence à des modèles de pays européens, qui alimentent les réflexions françaises vis-à-vis du lien de subordination. Il n'y aura cependant pas d'étude en soi des systèmes voisins³⁴⁸. Par ailleurs, une attention sera portée à l'influence du droit de l'Union européenne sur le droit français, dans le cadre de cette étude. Une approche en droit positif interne ne peut, en effet, faire fi du droit de l'Union européenne. La politique sociale européenne, qui porte un modèle de « *flexisécurité* »³⁴⁹, intéresse, en effet, la séparation entre travail indépendant et salarié dont la tendance est de porter vers une flexibilisation des relations salariales par une application distributive du droit social³⁵⁰. Par ailleurs, nombreuses sont les dispositions qui intéresseront notre étude. De manière non exhaustive, il est d'ores et déjà

³⁴⁴ « *Dans cette optique, adopter une démarche sociologique c'est étudier, de manière objective et donc scientifique, les causes, les évolutions, les structures, les institutions, les comportements, les usages, les pratiques, les aspirations et les effets du droit et, plus largement, en droit* », M. MEKKI, « L'argument sociologique en droit : forces et faiblesses ? », dans *L'argument sociologique en droit. Pluriel et singularité*, Dalloz, coll.« Thèmes & commentaires. Actes », 2015, p. 85.

³⁴⁵ V. sur les dérives de l'instrumentalisation des statistiques, *Ibid.*, p. 97-98.

³⁴⁶ J. CARBONNIER, *Sociologie juridique*, 3^e éd., PUF, coll.« Quadrige », 2016, p. 282-283.

³⁴⁷ J. CARBONNIER, « La sociologie juridique et son emploi en législation : communication de Jean Carbonnier à l'académie des sciences morales et politiques. Communications (23 octobre 1967), Paris, Académie des sciences morales et politiques, 1968, 91-98 », *L'Année sociologique*, vol. 57, n° 2, 2007, p. 396 et s.

³⁴⁸ V. pour une étude comparée, B. GOMES, *Le statut juridique des travailleurs économiquement dépendants*, Organisation Internationale du Travail, Bureau International de Paris, 2017 ; V. sur le modèle italien, T. PASQUIER, *L'économie du contrat de travail : conception et destin d'un type contractuel*, op. cit., p. 229-237 ; S. BERTOLINI, « Entre travail salarié et indépendant : les formes de travail hybrides en Italie », *Formation Emploi*, n° 90, 2005, p. 21-35 ; V. sur le modèle anglais, M. VICENTE, « Les coursiers Deliveroo face au droit anglais », *RDT*, 2018, p. 515 ; M. VICENTE, « Les chauffeurs Uber sont des travailleurs pour la juridiction suprême du Royaume-Uni », *SSL*, n° 1946, 2021, p. 15-17 ; V. sur le modèle espagnol, F. VALDES DAL-RE et O. LECLERC, « Les nouvelles frontières du travail indépendant. A propos du Statut du travail autonome espagnol. », *RDT*, 2008, p. 296.

³⁴⁹ « *Mot valise articulant flexibilité et sécurité, résultant lui-même de l'attelage idéologique entre libéralisme social et socialisme libéral, la flexisécurité entend désigner la « sécurisation des parcours professionnels » en temps de « flexibilité » imposée à l'emploi et est, à ce titre, inscrite dans ce qu'il est convenu d'appeler aujourd'hui le « modèle danois* » », P. DIRKX, « Flexisécurité », dans *Les nouveaux mots du pouvoir. Abécédaire critique*, Aden, 2007, p. 219.

³⁵⁰ E. MAZUYER, « Les mutations des droits du travail sous influence européenne », *Revue de la régulation*, n° 13, 2013, p. 1-19.

possible de mentionner le règlement européen sur la protection des données (RGPD)³⁵¹ qui concerne les données obtenues dans le cadre des relations de travail et qui s'impose aux juges nationaux. De même, les décisions, tant de la CJUE que de la CEDH, exercent une influence manifeste sur la jurisprudence française. Enfin, plusieurs projets en cours, dont la proposition de directive, présentée le 9 décembre 2021³⁵², concernant le travail de plateforme, ou la proposition de réglementation de l'IA³⁵³, intéresseront l'étude.

B- La thèse défendue

51. Le postulat. Le lien de subordination comporte deux facettes. La première est celle d'un rapport de droit qui constitue une prérogative juridique dont sont issus les pouvoirs de l'employeur. La seconde désigne une situation de fait par la constitution d'un état de subordination qui entraîne la qualification de contrat de travail³⁵⁴. Le lien de subordination à la fois découle du contrat de travail et constitue un critère de celui-ci. Les nombreux changements dans l'organisation de l'entreprise tendent cependant à mettre à l'épreuve le modèle du travail subordonné sur lequel sont fondées les dispositions sociales. Or, le lien de subordination peut être appréhendé comme celui qui fonde le rapport de travail salarié : protection contre obéissance. Dans cette optique, il est la justification à la fois des pouvoirs de l'employeur et de ses obligations à l'égard du salarié, dont en premier la protection de la santé et de la sécurité³⁵⁵. Cependant, il a été identifié depuis plusieurs années, notamment par Monsieur Alain Supiot dans un célèbre article³⁵⁶, un double mouvement troublant la représentation classique de la figure du salarié : le gain d'autonomie dans la subordination et l'existence de lien d'allégeance

³⁵¹ Règlement n° 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, *op. cit.*

³⁵² Proposition de directive relative à l'amélioration des conditions de travail dans le cadre du travail via une plateforme du 9 décembre 2021, COM/2021/762 ; V. sur la genèse de la proposition de directive, C. PERCHER, « L'approche européenne de la protection des travailleurs de plateforme numérique : La proposition de directive du 9 décembre 2021 », dans *Regards croisés sur le travail et le microtravail de plateforme*, Mare & Martin, 2023, p. 208-211.

³⁵³ Proposition de règlement du Parlement européen et du conseil établissant des règles harmonisées concernant l'intelligence artificielle du 21 avril 2021, COM (2021) 206 final, *op. cit.* ; V. à ce sujet, B. BERTRAND, « Chronique Droit européen du numérique - La proposition de réglementation générale pour l'intelligence artificielle dans l'Union européenne : l'IA Act », *op. cit.*

³⁵⁴ E. PESKINE, *Réseaux d'entreprises et droit du travail*, t. 45, LGDJ, coll.« Bibliothèque de droit social », 2008, p. 69 ; A. JEAMMAUD, « L'avenir sauvegardé de la qualification de contrat de travail. A propos de l'arrêt Labbane », *op. cit.*, p. 235.

³⁵⁵ A. SUPIOT, *Le droit du travail*, *op. cit.*, p. 114.

³⁵⁶ A. SUPIOT, « Les nouveaux visages de la subordination », *op. cit.*

dans l'indépendance. Depuis, ce constat n'a eu de cesse de se vérifier et de se renouveler à mesure que de nouvelles technologies numériques sont adoptées dans l'entreprise et que de nouveaux acteurs, comme les plateformes numériques, se développent³⁵⁷. Le lien de subordination a été pensé et inventé dans le monde industriel avec des structures hiérarchisées et centralisées, mais la révolution numérique semble laisser place à des structures en réseau, coordonnées où le salarié et l'indépendant semblent se rejoindre, interrogeant alors le modèle d'un droit du travail subordonné face à des travailleurs en « zone grise »³⁵⁸. Des temps modernes, aux temps informatiques, la survie du lien de subordination est questionnée tant dans sa substance que dans son sens téléologique.

52. La problématique. Dès lors, la question est de savoir si le lien de subordination est toujours pertinent face au numérique. Une première approche invite à le rejeter comme appartenant au monde industriel et ne correspondant plus tant aux réalités des rapports de travail, qu'aux aspirations des travailleurs. Il serait dès lors désuet et appellerait à l'élaboration d'un nouveau modèle. Dans cette logique, il y a une certaine décorrélation entre la subordination et la protection afférente. De même, alors que le lien de subordination est un critère commun au droit du travail et au droit de la protection sociale, il tendrait de plus en plus à être séparé³⁵⁹. S'oppose une seconde approche qui soutient que si le lien de subordination a subi des transformations, il n'en demeure pas moins qu'il traduit un équilibre. En sens, il serait possible de retenir que le lien de subordination continue à constituer un critère pertinent du contrat de travail et un garde-fou nécessaire face à une externalisation croissante de la main-d'œuvre. Si les propositions doctrinales sur le sujet peuvent varier, il est certain que le thème de la subordination n'a cessé d'animer la doctrine juridique³⁶⁰, jusqu'à intéresser les économistes du travail³⁶¹ et même les historiens³⁶². Dans la perspective d'une étude générale sur la mise à

³⁵⁷ Si les propositions peuvent différer, la doctrine semble néanmoins s'accorder sur ce constat. V. notamment, O. RIVOAL, « La dépendance économique en droit du travail », *op. cit.* ; J.-P. CHAUCHARD, « Les avatars du travail indépendant », *Dr. soc.*, 2009, p. 1065 ; E. DOCKÈS, « Notion de contrat de travail », *op. cit.* ; T. PASQUIER, « Sens et limites de la qualification de contrat de travail. De l'arrêt FORMACAD aux travailleurs « ubérisés » », *op. cit.* ; M.-C. ESCANDE-VARNIOL, « Un ancrage stable dans un droit du travail en mutation », *D.*, 2019, p. 177.

³⁵⁸ E. MAZUYER, « Les mutations des droits du travail sous influence européenne », *op. cit.*, p. 9 et s.

³⁵⁹ V. à ce sujet, *infra*, n° 548 et s.

³⁶⁰ V. en ce sens, J.-P. CHAUCHARD, « Les avatars du travail indépendant », *op. cit.* ; V. notamment, F. HÉAS, « Être ou ne pas être subordonné », *Dr. ouvr.*, 2009, p. 405-417 ; C. NICOD et J.-F. PAULIN, « La subordination en cause », *op. cit.* ; V. pour une thèse récente, E. MAUREL, *Entre subordination et dépendance. Essai sur une relecture de la subordination par les plateformes de mobilité*, *op. cit.*

³⁶¹ V. par exemple, H. PETIT (dir.) et N. THÉVENOT (dir.), *Les nouvelles frontières du travail subordonné*, La Découverte, coll.« Recherches », 2006.

³⁶² V. par exemple, P. LEFEBVRE, *L'invention de la grande entreprise*, *op. cit.*

l'épreuve du lien de subordination par le numérique, les exemples qui seront évoqués seront au service d'enseignements plus généraux sur l'avenir de la notion.

53. Le plan. Pour ce faire, il a été fait le choix de retenir la définition classique du lien de subordination, stable depuis l'arrêt *Société générale*³⁶³, pour en observer son opérabilité à l'épreuve du numérique. Dans une démarche scientifique, dans un processus de validation³⁶⁴, chaque composante de la définition du lien de subordination sera confrontée aux évolutions liées au numérique pour en observer le degré de transformation. Cette première étape sera l'occasion de connaître de l'actualité de la définition du lien de subordination (**Partie 1**). Une étape préalable nécessaire pour pouvoir ensuite analyser l'opportunité du maintien de la recherche d'un état de subordination, en tant que critère qualificatif du contrat de travail. À cet effet, la seconde partie aura pour objet l'étude de la résistance du lien de subordination face au numérique. L'exemple des travailleurs de plateformes numériques de travail permettra d'analyser la remise en question du lien de subordination et les enjeux autour de son éviction, qui peuvent aller au-delà du droit du travail (**Partie 2**).

Partie 1 : La transformation du lien de subordination par le numérique

Partie 2 : La résistance du lien de subordination face au numérique

³⁶³ Cass. soc., 13 novembre 1996, n° 94-13.187, *Société générale*. *GADT*, 4e éd., n°2 ; *Dr. soc.*, 1996, p. 1067, note J.-J. Dupeyroux ; *JCP E* 1997. II. 911, note J. Barthélémy ; *RJS* 12/96, n° 1320, *op. cit.*

³⁶⁴ F. COLONNA D'ISTRIA, *Philosophie du droit et pratique des juristes*, Dalloz, coll.« Méthodes du droit », 2021, p. 266 et s.

PREMIÈRE PARTIE : LA TRANSFORMATION DU LIEN DE SUBORDINATION PAR LE NUMÉRIQUE

54. Le lien de subordination est le critère principal du contrat de travail. Selon sa définition, issue de la jurisprudence *Société générale*³⁶⁵, il se caractérise selon trois pouvoirs : direction, contrôle et sanction. La première partie de notre étude se concentrera sur cette définition classique du lien de subordination qui traduit la relation de pouvoirs entre l'employeur et le salarié. À cet égard, le pouvoir de direction est le premier pouvoir de l'employeur. Il s'exprime au travers des ordres donnés ainsi que du pouvoir d'organiser l'entreprise³⁶⁶. Pour s'assurer du bon déroulement de l'activité, celui-ci dispose, en outre, d'un pouvoir de surveillance. En ce sens, les pouvoirs de contrôle et de sanction sont les deux visages du pouvoir de surveillance de l'employeur. Ce dernier contrôle, en effet, la bonne exécution de la prestation de travail pour en sanctionner, le cas échéant, les manquements. L'ensemble de ces pouvoirs traduit l'expression du lien de subordination qui unit l'employeur et le salarié. Si la définition du lien de subordination est restée stable, elle n'en a pas moins été, pour autant, l'objet d'interrogations liées à l'apparition du numérique³⁶⁷. L'évolution des activités ainsi que le recours aux outils numériques sont autant de sources de transformation des pouvoirs de l'employeur, suscitant ainsi des doutes quant à la pertinence du lien de subordination, en tant que « *principe d'interprétation des rapports sociaux dans l'entreprise* »³⁶⁸.

³⁶⁵ Cass. soc., 13 novembre 1996, n° 94-13.187, *Société générale*. *GADT*, 4e éd., n°2 ; *Dr. soc.*, 1996, p. 1067, note J.-J. Dupeyroux ; *JCP E* 1997. II. 911, note J. Barthélémy ; *RJS* 12/96, n° 1320, *op. cit.*

³⁶⁶ A. SUPIOT, *Le droit du travail*, *op. cit.*, p. 69 et 73.

³⁶⁷ V. pour une synthèse sur les conflits doctrinaux autour du lien de subordination, C. NICOD et J.-F. PAULIN, « La subordination en cause », *op. cit.*

³⁶⁸ T. PASQUIER, « Subordination », dans *Dictionnaire de la recherche en droit social (DRDS)*, 2022.

55. L'usage des outils numériques et leur diffusion, tant dans l'entreprise qu'en dehors, ont conduit à une nouvelle révolution : la révolution numérique³⁶⁹. Nombreuses sont les études qui ont été menées sur le sujet³⁷⁰. Pour certaines, le numérique serait une source d'émancipation du travailleur et remettrait en cause la notion de lien de subordination, qui apparaît comme étant devenue une notion désuète et datée d'un autre temps³⁷¹. S'il est certain que le numérique a conduit à une transformation du lien de subordination, la question sera alors de savoir comment elle s'est manifestée concernant les pouvoirs de l'employeur. En revanche, si le numérique est source de transformation des pouvoirs, le processus décisionnel, lui, reste *a priori* inchangé : l'élaboration d'une organisation, pour donner des ordres, qui seront contrôlés et dont les manquements pourront être sanctionnés. Pour analyser la pertinence de la définition du lien de subordination, il conviendra donc d'examiner l'exercice des pouvoirs de l'employeur à l'épreuve du numérique. D'une part, le numérique a conduit à un changement d'approche dans la prise de décision de l'employeur³⁷², guidée de plus en plus par les outils numériques, dans une démarche chiffrée³⁷³. Encouragée par le législateur et les nouvelles possibilités techniques, la direction de l'employeur se fonde davantage sur des objectifs quantifiables dans une recherche d'objectivation de la décision. Dans le prolongement de la *Gouvernance par les nombres*³⁷⁴, le pouvoir de direction de l'employeur est ainsi rationalisé par le numérique (**Titre 1**). Bien que la recherche d'objectivité dans la direction de l'employeur puisse être salutaire, elle est parfois la seule source de la décision, au risque de négliger la vérification de sa pertinence. D'autre part, dans ce contexte de recours à la « *raison*

³⁶⁹ V. *supra*, n° 31 et s.

³⁷⁰ V. notamment, B. METTLING, *Transformation numérique et vie au travail*, *op. cit.* ; CNum, *Travail, emploi, numérique. Les nouvelles trajectoires*, *op. cit.* ; E. TISON, *L'impact de la révolution digitale sur l'emploi. Top 5 des métiers en voie de disparition*, Institut Sapiens, 2018 ; P. CATALA, *Le droit à l'épreuve du numérique*, *op. cit.* ; M. DEMOULAIN, *Nouvelles technologies et droit des relations de travail*, *op. cit.* ; P. FLICHY, *Les nouvelles frontières du travail à l'ère numérique*, *op. cit.* ; S. CHATRY (dir.), J.-M. MOULIN (dir.) et A. RIERA (dir.), *L'entreprise face aux défis du numérique*, *op. cit.* ; Y.-M. LARHER, *Le droit du travail à l'heure du numérique*, *op. cit.*

³⁷¹ V. en ce sens, J. BARTHÉLÉMY et G. CETTE, *Travail et changements technologiques. De la civilisation de l'usine à celle du numérique.*, *op. cit.*, spé. p. 182-184. La notion de « subordination juridique » a pu apparaître comme étant « dépassée lorsqu'on l'envisage littéralement », T. AUBERT-MONPEYSSSEN, *Subordination juridique et relation de travail*, *op. cit.*, p. 86. Les technologies « effacent les niveaux hiérarchiques de l'entreprise d'antan », J.-E. RAY, « Nouvelles technologies et nouvelles formes de subordination », *Dr. soc.*, 1992, p. 525. V. position contraire, notamment, C. RADÉ, « Nouvelles technologies de l'information et de la communication et nouvelles formes de subordination », *op. cit.*

³⁷² E. LAFUMA, « Décision (de l'employeur) », dans *Dictionnaire de la recherche en droit social (DRDS)*, 2022

³⁷³ V. en ce sens, A. SUPIOT, *La gouvernance par les nombres*, *op. cit.*, spé. p. 215 et s. ; V. également, A. DESROSIERES, *La politique des grands nombres. Histoire de la raison statistique*, La Découverte, 2010.

³⁷⁴ A. SUPIOT, *La gouvernance par les nombres*, *op. cit.*

numérique »³⁷⁵, la quête de la vérité semble de plus en plus primer sur les garanties qui entouraient jusqu'alors les pouvoirs de l'employeur, menant à une extension de la surveillance par l'employeur, tant dans le champ du contrôle que dans celui de la discipline (**Titre 2**). Un nouvel équilibre est alors à rechercher face à une extension croissante de la surveillance par l'employeur à l'ère numérique, entre la préservation des libertés fondamentales des salariés et l'exercice du pouvoir de surveillance patronale.

³⁷⁵ V. également *infra*, n° 723 ; A. CHAIGNEAU et T. PASQUIER, « Capital, travail et entreprise numérique », *op. cit.*, p. 193 ; D. CARDON, *A quoi rêvent les algorithmes ? Nos vies à l'heure des big data*, Le Seuil, 2015 p. 39 et s.

Titre 1 : Le numérique source de rationalisation du pouvoir de direction

56. Le pouvoir de direction est au centre des prérogatives reconnues à l'employeur³⁷⁶. Il a pu être qualifié de « *pièce centrale de la palette des prérogatives* »³⁷⁷. Il est le premier pouvoir justifié par le lien de subordination et son analyse conduit à distinguer deux de ses aspects. Il existe tout d'abord, un pouvoir de direction de l'activité, « *qui fonde à effectuer les choix d'activité, d'implantation, d'organisation, de production, de réorganisation, de délocalisation, de cessation d'activité, etc.* »³⁷⁸. Ensuite, un pouvoir de direction des salariés qui permet à l'employeur d'organiser et de diriger le travail des salariés. C'est cette dualité du pouvoir de direction de l'employeur qui articulera la réflexion au sein de ce titre, au regard du numérique. Le pouvoir de direction traduit, en effet, à la fois l'aspect fonctionnel de la subordination, par la direction de l'activité, qu'il conviendrait, selon nous, de prendre davantage en compte, dans l'analyse de la subordination dans un contexte de dispersion du pouvoir par le numérique, mais également l'aspect personnel, par l'exercice d'un pouvoir de direction des salariés³⁷⁹. Au titre de ce pouvoir, l'employeur peut décider de l'évolution de l'activité de l'entreprise³⁸⁰, de la fermeture d'un établissement³⁸¹, ou encore de modifier l'horaire de travail³⁸². À cet égard, le numérique en a transformé l'exercice tant dans l'organisation de l'activité de l'entreprise que

³⁷⁶ V. à ce sujet, F. VARCIN-VERDUN, *Le pouvoir patronal de direction*, thèse, Université de Lyon 2, 2000.

³⁷⁷ A. JEAMMAUD, « Le pouvoir patronal visé par le droit du travail », *op. cit.*, p. 23.

³⁷⁸ *Ibid.*

³⁷⁹ Sur la distinction entre subordination fonctionnelle et personnelle, V. *supra*, n° 17.

³⁸⁰ Cass. soc., 10 juillet 1996, n° 93-41.137, *GADT*, 4e éd., n° 50 ; *D.* 1996. IR 199 ; *JCP* 1997. II. 22768, note *Saint-Jours* ; *RJS* 1996. 580, n° 900 ; *CSB* 1996. 317, A. 62, note *Philbert* ; *Dr. ouvrier* 1996. 457, note *Moussy*, *op. cit.*

³⁸¹ Cass. soc., 30 novembre 1978, n° 77-40.223 ; Cass. soc., 21 juillet 1981, n° 79-42.429.

³⁸² Cass. soc., 22 février 2000, n° 97-44.339, *D.* 2000. IR 82 ; *JCP* 2000. II. 10321, note *Corrignan-Carsin* ; *RJS* 2000. 270, n° 374 ; *CSB* 2000. 515, A. 19, obs. *Charbonneau* ; Cass. soc., 9 avril 2002, n° 99-45.155, *D.* 2002. IR 1529 ; *Dr. soc.* 2002. 665, obs. *Savatier*.

dans celle du travail des salariés³⁸³. Il sera donc distingué au sein du pouvoir de direction, d'une part, le pouvoir de direction de l'activité³⁸⁴ et d'autre part, le pouvoir de direction des salariés³⁸⁵.

57. Dans le cadre de l'exercice des pouvoirs de l'employeur, il est entendu que le droit du travail tente de rationaliser l'action de l'employeur. Le droit du travail encadre, en effet, la finalité de l'action de l'employeur³⁸⁶. Dans ce contexte, le numérique est venu renforcer cette recherche de rationalisation de l'action de l'employeur. Il convient alors de préciser préalablement ce que l'on entend par rationalisation. Le verbe rationaliser a pour racine le terme latin *rationalis* qui « sert à compter ; qui est fondé sur le raisonnement »³⁸⁷. Il est intéressant de noter le lien qui existe déjà entre le rationnel et le numérique au travers du calcul. La rationalité connaît trois conceptions principales³⁸⁸. La première acception désigne ce qui obéit à la raison ou à la logique. On peut dire que le rationnel renvoie premièrement à ce qui est conforme à la raison³⁸⁹. En ce sens, l'action rationnelle s'adosserait à des critères légitimes et vérifiables. Les deuxième et troisième acceptions ont été décrites par Max Weber³⁹⁰, qui distingue, en effet, d'une part, la rationalité en finalité et d'autre part, la rationalité en valeur. La deuxième acception correspond donc à une conception instrumentale où l'acteur « oriente son action sur la base du but à atteindre, des moyens et des conséquences concomitantes, en évaluant rationnellement les moyens par rapport aux buts, les buts par rapport aux conséquences et enfin également les différents buts possibles dans un rapport réciproque, agit de manière rationnelle »³⁹¹. Cette acception renvoie au modèle développé par les sciences économiques de *l'homo oeconomicus*³⁹². Elle peut ainsi être entendue comme une recherche d'efficacité. La troisième acception, quant à elle, comporte une dimension axiologique en ce que l'action est guidée par un impératif, autrement dit, par une valeur. Il y a ici une dimension éthique. La rationalité axiologique s'inscrit ainsi dans le domaine du devoir être, où la fin se définit en considération de valeurs.

³⁸³ T. AUBERT-MONPEYSSSEN, *Subordination juridique et relation de travail*, op. cit., p. 290.

³⁸⁴ S. VERNAC, *Le pouvoir d'organisation : au croisement du droit du travail et du droit des sociétés*, thèse, Université de Paris 10, 2012, p. 113.

³⁸⁵ A. JEAMMAUD, M. LE FRIANT et A. LYON-CAEN, « L'ordonnement des relations de travail », op. cit.

³⁸⁶ A. FABRE, *Le régime du pouvoir de l'employeur*, op. cit., p. 111 et s.

³⁸⁷ « Rationaliser », dans *Dictionnaire de l'Académie française*, 1992.

³⁸⁸ A. PERULLI, « Rationalité et contrôle des pouvoirs de l'employeur », *RDT*, 2006, p. 85.

³⁸⁹ V. « Rationnel », A. LALANDE, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, PUF, coll. « Quadrige », 2010, p. 890.

³⁹⁰ M. WEBER, *Économie et société*, t. 1, Pocket, coll. « Agora », 1995.

³⁹¹ *Ibid.*

³⁹² Les préférences de l'auteur « sont non seulement cohérentes mais complètes, continues et égoïstes. », A. PERULLI, « Rationalité et contrôle des pouvoirs de l'employeur », op. cit.

58. L'apparition du numérique est venue transformer le processus de rationalisation du pouvoir de direction de l'employeur³⁹³. Dans la recherche de rationalisation de la décision de l'employeur, le numérique constitue parfois à la fois le moyen et la fin. Véritable boussole de la direction de l'employeur, sous l'impulsion du législateur, il est le fondement de son action, par l'élaboration de tableaux de bord et d'indicateurs chiffrés, la finalité de celle-ci, avec des objectifs à atteindre, constituant ainsi la justification de sa décision, censée conforter sa légitimité, car répondant à la raison. Il peut ainsi y avoir une confusion entre rationalité en finalité et en valeur, où le chiffre est censé répondre à une démarche axiologique, alors que les indicateurs vont conduire à une rationalité instrumentale. En ce sens, il existe une recherche de rendement et d'efficacité dans l'exercice du pouvoir de direction. Le numérique, en tant qu'outil, serait ainsi le fer de lance de l'employeur, lui garantissant une décision prérationalisée. En d'autres termes, le numérique serait source d'efficacité dans l'action de l'employeur pour atteindre un but, qui peut être une obligation légale, comme une décision propre à un choix d'organisation. Cette évolution a pu initialement se développer au sein de la direction de l'activité (**Chapitre 1**), pour ensuite gagner l'exercice du pouvoir de direction du personnel (**Chapitre 2**).

³⁹³ Y. PICOD, « Préface », dans *L'entreprise face aux défis du numérique*, Mare & Martin, coll.« Droit privé & sciences criminelles », 2018, p. 11.

Chapitre 1 : La rationalisation de la direction de l'activité à l'ère numérique

59. Le pouvoir de direction s'inscrit dans un contexte qui est celui de l'entreprise. Bien qu'elle soit invoquée implicitement, l'entreprise est une figure présente dans la qualification de la relation de travail subordonnée³⁹⁴. Elle correspond au cadre dans lequel existe le lien de subordination et dans lequel l'employeur exerce son pouvoir de direction. L'entreprise représente, en effet, intuitivement le lieu de travail³⁹⁵, autrement dit, le lieu d'exercice du pouvoir. En son sein, l'employeur organise l'activité, fait des choix stratégiques et prend les risques économiques. Le pouvoir de direction de l'activité de l'entreprise recouvre la définition et l'organisation de l'activité, dont la valeur constitutionnelle³⁹⁶ découle de la liberté d'entreprendre³⁹⁷. En somme, le chef d'entreprise a le pouvoir de prendre l'ensemble des décisions relatives à la stratégie de l'entreprise, aussi bien économique que commerciale. L'usage des outils numériques au sein des entreprises a contribué à renforcer une volonté, néanmoins préexistante à la révolution numérique, d'efficacité de l'action de l'employeur, dans une logique gestionnaire³⁹⁸, tant dans l'organisation de l'entreprise, que dans la prise de décision de l'employeur. La rationalisation initiale de l'action de l'employeur, par le contrôle

³⁹⁴ E. PESKINE, *Réseaux d'entreprises et droit du travail*, op. cit., p. 68.

³⁹⁵ V. « Entreprise », A. BEVORT, A. JOBERT, M. LALLEMENT et A. MIAS, *Dictionnaire du travail*, op. cit., p. 262 ; T. RÉVET, « L'objet du contrat de travail », op. cit. ; G. DUCHANGE, *Le concept d'entreprise en droit du travail*, LexisNexis, coll.« Thèses », 2014, p. 1.

³⁹⁶ Cons. const., 16 janvier 1982, n° 81-132, D. 1983. 169, note Hamon ; JCP 1982. II. 19788, note N. Quoc Vinh et C. Franck.

³⁹⁷ V. notamment, Cass. soc., 13 juillet 2004, n° 02-15.142, *Société Carrefour France contre Union des syndicats CGT et a*, RJS 2004. 723, n° 1052 ; JCP E 2005. 32, note Petit ; Dr. ouvrier 2005. 1, note Dockès.

³⁹⁸ Les techniques de gestion peuvent se caractériser davantage par leur finalité, en ce qu'elles ont pour but d'« assurer, voire d'améliorer sans cesse la bonne marche et le fonctionnement des organisations », S. CRAIPEAU et J.-L. METZGER, « Pour une sociologie critique de la gestion », *Recherches sociologiques et anthropologiques*, 2007, p. 145-162 ; V. sur les interactions entre droit et science de gestion, G. DEHARO et X. STRUBEL, *Penser les relations du droit et des sciences de gestion. Quelle formation juridique pour les managers du XXIe siècle ?*, Dalloz, coll.« Thèmes & commentaires », 2014.

d'adéquation de son action³⁹⁹, est ainsi renouvelée par le numérique, tant dans son cadre (**Section 1**), que dans son processus de décision (**Section 2**).

Section 1 : Le renouvellement du cadre de la direction de l'activité par le numérique

60. Le recours au numérique a poursuivi la transformation de l'entreprise qui avait déjà été entamée par la mondialisation des échanges⁴⁰⁰ qui est néanmoins « *indissociable d'une multiplication des liens d'information et de communication* »⁴⁰¹. En effet, l'externalisation de la main-d'œuvre, les réseaux d'entreprise⁴⁰², ou la production en flux tendu sont des méthodes d'organisation de l'entreprise⁴⁰³ qui ont été poursuivies et favorisées par le recours aux technologies, dans un objectif de rationalisation des coûts⁴⁰⁴. En outre, de nouvelles formes d'organisations ont pu voir le jour, grâce à la dématérialisation⁴⁰⁵ des échanges qui ont contribué à la transformation du modèle de l'entreprise, mais qui ont pour conséquence la dispersion de l'unité du pouvoir de direction (§1). Les plateformes numériques sont une illustration récente des nouvelles formes d'organisation de production, qui ont été rendues possibles grâce à la dématérialisation numérique et le recours aux algorithmes⁴⁰⁶. Face à l'émergence de ces nouveaux modèles, dont le numérique est l'un des facteurs, il convient d'identifier le pouvoir de direction de l'activité pour recomposer la figure de l'employeur (§2).

³⁹⁹ A. FABRE, *Le régime du pouvoir de l'employeur*, op. cit., p. 111 et s.

⁴⁰⁰ V. sur les structures des liens d'allégeance, A. SUPPIOT, *La gouvernance par les nombres*, op. cit., p. 385 et s.

⁴⁰¹ P. MOREAU DEFARGES, *La mondialisation*, 11^e éd., PUF, coll. « Que sais-je ? », 2022, p. 40.

⁴⁰² V. pour une étude sur le sujet, E. PESKINE, *Réseaux d'entreprises et droit du travail*, op. cit.

⁴⁰³ V. notamment, M. D'AMOURS, Y. NOISEUX, C. PAPINOT et G. VALLEE, « Les nouvelles frontières de la relation d'emploi », *Relations industrielles*, n° 72, 2017, p. 409-420.

⁴⁰⁴ « *La révolution industrielle, inaugurant l'ère de la machine généralisée, a charrié un souci du rendement sans précédent.* », F. FOREST, « Rationalisation », dans *Les nouveaux mots du pouvoir. Abécédaire critique*, Aden, 2007, p. 367.

⁴⁰⁵ « *Dans un sens immédiat, la dématérialisation traduit le passage du matériel à l'immatériel* », mais l'auteur invite à voir la dématérialisation au-delà des seules « *techniques de numérisation. Ce sont tous les procédés permettant à l'entreprise de muter dans ses formes d'organisation et ses structures juridiques* », C. HANNOUN, *La dématérialisation de l'entreprise : essais sur les dimensions immatérielles de l'entreprise*, L'Harmattan, 2010, p. 13.

⁴⁰⁶ E. COMBE, « Les plateformes : notion, enjeux et pistes d'évolution », dans *L'émergence d'un droit des plateformes*, Dalloz, coll. « Thèmes & commentaires », 2021, p. 15-27.

§1 : La dispersion de l'unité du pouvoir de direction de l'activité

61. La révolution numérique poursuit encore aujourd'hui son chemin et continue à faire évoluer le droit sous l'impulsion de plusieurs phénomènes. D'une part, il existe des transformations de l'organisation en elle-même, dans un objectif de rentabilité. D'autre part, l'introduction de nouveaux modèles de création de valeur⁴⁰⁷ a conduit à l'émergence de nouvelles théories de l'entreprise moderne⁴⁰⁸ ou de l'entreprise « libérée »⁴⁰⁹. Celles-ci ont vocation à accompagner ces évolutions concernant notamment leur organisation⁴¹⁰ ou l'expression du pouvoir de direction au sein de l'entreprise⁴¹¹. Cette multiplication des organisations – en groupe de sociétés, en réseaux d'entreprises, ou par l'élaboration d'un processus de financiarisation – conduit à une dispersion de l'unité de direction dans une recherche de rationalisation de la production. Les évolutions de l'organisation de l'entreprise ont, en effet, pour finalité d'optimiser le développement, ainsi que de réduire les coûts, dans un objectif de rentabilité⁴¹². Certains ont même pu parler de « désintégration de l'entreprise »⁴¹³. Bien que l'existence d'un contrat de travail soit la première voie d'identification de l'employeur, cette démarche ne peut pas toujours suffire à elle seule⁴¹⁴ face à une décomposition du modèle de l'employeur⁴¹⁵. L'identification de l'employeur doit alors passer par la recherche du pouvoir de direction de l'activité, face à sa dispersion à l'ère numérique. Or, il est possible d'identifier une double dispersion du modèle classique de l'entreprise et de son unité, à savoir, d'une part celle de l'exercice du pouvoir de direction de l'activité (A) et d'autre part celle de ses intérêts (B).

⁴⁰⁷ M.-C. ROQUES-BONNET, *Le droit peut-il ignorer la révolution numérique ?*, op. cit., p. 237 et s.

⁴⁰⁸ V. sur l'entreprise moderne, A. CHANDLER, *La main visible des managers*, Economica, 1989.

⁴⁰⁹ V. notamment, T. COUTROT, *Libérer le travail*, Seuil, 2018.

⁴¹⁰ V. concernant le droit des sociétés notamment, J.-M. MOULIN, « Numérique et droit des sociétés », dans *L'entreprise face aux défis du numérique*, Mare & Martin, coll.« Droit privé & sciences criminelles », 2018, p. 15-40.

⁴¹¹ F. LEDERLIN, « Le jour où le monde du travail explosa », *Le Monde hors-série*, 2021, p. 72.

⁴¹² V déjà en ce sens, P. MOATI, « Relation d'emploi et frontières de la firme à l'épreuve des nouveaux rapports de subordination », dans *Les nouvelles frontières du travail subordonné*, La Découverte, coll.« Recherches », 2006, p. 177.

⁴¹³ C. HANNOUN, *La dématérialisation de l'entreprise : essais sur les dimensions immatérielles de l'entreprise*, op. cit., p. 24.

⁴¹⁴ N. CATALA, *L'Entreprise*, t. 4, Dalloz, 1980, p. 46.

⁴¹⁵ L'auteur évoque un double processus d'abstraction du modèle de l'employeur : de l'autorité et du pouvoir, C. HANNOUN, « Gouvernance des entreprises et direction des salariés », *SSL*, n° 1508, 2011, p. 98-99.

A- La dispersion des titulaires du pouvoir de direction

62. Le pouvoir de direction de l'activité s'exerce dans un espace défini qui est celui de l'entreprise. Celle-ci est le visage de l'organisation de l'activité qui intègre les salariés. Elle représente ainsi le cadre d'exercice du pouvoir de direction de l'employeur dont il convient d'en saisir les contours (1). Or, le numérique constitue une source de dispersion du modèle initial de l'entreprise, qui a des conséquences sur l'exercice du pouvoir de direction de l'activité (2).

1- L'identification des contours du pouvoir de direction de l'activité à l'aune de la notion d'entreprise

63. L'entreprise, lieu de pouvoir. L'identification d'un rapport de pouvoir⁴¹⁶ au sein de la relation de travail, par l'existence d'une subordination, permet de constater qu'un salarié est intégré à une entreprise⁴¹⁷. L'expression du pouvoir ne peut pas se détacher de l'environnement dans lequel il s'exerce⁴¹⁸. Rechercher le lieu du pouvoir, comme l'entreprise, nous conduit à constater que le pouvoir correspond à un rapport de fait⁴¹⁹. En ce sens, « *la prise en compte du pouvoir peut donc également passer par la reconnaissance d'organisations correspondant à des « lieux de pouvoir » à l'intérieur desquels l'exercice du pouvoir est contrôlé* »⁴²⁰. Or, la notion d'entreprise s'avère protéiforme et rarement définie⁴²¹. Deux thèses se sont ainsi opposées sur la notion d'entreprise : la thèse contractualiste et la thèse institutionnelle⁴²².

⁴¹⁶ V. sur la notion de pouvoir, E. GAILLARD, *Le pouvoir en droit privé*, op. cit.

⁴¹⁷ V. sur les différents types d'espace dans l'entreprise, A. SUPIOT, *Le juge et le droit du travail*, op. cit., p. 172 et s.

⁴¹⁸ « *Il reste que tout travailleur salarié n'exerce pas son activité dans une entreprise (songeons aux employés de maison et autres chargés d'« emplois familiaux »), que l'action professionnelle et la négociation collective n'ont pas l'entreprise pour seul cadre, et que les dispositifs de formation ou d'incitation à l'embauche ne concernent pas les seules entreprises.* », A. JEAMMAUD, M. LE FRIANT et A. LYON-CAEN, « L'ordonnancement des relations de travail », *D.*, 1998, p. 359.

⁴¹⁹ V. sur le pouvoir comme rapport de fait, P. LOKIEC, *Contrat et pouvoir*, op. cit., p. 325 et s.

⁴²⁰ M. KOCHER, *La notion de groupe d'entreprises en droit du travail*, LGDJ, coll.« Bibliothèque de droit social », 2013, p. 253.

⁴²¹ V. « Entreprise », A. BEVORT, A. JOBERT, M. LALLEMENT et A. MIAS, *Dictionnaire du travail*, op. cit., p. 262.

⁴²² A. SUPIOT, *Critique du droit du travail*, op. cit., p. 177.

64. La thèse contractuelle. Depuis le Code de Napoléon, le rapport de travail est pensé sous la forme d'un échange d'une prestation contre un salaire. Il s'agissait du louage d'ouvrage⁴²³. L'entreprise prend alors la forme d'un « *réseau de contrats* », qui fixe les rapports entre les propriétaires et les autres opérateurs⁴²⁴. Cette théorie de l'entreprise « *plonge ses racines idéologiques aussi bien du côté du libéralisme économique (elle consacre l'abstraction du sujet économique, de l'homo-economicus) que du côté de la critique marxiste (elle correspond à l'idée de l'antagonisme des intérêts du capital privé et du travail)* »⁴²⁵. Il y aurait d'une part le contrat de société⁴²⁶, et d'autre part, le contrat de travail⁴²⁷. L'entreprise serait ainsi au croisement du contrat-organisation et du contrat-échange⁴²⁸. Par conséquent, le contrat de travail serait à la base de l'organisation juridique de l'entreprise⁴²⁹.

65. La thèse institutionnelle. La thèse de l'entreprise-institution⁴³⁰, portée par Paul Durand⁴³¹, reliée à la théorie de l'institution de Maurice Hauriou⁴³², et rejointe par d'autres auteurs depuis⁴³³, définit, quant à elle, l'entreprise comme une synthèse de pouvoir⁴³⁴. Le pouvoir est alors le support de l'institution. Trois éléments essentiels ont pu être dégagés de la définition donnée par Maurice Hauriou : une idée d'œuvre à réaliser dans le groupe social, le pouvoir organisé mis au service de cette idée et les manifestations de communion, ou tout au moins d'adhésion, qui se manifestent dans le groupe social⁴³⁵. Cette théorie a présenté un réel intérêt

⁴²³ L'article 1779 du Code civil prévoyait que : « *le louage des gens de travail qui s'engagent au service de quelqu'un* ».

⁴²⁴ A. SUPIOT, *Critique du droit du travail*, op. cit., p. 177.

⁴²⁵ A. SUPIOT, « Groupes de sociétés et paradigme de l'entreprise », *RDT com*, 1985, p. 623.

⁴²⁶ Art. 1832 C. civ ; V. notamment, B. RECEVEUR, *La force obligatoire du droit des sociétés : contribution à l'étude des relations entre droit des contrats et droit des sociétés*, LEJEP, 2017 ; G. GOFFAUX-CALLEBAUT, *Du contrat en droit des sociétés : Essai sur le contrat instrument d'adaptation du droit des sociétés*, L'Harmattan, 2008 ; J. MESTRE, « La société est bien encore un contrat », dans *Mélanges Christian Mouly*, t. 2, Litec, 1998, p. 131.

⁴²⁷ Sur le contrat de travail, V. *supra*, n° 21 ; G. LHUILIER, « Le "paradigme" de l'entreprise dans le discours des juristes », *Annales. Economies, sociétés, civilisations*, n° 2, 1993, p. 342-344.

⁴²⁸ G. DUCHANGE, *Le concept d'entreprise en droit du travail*, op. cit., p. 203.

⁴²⁹ C'est ce qui ressort dans la définition contemporaine qui peut être donnée de l'entreprise, « *II, Réunion, sous l'autorité de l'employeur ou de ses préposés, de travailleurs salariés poursuivant sous une forme juridique variable une activité commune, cadre dans lequel le droit du travail contemporain a organisé la collectivité du personnel et aménagé ses rapports avec le chef d'entreprise* », V. « Entreprise », II, G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, 14^e éd., PUF, 2022, p. 407.

⁴³⁰ V. à ce sujet, J. LE GOFF, « Entreprise et institution : retour sur un débat crucial », dans *Les acteurs de l'histoire du droit du travail*, PUR, coll. « L'univers des normes », 2004, p. 83-104.

⁴³¹ P. DURAND et R-É. JAUSSAUD, *Traité de droit du travail*, op. cit., p. 409 et s. ; V. également, P. DURAND, « La notion juridique d'entreprise », dans *Travaux de l'Association Henri Capitant*, t. III, Dalloz, 1948, p. 45-60, spé. p. 56.

⁴³² M. HAURIOU, *Précis de droit administratif et de droit public*, op. cit. ; M. HAURIOU, *Précis de droit constitutionnel*, Sirey, 1929.

⁴³³ V. par exemple, G. GURVITCH, *Éléments de sociologie juridique*, Dalloz, 2012.

⁴³⁴ E. GAILLARD, *Le pouvoir en droit privé*, op. cit., p. 171.

⁴³⁵ B. SILHOL, « Maurice Hauriou et de droit de travail », dans *Les juristes face au politique*, Éditions Kimé, coll. « Philosophie politique », 2003, p. 59.

pour l'appréhension de la notion d'entreprise⁴³⁶. Elle a notamment permis d'intégrer dans le rapport juridique une dimension de pouvoir qui était jusqu'alors occultée dans la vision contractuelle, permettant ainsi de rendre compte de l'aspect organisationnel de l'entreprise⁴³⁷. La réflexion sera prolongée avec notamment la proposition de Georges Ripert d'organiser l'entreprise comme une institution, introduisant l'idée d'une citoyenneté dans l'entreprise⁴³⁸. L'entreprise est alors conçue comme une « *société d'hommes* »⁴³⁹. Plus tard, Michel Despax portera la thèse de la personnification de l'entreprise, prémisse de la notion d'intérêt de l'entreprise⁴⁴⁰, par la dissociation de l'intérêt de l'entrepreneur et celui de l'entreprise⁴⁴¹. Néanmoins, Paul Durand a pu reconnaître le rôle du contrat de travail⁴⁴², tout en soulignant que « *le droit de direction manifeste l'état de subordination du salarié, qui est l'élément caractéristique des relations du travail. Il constitue une prérogative naturelle de l'employeur et n'a pas à être formellement prévu par le contrat de travail* »⁴⁴³.

66. C'est ainsi que l'idée d'un pouvoir « *législatif* »⁴⁴⁴ de l'employeur existait déjà, où « *le chef d'entreprise est le législateur naturel de la société professionnelle, parce qu'il a pour fonction d'en coordonner les éléments et d'assurer le bien commun du groupement* »⁴⁴⁵. Le règlement intérieur a pourtant d'abord été analysé comme une « *annexe contractuelle* »⁴⁴⁶, pour aujourd'hui constituer une manifestation du pouvoir de direction de l'employeur⁴⁴⁷. Et par la reconnaissance de l'effet juridique du règlement intérieur, l'employeur devient titulaire d'un pouvoir normatif⁴⁴⁸. C'est ainsi que le pouvoir de l'employeur a pu être un mode de production

⁴³⁶ V. notamment, N. CATALA, *L'Entreprise*, op. cit., p. 146 et s. ; J.-M. BÉRAUD, « Autour de l'idée de constitution sociale de l'entreprise », dans *Analyse juridique et valeurs en droit social : mélanges en l'honneur de Jean Pélissier*, Dalloz, 2004, p. 55-68 ; C. GIRAUDET, *Théorie de l'institution et droit du travail*, thèse, Université de Paris 10, 2014.

⁴³⁷ E. PESKINE, *Réseaux d'entreprises et droit du travail*, op. cit., p. 25-26.

⁴³⁸ G. RIPERT, *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, 2^e éd., LGDJ, 1951.

⁴³⁹ L'auteur procède à une analogie entre l'entreprise et la société politique, non en ce qu'il y ait une « *identité de fonctionnement* », mais en ce qu'elle se « *manifeste lorsque l'on examine le fonctionnement interne de l'entreprise, car les procédés permettant d'organiser un groupement humain ne peuvent être très différents les uns des autres* », P. DURAND, « La notion juridique d'entreprise », op. cit., p. 56.

⁴⁴⁰ V. *infra*, n° 79.

⁴⁴¹ M. DESPAX, *L'entreprise et le droit*, LGDJ, 1957.

⁴⁴² P. DURAND, « Aux frontières du contrat et de l'institution : la relation de travail », *JCP*, 1944, 387.

⁴⁴³ P. DURAND et R.-É. JAUSSAUD, *Traité de droit du travail*, op. cit., p. 430.

⁴⁴⁴ V. notamment à ce sujet, M. VÉRICEL, « Sur le pouvoir normateur de l'employeur », *Dr. soc.*, 1991 ; A. SUPIOT, « La réglementation patronale de l'entreprise », *Dr. soc.*, 1992, p. 215.

⁴⁴⁵ P. DURAND et R.-É. JAUSSAUD, *Traité de droit du travail*, op. cit., p. 151 ; V. également, *supra*, n° 28.

⁴⁴⁶ Selon le célèbre arrêt dit « des sabots », Civ. 14 février 1866, *D. 1866. I. 84*.

⁴⁴⁷ G. AUZERO, D. BAUGARD et E. DOCKÈS, *Droit du travail*, op. cit., p. 1036 et s. ; A. FABRE, *Le régime du pouvoir de l'employeur*, op. cit., p. 26-27.

⁴⁴⁸ A. FABRE, *Le régime du pouvoir de l'employeur*, op. cit., p. 29.

normatif, sous l'influence de la théorie institutionnelle. Certains auteurs ont été particulièrement critiques face à une telle conception⁴⁴⁹.

67. Controverses. Une partie de la doctrine a récusé la théorie institutionnelle, du fait de sa minimisation de l'antagonisme des intérêts entre les salariés et le chef d'entreprise⁴⁵⁰. Celle-ci considérait qu'une telle « *construction tournait le dos au Droit positif, elle était pure idéologie : l'entreprise n'était propriété que du seul capital qui la gérait à sa convenance* »⁴⁵¹. De plus, pour Gérard Lyon-Caen le travailleur « *ne fait pas partie de l'entreprise : il est à son service* »⁴⁵². Dans le même sens, Nicole Catala s'opposait à l'idée d'une institution générant son propre droit par une organisation globale de l'entreprise. Elle soulignait que les efforts pour édifier une construction juridique de l'entreprise se heurtaient nécessairement à l'hétérogénéité des droits et intérêts en présence, néanmoins il convenait, selon elle, de ne pas nier pour autant la convergence, « *partiellement au moins, [des] intérêts de ceux qui lui apportent leurs forces, leurs capacités ou leurs capitaux.* »⁴⁵³. Elle observait que la théorie institutionnelle était insuffisante à répondre à la question de la qualification de l'entreprise⁴⁵⁴. Il est vrai que l'entreprise recouvre des intérêts hétérogènes qui s'opposent *a priori* à une conception unitaire. Néanmoins, la théorie institutionnelle a permis de pallier certaines insuffisances de la conception contractuelle, en définissant la relation de travail comme un « *rapport juridique non contractuel naissant du seul fait de l'appartenance à une entreprise* »⁴⁵⁵. Par ailleurs, cela correspond à la fonction qualificative⁴⁵⁶ du lien de subordination.

68. Concept juridique. L'entreprise a donc tantôt pu être appréhendée comme une institution⁴⁵⁷, tantôt pu être qualifiée de paradigme⁴⁵⁸. Autant d'approches qui semblent la faire

⁴⁴⁹ V. notamment, Monsieur Emmanuel Dockès soulignait que la théorie institutionnelle permettait une « *« auto-justification », une auto-légitimation du pouvoir* », E. DOCKÈS, « De la supériorité du contrat de travail sur le pouvoir de l'employeur », *Analyse juridique et valeurs en droit social*, 2004, p. 207.

⁴⁵⁰ V. notamment, G. LYON-CAEN et A. LYON-CAEN, « La "doctrine" de l'entreprise », dans *Dix ans de droit de l'entreprise*, Litec, 1978, p. 599-621 ; G. COUTURIER, *Traité de droit du travail. Les relations collectives du travail*, t. 2, PUF, 2001, p. 22 et s.

⁴⁵¹ G. LYON-CAEN, *Manuel de droit du travail et de la sécurité sociale*, LGDJ, 1955, n° 19 à 21 ; G. LYON-CAEN, « Permanence et renouvellement du droit du travail dans une économie globalisée », *Dr. ouvr.*, 2004, p. 49.

⁴⁵² G.H. CAMERLYNCK et G. LYON-CAEN, *Précis de droit du travail*, Dalloz, 1965, p. 262. V. pour un examen critique, spé. p. 261-262.

⁴⁵³ N. CATALA, *L'Entreprise*, *op. cit.*, p. 9.

⁴⁵⁴ *Ibid.*, p. 149.

⁴⁵⁵ J. PÉLISSIER, A. SUPIOT et A. JEAMMAUD, *Droit du travail*, 2^e éd., Dalloz, 2004, p. 204.

⁴⁵⁶ Sur la requalification, V. *infra*, n° 617 et s.

⁴⁵⁷ M. HAURIOU, *Précis de droit administratif et de droit public*, *op. cit.* ; M. DESPAX, *L'entreprise et le droit*, *op. cit.*, p. 365 ; J. LE GOFF, « Entreprise et institution : retour sur un débat crucial », *op. cit.*

⁴⁵⁸ A. SUPIOT, « Groupes de sociétés et paradigme de l'entreprise », *op. cit.* ; P.-Y. VERKINDT, « L'entreprise », dans *Les notions fondamentales du droit du travail*, Panthéon-Assas, coll. « Colloques », 2009, p. 52.

relever du concept juridique⁴⁵⁹. Elle est « *la situation de référence que constitue la relation entre, d'une part, un employeur, et d'autre part, une collectivité de travailleurs, sans définir la nature juridique de cette relation* »⁴⁶⁰. Michel Despax considérait que le principe hiérarchique est au cœur de l'organisation de l'entreprise⁴⁶¹. En ce sens, une organisation pyramidale fondée sur une unité de direction⁴⁶² révèle que l'entreprise « *ne se comprend que référée à la relation de subordination, de sorte qu'elle peut être qualifiée d'organisation hiérarchique. Mais en retour, la référence à l'entreprise donne à cette relation de pouvoir une dimension particulière et offre un cadre explicatif des règles relatives à la relation de travail subordonnée [...] en imprimant à la relation de pouvoir une dimension collective* »⁴⁶³. Autrement dit, le pouvoir constitue un élément déterminant dans l'analyse de l'entreprise.

69. Le droit positif européen retient, quant à lui, une approche fonctionnelle⁴⁶⁴ de la notion d'entreprise, depuis l'arrêt *Höfner*⁴⁶⁵. À cette occasion, l'entreprise a été définie comme comprenant « *toute entité exerçant une activité économique, indépendamment du statut juridique de cette entité et de son mode de financement* »⁴⁶⁶. La Cour concentre donc sa définition sur l'unité économique jumelée d'un pouvoir de décision. Dès lors qu'une organisation exerce une activité économique, elle sera alors considérée comme une entreprise⁴⁶⁷. Une telle vision a conduit à étendre largement ce que l'on doit entendre par entreprise. Malgré l'élaboration de critères supplémentaires par la jurisprudence européenne, pour faciliter la définition de la notion, il semble qu'une constante ressorte : l'activité économique se caractérise par une intervention sur un marché⁴⁶⁸.

70. En droit interne, une distinction a été faite, dans sa définition, entre le droit commercial et le droit du travail. Pour le droit commercial, il s'agit d'un « *organisme se proposant essentiellement de produire pour les marchés certains biens ou services* »⁴⁶⁹. Cette conception

⁴⁵⁹ G. DUCHANGE, *Le concept d'entreprise en droit du travail*, op. cit., p. 16.

⁴⁶⁰ A. SUPIOT, « Groupes de sociétés et paradigme de l'entreprise », op. cit.

⁴⁶¹ M. DESPAX, *L'entreprise et le droit*, op. cit.

⁴⁶² M. KOCHER, *La notion de groupe d'entreprises en droit du travail*, op. cit., p. 13.

⁴⁶³ E. PESKINE, *Réseaux d'entreprises et droit du travail*, op. cit., p. 56.

⁴⁶⁴ V. notamment, M. LAFARGUE, *Les relations de travail dans l'entreprise transnationale*, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit social », 2017, p. 330 et s.

⁴⁶⁵ CJCE, 23 avril 1991, C-41/90, *Höfner*, Rec. I, p. 1979 ; RJS 1991, p. 474.

⁴⁶⁶ *Ibid.*, §21.

⁴⁶⁷ La définition de la notion d'activité économique en tant qu'activité consiste « à offrir des biens et des services sur un marché donné », CJCE, 16 juin 1987, aff. 118/85, *Commission c/ Italie*. V. pour une congrégation religieuse, CJUE, 27 juin 2017, aff. C-74/16, *Congregación de Escuelas Pías Provincia Betania c/ Ayuntamiento de Getafe*.

⁴⁶⁸ E. BERNARD, « L'«activité économique», un critère d'applicabilité du droit de la concurrence rebelle à la conceptualisation », *Revue internationale de droit économique*, t. XXIII, 3, n° 3, 2009, p. 364.

⁴⁶⁹ V. « Entreprise », G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, op. cit., p. 407.

rejoint celle qui avait pu être donnée par Michel Despax⁴⁷⁰. Pour le droit du travail, l'entreprise correspond à la « *réunion, sous l'autorité de l'employeur ou de ses préposés, de travailleurs salariés poursuivant sous une forme juridique variable une activité commune* »⁴⁷¹. Ces définitions tendent vers une même réalité qui est celle de la production de biens ou de services⁴⁷². Celle du droit du travail, contrairement au droit commercial, met en lumière que cette production est celle des salariés. Le droit commercial appréhende l'entreprise sous le prisme exclusivement de l'entrepreneur⁴⁷³. De plus, contrairement au droit commercial, le droit du travail s'applique indépendamment de la forme juridique de l'entreprise⁴⁷⁴. En ce sens, l'entreprise est un moyen d'organisation des relations de travail⁴⁷⁵. Elle constitue ainsi un modèle relationnel au sein duquel la relation subordonnée et hiérarchique, autrement dit les rapports de travail, peut se nouer au sein d'une organisation⁴⁷⁶.

71. Lieu d'exercice du pouvoir de direction. Plus précisément, il convient de constater que « *l'entreprise constitue l'objet même du droit du travail* »⁴⁷⁷. Elle est à la fois la représentation de l'employeur, le lieu de l'organisation du travail ainsi que celui de la décision⁴⁷⁸. Au sein du Code du travail, la notion d'entreprise est largement utilisée⁴⁷⁹, sans jamais, par ailleurs, être définie. Le recours à la notion d'entreprise est multiple et permet plusieurs fonctions. Elle permet en effet de délimiter, mais aussi d'accueillir les obligations de l'employeur au-delà des frontières de la personne morale. Elle constitue également la figure de l'employeur, dont la notion d'entreprise sert d'instrument d'imputation⁴⁸⁰. Le droit du travail se présente comme un outil d'organisation de l'entreprise, qui permet l'exercice du pouvoir de direction⁴⁸¹. Bien que l'entreprise ne saurait se résumer à être un simple « *lieu* » de l'exercice du pouvoir⁴⁸², elle

⁴⁷⁰ « *Toute organisation dont l'objet est de pourvoir à la production, à l'échange ou à la circulation des biens ou des services* », M. DESPAX, *L'entreprise et le droit*, op. cit., p. 7.

⁴⁷¹ V. « *Entreprise* », G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, op. cit., p. 407.

⁴⁷² Dans le même sens, V. « *Entreprise* », D. ALLAND et S. RIALS, *Dictionnaire de la culture juridique*, op. cit., p. 625.

⁴⁷³ G. DUCHANGE, *Le concept d'entreprise en droit du travail*, op. cit., p. 7.

⁴⁷⁴ S. VERNAC, *Le pouvoir d'organisation*, op. cit., p. 16.

⁴⁷⁵ E. PESKINE, *Réseaux d'entreprises et droit du travail*, op. cit., p. 9.

⁴⁷⁶ E. PESKINE et T. SACHS, « *La refondation de l'entreprise à la croisée des chemins* », dans *À droit ouvert : mélanges en l'honneur d'Antoine Lyon-Caen*, Dalloz, coll. « *Études, mélanges, travaux* », 2018, p. 750.

⁴⁷⁷ G. DUCHANGE, *Le concept d'entreprise en droit du travail*, op. cit., p. 204.

⁴⁷⁸ A. BEVORT, A. JOBERT, M. LALLEMENT et A. MIAS, *Dictionnaire du travail*, op. cit., p. 263.

⁴⁷⁹ V. notamment, art. L. 1224-1 C. trav (transfert d'entreprise) ; art. L. 2232-12 C. trav. (accord d'entreprise) ; art. L. 1233-5 C. trav. (licenciement économique).

⁴⁸⁰ E. PESKINE, « *À la recherche de l'organisation en droit du travail. Penser l'entreprise et son dépassement* », *RDT*, 2019, p. 19 ; Bien qu'il soit entendu qu'il convienne de ne pas confondre entreprise et employeur, V. notamment à ce sujet, B. PETIT, « *Libres propos sur le rapport de subordination dans les relations de travail : sortir du moralisme de la lutte des classes pour oser, demain, la co-gestion !* », op. cit.

⁴⁸¹ B. TEYSSIE, « *L'entreprise et le droit du travail* », *Arch. Phil. Droit*, 1997, p. 357.

⁴⁸² P. LOKIEC, *Contrat et pouvoir*, op. cit., p. 338.

constitue le périmètre d'exercice du pouvoir de direction⁴⁸³. En étant « *la cellule élémentaire où s'organise la collaboration du capital et du travail* »⁴⁸⁴, l'entreprise constitue la « *cellule* »⁴⁸⁵ de l'activité économique. En somme, l'entreprise est le lieu d'une activité organisée sous l'autorité d'une ou plusieurs personnes⁴⁸⁶. Cependant, cette figure classique de l'employeur, au travers du concept d'entreprise, est en proie à une certaine dispersion à l'ère numérique.

2- Le numérique source de dispersion de la direction de l'entreprise

72. L'évolution du modèle de l'entreprise. La dématérialisation des échanges a permis de favoriser la constitution des groupes d'entreprises⁴⁸⁷, des organisations en réseau⁴⁸⁸ et les systèmes de sous-traitance dans un contexte mondialisé⁴⁸⁹. Le numérique a, en effet, par le développement des technologies, facilité les échanges⁴⁹⁰. Il est désormais possible de dépasser les unités de temps et de lieu. De plus, le numérique a offert des perspectives d'innovation de financement⁴⁹¹, conduisant à une évolution vers de nouveaux modèles économiques et de nouvelles organisations, ce qui a entraîné une dispersion de la subordination tant dans son aspect fonctionnel que personnel⁴⁹². L'organisation du travail en réseau⁴⁹³, qui se traduit par

⁴⁸³ « Si le contrat ne se justifie que par la volonté des parties exprimée lors de sa conclusion l'institution, elle affirme l'existence d'un rapport de pouvoir », E. PESKINE, *Réseaux d'entreprises et droit du travail*, op. cit., p. 26.

⁴⁸⁴ P. DURAND et R-É. JAUSSAUD, *Traité de droit du travail*, op. cit., p. 454.

⁴⁸⁵ A. MUSSIER, *Les périmètres du droit du travail*, thèse, Université de Lorraine, 2016, p. 50.

⁴⁸⁶ Y. PAGNERRE, « L'intérêt de l'entreprise en droit du travail », dans *Standards, principes et méthodes en droit du travail*, Economica, coll.« Collection Études juridiques », n° 35, 2010, p. 75.

⁴⁸⁷ V. C. HANNOUN, *Le droit et les groupes de sociétés*, LGDJ, coll.« Bibliothèque de droit privé », 1991 ; M. KOCHER, *La notion de groupe d'entreprises en droit du travail*, op. cit.

⁴⁸⁸ V. à ce sujet, E. PESKINE, *Réseaux d'entreprises et droit du travail*, op. cit.

⁴⁸⁹ V. notamment, M. LAFARGUE, *Les relations de travail dans l'entreprise transnationale*, op. cit.

⁴⁹⁰ V. sur l'explosion des flux, P. MOREAU DEFARGES, *La mondialisation*, op. cit., p. 27-44.

⁴⁹¹ V. à ce sujet, T. GRANIER, « Financement d'entreprise et numérique », dans *L'entreprise face aux défis du numérique*, Mare & Martin, coll.« Droit privé & sciences criminelles », 2018, p. 41-57.

⁴⁹² V. *supra*, n° 17.

⁴⁹³ Dans certaines organisations, il est possible de constater un « émiettement juridique en plusieurs centaines, voire milliers de sociétés [qui] ne permet plus d'associer une communauté de salarié à un processus productif. », Q. URBAN, « Les perturbations en droit du travail résultant de la dématérialisation de l'entreprise », dans *La dématérialisation de l'entreprise : essais sur les dimensions immatérielles de l'entreprise*, L'Harmattan, 2010, p. 288.

des chaînes de relations entre fournisseurs et clients⁴⁹⁴, a pour objectif d'accroître la rentabilité. Cela permet à l'entreprise de conserver son pouvoir de contrôle technique et économique, sans en prendre nécessairement la responsabilité juridique⁴⁹⁵. Cependant, ce mode de production a favorisé une dispersion de la direction de l'entreprise par la multiplication des acteurs. *In fine*, les salariés vont devoir exécuter leur prestation de travail en fonction de choix stratégiques décentralisés. Autrement dit, ceux-ci ne proviennent pas nécessairement de leur employeur contractuel, et peuvent conduire à ce qu'ils en subissent certains choix économiques⁴⁹⁶. Pour eux, l'employeur titulaire du pouvoir de direction du personnel ne sera plus nécessairement celui à l'origine des choix stratégiques et économiques de l'entreprise⁴⁹⁷. Cette dispersion, favorisée notamment par le numérique, contribue également à perturber les conditions de protection des salariés dans le cadre du lien de subordination juridique⁴⁹⁸.

73. Le démembrement de la subordination, source de dispersion du pouvoir de direction de l'activité. Ces évolutions tendent vers une organisation horizontale de l'entreprise, avec des rapports de filiale à filiale, de réseau ou de sous-traitance⁴⁹⁹. Le recours à des contrats de prestation de service ou de mise à disposition de personnel⁵⁰⁰ permet de contourner le contrat de travail à durée indéterminée classique, et disperse l'exercice du pouvoir de direction. Une telle externalisation, dans un objectif de rationalisation de la production, provoque une distance entre le pouvoir de fait et le pouvoir de droit⁵⁰¹. En cela, il y a un démembrement de la subordination qui entraîne une difficulté d'identification du réel détenteur du pouvoir.

⁴⁹⁴ Sur l'évolution de l'entreprise intégrée à l'entreprise-réseau, « *le modèle d'entreprise type Nike, où l'entreprise devient une coquille légère, recentrée sur les activités de conception et de marketing et externalisant l'ensemble de la production à un réseau d'entreprises sous-traitantes localisées dans différents pays, caractérise cette représentation dominante de l'entreprise flexible.* », V. « Entreprise », A. BEVORT, A. JOBERT, M. LALLEMENT et A. MIAS, *Dictionnaire du travail*, op. cit., p. 263-264.

⁴⁹⁵ A. SUPIOT, *La gouvernance par les nombres*, op. cit., p. 222.

⁴⁹⁶ V. sur la raison économique, T. SACHS, *La raison économique en droit du travail : contribution à l'étude des rapports entre le droit et l'économie*, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit social », n° 58, 2013.

⁴⁹⁷ Sur la distinction entre pouvoir de direction du personnel et pouvoir de direction économique, V. notamment, A. JEAMMAUD, M. LE FRIANT et A. LYON-CAEN, « L'ordonnancement des relations de travail », op. cit. ; V. également pour une distinction entre la « *fonction d'employeur* » et la « *fonction d'embaucheur* », B. PETIT, « *Libres propos sur le rapport de subordination dans les relations de travail : sortir du moralisme de la lutte des classes pour oser, demain, la co-gestion !* », op. cit.

⁴⁹⁸ V. déjà, M.-L. MORIN, « *Le droit du travail face aux nouvelles formes d'organisation des entreprises* », *RIT*, vol. 144, n° 1, 2005, p. 13 ; A. SUPIOT, « *De la juste division du travail* », op. cit., p. 21.

⁴⁹⁹ M. LAFARGUE, *Les relations de travail dans l'entreprise transnationale*, op. cit., p. 39.

⁵⁰⁰ Entendue largement, comme étant lorsque le salarié « *avec ou sans son consentement, est appelé par son employeur à accomplir sa prestation de travail auprès d'une autre entreprise à l'exploitation de laquelle il concourt* », A. LYON-CAEN et J. DE MAILLARD, « *La mise à disposition de personnel* », *Dr. soc.*, 1981, p. 320.

⁵⁰¹ V. sur la distinction, notamment, P. LOKIEC, *Contrat et pouvoir*, op. cit., p. 339 et s.

74. Le pouvoir de fait, ou « *pouvoir rapport-social* »⁵⁰², désigne la capacité d'influencer et celle d'imposer unilatéralement sa volonté⁵⁰³ dans les faits. Le pouvoir de droit correspond à un pouvoir habilité reconnu et limité par le droit⁵⁰⁴. Les deux ne doivent pas se confondre, car le pouvoir de fait n'est pas une prérogative juridique, et il ne correspond qu'à une capacité factuelle à influencer⁵⁰⁵. La difficulté rencontrée avec les nouvelles organisations de l'entreprise est de reconnaître et d'encadrer juridiquement l'exercice d'un pouvoir de fait⁵⁰⁶. Par exemple, dans un groupe de sociétés, un pouvoir de fait peut être détenu par la société mère, dès lors qu'elle influence les orientations stratégiques et économiques, voire qu'elle les impose. Le pouvoir de droit serait, en revanche, détenu par la filiale, en tant qu'employeur des salariés de son entreprise⁵⁰⁷. Or, si le droit a pu reconnaître l'existence de cette influence⁵⁰⁸ face à la dispersion du pouvoir liée au démembrement de la subordination, en l'absence d'une telle prise en compte, la réalité de l'exercice du pouvoir serait alors ignorée.

75. Le démembrement de la subordination entraîne ainsi une dispersion du pouvoir de direction. Elle se manifeste tout d'abord par la séparation de l'exercice du pouvoir de direction de l'activité et de direction du personnel. Au sein d'une chaîne d'entreprises, ou d'un groupe, le titulaire du pouvoir économique n'est pas le même que celui du pouvoir de direction du personnel⁵⁰⁹. Par conséquent, il y a une rupture de l'unité du pouvoir de direction. Ce qui conduit à la reconnaissance d'une pluralité de titulaires⁵¹⁰. Le modèle de l'entreprise classique fordiste présentait une organisation hiérarchique simple avec une concentration des pouvoirs aux mains du chef d'entreprise⁵¹¹. À l'ère numérique, les choix stratégiques de l'entreprise sont

⁵⁰² A. JEAMMAUD, « Le pouvoir patronal visé par le droit du travail », *op. cit.*, p. 15.

⁵⁰³ P. LOKIEC, *Contrat et pouvoir*, *op. cit.*, p. 24.

⁵⁰⁴ P.-E. BERTHIER, *La récompense en droit du travail*, *op. cit.*, p. 64.

⁵⁰⁵ E. DOCKÈS, « De la supériorité du contrat de travail sur le pouvoir de l'employeur », *op. cit.*, p. 203 ; E. DOCKÈS, « Le pouvoir dans les rapports de travail. Essor juridique d'une nuisance économique », *op. cit.*

⁵⁰⁶ V. déjà, sur dirigeant de droit et de fait, I. VACARIE, *L'employeur*, Sirey, 1979, p. 179-182.

⁵⁰⁷ V. sur les sources du pouvoir de fait, P. LOKIEC, *Contrat et pouvoir*, LGDJ, coll.« Forum », 2021, p. 22 et s.

⁵⁰⁸ V. sur le co-emploi, *infra*, n° 88 ; V. sur la prise en compte de l'influence déterminante, *infra*, n° 578.

⁵⁰⁹ V. également en ce sens, « *la financiarisation semble accentuer un processus déjà amorcé par les groupes de sociétés, en ce qu'elle crée une dissociation du pouvoir de direction et du pouvoir économique* », C. HANNOUN, « L'impact de la financiarisation de l'économie sur le droit du travail », dans *Le droit du travail à l'épreuve de la globalisation*, Dalloz, coll.« Thèmes & commentaires », 2008, p. 40.

⁵¹⁰ G. BOUCRIS-MAITRAL, « Titulaires et détenteurs du pouvoir patronal », *SSL*, n° 1340, 2008, p. 29-37.

⁵¹¹ « *La théorie de l'entreprise en droit du travail a pour objet de rendre compte de l'organisation du groupe social formé par la collectivité des travailleurs soumis à une même autorité. Dans l'entreprise individuelle, cette autorité est celle de l'employeur. Dans l'entreprise sociétaire, il se produit une différenciation entre la personne physique du chef d'entreprise qui exerce l'autorité sur les travailleurs et la personne juridique de l'employeur partie aux contrats de travail* », J. SAVATIER, « Les groupes de sociétés et la notion d'entreprise en droit du travail », dans *Études de droit du travail offertes à André Brun*, Librairie sociale et économique, 1974, p. 528.

désormais guidés et définis par de multiples acteurs⁵¹², qui ne sont pas nécessairement ceux qui vont les appliquer ni encadrer la prestation de travail des salariés. Tant par la multitude des acteurs, que par la délocalisation de la prise de décision sur l'activité de l'entreprise, cette déconcentration entraîne la dispersion du pouvoir de direction⁵¹³.

76. Certains cas de dispersion du pouvoir sont prévus par le Code du travail, comme le travail temporaire⁵¹⁴, qui permet ainsi une répartition entre un employeur-titulaire, l'entreprise de travail temporaire, et un utilisateur-détenteur, l'entreprise utilisatrice⁵¹⁵. Une telle répartition a au moins le mérite d'éclaircir les prérogatives de chacun, mais également les obligations afférentes en contrepartie du pouvoir. Bien que l'entreprise utilisatrice ne soit pas l'employeur du salarié intérimaire, elle est notamment responsable des conditions d'exécution du travail⁵¹⁶ liée à l'exercice d'une partie de la subordination⁵¹⁷. Ce qui n'est pas le cas lors du recours à des contrats commerciaux ou civils⁵¹⁸.

77. Jusqu'à la dilution. Cette dispersion peut entraîner une dilution du pouvoir dès lors que l'on peut constater un effritement des composantes du pouvoir de direction économique, par la dilution des responsabilités⁵¹⁹. Dans le cadre d'un groupe, la dilution du pouvoir est particulièrement flagrante. En cas de délocalisation, fermeture d'entreprise ou licenciement collectif, lors de la consultation du comité d'entreprise européen, le Code du travail prévoit que « *l'employeur peut être remplacé par son représentant ou tout autre responsable à un niveau de direction plus approprié au sein de l'entreprise ou du groupe d'entreprises de dimension communautaire doté d'un pouvoir de décision* »⁵²⁰. En effet, « *lorsqu'il appartient à un groupe,*

⁵¹² V. notamment, sur la prise en compte de l'actionnariat, S. VERNAC, *Le pouvoir d'organisation*, op. cit., p. 188 ; G. AUZERO, « Le pouvoir de direction de l'employeur dans les groupes de sociétés : un pouvoir sous influence », *Dr. des sociétés*, 2017, p. 19-22 ; C. HANNOUN, « L'impact de la financiarisation de l'économie sur le droit du travail », *RDT*, 2008, p. 288.

⁵¹³ L'éloignement du centre de décision a pu conduire au constat d'une « dématérialisation » de l'entreprise, C. HANNOUN, *La dématérialisation de l'entreprise : essais sur les dimensions immatérielles de l'entreprise*, op. cit.

⁵¹⁴ Art. L. 1251-1 et s. C. trav.

⁵¹⁵ G. BOUCRIS-MAITRAL, « Titulaires et détenteurs du pouvoir patronal », op. cit.

⁵¹⁶ Art. L. 1251-21 C. trav.

⁵¹⁷ V. également, F. HÉAS, « Subordination et travail temporaire », dans *La subordination dans le travail : analyse juridique et sociologique de l'évolution des formes d'autonomie et de contrôle dans la relation de travail*, Min. des Affaires Sociales, du Travail et de la Solidarité, coll. « Cahier travail et emploi », 2003, p. 93-107.

⁵¹⁸ M. LAFARGUE, *Les relations de travail dans l'entreprise transnationale*, op. cit., p. 38.

⁵¹⁹ V. en ce sens, sur la dilution du pôle patronal « *le partenaire contractuel du salarié demeure l'employeur de jure. Mais ce dernier ne détient plus en réalité qu'une partie du pouvoir (pour l'essentiel celui de veiller à l'exécution du contrat). En revanche les décisions les plus importantes dépendent d'un autre pôle patronal (la société mère, ou le donneur d'ordres), qui exerce un pouvoir de facto sur la gestion du personnel sans avoir à en assumer la responsabilité juridique.* », A. SUPIOT, « Les nouveaux visages de la subordination », *Dr. soc.*, 2000, p. 131.

⁵²⁰ Art. L. 2343-4 C. trav.

l'employeur n'est pas ou plus nécessairement l'unique décideur susceptible d'engager la collectivité de travail d'entreprise dans le groupe, ce qui conduit à s'interroger sur la responsabilité du groupe en matière d'emploi »⁵²¹. Dès lors, l'éclatement de la notion d'employeur conduit à la dilution de son pouvoir de direction⁵²². Le numérique a ainsi constitué un facteur de dispersion de l'unité de la direction de l'activité, qui fait évoluer la figure de l'employeur, par le développement de nouvelles formes d'organisation de l'entreprise, dont les intérêts s'en trouvent également dispersés.

B- La dispersion des intérêts de l'entreprise

78. L'entreprise est le moyen d'expression du pouvoir de direction, en proie à une certaine dispersion. Mais elle peut en être également sa limite, car le pouvoir de direction s'exerce dans un but identifié, qui est celui de l'intérêt de l'entreprise (1). Or, celui-ci fait également l'objet d'une dispersion à l'ère numérique. L'existence de chaînes de sous-traitance et la multiplication d'acteurs dans la production divisent nécessairement ce que l'on entend par les intérêts de l'entreprise (2).

1- L'intérêt de l'entreprise comme limite au pouvoir de direction

79. L'intérêt de l'entreprise. L'identification de l'intérêt de l'entreprise constitue une limite au pouvoir de direction de l'employeur, propre au lieu de son exercice⁵²³. La notion d'intérêt de l'entreprise a été développée par Georges Ripert⁵²⁴ et Paul Durand. Ce dernier soulignait que, « *le droit de direction permet à l'employeur d'utiliser la force du travail au mieux des intérêts de l'entreprise* »⁵²⁵. La notion est issue des théories institutionnelles⁵²⁶, qui guident les finalités admissibles des actions de l'employeur⁵²⁷. Le juge a le pouvoir de vérifier la

⁵²¹ M. KOCHER, *La notion de groupe d'entreprises en droit du travail*, op. cit., p. 330.

⁵²² V. déjà sur ce point, A. SUPIOT, « Groupes de sociétés et paradigme de l'entreprise », op. cit., p. 626.

⁵²³ V. pour une vision critique de la notion d'intérêt de l'entreprise, G. LYON-CAEN et A. LYON-CAEN, « La "doctrine" de l'entreprise », op. cit., p. 600 et s.

⁵²⁴ G. RIPERT, *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, op. cit.

⁵²⁵ P. DURAND et R-É. JAUSSAUD, *Traité de droit du travail*, op. cit., p. 430.

⁵²⁶ V. également, *supra*, n° 28.

⁵²⁷ A. FABRE, *Le régime du pouvoir de l'employeur*, op. cit., p. 113.

conformité des actes issus du pouvoir de l'employeur à l'intérêt de l'entreprise⁵²⁸. La non-conformité de l'action de l'employeur peut entraîner son illicéité, pouvant conduire à la constatation d'un détournement de pouvoir⁵²⁹. Sa liberté d'entreprendre doit finalement être guidée par l'intérêt supérieur de l'entreprise⁵³⁰. Véritable critère de contrôle judiciaire, l'intérêt de l'entreprise traduit un contrôle de finalité du pouvoir de l'employeur lié à son lieu d'exercice⁵³¹. La notion a l'avantage de concevoir l'entreprise comme un groupe d'intérêts homogène, entendu comme supérieur aux intérêts divergents individuels⁵³². Elle a pour conséquence de distinguer l'intérêt de l'entreprise de celle de l'entrepreneur⁵³³, en d'autres termes l'entreprise est une norme de justification⁵³⁴. Le droit du travail a ainsi rationalisé l'action de l'employeur par sa circonscription à l'intérêt de l'entreprise⁵³⁵.

80. Le lieu d'exercice du pouvoir permet ainsi d'en contrôler l'usage. Le recours à la notion d'intérêt de l'entreprise permet d'exiger que les décisions soient prises pour « *le bien commun* » et non « *pour les seuls intérêts de celui qui la prend* »⁵³⁶. L'intérêt de l'entreprise constitue ainsi un principe d'action vers un intérêt commun qui implique des renoncements et un instrument de contrôle qui constitue un standard⁵³⁷ d'appréciation des décisions⁵³⁸. Autrement dit, l'intérêt de l'entreprise est « *à la fois un principe d'action et un outil de contrôle* »⁵³⁹.

⁵²⁸ G. DUCHANGE, *Le concept d'entreprise en droit du travail*, op. cit., p. 64.

⁵²⁹ Cass. soc., 13 octobre 1977, *D.* 1978, *Jur.* p. 350, note A. Lyon-Caen ; Cass. soc., 20 octobre 1977, *Dr. soc.* 1978, p. 127, obs. J. Savatier.

⁵³⁰ Cass. soc., 13 juillet 2004, n° 02-15.142, *Société Carrefour France contre Union des syndicats CGT et a, RJS* 2004. 723, n° 1052 ; *JCP E* 2005. 32, note Petit ; *Dr. ouvrier* 2005. 1, note Dockès, op. cit. ; Cass. soc., 12 décembre 2012, n° 11-26.585, *D. actu.* 23 janv. 2013, obs. Peyronnet ; *D.* 2013. *Actu.* 20 ; *JCP* 2013. 1089, obs. Puigelier ; G. DUCHANGE, *Le concept d'entreprise en droit du travail*, op. cit., p. 64 ; V. pour une vision critique, E. DOCKÈS, « Le pouvoir patronal au-dessus des lois ? La liberté d'entreprendre dénaturée par la Cour de cassation », *Dr. ouvr.*, 2005, p. 1-5 ; Certains considèrent que « *l'intérêt de l'entreprise se confond avec la liberté d'entreprendre de l'employeur. C'est alors à une conciliation des droits et libertés fondamentaux que doit se livrer le juge en exerçant le contrôle de proportionnalité* », A. MARTINON, *Essai sur la stabilité du contrat de travail à durée indéterminée*, Dalloz, coll. « Nouvelle bibliothèque de thèses », 2005, p. 256.

⁵³¹ G. COUTURIER, « L'intérêt de l'entreprise », dans *Les orientations sociales du droit contemporain : écrits en l'honneur du professeur Jean Savatier*, PUF, 1992, p. 143 ; B. TEYSSIÉ, « L'intérêt de l'entreprise, aspects de droit du travail », *D.*, 2004, p. 1680.

⁵³² A. SUPLOT, *Critique du droit du travail*, op. cit., p. 133.

⁵³³ E. GAILLARD, *Le pouvoir en droit privé*, op. cit., p. 169.

⁵³⁴ V. à ce sujet, E. PESKINE, « Entreprise », dans *Dictionnaire de la recherche en droit social (DRDS)*, 2022.

⁵³⁵ A. FABRE, *Le régime du pouvoir de l'employeur*, op. cit., p. 116 et s.

⁵³⁶ P. LOKIEC, *Contrat et pouvoir*, op. cit., p. 271.

⁵³⁷ V. sur la notion de « standard », *Ibid.*, p. 274 et s. ; T. SACHS, *La raison économique en droit du travail*, op. cit., p. 42. V. également, sur les standards du raisonnable dans le cadre du contrôle des justifications, F. GUIOMARD, *La justification des mesures de gestion du personnel, essai sur le contrôle du pouvoir de l'employeur*, thèse, Université Paris 10, 2000, n° 390.

⁵³⁸ B. TEYSSIÉ, « L'intérêt de l'entreprise, aspects de droit du travail », op. cit.

⁵³⁹ P.-Y. VERKINDT, « L'entreprise », op. cit., p. 43.

81. Fondement de la décision de l'employeur. Dans le même sens, l'intérêt de l'entreprise a pu servir de fondement ou de justification aux décisions de l'employeur. La Cour de cassation a pu juger que l'employeur a le droit d'imposer au salarié une mobilité⁵⁴⁰, ou une clause de non-concurrence⁵⁴¹, si celle-ci est dans l'intérêt de l'entreprise. Cette utilisation a également conduit à admettre que la sauvegarde de la compétitivité de l'entreprise pouvait constituer un motif économique de licenciement⁵⁴². Le salarié se voit alors imputer des contraintes liées à l'intérêt de l'entreprise. Autant d'illustrations qui attestent de l'imbrication entre entreprise et pouvoir de direction⁵⁴³, où l'entreprise constitue un périmètre de contrôle des décisions⁵⁴⁴ et offre un cadre à l'expression du pouvoir de direction de l'employeur. Elle est cependant en proie à des transformations face au numérique.

2- Le numérique source de dispersion des intérêts

82. La multiplicité des intérêts. Bien loin du modèle initial qu'avait pu entretenir la notion d'entreprise à l'ère industrielle⁵⁴⁵, où elle était « *tout à la fois la figure de l'employeur, une organisation productive, et un centre de décision, de façon unifiée* »⁵⁴⁶, l'entreprise tend vers de nouveaux modes de gestion à l'ère numérique. Ceux-ci prônent l'agilité et le dépassement des frontières avec un renouveau de la figure de l'indépendant⁵⁴⁷. Ces nouvelles configurations conduisent à modifier les frontières de l'entreprise, ce qui a pour conséquence de faire évoluer

⁵⁴⁰ Cass. soc., 3 février 2010, n° 08-41.412, *D. 2010. AJ 446, obs. Ines ; RDT 2010. 226, obs. Frouin ; Dr. soc. 2010. 470, obs. Radé ; Dr. ouvrier 2010. 356, note Lardy-Pélissier ; JSL 2010, n° 273-3.*

⁵⁴¹ Cass. soc., 14 mai 1992, n° 89-45.300, *GADT, 4e éd., n° 45 ; D. 1992. 350, note Serra ; Dr. soc. 1992. 967, note Corrignan-Carsin ; JCP E 1992. II. 341, note Amiel-Donat ; CSB 1992. 163, A. 29 ; RJS 1992. 404, n° 735.*

⁵⁴² Cass. soc., 23 novembre 1999, n° 97-42.979, *D. 2000. IR 3 ; Dr. soc. 2000. 216, obs. Radé ; RJS 2000. 60, n° 77.*

⁵⁴³ V. sur le sens du recours à l'intérêt de l'entreprise, E. PESKINE, *Réseaux d'entreprises et droit du travail, op. cit.*, p. 36-39.

⁵⁴⁴ E. PESKINE, « À la recherche de l'organisation en droit du travail. Penser l'entreprise et son dépassement », *op. cit.*

⁵⁴⁵ A. COTTEREAU, « Droit et bon droit. Un droit des ouvriers instauré, puis évincé par le droit du travail (France, XIXe siècle) », *op. cit.*, p. 1521.

⁵⁴⁶ V. « Entreprise », A. BEVORT, A. JOBERT, M. LALLEMENT et A. MIAS, *Dictionnaire du travail, op. cit.*, p. 263.

⁵⁴⁷ V. sur l'encouragement du recours au microentrepreneuriat, *infra*, n° 556 et s. ; Mais dont les « *libertés octroyées sont aussi précaires et surveillées.* », E. DOCKÈS, « Décomposition et recomposition du travail et de ses maîtres », *op. cit.*, p. 282 et s. ; V. sur l'agilité, « *l'entreprise « agile » a pleinement intégré le changement permanent comme consubstantiel à sa nature même (il ne s'agit plus d'un élément exogène). De manière plus générale, la référence au caractère « agile » d'un dispositif ou d'un financement appartient, tout comme les notions de « pilotage », de « gouvernance », « d'intelligence collective », à un même champ sémantique ; ils sont autant de façon de penser et de formaliser la mutation permanente portée par la grande transformation numérique* », N. MAGGI-GERMAIN, « Le travail à l'ère des techniques numériques », *op. cit.*, p. 45-46.

les modes d'exercice du pouvoir de direction⁵⁴⁸. Dans ce contexte, la notion d'intérêt de l'entreprise peut être ambivalente⁵⁴⁹. Il est, en effet, plus difficile qu'elle soit convergente⁵⁵⁰, dans une perspective de « *communauté des intérêts* », dont était censée être la figure de l'entreprise⁵⁵¹. Elle doit, en effet, prendre en compte l'ensemble des acteurs qui sont ses partenaires⁵⁵². Cependant, pour éviter l'écueil de la « *dilution des intérêts* »⁵⁵³, la notion d'intérêt, dans une vision transcendante, permet de garder une certaine unité, mais qui conduit nécessairement à un consensus où les membres sont partiellement satisfaits⁵⁵⁴. La mise en commun d'intérêts hétérogènes n'est pas synonyme d'une synthèse de ceux-ci, qui ne permettrait pas un véritable contrôle par le juge⁵⁵⁵.

83. La recherche nécessaire d'un intérêt commun. Dans un contexte de dispersion du pouvoir de direction, issu en partie des évolutions de l'organisation face au numérique, la question qui se pose est de savoir comment contrôler des décisions, qui doivent être guidées par l'intérêt de l'entreprise, lorsque le réel titulaire du pouvoir de direction est en dehors de l'entreprise. L'intérêt de l'entreprise, en tant que standard⁵⁵⁶, permet une approche pragmatique⁵⁵⁷. En ce sens, « *l'entreprise constitue une réalité propre, spécifique irréductible à la somme de ses composantes et de leurs intérêts. Elle doit exister juridiquement en tant que telle et non sur un mode additionnaire mais sur celui d'une intégrale tenant sa cohérence du but poursuivi, en avant d'elle-même : l'intérêt social qui est sa « raison d'être »* »⁵⁵⁸. Dans une conception institutionnelle de l'ensemble du réseau, le risque est d'aller vers une anomie⁵⁵⁹ en raison de la disparition d'un commun et par une prise de décision trop éloignée de la réalité de l'intérêt de l'entreprise concernée⁵⁶⁰. En tant que régulateur, le recours à l'intérêt de l'entreprise

⁵⁴⁸ H. PETIT (dir.) et N. THÉVENOT (dir.), *Les nouvelles frontières du travail subordonné*, op. cit.

⁵⁴⁹ Sur la distinction entre intérêt de l'entreprise et intérêt social, V. S. RANC, *Organisations sociétaires et droit du travail*, LexisNexis, 2019, p. 55 et s.

⁵⁵⁰ V. à ce sujet, G. DUCHANGE, *Le concept d'entreprise en droit du travail*, op. cit., p. 21 et s.

⁵⁵¹ P. DURAND, « La notion juridique d'entreprise », op. cit. ; P. DURAND et R-É. JAUSSAUD, *Traité de droit du travail*, op. cit., p. 422 et s.

⁵⁵² E. PESKINE et T. SACHS, « La refondation de l'entreprise à la croisée des chemins », op. cit., p. 762.

⁵⁵³ C. CLERC, « Sur la réforme de l'entreprise : objet social, objet de réforme sociale », *RDT*, 2018, p. 107.

⁵⁵⁴ E. PESKINE et T. SACHS, « La refondation de l'entreprise à la croisée des chemins », op. cit., p. 763.

⁵⁵⁵ E. GAILLARD, *Le pouvoir en droit privé*, op. cit., p. 234, v. plus spé. n° 296 et s.

⁵⁵⁶ Le standard se définit comme étant une « *norme souple fondée sur un critère intentionnellement indéterminé, critère directif (englobant et plastique, mais normatif) qu'il appartient au juge, en vertu du renvoi implicite de la loi, d'appliquer espèce par espèce [...] occasion d'adapter la règle à la diversité des situations et à l'évolution de la société, en la pérennisant.* », V. « Standard », G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, op. cit., p. 992.

⁵⁵⁷ V. « Standard », D. ALLAND et S. RIALS, *Dictionnaire de la culture juridique*, op. cit., p. 1439-1441 ; V. en ce sens, Y. PAGNERRE, « L'intérêt de l'entreprise en droit du travail », op. cit., p. 82.

⁵⁵⁸ J. LE GOFF, L. BERGER et P. WAQUET, *Du silence à la parole*, op. cit., p. 635-636.

⁵⁵⁹ V. en ce sens, E. DURKHEIM et S. PAUGAM, *De la division du travail social*, 8^e éd., PUF, 2013.

⁵⁶⁰ V. *contra*, sur les limites au recours à la notion d'intérêt de l'entreprise, N. CATALA, *L'Entreprise*, op. cit., p. 182.

a l'avantage d'être une « *notion-cadre multifonctionnelle* »⁵⁶¹, qui reste encore une boussole possible face à la dispersion de la direction de l'activité. Malgré l'hétérogénéité propre à l'identité de l'entreprise, et la dispersion de la direction, le recours à la figure de l'employeur appelle à une recherche d'unicité⁵⁶².

§2 : La difficile identification du titulaire du pouvoir de direction face à l'évolution de l'organisation de l'entreprise

84. L'appréhension juridique de l'entreprise par le lien de subordination juridique conduit à observer son organisation par le prisme du pouvoir de direction de l'employeur, qui en détermine l'orientation et qui en dirige l'activité⁵⁶³. Selon le célèbre arrêt *Brinon*, l'employeur serait le « *seul juge* » de ses choix de gestion⁵⁶⁴. Une affirmation qu'il convient évidemment de nuancer, à l'aune des obligations et restrictions qui encadrent et limitent ses pouvoirs⁵⁶⁵, qui ont conduit à l'abandon d'une telle vision⁵⁶⁶. Néanmoins, au travers du pouvoir de direction de l'activité, l'employeur reste, en principe, libre de choisir la stratégie de l'entreprise. Or, le numérique est un facteur d'évolution des modes d'organisation des entreprises⁵⁶⁷.

85. À cet égard, la direction de l'entreprise a évolué au gré des innovations technologiques. Le numérique n'est certes pas la seule cause de transformation des modes d'organisations de l'entreprise, néanmoins il est l'un des facteurs. Dès lors, il convient de souligner qu'il favorise notamment le recours à l'externalisation, la production en flux tendu, ou aux chaînes de sous-traitance, dans un objectif de rationalisation de la production et d'optimisation des coûts. Autant de modifications qui ont été rendues possibles par la dématérialisation des échanges, qui

⁵⁶¹ J.-Y. FROUIN, *Entre protection des droits des salariés et intérêt de l'entreprise*, thèse, Université Panthéon Assas, 2009, p. 34.

⁵⁶² F. GÉA, « Pouvoir et responsabilité en droit du travail », dans *L'entreprise dans un monde sans frontières. Perspectives économiques et juridiques*, Dalloz, coll.« Les sens du droit », 2015, p. 226.

⁵⁶³ T. PASQUIER, *L'économie du contrat de travail : conception et destin d'un type contractuel*, *op. cit.*, p. 87.

⁵⁶⁴ « *L'employeur qui porte la responsabilité de l'entreprise est seul juge des circonstances qui le déterminent à cesser son exploitation, et aucune disposition ne lui fait l'obligation de maintenir son activité à seule fin d'assurer à son personnel la stabilité de son emploi, pourvu qu'il observe à l'égard de ceux qu'il emploie, les règles édictées par le Code du travail* », Cass. soc., 31 mai 1956, *Brinon*, D. 1958.21, note G. Levasseur ; JCP 1956, II, 9397, note Esmein.

⁵⁶⁵ A. SUPIOT, *Le droit du travail*, *op. cit.*, p. 76-80.

⁵⁶⁶ E. DOCKÈS, « De la supériorité du contrat de travail sur le pouvoir de l'employeur », *op. cit.*, p. 207.

⁵⁶⁷ « *Le numérique participe d'une déconstruction du collectif originellement pensé dans le périmètre de l'entreprise, qu'interrogent les phénomènes de décentralisation productive* », A. BIDET et A. PORTA, « Le travail à l'épreuve du numérique », *RDT*, 2016, p. 328.

favorise la dispersion de l'unité de direction. Elle a également contribué à l'émergence de nouvelles activités telles les plateformes collaboratives ou les activités numériques⁵⁶⁸, qui constituent à la fois de nouveaux marchés et de nouvelles formes d'organisation de production, fondée sur la dématérialisation numérique et l'usage d'algorithme⁵⁶⁹.

86. Les entreprises ont également dû faire évoluer leur activité en adaptant leurs offres de produits et de services, qui devaient prendre en compte les changements des attentes des clients et du marché à l'ère numérique⁵⁷⁰. L'expression du pouvoir de direction et les choix stratégiques en résultant ont ainsi été guidés par ce besoin d'adaptation au marché⁵⁷¹. Au-delà, il existe une influence de l'organisation même de l'entreprise par l'apparition de nouveaux modèles comme ceux portés par les start-up⁵⁷² ou les plateformes numériques⁵⁷³, par le mouvement d'« ubérisation », qui correspond au fait de « transformer [un secteur d'activité] avec un modèle économique innovant tirant parti du numérique »⁵⁷⁴. Autrement dit, le numérique serait une occasion de transformer le fonctionnement d'un secteur d'activité⁵⁷⁵. Ces nouveaux enjeux modifient nécessairement les choix stratégiques relatifs à l'emploi face à l'évolution des métiers⁵⁷⁶. Là encore, ces multiples évolutions impliquent des modifications de structures et d'adaptation de l'activité, qui transforment l'environnement de l'entreprise et son organisation. Face à la dispersion, ces nouvelles organisations de l'entreprise renouvellent l'approche qui doit être retenue pour rechercher une unicité afin de recomposer le titulaire du pouvoir de direction de l'activité (A). Cela conduit ainsi à s'interroger sur le modèle de l'employeur par une meilleure prise en compte du pouvoir de direction de l'activité (B).

⁵⁶⁸ V. sur les plateformes numériques de travail, *infra*, n° 491 et s.

⁵⁶⁹ V. notamment à ce sujet, E. COMBE, « Les plateformes : notion, enjeux et pistes d'évolution », *op. cit.*

⁵⁷⁰ A. DUDEZERT, *La transformation digitale des entreprises*, La Découverte, 2018, p. 57.

⁵⁷¹ V. notamment, sur les transformations du marketing et de la vente à l'ère numérique, M. BENEDETTO-MEYER et A. BOBOC, *Sociologie du numérique au travail*, Armand Colin, 2021, p. 185 et s.

⁵⁷² V. notamment, en sciences de gestion, S. BROSIA, *Management stratégique de Start up innovantes et création de valeurs*, *op. cit.*, p. 16 et s. ; K. DALEX, *Incubateurs, start-up et partenariats*, thèse, Université de Strasbourg, 2020, p. 79.

⁵⁷³ V. *infra*, n° 491 et s.

⁵⁷⁴ V. « Ubériser », dans *Le Robert. Dico en ligne*, <https://dictionnaire.lerobert.com/definition/uberiser> [consulté le 22 août 2023].

⁵⁷⁵ S. ABDELNOUR et D. MÉDA, *Les nouveaux travailleurs des applis*, PUF, coll.« La Vie des Idées », 2019, p. 5.

⁵⁷⁶ V. notamment à ce sujet, B. METTLING, *Transformation numérique et vie au travail*, *op. cit.*, p. 25 et s. ; T. BLANDIN, *Un monde sans travail ?*, Le Seuil, 2017 ; M. BRASSEUR et F. BIAZ, « L'impact de la digitalisation des organisations sur le rapport au travail : entre aliénation et émancipation », *op. cit.*, p. 145 ; V. déjà, J. RIFKIN, *La fin du travail*, La Découverte, 1997.

*A- La recherche d'unicité face aux nouvelles organisations
d'entreprise*

87. De l'entreprise à une organisation complexe. L'ère numérique a accentué et accéléré l'évolution de l'entreprise dans un contexte mondialisé⁵⁷⁷. Le numérique a favorisé la dématérialisation des échanges, la communication et le développement d'offres de services. Un tel contexte a transformé les modes de production en passant d'une économie manufacturière à une économie mondialisée⁵⁷⁸. Mais également, une partie des entreprises a pu devenir multinationale⁵⁷⁹ ou transnationale⁵⁸⁰. L'entreprise est ainsi devenue une unité complexe, laissant place parfois à une « *organisation réticulaire* »⁵⁸¹. Il y a désormais une multiplication des chaînes d'entreprises. Tout d'abord des chaînes internes avec la constitution de groupes⁵⁸². Puis, des chaînes externes avec le recours à la sous-traitance. Autant de configurations qui ont motivé des études⁵⁸³ et qui questionnent encore. Néanmoins, une fois le constat opéré d'une dispersion de l'unité de direction qui décompose la figure de l'employeur, l'ensemble des réflexions semblent tendre vers le même objectif : la recherche d'unicité, pour une meilleure responsabilisation des titulaires du pouvoir aux fins d'une meilleure protection des travailleurs.

88. L'exemple du co-emploi face à la complexification du pouvoir de direction. La difficulté de la recherche d'unicité s'illustre particulièrement avec la question du co-emploi qui pourrait constituer une réponse pour recomposer le modèle de l'employeur⁵⁸⁴. Dans le cadre de la complexification des organisations, la problématique du co-emploi permet de mettre en

⁵⁷⁷ C.-A. MICHALET, *Qu'est-ce que la mondialisation*, La Découverte, coll.« Essais », n° 165, 2004.

⁵⁷⁸ J. LE GOFF, L. BERGER et P. WAQUET, *Du silence à la parole*, *op. cit.*, p. 600.

⁵⁷⁹ C.-A. MICHALET, « Les métamorphoses de la mondialisation, une approche juridique », dans *La mondialisation du droit*, Litec, coll.« Travaux du Centre de Recherche sur le Droit des Marchés et des Investissements Internationaux (Université de Bourgogne-CNRS) », 2000, vol.19, p. 11-42.

⁵⁸⁰ M. LAFARGUE, *Les relations de travail dans l'entreprise transnationale*, *op. cit.*, p. 5. « *L'entreprise transnationale pourrait se définir comme une entreprise, contenant au moins un élément d'extranéité et soumise à différentes législations, qui présente un mode de gestion largement financiarisé ainsi qu'une organisation flexible et complexe fondée à la fois sur la spécialisation et sur l'externalisation* », *Ibid.*, p. 7.

⁵⁸¹ E. PESKINE, *Réseaux d'entreprises et droit du travail*, *op. cit.*, p. 17.

⁵⁸² V. déjà sur la société, « *deux institutions différentes coexistent. L'institution sociétaire, qui groupe les associés ; l'entreprise, qui unit la direction de la société et le personnel en vue de l'action économique* », P. DURAND, « La notion juridique d'entreprise », *op. cit.*, p. 51.

⁵⁸³ V. notamment, C. HANNOUN, *Le droit et les groupes de sociétés*, *op. cit.* ; E. PESKINE, *Réseaux d'entreprises et droit du travail*, *op. cit.* ; S. RANC, *Organisations sociétaires et droit du travail*, *op. cit.* ; A. LYON-CAEN (dir.) et Q. URBAN (dir.), *Le droit du travail à l'épreuve de la globalisation*, Dalloz, coll.« Thèmes & commentaires », 2008 ; M. KOCHER, *La notion de groupe d'entreprises en droit du travail*, *op. cit.* ; M. LAFARGUE, *Les relations de travail dans l'entreprise transnationale*, *op. cit.* ; J.-M. BRUGUIÈRE (dir.), *L'entreprise à l'épreuve du droit de l'internet*, *op. cit.* ; A. SUPIOT (dir.), *Mondialisation ou globalisation ? Les leçons de Simone Weil*, Collège de France, coll.« Conférences », 2019.

⁵⁸⁴ C. HANNOUN, « Gouvernance des entreprises et direction des salariés », *op. cit.*

exergue la difficile recherche d'unicité face à la dispersion du pouvoir de direction de l'activité. Le co-emploi a suscité un abondant contentieux⁵⁸⁵, et à ce titre, il a pu être qualifié de « *nébuleuse* »⁵⁸⁶. Selon le célèbre arrêt *Molex*, rendu en 2014, la Cour de cassation a initialement adopté une conception restrictive⁵⁸⁷. Seule l'absence d'autonomie, résultant de la triple confusion des intérêts, des activités et de la direction, pouvait justifier de retenir la qualification de co-emploi⁵⁸⁸. Depuis, face à une certaine résistance des juges du fond⁵⁸⁹, la Haute juridiction est revenue sur sa position et a donné une nouvelle définition du co-emploi : « *hors l'existence d'un lien de subordination, une société faisant partie d'un groupe ne peut être qualifiée de coemployeur du personnel employé par une autre que s'il existe, au-delà de la nécessaire coordination des actions économiques entre les sociétés appartenant à un même groupe et de l'état de domination économique que cette appartenance peut engendrer, une immixtion permanente de cette société dans la gestion économique et sociale de la société employeur, conduisant à la perte totale d'autonomie d'action de cette dernière* »⁵⁹⁰. Il y a là l'abandon de la triple confusion⁵⁹¹. Il convient désormais de prouver une « *immixtion permanente* » de la gestion économique et sociale qui conduit à une « *perte totale d'autonomie d'action* » de la société fille⁵⁹². Le co-emploi relève donc de l'usage d'un pouvoir de direction anormal de la part d'une société sur une autre. Plus particulièrement, il s'agit de l'usage du pouvoir de direction de l'activité. Le contentieux du co-emploi s'inscrit quasi exclusivement dans le cadre des licenciements économiques⁵⁹³, où la société dominante s'immisce dans les décisions pour ne servir que son intérêt propre, « *égoïste* »⁵⁹⁴, en dehors de

⁵⁸⁵ V. notamment à ce sujet, D. COHEN, « Groupes de sociétés et co-emploi », dans *Mélanges en l'honneur de Bernard Teyssié*, LexisNexis, 2019, p. 93-108.

⁵⁸⁶ F. DUMONT, « La nébuleuse du coemploi », *JCP E*, n° 19, 2015, 1222.

⁵⁸⁷ « *Hors de l'existence d'un lien de subordination, une société faisant partie d'un groupe ne peut être considérée comme co-employeur à l'égard du personnel employé par une autre, que s'il existe entre elles au-delà de la nécessaire coordination des actions économiques entre les sociétés appartenant à un même groupe et de l'état de domination économique que cette appartenance peut engendrer, une confusion d'intérêts, d'activités et de direction se manifestant par une immixtion dans la gestion économique et sociale de cette dernière* », Cass. soc., 2 juillet 2014, n° 13-15.208 à 13-15.398 et 13-21.153, *D. 2014. 1502* ; *ibid.* 2147, *obs. Le Corre et Lucas* ; *Rev. sociétés 2014. 709*, *note Couret et Schramm* ; *RDT 2014. 625*, *obs. Kocher* ; *RJS 2014. 571*, n° 662.

⁵⁸⁸ D. COHEN, « Groupes de sociétés et co-emploi », *op. cit.*, p. 102.

⁵⁸⁹ G. AUZERO, « Le coemploi bouge encore ! », *SSL*, n° 1936, 2021, p. 9-12.

⁵⁹⁰ Cass. soc., 25 novembre 2020, n° 18-13.769, *D. 2020. 2348* ; *RDT 2020. 749*, *obs. Kocher et Vernac* ; *Dr. soc. 2021. 367*, *obs. Baugard* ; *RJS 2/2021, n° 63* ; *Dr. ouvrier 2021. 215*, *note Gomes* ; *SSL 2021, n° 1936, p. 10*, *obs. Auzero* ; *JSL 2021, n° 511-2*, *obs. Lhernould*.

⁵⁹¹ V. sur la triple confusion, l'entretien avec Monsieur Pierre Bailly, F. CHAMPEAUX et A. RENAUD, « Le co-emploi n'est ni une « baguette magique » ni une aberration juridique », *SSL*, n° 1600, 2013, p. 11-13. La note explicative indique quant à elle qu'elle « *ne permettait plus de circonscrire avec la rigueur nécessaire des situations qui doivent rester dans le domaine de l'exception* ».

⁵⁹² G. AUZERO, « Le coemploi bouge encore ! », *op. cit.*

⁵⁹³ S. RANC, *Organisations sociétaires et droit du travail*, *op. cit.*, p. 216.

⁵⁹⁴ G. AUZERO, « Le pouvoir de direction de l'employeur dans les groupes de sociétés : un pouvoir sous influence », *op. cit.*, p. 22.

l'intérêt social de la société dominée. La Cour de cassation souligne qu'il s'agit de déterminer le « véritable décideur »⁵⁹⁵. Cependant, à l'aune du maintien d'une définition, bien que plus explicite, mais aussi restrictive, il est permis d'en douter⁵⁹⁶.

89. Finalement, « *alors que le coemploi – dans sa version sociétaire – n'a été pensé que par référence à l'anormalité de l'immixtion de la société-mère dans la gestion de la société filiale, l'énonciation d'obligations à la charge de la société-mère, telle par exemple l'obligation de vigilance, atteste que l'organisation devient une référence, indépendamment de toute considération relative à l'anormalité du pouvoir, propre à saisir des liens de pouvoirs enchevêtrés et utile au contrôle du pouvoir qui s'exerce d'une société sur une autre* »⁵⁹⁷. Le co-emploi montre toute l'importance du pouvoir de direction, et tout particulièrement du pouvoir de direction économique, car il requalifie une société de co-employeur dès lors qu'elle s'immisce de façon permanente par l'exercice d'un pouvoir de direction. Elle empêche alors l'autonomie dans sa gestion d'une autre société, en dehors de toute caractérisation d'un lien de subordination⁵⁹⁸. Autrement dit, lorsque l'exercice du pouvoir de direction est tel, une entreprise peut être considérée comme étant employeur, alors même qu'aucun lien de subordination n'a été caractérisé. Certes, les décisions sont rares et la définition demeure aujourd'hui particulièrement restreinte, cependant, le co-emploi illustre l'enjeu qui entoure l'identification du pouvoir de direction économique dans les nouvelles organisations complexifiées, et tout particulièrement dans les groupes d'entreprise. L'identification de l'employeur ne peut se résumer à celle des représentants légaux ou statutaires de l'entreprise. Il convient d'observer les décisions prises par les associés, au rang desquels figure la société mère⁵⁹⁹. Cependant, par l'exigence d'une perte d'autonomie, la Haute juridiction a opéré un

⁵⁹⁵ Note explicative relative à l'arrêt n° 1120 du 25 novembre 2020, n° 18-13.769.

⁵⁹⁶ « *S'agit-il même vraiment, aujourd'hui, d'identifier le « véritable décideur » ? Avec ses « nouveaux » critères, le coemploi est simplement un outil correcteur susceptible de ne mettre en cause que les montages sociétaires manipulant grossièrement le principe d'autonomie juridique des différentes sociétés appartenant à un groupe.* », D. BAUGARD, « Le coemploi : pourquoi et pour quoi ? », *Dr. soc.*, 2021, p. 367.

⁵⁹⁷ E. PESKINE, « À la recherche de l'organisation en droit du travail. Penser l'entreprise et son dépassement », *op. cit.*

⁵⁹⁸ « *Pour le dire plus simplement, cette évolution jurisprudentielle confirme que la qualité d'employeur est entièrement associée à une situation d'autorité et de puissance qui ne peuvent en aucun cas se déduire des apparences contractuelles* », B. PETIT, « Libres propos sur le rapport de subordination dans les relations de travail : sortir du moralisme de la lutte des classes pour oser, demain, la co-gestion ! », *op. cit.*

⁵⁹⁹ G. AUZERO, « Le pouvoir de direction de l'employeur dans les groupes de sociétés : un pouvoir sous influence », *op. cit.*, p. 21.

« *changement de grammaire* » qui éloigne malheureusement le co-emploi du pouvoir qui organise et dirige la société employeuse⁶⁰⁰.

90. L'identification nécessaire du réel décisionnaire. Face à ces formes d'organisations, les plateformes numériques contribuent depuis quelques années à renouveler le débat, qui avait déjà pu avoir lieu pour les groupes d'entreprise⁶⁰¹ ou l'activité en réseau⁶⁰² : « *au fond, l'organisation ne se structure pas autour d'une activité unique, mais s'articule autour d'un collectif intégrant des activités multiples et articulé autour d'une mutualisation du risque. Ces formes particulières d'organisation invitent à une réflexion sur ce qui pourrait constituer les bases d'un renouvellement de cette dernière* »⁶⁰³. Cette pluralité des modèles d'organisation implique une remise en question du principe d'unicité de l'employeur⁶⁰⁴. Or, face à la complexification des organisations à l'ère numérique, il est nécessaire d'identifier le centre du pouvoir de décision⁶⁰⁵ aux fins d'y imputer les responsabilités afférentes, dans une approche téléologique du lien de subordination⁶⁰⁶. Il y a là une recherche de recomposition du pouvoir de direction. Par l'illustration du co-emploi, c'est le caractère anormal qui conduit à constater l'exercice trop prégnant d'un pouvoir de direction. Ce qui prouve l'intérêt d'une recherche du ou des réels décideurs : « *identifier une décision, c'est individualiser un décideur* »⁶⁰⁷. Une telle démarche nécessite ainsi de revenir sur la définition et la recomposition du modèle de l'employeur.

B- La recomposition indispensable du modèle de l'employeur

91. Face aux transformations de la révolution numérique, il est nécessaire de recomposer le modèle de l'employeur, au travers de l'identification de l'exercice du pouvoir de direction de

⁶⁰⁰ M. KOCHER et S. VERNAC, « Le coemploi revisité : vers une nouvelle grammaire du pouvoir », *RDT*, 2020, p. 749.

⁶⁰¹ M. KOCHER, *La notion de groupe d'entreprises en droit du travail*, *op. cit.*

⁶⁰² E. PESKINE, *Réseaux d'entreprises et droit du travail*, *op. cit.*

⁶⁰³ E. PESKINE et T. SACHS, « La refondation de l'entreprise à la croisée des chemins », *op. cit.*, p. 751.

⁶⁰⁴ A. LYON-CAEN et J. DE MAILLARD, « La mise à disposition de personnel », *op. cit.* ; E. PESKINE, *Réseaux d'entreprises et droit du travail*, *op. cit.*, p. 98 ; V. pour une étude sur la pluralité d'employeurs dans un contexte international, F. JAULT-SESEKE, « Contrat de travail international et pluralités d'employeurs », *Dr. soc.*, 2023, p. 470.

⁶⁰⁵ V. déjà en ce sens, pour le recours à la notion de ce « *centre de décision* », I. VACARIE, *L'employeur*, Sirey, 1979, p. 146.

⁶⁰⁶ V. également, *infra*, n° 903.

⁶⁰⁷ P. ADAM, « La décision patronale sous perfusion algorithmique. Une nouvelle dystopie ? », *op. cit.*, p. 48.

l'activité. Pour ce faire, l'intégration à un service organisé, indice de l'état de subordination, retrouve une importance particulière pour caractériser le pouvoir de direction de l'activité (1), qui doit être davantage pris en compte (2).

1- L'intégration à un service organisé pour autrui comme indice du pouvoir de direction de l'activité

92. Service organisé et entreprise. Dans une conception initialement élargie, la Cour de cassation a retenu que la prestation de travail devait être fournie « *dans le cadre du service organisé* » par son bénéficiaire pour considérer qu'il y avait subordination⁶⁰⁸. Ce critère traduit l'importance de l'organisation dans la relation salariale et même une « *dépendance dans l'organisation générale du travail* » selon les mots de la Cour de cassation⁶⁰⁹. À cet égard, plusieurs auteurs ont souligné que l'intégration à un service organisé traduisait la représentation juridique de l'entreprise⁶¹⁰. En effet, « *le service organisé est l'entreprise vue par la jurisprudence en matière d'identification du contrat de travail* »⁶¹¹. Bien que son rôle fût réduit par la suite au rang de simple indice par la Haute juridiction⁶¹², il n'en demeure pas moins qu'il permet de mettre en lumière un autre aspect que l'autorité de l'employeur par sa place dans l'organisation du travail et des conditions de travail des salariés⁶¹³. L'organisation correspond à « *l'action d'organiser, d'établir des structures en vue d'une activité, d'instituer des organes en les dotant d'une fonction* »⁶¹⁴ et l'entreprise constitue cet organe, représentant ainsi une organisation hiérarchique⁶¹⁵. L'intégration à un service organisé traduit ainsi la face fonctionnelle du lien de subordination⁶¹⁶. Le salarié participe et s'intègre à l'entreprise d'autrui,

⁶⁰⁸ A. JEAMMAUD, M. LE FRIANT et A. LYON-CAEN, « L'ordonnancement des relations de travail », *op. cit.*

⁶⁰⁹ Cass. soc., 27 mai 1968, *Bull. civ. V*, n° 225, *op. cit.* ; Cass. soc., 16 juillet 1987, n° 84-44.885, *Bull. civ. V*, n° 501 ; V. également en ce sens, P. FIESCHI-VIVET, « Les éléments constitutifs du contrat de travail », *RJS*, 1991, p. 414 ; S. VERNAC, « L'employeur organisateur », dans *Groupe de sociétés et droit du travail*, Dalloz, coll.« Thèmes & commentaires », 2019, p. 81.

⁶¹⁰ T. AUBERT-MONPEYSSSEN, *Subordination juridique et relation de travail*, *op. cit.*, p. 240 ; T. PASQUIER, *L'économie du contrat de travail : conception et destin d'un type contractuel*, *op. cit.*, p. 87.

⁶¹¹ T. REVET, *La force de travail*, *op. cit.*, p. 220.

⁶¹² Cass. soc., 13 novembre 1996, n° 94-13.187, *Société générale. GADT*, 4e éd., n°2 ; *Dr. soc.*, 1996, p. 1067, note J-J. Dupeyroux ; *JCP E* 1997. II. 911, note J. Barthélémy ; *RJS* 12/96, n° 1320, *op. cit.* ; V. également, *infra*, n° 566 et s.

⁶¹³ S. VERNAC, « L'employeur organisateur », *op. cit.*, p. 81.

⁶¹⁴ V. « Organisation », G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, p. 725.

⁶¹⁵ A. MUSSIER, *Les périmètres du droit du travail*, *op. cit.*, p. 63.

⁶¹⁶ V. *supra*, n° 17 ; V. *infra*, n° 564 et s. ; A. SUPIOT, *Le droit du travail*, *op. cit.*, p. 69-70.

et par un test négatif⁶¹⁷, cette participation s'exerce en l'absence de clientèle propre ou d'imputation des risques de l'activité⁶¹⁸. Ainsi encadré, nous rejoindrons l'analyse selon laquelle « *le service organisé est l'expression d'un pouvoir d'organisation du travail déduit de l'exercice d'un pouvoir d'organisation de l'entreprise* »⁶¹⁹. Derrière la notion de « *service organisé* » se retrouve celle d'entreprise, le pouvoir de direction s'appuyant sur l'existence d'une « *organisation structurée* »⁶²⁰. Elle ne concerne pas tant l'organisation du travail, mais plutôt la direction des conditions d'exécution de celui-ci⁶²¹.

93. Unilatéralisme. Il s'agit de rendre compte de l'environnement dans lequel évolue le salarié et de l'influence manifeste de l'employeur sur celui-ci, notamment par son unilatéralité dans l'organisation de l'entreprise et *in fine* du travail des salariés⁶²². C'est bien cet unilatéralisme qui caractérise une partie du pouvoir de direction⁶²³ et tout particulièrement par l'intégration à un service organisé. Dès lors que l'employeur détermine seul les conditions d'exercice du travail, alors le service organisé est constitué. Il traduit l'autorité par une définition qui a pu être qualifiée de « *compréhensive* » de l'état de subordination⁶²⁴. Le pouvoir se constitue bien par l'unilatéralisme qui correspond à la « *faculté d'influencer la volonté d'autrui par l'autorité* »⁶²⁵. Il arrive même que, dans certaines décisions, le pouvoir de direction ne soit pas expressément évoqué, et se traduise par l'intégration⁶²⁶. Pour illustration, dans une décision du 1^{er} mars 2017⁶²⁷, la Cour de cassation évoque des « *instructions reçues* », sans viser directement le pouvoir de direction. Bien que cet arrêt n'ait pas été publié au bulletin, les juges ont mis en exergue « *l'intégration matérielle* » du travailleur pour établir l'existence d'un contrat de travail, en faisant ainsi ressurgir l'intégration à un service organisé⁶²⁸. Et même, la Haute juridiction a pu censurer une décision qui n'avait pas identifié l'exercice d'un pouvoir de

⁶¹⁷ A. SUPLOT, « Les nouveaux visages de la subordination », *op. cit.*, p. 140 ; « *tout cela témoigne d'une idée générale : le travailleur est salarié s'il ne possède pas sa propre entreprise* », E. PESKINE et C. WOLMARK, *Droit du travail*, *op. cit.*, p. 33.

⁶¹⁸ E. PESKINE, *Réseaux d'entreprises et droit du travail*, *op. cit.*, p. 68. ; V. notamment, Cass., ass. plén., 18 juin 1976, n° 74-11.210, *D.*, 1977, note A. Jeammaud ; *JCP CI* 1977. 12497, note Saint-Jour., *op. cit.*

⁶¹⁹ S. VERNAC, *Le pouvoir d'organisation*, *op. cit.*, p. 115.

⁶²⁰ G. LHUILIER, « Le "paradigme" de l'entreprise dans le discours des juristes », *op. cit.*, p. 340.

⁶²¹ A. SUPLOT, « Les nouveaux visages de la subordination », *op. cit.*

⁶²² Cass. soc., 19 mai 2009, n° 07-44.759 ; Cass. soc., 23 novembre 2005, n° 04-40.749.

⁶²³ T. PASQUIER, *L'économie du contrat de travail : conception et destin d'un type contractuel*, *op. cit.*, p. 80.

⁶²⁴ E. PESKINE, *Réseaux d'entreprises et droit du travail*, *op. cit.*, p. 78.

⁶²⁵ T. PASQUIER, *L'économie du contrat de travail : conception et destin d'un type contractuel*, *op. cit.*, p. 87.

⁶²⁶ V. par exemple, « *la structure ainsi mise en place correspondait à un service organisé au sein duquel les conditions de travail étaient déterminées unilatéralement par l'association et qu'il existait entre l'intéressée et cette dernière un lien de subordination de sorte qu'elle était son véritable employeur* », Cass. soc., 28 novembre 2006, n° 05-43.196.

⁶²⁷ Cass. soc., 1er mars 2017, n° 15-14.267, *JCP S* 2017. 1116, obs. Lampert et Sebe.

⁶²⁸ A. LAMPERT et F. SEBE, « Quand intégration rime avec subordination », *JCP S*, n° 15, 2017, 1116.

direction « *ou* » l'exercice d'une activité au sein d'un service organisé dont les conditions de travail étaient unilatéralement déterminées⁶²⁹. Une similitude de valeur est laissée à penser par l'emploi de la conjonction « *ou* » par la Cour de cassation⁶³⁰.

94. L'importance de l'intégration à un service organisé pour appréhender la direction de l'activité. L'intégration à un service organisé n'a rien perdu de sa vigueur et de son intérêt pour appréhender le pouvoir de direction. Il permet de rendre compte du pouvoir de direction de l'activité, en tant qu'indice qualificatif. Le pouvoir de direction de l'activité a pu être parfois négligé dans la qualification du lien de subordination lors des contentieux de requalification⁶³¹. Il conviendrait ainsi de lui accorder une plus grande place dans l'analyse du lien de subordination pour rendre compte de son aspect fonctionnel. L'intégration à un service organisé permet de traduire la direction de l'activité au sein du faisceau d'indices de l'état de subordination. L'appréhension juridique du pouvoir de direction de l'activité conduit ainsi à observer les liens étroits qu'il entretient avec l'entreprise, qui se comprend par elle tout en délimitant son exercice. Le pouvoir de direction constitue un élément déterminant de qualification du lien de subordination qu'il convenait de souligner.

95. Dans ce contexte de dispersion du pouvoir de direction de l'activité, l'indice de l'intégration à un service organisé⁶³² retrouve, en effet, tout son intérêt et sa force. Il constitue un indice indispensable à la redécouverte du pouvoir de direction, par son approche pragmatique. Il rend compte de l'organisation unilatérale des conditions d'exécution de la prestation de travail, indépendamment des éventuelles chaînes de prise de décision stratégique. De plus, il pourrait intégrer la question du bénéficiaire économique⁶³³. L'engagement de la responsabilité de l'ensemble des acteurs, qui tire profit d'une activité productive, pourrait constituer un indice complémentaire de la figure de l'employeur, rendant compte du pouvoir économique⁶³⁴.

⁶²⁹ Cass. soc., 19 mai 2010, n° 09-42.633.

⁶³⁰ S. VERNAC, *Le pouvoir d'organisation*, *op. cit.*, p. 117.

⁶³¹ V. *infra*, n° 666 et s.

⁶³² V. *supra*, n° 92 ; V. *infra*, n° 570.

⁶³³ M. LAFARGUE, *Les relations de travail dans l'entreprise transnationale*, *op. cit.*, p. 331.

⁶³⁴ « *En définitive, pour le droit du travail, ces changements de perspective pourraient conduire à définir le rapport salarial, non simplement à partir du critère du lien contractuel de subordination juridique, ou grâce à une recomposition du modèle de l'employeur, mais peut-être aussi, plus directement, et au-delà des formes juridiques, au regard de l'organisme collectif que représente l'entreprise, des fonctions sociales de la gouvernance et de l'identification du bénéficiaire économique de la valeur créée* », C. HANNOUN, « Gouvernance des entreprises et direction des salariés », *SSL*, n° 1508, 2011, p. 102.

2- Vers une prise en compte nécessaire de la direction de l'activité face au numérique

96. La thèse du pouvoir d'organisation. Face à la multiplication des organisations de l'entreprise, Monsieur Stéphane Vernac soutenait l'existence d'un « *pouvoir d'organisation* », au-delà du pouvoir de direction et du pouvoir sociétaire⁶³⁵. Il l'a défini comme étant « *l'ensemble des prérogatives par lesquelles s'exerce un pouvoir sur l'organisation de la direction d'une société. Pouvoir sur le pouvoir, le pouvoir d'organisation ne s'exerce pas sur le travail mais sur sa direction* »⁶³⁶. Cette approche du pouvoir va au-delà des prérogatives juridiques issues du droit des sociétés et du droit du travail⁶³⁷. Malgré l'intérêt indéniable de cette approche, reflétant la complexité de la direction de l'entreprise, une telle globalisation du pouvoir conduit néanmoins à rendre difficile l'identification du détenteur du pouvoir⁶³⁸. Celui-ci se décompose et se disperse entre les différents acteurs, en fonction de l'organisation choisie.

97. La redécouverte du pouvoir de direction de l'activité. C'est la détermination du titulaire du pouvoir de direction de l'activité qui permet la reconnaissance de la qualité d'employeur à une ou plusieurs sociétés d'un groupe qui ne seraient pourtant pas liées par un contrat de travail avec les travailleurs⁶³⁹. Plus généralement, l'entreprise se construit autour de l'employeur⁶⁴⁰, il convient donc bien d'identifier le titulaire du pouvoir⁶⁴¹, et tout particulièrement du pouvoir de direction de l'activité, car c'est lui qui détermine la marche de l'entreprise. Dans la démarche d'identification de l'employeur, il convient de redonner une place plus importante à l'exercice du pouvoir de direction de l'activité. Pour ce faire, retenir une conception fonctionnelle⁶⁴² de la notion d'employeur permettrait notamment d'élargir les critères du co-emploi⁶⁴³. Une telle conception a au moins le mérite de prendre en compte la réalité de l'exercice du pouvoir et une

⁶³⁵ S. VERNAC, *Le pouvoir d'organisation*, *op. cit.*

⁶³⁶ *Ibid.*, p. 25.

⁶³⁷ Il a pu être qualifié de « méta-pouvoir », A. LYON-CAEN, « Le droit sans entreprise », *RDT*, 2013, p. 748.

⁶³⁸ S. RANC, *Organisations sociétaires et droit du travail*, *op. cit.*, p. 54-55.

⁶³⁹ E. PESKINE, *Réseaux d'entreprises et droit du travail*, *op. cit.*, p. 108.

⁶⁴⁰ J. SAVATIER, « Les groupes de sociétés et la notion d'entreprise en droit du travail », *op. cit.*, p. 529.

⁶⁴¹ Bien que le pouvoir ne se confond pas avec le représentant, V. en ce sens, E. GAILLARD, *Le pouvoir en droit privé*, *op. cit.*, p. 234.

⁶⁴² V. en ce sens, P.-H. ANTONMATTEI, « Groupe de sociétés : la menace du co-employeur se confirme ! », *SSL*, n° 1484, 2011, p. 12 ; A. MAZEAUD, « Le déploiement de la relation de travail dans les groupes de sociétés. Aspects de droit du travail », *Dr. soc.*, 2010, p. 738.

⁶⁴³ V. en ce sens, J. PRASSL, « L'emploi multilatéral en droit anglais », *RDT*, 2014, p. 236.

certaine hétérogénéité de la notion d'employeur⁶⁴⁴, avec une recherche du « véritable » employeur⁶⁴⁵, pour faire face à la dispersion du pouvoir. Par conséquent, malgré les transformations de l'organisation des activités, le recours à la notion d'entreprise est encore utile pour l'identification d'une communauté placée sous l'autorité d'un pouvoir de direction⁶⁴⁶.

98. En ce sens, la Cour de cassation avait pu constater, lors d'un arrêt du 23 septembre 2015, le partage de l'exercice du pouvoir de direction entre deux entreprises par l'existence d'un double lien de subordination, qui caractérisait ainsi une confusion des intérêts et avait permis de reconnaître l'existence d'un co-emploi⁶⁴⁷. Une telle reconnaissance offre la possibilité au salarié d'imputer la responsabilité à n'importe lequel de ses employeurs⁶⁴⁸.

99. Le numérique comme source éventuelle d'unité. Le numérique pourrait enfin constituer paradoxalement une source d'unité par la mise en œuvre de processus commun au sein d'un groupe. Lors de l'intégration d'une entreprise au sein d'un groupe, il peut être décidé, pour des raisons de gestion et de rationalisation de l'organisation, de lui imposer la mise en œuvre d'un logiciel commun, tel qu'un ERP⁶⁴⁹, impliquant ainsi pour l'entreprise intégrée de devoir s'adapter et former ses salariés à de nouveaux processus de validation ou de prise de décision. La mise en place de l'ERP commun deviendrait alors source d'unité de direction au sein du groupe. Les outils qu'offre le numérique peuvent être, en effet, facteur de « *rationalisation de*

⁶⁴⁴ F. GÉA, « Pouvoir et responsabilité en droit du travail », *op. cit.*, p. 232.

⁶⁴⁵ En ce sens, G. AUZERO, « Le coemploi sous le regard du juge administratif », *SSL*, n° 1756, 2017, p. 22-25.

⁶⁴⁶ Q. URBAN, « Les perturbations en droit du travail résultant de la dématérialisation de l'entreprise », *op. cit.*, p. 296.

⁶⁴⁷ Les deux entreprises « *qui ont des locaux et des sièges sociaux situés à la même adresse comme en témoignent tous les documents à leur nom ont des activités pour partie similaires et pour le reste complémentaires et que les contrats de travail, tant ceux passés avec la société STR que celui passé avec la société GSF FR, prévoient tous que le salarié doit rendre des comptes et recevoir des instructions des mêmes personnes, de sorte que le salarié s'est trouvé soumis à l'autorité de celles-ci dans le cadre de ses relations de travail avec ses employeurs successifs ; qu'elle a pu en déduire qu'il existait entre la société STR et la société GFS FR une confusion d'intérêts, d'activités et de direction et qu'en conséquence la société GFS avait la qualité de coemployeur à l'égard du salarié* », Cass. soc., 23 septembre 2015, n° 14-16.538.

⁶⁴⁸ Cass. soc., 22 juin 2011, n° 09-69.021, *D. 2012. 901, obs. Lokiec et Porta ; RDT 2011. 634, obs. Auzero ; G. AUZERO*, « La qualité de co-employeur », *RDT*, 2011, p. 634.

⁶⁴⁹ Entreprise Ressource Planning qui désigne « *les grands progiciels spécialisés adressant l'ensemble des fonctions traditionnelles d'une entreprise : comptabilité, ressources humaines, production, ventes, stocks, etc. L'ERP permet de gérer plusieurs processus fonctionnels tout en proposant un accès en temps réel à toutes les informations et fonctions nécessaires à l'entreprise au travers d'une seule et même base de données. L'ERP permet notamment l'automatisation d'un grand nombre de processus administratifs et la simplification de la saisie de l'information* », B. JUST, *Pas de DRH sans SIRH*, *op. cit.*, p. 361 ; « *par la centralisation et la standardisation des informations, les ERP ont profondément modifié la gestion des organisations. Ils permettent une gestion par processus (transversale) par opposition à une gestion fonctionnelle plus cloisonnée* », J.-C. VUATTOUX, « Digitalisation du travail et de ses outils, quelles implications pour la gestion et les organisations ? », dans *La numérisation du travail. Enjeux juridiques et sociaux en santé au travail*, L'Harmattan, coll. « Psych-Logiques », 2021, p. 202.

la coordination »⁶⁵⁰ lors de l'intégration d'une société. Cependant la technologie n'étant pas neutre⁶⁵¹, il convient de préciser que leur usage peut également permettre la diffusion d'un mode de fonctionnement particulier, voire de valeur propre à l'entreprise intégratrice vers l'entreprise intégrée. Cet exemple illustre le fait que le numérique pourrait ainsi constituer un indice d'intégration à un service organisé⁶⁵² par l'uniformisation des pratiques au sein d'un groupe. Une perspective qui montre que le numérique est un facteur d'évolution indéniable du cadre de la direction de l'activité de l'entreprise.

100. Conclusion de section. Les choix d'orientations économiques, ainsi que l'organisation de la production⁶⁵³, relèvent de la direction de l'activité de l'employeur, dont le cadre d'exercice a subi des évolutions à l'ère numérique. Les nouvelles modalités d'organisation de l'entreprise, dont la dématérialisation des échanges, ont renouvelé l'expression de la direction de l'entreprise par la facilitation d'un fonctionnement en réseau et le recours à l'externalisation de la main-d'œuvre. Par conséquent, la direction de l'entreprise s'est dispersée et appelle une meilleure identification du pouvoir de direction de l'activité, pour recomposer le modèle de l'employeur, afin d'éviter l'irresponsabilité des acteurs réellement décisionnaires. La démarche d'identification du pouvoir de direction de l'activité a été rendue d'autant plus nécessaire dans un contexte de rationalisation de la production où l'entreprise à l'ère numérique tend vers une quête de la productivité standardisée⁶⁵⁴, conduisant à une organisation en chaîne. La notion d'intégration à un service organisé, en tant qu'indice du lien de subordination, retrouve ainsi toute son importance pour caractériser l'exercice d'un pouvoir de direction de l'activité. Une telle prise en compte permettrait d'adopter une approche complémentaire par la subordination fonctionnelle, qui est en partie ignorée par la jurisprudence, ce, afin d'identifier les responsabilités afférentes, en fonction de l'exercice d'une direction de l'activité. Outre

⁶⁵⁰ V. « Technologies de l'Information et de la Communication », A. BEVORT, A. JOBERT, M. LALLEMENT et A. MIAS, *Dictionnaire du travail*, op. cit., p. 785.

⁶⁵¹ « *La technologie n'est pas neutre* », V. GAUTRAIS, « Contrat électronique : plus de 20 ans certes mais pas encore adulte », dans *Études en l'honneur du Professeur Jérôme Huet*, LGDJ, coll.« Mélanges », 2017, p. 191.

⁶⁵² V. *infra*, n° 566.

⁶⁵³ F. VARCIN-VERDUN, *Le pouvoir patronal de direction*, thèse, Université de Lyon 2, 2000, p. 66.

⁶⁵⁴ « *Une nouvelle devise républicaine est promue par cette société numérique au service de laquelle nous soumettons notre droit : standardisation, automatisation, et désintermédiation* », M. MEKKI, « Du numérisme juridique à l'humanisme numérique », dans *Mélanges en l'honneur du doyen Didier Guével. Une approche renouvelée des Humanités*, LGDJ, 2021, p. 340.

l'organisation en elle-même, au travers du modèle de l'entreprise, c'est également le fondement de la prise de décision de l'employeur qui a évolué à l'ère numérique. Le numérique n'a pas simplement modifié le support de cette prise de décision, il a fini par en devenir l'origine dans son sens littéral, par le recours au calcul comme source de rationalisation de l'action de l'employeur.

Section 2 : La rationalisation de la décision par le numérique

101. Le pouvoir de l'employeur, en tant que prérogative juridique, consiste en « *une habilitation à accomplir des actes juridiques unilatéraux (créateurs de normes ou générateurs d'obligations), prendre des décisions, adresser des ordres, accomplir des actes matériels [...] qui, en droit, s'imposent à d'autres personnes dont ils peuvent affecter, réduire, compromettre, les droits et les intérêts* »⁶⁵⁵. Dans le cadre de son pouvoir de direction de l'activité, l'employeur est habilité à prendre des décisions⁶⁵⁶. À l'ère numérique, les décisions de l'employeur se trouvent modifiées dans leur cheminement pour répondre à l'exigence d'objectivité. L'ensemble des éléments qui guident le pouvoir de direction de l'employeur vont être mesurés pour aider au mieux la prise de décision : une logique de rationalisation s'est ainsi installée⁶⁵⁷. Dans le sens littéral du numérique, il est possible de constater une volonté de quantification à l'aide des outils numériques⁶⁵⁸. Dans la continuité d'une recherche d'optimisation qui a pu être constatée dans l'organisation de l'entreprise⁶⁵⁹, la prise de décision, dans le cadre de la direction de l'activité, est également en proie à une rationalisation par le numérique, en devenant un moyen privilégié d'expression du pouvoir de l'employeur. À cet égard, le législateur a eu tendance à imposer aux entreprises la mise en œuvre d'indicateurs de contrôle, basés sur le

⁶⁵⁵ À distinguer du pouvoir-rapport social qui « *s'entend d'une relation sociale asymétrique tenant à l'aptitude d'un acteur à influencer le comportement d'un ou plusieurs autres, d'une « capacité d'action sur les actions », d'une « influence prépondérante sur autrui s'exerçant à travers violence, menace, crainte ou désir* », A. JEAMMAUD, « Le pouvoir de l'employeur renforcé ou altéré ? », dans *Intelligence artificielle, gestion algorithmique du personnel et droit du travail*, Dalloz, coll.« Thèmes et commentaires », 2020, p. 32-33.

⁶⁵⁶ En ce sens, « *la décision constitue la principale manifestation du pouvoir, entendu comme la faculté d'imposer sa volonté à autrui* », P. LOKIEC, « La décision et le droit privé », *op. cit.* ; V. sur « la grammaire de la décision », P. LOKIEC, *Contrat et pouvoir, op. cit.*, p. 224 et s.

⁶⁵⁷ V. plus largement, sur les rapports en droit et gestion, É. PEZET et J. SÉNÉCHAL, *Normes juridiques et normes managériales : enjeux et méthode d'une nouvelle internormativité*, LGDJ, coll.« Droit et société », n° 29, 2014.

⁶⁵⁸ V. pour une vision historique de ce mouvement de quantification, A. SUPIOT, *La gouvernance par les nombres, op. cit.*

⁶⁵⁹ « *L'entreprise est un espace social « ultra-normé » lancé dans une recherche permanente d'efficacité maximale et d'absence de défaillance* », P. ADAM, « La décision patronale sous perfusion algorithmique. Une nouvelle dystopie ? », *op. cit.*, p. 50.

« calculable » (§1). Ce qui a eu pour conséquence de faire du calcul une justification de la décision de l'employeur par un recours croissant au numérique (§2).

§1 : Le « calculable » comme source de direction de l'activité

102. La législation française encourage de longue date un suivi chiffré⁶⁶⁰. Déjà au sein des politiques publiques, un tel suivi est opéré. L'exemple du suivi du chômage est éloquent⁶⁶¹. Il est possible de constater une prééminence du chiffre dans le suivi des salariés, quitte à en devenir la fin avant d'en être le moyen⁶⁶². Cette création du « calculable » peut également être constatée dans la direction de l'entreprise. En atteste, la création de tableaux de bord de suivi⁶⁶³ qui est devenue une obligation légale, pour que la direction de l'entreprise soit guidée par des données chiffrées et calculables. Il y a ainsi une rationalisation de la direction de l'activité par le calcul, celui-ci bénéficiant d'une certaine scientificité, qui justifierait la décision et permettrait de la rendre vérifiable. En ce sens, il existe une volonté d'objectivation de la direction de l'entreprise. Le but de la législation sur le bilan social qui date de 1977⁶⁶⁴ va dans ce sens : « *nourrir le dialogue social sur la base d'éléments tangibles et normés permettant un suivi dans le temps et une comparaison dans l'espace de données sur la gestion du personnel* »⁶⁶⁵. La contamination des règles du droit du travail par la rationalisation, au travers notamment de la raison économique⁶⁶⁶, se traduit par le recours croissant à des données quantifiables⁶⁶⁷.

⁶⁶⁰ V. A. SUPLOT, *La gouvernance par les nombres*, op. cit., spé., p. 170 et s.

⁶⁶¹ V. sur les chiffres du chômage, J. GAUTIE, *Le chômage*, La Découverte, coll.« Repères », 2009, p. 6 et s. À cet égard, l'auteur indique notamment que : « *Les chiffres du chômage* » sont souvent au cœur du débat public : leur publication périodique est toujours médiatisée et leur évolution signe l'échec ou la réussite des politiques. »

⁶⁶² V. déjà en ce sens, R. SALAIS, N. BAVEREZ et B. REYNAUD, *L'invention du chômage : histoire et transformations d'une catégorie en France des années 1890 aux années 1980*, PUF, coll.« Quadrige », 1999 ; C. REMY et L. LAVITRY, « La quantité contre la qualité ? Des professionnels de l'emploi entre "esprit gestionnaire" et relation de service », *Revue Française de Socio-Économie*, vol. 19, n° 2, 2017, p. 69-88, spé., p. 76.

⁶⁶³ V. à ce sujet, C. SELMER, *Concevoir le tableau de bord. Méthodologie, outils et exemples visuels*, 4^e éd., Dunod, coll.« Fonctions de l'entreprise », 2015 ; J.-Y. LOUARN, *Les tableaux de bord Ressources humaines : Le pilotage de la fonction RH*, Éditions Liaisons, 2008.

⁶⁶⁴ Décret n° 77-1354 du 8 décembre 1977 fixant par application de l'art. L. 438-4 du Code du travail la liste des informations figurant dans le bilan social de l'entreprise et dans le bilan social d'établissement.

⁶⁶⁵ L. BENRAÏSS-NOAILLES et O. HERRBACH, « Enjeux organisationnels et managériaux de l'IA pour la gestion du personnel. Vers un DRH « augmenté » ? », *Dr. soc.*, 2021, p. 110.

⁶⁶⁶ T. SACHS, *La raison économique en droit du travail*, op. cit., p. 45-48.

⁶⁶⁷ « *L'élément quantifiable est un élément qui peut être mesuré ou chiffré.* », V. ILIEVA, *L'exigence d'objectivité en droit du travail*, t. 190, Institut Francophone pour la Justice et la Démocratie, coll.« Thèses », 2020, p. 105.

103. L'élaboration d'un ensemble d'indicateurs, outre la gestion des salariés⁶⁶⁸, constitue un véritable enjeu stratégique pour l'entreprise et qui influence nettement la prise de décision de l'employeur en constituant un contrôle de gestion sociale⁶⁶⁹, par la réalisation notamment de « *Reporting RH* »⁶⁷⁰. Au-delà de simplement l'influencer, l'entreprise se trouve soumise à la réalisation d'objectifs, non plus seulement financiers, mais qui relèvent également de la mise en œuvre d'objectifs de politique publique⁶⁷¹, correspondant *a priori* à une rationalité axiologique⁶⁷². Cependant, il convient déjà de préciser que les normes comptables qui pèsent sur les choix économiques de l'entreprise⁶⁷³ « *ne sauraient livrer une image neutre de la situation de l'entreprise* »⁶⁷⁴. Ensuite, pour répondre à ces nouvelles exigences, les informations fournies devront être standardisées afin qu'elles soient classées et hiérarchisées par un algorithme du logiciel de gestion notamment⁶⁷⁵, ce qui ne manque pas de poser des difficultés. Par exemple, les compétences du salarié⁶⁷⁶ vont devoir respecter un certain lexique correspondant à l'utilisation du référentiel du logiciel, qui sera ensuite analysé à l'aune de la base de données d'apprentissage de l'algorithme⁶⁷⁷.

104. Cette logique a débuté avec le bilan social qui a abouti à la tenue d'une Base de Données Économiques, Sociales et Environnementales, qui constitue un premier support de la direction de l'activité de l'employeur comme image chiffrée de l'entreprise (A). Il s'est ajouté depuis l'index de l'égalité professionnelle, qui va plus loin que le simple suivi par des indicateurs. Outre l'index à calculer, l'entreprise doit créer un plan d'action chiffré pour orienter son action et atteindre la note souhaitée (B). Il s'agit d'un véritable changement de paradigme. Ces supports du suivi de la direction de l'entreprise guident l'action de l'employeur et ses prises de

⁶⁶⁸ V. *infra*, n° 182.

⁶⁶⁹ B. MARTORY, *Contrôle de gestion sociale : salaires, masse salariale, effectifs, compétences, performances*, 8^e éd., Vuibert, 2015.

⁶⁷⁰ « Procédé permettant, à partir de requêtes développées par un utilisateur au moyen d'un langage simple, d'obtenir des tableaux de bord ou des croisements d'informations stratégiques », B. JUST, *Pas de DRH sans SIRH*, Liaisons, 2010, p. 369 ; Sur le recours aux ERP, Y. KOCOGLU et F. MOATTY, « Diffusion et combinaison des TIC. Les réseaux, la gestion des données et l'intégration par les ERP », *Réseaux*, vol. 162, n° 4, 2010, p. 51.

⁶⁷¹ A. SUPLOT, *La gouvernance par les nombres*, *op. cit.*, p. 223.

⁶⁷² M. WEBER, *Économie et société*, *op. cit.*

⁶⁷³ M. ROUSSEL, *L'évaluation professionnelle des salariés*, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit social », 2016, p. 116.

⁶⁷⁴ S. JUBÉ, « La normativité comptable : un angle mort du droit social », *RDT*, 2009, p. 211.

⁶⁷⁵ V. sur le SIRH, *infra*, n° 162 ; V. également avec l'exemple de *Mobijob*, C. LÉVY, « L'IA dans les RH : une standardisation qui pose problème », *op. cit.*

⁶⁷⁶ V. *infra*, n° 234 ; « la notion de compétences, souvent limitée dans la littérature gestionnaire au triptyque savoirs, savoir-faire, savoir-être, met l'accent sur la capacité à mobiliser des dispositions individuelles pour faire face à des situations professionnelles multiples », V. « Qualification, classification, compétences », A. BEVORT, A. JOBERT, M. LALLEMENT et A. MIAS, *Dictionnaire du travail*, *op. cit.*, p. 605.

⁶⁷⁷ C. LÉVY, « L'IA dans les RH : une standardisation qui pose problème », *op. cit.*, p. 21.

décision. La décision se fonde ainsi sur du « *calculable* », sur la base de l'élaboration de ces deux supports.

*A- La Base de Données Économiques, Sociales et Environnementales,
premier support de la direction*

105. Contenu. La Base de Données Économiques, Sociales et Environnementales (BDESE)⁶⁷⁸, imposée aux entreprises de plus de cinquante salariés, rassemble l'ensemble des informations concernant les orientations économiques et sociales de l'entreprise ainsi que l'ensemble des informations nécessaires aux consultations et informations récurrentes que l'employeur doit mettre à la disposition des membres du CSE⁶⁷⁹. Ces données doivent offrir une vision d'ensemble et claire de la situation de l'entreprise, tant économiquement que socialement. En outre, la BDESE doit inclure des informations sur les conséquences environnementales de l'activité de l'entreprise⁶⁸⁰. À défaut, les délais de consultation accordés au CSE ne peuvent courir⁶⁸¹. Également, l'employeur peut s'exposer à une condamnation pour délit d'entrave⁶⁸², notamment dans le cadre des consultations récurrentes⁶⁸³.

106. En l'absence d'accord⁶⁸⁴, dix thèmes⁶⁸⁵ sont à renseigner, couvrant diverses données au sein de la base de données. Les informations portent sur les thèmes suivants : 1) investissements ; 2) égalité professionnelle entre les femmes et les hommes au sein de l'entreprise ; 3) fonds propres et endettement ; 4) ensemble des éléments de la rémunération des salariés et dirigeants ; 5) activités sociales et culturelles ; 6) rémunération des financeurs ; 7) flux financiers à destination de l'entreprise, notamment aides publiques et crédit d'impôt ;

⁶⁷⁸ Issue de la loi n° 2013-504 du 14 juin 2013 relative à la sécurisation de l'emploi.

⁶⁷⁹ Art. L. 2312-18 C. trav.

⁶⁸⁰ Loi n° 2021-1104 du 22 août 2021 portant lutte contre le dérèglement climatique et renforcement de la résilience face à ses effets, art. 40 ; V. également, A. CASADO, « Les indicateurs environnementaux devant figurer dans la base de données économiques, sociales et environnementales », *BJT*, n° 5, 2022, p. 3.

⁶⁸¹ Cass. soc., 28 mars 2018, n° 17-13.081, *D. 2018. Actu. 729* ; *RJS 6/2018, n° 426* ; *SSL 2018, n° 1812, p. 9, note Beziz* ; *JCP 2018. 462, obs. Dedessus-le-Moustier* ; *JCP S 2018. 1167, obs. Guedes Da Costa*.

⁶⁸² Art. L. 2346-1 C. trav.

⁶⁸³ Art. L. 2312-17 à L. 2312-36 C. trav.

⁶⁸⁴ Art. L. 2312-36 C. trav.

⁶⁸⁵ « La base de données comporte au moins les thèmes suivants : l'investissement social, l'investissement matériel et immatériel, l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes au sein de l'entreprise, les fonds propres, l'endettement, l'ensemble des éléments de la rémunération des salariés et dirigeants, les activités sociales et culturelles, la rémunération des financeurs, les flux financiers à destination de l'entreprise et les conséquences environnementales de l'activité de l'entreprise », art. L. 2312-21 C. trav.

8) sous-traitance ; 9) le cas échéant, transferts commerciaux et financiers entre les entités du groupe ; 10) les conséquences environnementales de l'activité de l'entreprise⁶⁸⁶. Avec la BDESE, une transparence accrue est demandée par le législateur, particulièrement concernant les informations sur l'activité et la situation économique et financière de l'entreprise ainsi que sur ses perspectives, où y figurent, pour les sociétés commerciales, les documents qui sont obligatoirement transmis annuellement à l'assemblée générale des actionnaires ou à l'assemblée des associés, comme le rapport de gestion ou le rapport des commissaires aux comptes⁶⁸⁷. Les informations doivent porter sur les deux années précédentes, et sur l'année en cours, tout en intégrant les perspectives sur les années suivantes⁶⁸⁸. Elles doivent être régulièrement mises à jour⁶⁸⁹, sans qu'une périodicité soit fixée légalement, il convient qu'elles le soient *a minima* dans le respect des périodicités respectives des différentes informations récurrentes⁶⁹⁰. Outre une mise à disposition actualisée de la base de données, pour considérer comme valable la communication des informations, elles peuvent également devoir s'accompagner des éléments d'analyse ou d'explication prévus par la loi⁶⁹¹. Le contenu de la BDESE dépasse ainsi largement la seule donnée chiffrée, elle s'accompagne d'éléments d'explication argumentés, bien qu'elle reste principalement quantitative⁶⁹². Il convient enfin de relever que la question environnementale prend une place croissante dans les thèmes à traiter par l'employeur⁶⁹³. Cette tendance se traduit tant par l'ajout des conséquences environnementales au sein de la BDESE, que par l'élaboration de plan de déplacement, obligatoire pour les entreprises de plus de cent salariés⁶⁹⁴.

107. Accessibilité. À défaut d'accord collectif, la BDESE doit être tenue à la disposition des intéressés, obligatoirement sur un support informatique pour les entreprises d'au moins trois cents salariés. En revanche, les entreprises de moins de trois cents salariés ont encore le choix entre un support papier ou un support informatique⁶⁹⁵. La BDESE doit être accessible de façon

⁶⁸⁶ Art. L. 2312-36 C. trav ; art. R. 2312-8 et s. C. trav.

⁶⁸⁷ Art. L. 225-102-1 C. com.

⁶⁸⁸ Art. L. 2312-36 et R. 2312-10 C. trav.

⁶⁸⁹ Art. L. 2312-36 C. trav.

⁶⁹⁰ Art. R. 2312-11 et 2312-12 C. trav.

⁶⁹¹ Art. R. 2312-14 C. trav.

⁶⁹² J.-F. PAULIN, « Social - Base de données économiques et sociales - L'information assure-t-elle la qualité de la délibération ? », *JA*, n° 517, 2015, p. 44.

⁶⁹³ V. notamment à ce sujet, A. CASADO, « Le droit social à vocation environnementale », *D.*, 2019, p. 2425 ; C. VANULS et A. CASADO, « Controverse : Quel droit du travail pour la transition écologique ? », *RDT*, 2022, p. 9 ; Le dossier « Le droit du travail face à la transition écologique », *SSL*, n° 2044-2045, 2023, p. 1-60.

⁶⁹⁴ Loi n° 2015-992 du 17 août 2015 relative à la transition énergétique pour la croissance verte, art. 51.

⁶⁹⁵ Art. R. 2312-12 C. trav.

permanente⁶⁹⁶. On comprend ainsi que la voie numérique a été privilégiée, et ce, pour plusieurs raisons. Tout d'abord l'accès est grandement facilité par le numérique. De plus, les données qui abondent la BDESE sont issues des différents logiciels de gestion⁶⁹⁷, voire, elle peut être intégrée au sein de l'un des logiciels qui l'alimente en partie. Il y a ainsi une automatisation et une facilité technique qui favorise l'usage du numérique. Enfin, la voie numérique répond au mieux à l'exigence d'accessibilité, car la dématérialisation permet de dépasser des contraintes géographiques, en cas d'élus dispersés géographiquement ou s'ils occupent des postes nécessitant de nombreux déplacements et des contraintes temporelles en cas de diversité des horaires de travail.

108. Usage. Cette base de données sert ainsi de support de suivi de la direction de l'entreprise. Elle guide les différentes négociations obligatoires de l'employeur, à cet égard, elle s'impose comme le moyen privilégié pour y parvenir. La BDESE ainsi dématérialisée devient un élément clé de la direction. Outre devenir un nouveau support de l'expression du pouvoir de direction de l'employeur, elle en vient à modifier son expression par son usage. Les chiffres issus de la base de données fondent désormais les décisions de l'employeur. Son action doit même être guidée par ces derniers⁶⁹⁸. Bien qu'il soit nécessaire d'avoir des éléments de l'état de l'entreprise, par exemple concernant les données environnementales⁶⁹⁹, l'obtention des chiffres ne doit pas être une fin en soi. Là est le piège de la multiplication des indicateurs, car ces derniers deviennent l'objet même du dialogue social dans leur élaboration, ce qui a tendance à faire oublier l'objectif principal qui est l'orientation générale de l'entreprise et les actions à mettre en œuvre pour répondre à l'objectif⁷⁰⁰. L'élaboration des indicateurs devient désormais un préalable nécessaire dans le processus de direction. Ce mouvement est d'autant plus observable en ce qui concerne l'égalité professionnelle avec l'élaboration d'un index à ce sujet.

⁶⁹⁶ Art. L. 2312-36 ; Cass. soc., 24 septembre 2019, n° 18-15.504.

⁶⁹⁷ V. *infra*, n° 161.

⁶⁹⁸ V. *infra*, n° 122.

⁶⁹⁹ Un employeur a par exemple été enjoint à communiquer au CSE les conséquences environnementales d'un projet de déménagement, TJ Nantes, 22 décembre 2022, n° 22/01144.

⁷⁰⁰ « La définition d'indicateurs mesurables est un enjeu central et devrait constituer le prochain chantier des pouvoirs publics et des partenaires sociaux nationaux interprofessionnels », F. HOMMERIL et P. PORTIER, « Controverse : Quel droit du travail pour la transition écologique ? », *RDT*, 2022, p. 74.

B- L'index de l'égalité professionnelle comme guide chiffré de l'action de l'employeur

109. Depuis la loi du 5 septembre 2018 pour la liberté de choisir son avenir professionnel⁷⁰¹, toutes les entreprises d'au moins cinquante salariés doivent calculer et publier un index de l'égalité professionnelle entre les hommes et les femmes, chaque année au 1^{er} mars⁷⁰². L'index consiste en une note sur 100 points qui se calcule à partir de quatre à cinq indicateurs, selon la taille de l'entreprise⁷⁰³. Les données correspondent principalement à celles qui figurent au sein de la BDESE. Les indicateurs se concentrent sur les écarts de rémunération, sur la part dite « *inexpliquée* »⁷⁰⁴ d'écart salarial entre les femmes et les hommes, ce, par sexe, tranche d'âge et classification dans l'entreprise. En deçà de 75 points, dans un délai de trois ans, l'entreprise risque une amende pouvant aller jusqu'à 1% de sa masse salariale annuelle. Cet index illustre un cas où l'entreprise est soumise à une obligation guidée par un objectif relevant de la politique publique⁷⁰⁵.

110. Par cet index, qui nécessite l'utilisation des tableaux de bord et de données issues notamment de logiciel du Système d'Information des Ressources Humaines⁷⁰⁶, la politique de l'entreprise se trouve subordonnée à un indicateur chiffré, autrement dit, à note à atteindre. Si la note est inférieure à 75 points⁷⁰⁷, outre une éventuelle sanction, la société est enjointe à analyser son résultat pour élaborer un accord, ou, à défaut, un plan d'action qui devra comporter des objectifs nécessairement chiffrés dans neuf domaines d'actions ciblés⁷⁰⁸. Depuis le décret du 25 février 2022⁷⁰⁹, lorsque l'index est inférieur à 85 points, l'employeur doit fixer des

⁷⁰¹ Loi n° 2018-771 du 5 septembre 2018 pour la liberté de choisir son avenir professionnel.

⁷⁰² Art. D. 1142-4 à D. 1142-14 C. trav.

⁷⁰³ Art. L. 1142-7 et s. C. trav.

⁷⁰⁴ M. PEYRONNET, « L'usage des algorithmes et de l'IA dans le recrutement : une occasion de (ne) plus discriminer ? », dans *Intelligence artificielle, gestion algorithmique du personnel et droit du travail*, Dalloz, coll.« Thèmes et commentaires », 2020, p. 148 ; DARES Analyses, *Ségrégation professionnelle et écarts de salaires femmes-hommes*, 2015.

⁷⁰⁵ A. SUPIOT, *La gouvernance par les nombres*, op. cit., p. 223.

⁷⁰⁶ V. à ce sujet, *infra*, n° 162.

⁷⁰⁷ Art. L. 1142-8 C. trav. La méthode de calcul et la détermination du niveau de résultat obtenu figurent à l'annexe I de l'art. D. 1142-2 et l'annexe II de l'art. D. 1142-1 C. trav.

⁷⁰⁸ L'embauche ; la formation ; la promotion professionnelle ; la qualification ; la classification ; les conditions de travail ; la santé et sécurité au travail ; la rémunération effective ; l'articulation entre l'activité professionnelle et l'exercice des responsabilités familiales.

⁷⁰⁹ Décret n° 2022-243 du 25 février 2022 relatif aux mesures visant à supprimer les écarts de rémunération entre les femmes et les hommes dans l'entreprise prévues par l'article 13 de la loi visant à accélérer l'égalité économique et professionnelle et par l'article 244 de la loi n° 2020-1721 du 29 décembre 2020 de finances pour 2021.

objectifs de progression de chacun de ces indicateurs⁷¹⁰. L'ensemble des décisions va donc s'appuyer sur la note de l'index et sur un ensemble d'objectifs chiffrés. L'index est un exemple frappant d'une volonté de rationalisation, par le chiffre⁷¹¹ et les logiciels de gestion de ressources humaines⁷¹², des décisions pour lutter ici contre la discrimination entre les hommes et les femmes⁷¹³. Il illustre également comment le législateur a imposé le « calculable » comme source de la direction de l'activité. Dans le cas de l'index, on pourrait penser qu'il s'agit d'une rationalisation axiologique, par l'objectif de lutte contre la discrimination que poursuit l'index. Cependant il est possible d'y voir, dans la pratique, une rationalité parfois instrumentale⁷¹⁴. Afin de comprendre l'usage qui est fait de cet index, il convient de s'interroger sur la construction et la pertinence des indicateurs (1), pour ensuite observer l'exploitation, parfois limitée, des résultats issus de leur calcul (2).

1- L'élaboration discutable des indicateurs

111. Le nécessaire questionnement de la pertinence des indicateurs. Différents indicateurs viennent composer cette note sur 100 points⁷¹⁵. Le premier concerne l'écart de rémunération entre les femmes et les hommes ; le deuxième l'écart de taux d'augmentation entre les femmes et les hommes ; le troisième, pour les entreprises de plus de 250 salariés, l'écart de taux de promotions ; le quatrième le pourcentage de salariées augmentées dans l'année suivant leur retour de congé maternité⁷¹⁶ ; le cinquième le nombre de salariés du sexe sous-représenté parmi les dix plus hautes rémunérations. Il convient d'analyser l'élaboration des différents indicateurs pour apprécier la pertinence réelle de l'index.

⁷¹⁰ Art. D. 1442-6-1 C. trav.

⁷¹¹ V. à ce sujet, A. SUPIOT, *La gouvernance par les nombres*, op. cit., p. 223.

⁷¹² V. sur le SIRH, *infra*, n° 161 et s.

⁷¹³ Art. L. 1132-1 C. trav. ; V. notamment, Cass. soc., 29 octobre 1996, n° 92-43.680, *GADT*, 4e éd., n° 71 ; *D.* 1998, *Somm.* p. 259, *obs. M.-T. Lanquetin* ; *ibid.* 1997, *Chron.* p. 45, *spéc. p. 50*, *obs. P. Langlois* ; *Dr. soc.* 1996, p. 1013, *note A. Lyon-Caen* ; *RJS* 1996, p. 821, n° 1272 ; *LPA* 22 nov. 1996, *note Picca*.

⁷¹⁴ V. sur la distinction entre rationalisation instrumentale et axiologique, *supra*, n° 57.

⁷¹⁵ V. sur les règles de calcul, C. TERRENOIRE, « Égalité de rémunération femmes-hommes : règles et principes généraux », *JCP S*, n° 10, 2019, 1075 ; C. TERRENOIRE, « Égalité de rémunération femmes-hommes : calcul des indicateurs », *JCP S*, n° 10, 2019, 1076.

⁷¹⁶ Conformément aux dispositions de l'art. L. 1225-26 du Code du travail issu de la loi n° 2006-340 du 23 mars 2006 relative à l'égalité salariale entre les hommes et les femmes.

112. Le premier indicateur agrège des moyennes de salaires par groupes de comparaison en fonction de la tranche d'âge⁷¹⁷ et des « *catégories de postes équivalents* » dans l'entreprise, en fonction des niveaux ou coefficients hiérarchiques de la classification de branche, ou de la méthode de cotation appliquée par l'entreprise, ou des quatre catégories socioprofessionnelles⁷¹⁸. Or, les différents groupes n'ont pas vocation à « *aboutir à une construction des catégories par métier ou par fonction. Les catégories doivent au contraire inclure plusieurs métiers afin de corriger les biais liés à la non-mixité de certains métiers* »⁷¹⁹. Cet indicateur n'a ainsi pas vocation à vérifier l'application du principe « *à travail égal, salaire égal* »⁷²⁰, mais à encourager la mixité des métiers. Le groupe de comparaison rassemblent, en effet, des salariés exerçant des métiers, des anciennetés et des durées d'expériences différentes⁷²¹. Il convient donc déjà de noter la volonté d'influence du législateur quant à la direction de l'entreprise et ses choix stratégiques en la sanctionnant par une note. À la lumière de cet objectif, les entreprises ont tout intérêt à être particulièrement précises quant à la répartition des postes pour réduire l'hétérogénéité des profils⁷²². Des difficultés peuvent alors se poser pour les plus petites entreprises, qui ne mettent pas nécessairement en œuvre des classifications élaborées au sein de leur entreprise, et qui risquent de se voir pénaliser lors du calcul de la note.

113. Le deuxième indicateur concerne le taux d'augmentation entre les femmes et les hommes. Cet indicateur peut être considéré comme étant incomplet, car il ne se préoccupe que du nombre d'hommes et de femmes augmentés individuellement sans y inclure l'importance du montant de l'augmentation. Il serait pertinent d'inclure le taux d'augmentation en sus de la répartition de celle-ci entre hommes et femmes⁷²³. Il est donc possible de douter de l'efficacité de cet indicateur d'autant plus, que les augmentations concernées sont celles qui sont liées à la performance individuelle du salarié⁷²⁴, dont la décision relève du pouvoir d'appréciation de

⁷¹⁷ Il y a quatre tranches d'âge : moins de 30 ans, de 30 à 39 ans, de 40 à 49 ans, 50 et plus.

⁷¹⁸ Ouvrier, employé, technicien et agent de maîtrise, ingénieur et cadre.

⁷¹⁹ Min. trav., Q/R, 14 février 2019, mis à jour 14 mai, 4 juillet, 29 novembre 2019, puis 4 et 28 février 2020.

⁷²⁰ Cass. soc., 29 octobre 1996, n° 92-43.680, *GADT*, 4e éd., n° 71; *D.* 1998, *Somm. p.* 259, *obs. M.-T. Lanquetin*; *ibid.* 1997, *Chron. p.* 45, *spéc. p.* 50, *obs. P. Langlois*; *Dr. soc.* 1996, *p.* 1013, *note A. Lyon-Caen*; *RJS* 1996, *p.* 821, n° 1272; *LPA* 22 nov. 1996, *note Picca, op. cit.*

⁷²¹ C. TERRENOIRE, « L'Index de l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes », *JCP E*, n° 12, 2020, 1134.

⁷²² C. CORON, E. BOUSSARD-VERRECCHIA, K. BERTHOU et D. MEURS, « Quelle efficacité attendre des indicateurs pour mesurer les écarts de rémunération entre les femmes et les hommes ? », *RDT*, 2019, p. 147.

⁷²³ F. PETIT, « Les éléments constitutifs de la rémunération pour l'application de l'index de l'égalité entre les femmes et les hommes », *Dr. soc.*, 2020, p. 53.

⁷²⁴ M.-C. ESCANDE-VARNIOL et J.-F. PAULIN, « La performance du salarié confronté au droit du travail », *Travail et Emploi*, n° 98, 2004, p. 95-108; P.-E. BERTHIER, *La récompense en droit du travail, op. cit.*, p. 209; M. ROUSSEL, *L'évaluation professionnelle des salariés, op. cit.*, p. 273.

l'employeur⁷²⁵, qui doit certes s'appuyer sur des éléments objectifs⁷²⁶, mais également pertinents⁷²⁷.

114. Le troisième indicateur, qui concerne les entreprises de plus de 250 salariés, sert à mesurer l'écart de taux de promotions. Il est calculé de la même manière que le deuxième indicateur, mais appliqué aux promotions, autrement dit, dès lors que le changement de rémunération s'accompagne d'une modification du niveau de qualification⁷²⁸. Il convient de noter que l'attribution des promotions relève là encore de la performance individuelle des salariés ainsi que du pouvoir de direction de l'employeur. Cette performance se rapportant à l'activité de l'entreprise par l'atteinte de résultat de vente, d'un chiffre d'affaires, etc⁷²⁹. L'index viendrait donc rationaliser la décision de l'employeur vers un objectif quantitatif d'attribution paritaire des promotions. Néanmoins, à la différence de l'indicateur précédent, un tel indicateur peut avoir pour effet d'influencer l'organisation d'un accès aux formations et aux évolutions de carrières⁷³⁰ en faveur le cas échéant du groupe sous-représenté par l'indicateur, car il implique une évolution de la situation du salarié au-delà de sa seule rémunération. Ce qui incite l'employeur à réfléchir par exemple son plan de développement des compétences à l'aune de cet objectif. La limite cependant est toujours l'approche quantitative, et non qualitative, propre à l'élaboration de l'indicateur.

115. Le quatrième indicateur sanctionne la bonne application des dispositions de l'article L.1225-26 du Code du travail, qui impose d'augmenter les salariées à leur retour de congé maternité. Le résultat de l'indicateur est binaire : soit l'entreprise a accordé cette augmentation

⁷²⁵ V. sur le pouvoir d'évaluation, *infra*, n° 233.

⁷²⁶ S'il appartient au salarié qui invoque une atteinte au principe « à travail égal, salaire égal » de soumettre au juge les éléments de faits susceptibles de caractériser une inégalité de rémunération, il incombe à l'employeur de rapporter la preuve d'éléments objectifs justifiant cette différence. Cass. soc., 13 janvier 2004, n° 01-46.407, *Dr. soc.* 2004. 307, *obs. Radé* ; Cass. soc., 28 septembre 2004, n° 03-41.825, *Dr. soc.* 2004. 1144, *obs. Radé* ; *RJS* 2004. 905, n° 1287 ; *Dr. ouvrier* 2005. 65 ; Cass. soc., 25 mai 2005, n° 04-40.169, *D.* 2005. IR 1655 ; *D.* 2006. Pan. 33, *obs. Jeammaud*.

⁷²⁷ V. *infra*, n° 130 ; L'employeur ne peut opposer son pouvoir discrétionnaire pour se soustraire à son obligation de justifier de façon objective et pertinente une différence de rémunération. Cass. soc., 30 avril 2009, n° 07-40.527, *D.* 2009. AJ 1420, *obs. Perrin* ; *ibid.* Pan. 2128, *obs. Auber* ; *RDT* 2009. 516, *obs. Aubert-Monpeyssen* ; *RJS* 2009. 561, n° 631 ; *Dr. soc.* 2009. 1006, *obs. Radé* ; *JSL* 2009, n° 256-5 ; *Dr. ouvrier* 2009. 459, *obs. Ménard* ; *SSL* 2009, n° 1399, p. 10.

⁷²⁸ « Dans la loi et le décret, il existe peu d'éléments pour déterminer ce que l'on définit comme une promotion ; il pourrait s'agir, au plus bas, d'un changement de coefficient dans la grille des classifications et, dans une appréciation idéale, d'un changement de qualification », F. PETIT, « Les éléments constitutifs de la rémunération pour l'application de l'index de l'égalité entre les femmes et les hommes », *Dr. soc.*, 2020, p. 53 ; Néanmoins, la Cour de cassation l'a défini comme étant le « passage d'un emploi de niveau ou de qualification supérieur ou par l'évolution significative du contenu des activités exercées par le salarié justifiant le passage à un niveau de qualification supérieur », Cass. soc., 25 juin 2007, n° 05-45.298, *JCP S* 2007, 1667, *note S. Brissy. Ibid.*

⁷²⁹ P.-E. BERTHIER, *La récompense en droit du travail*, *op. cit.*, p. 219-220.

⁷³⁰ C. TERRENOIRE, « L'Index de l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes », *op. cit.*, p. 57.

et elle obtient l'ensemble des points, soit elle ne l'a pas appliqué, que ce soit pour l'ensemble des salariées concernées ou pour une partie, et l'entreprise n'obtient aucun point. Ce calcul peut sembler simpliste, mais il permet de sanctionner la bonne application de la législation relative au retour du congé maternité. Néanmoins, il peut être surprenant de constater que l'absence d'application d'une obligation légale ne fait perdre finalement que très peu de points, l'indicateur ne correspondant qu'à 15 points, et n'empêche pas l'entreprise d'atteindre la note requise de 75/100. Implicitement, le législateur admet que cette disposition puisse ne pas être respectée par l'entreprise⁷³¹, sans méconnaître l'objectif du score à atteindre par l'index. La méconnaissance d'une obligation légale devrait s'opposer à la possibilité d'obtenir le score requis.

116. Enfin, le cinquième indicateur illustre le mieux les objectifs de l'index. Il y a une volonté de lutter contre le déséquilibre entre les hommes et les femmes parmi les dix plus hautes rémunérations. L'index enjoint au sein de ce cinquième indicateur d'indiquer le nombre d'hommes et de femmes au sein des dix plus hautes rémunérations de l'entreprise. Cependant, là encore, la législation relative à l'index ne prévoit aucune justification possible par l'ancienneté, le parcours professionnel ou encore l'expérience⁷³². Cela montre le véritable objectif de l'index, qui va au-delà de l'application de la loi, selon le principe « *à travail égal, salaire égal* ». Il est cherché ici une égalité de rémunération, non pas seulement sur un poste similaire, mais de façon plus générale par le calcul de l'accès aux postes les plus rémunérateurs. L'objectif est bien d'inciter l'employeur à rechercher la parité dans les postes les plus rémunérateurs de l'entreprise, dans une logique complémentaire d'égalité des chances⁷³³. Cet indicateur peut néanmoins se heurter à l'existence de justifications objectives de l'existence d'une différence de traitement.

117. Les limites de la simplification par le calcul. L'étude de l'ensemble des indicateurs montre les limites inhérentes à la volonté de simplification par le chiffre. De nombreux paramètres, propres à éclairer sur les différences de salaires entre les femmes et les hommes, sont éludés du calcul des indicateurs, ce qui a pour conséquence de limiter en partie la pertinence de ces derniers. Par exemple, l'ancienneté sur le poste ou les expériences

⁷³¹ V. en ce sens, B. LOPEZ, « La place du droit du travail dans l'investissement socialement responsable », dans *Le droit social en dialogue. Européanisation, mondialisation, croisements disciplinaires. Mélanges en l'honneur Marie-Ange Moreau.*, Bruylant, 2022, p. 304.

⁷³² C. TERRENOIRE, « L'Index de l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes », *op. cit.*

⁷³³ A. GARDIN, « Égalité professionnelle entre les femmes et les hommes », dans *Répertoire de droit du travail*, Dalloz, 2020, n° 73.

professionnelles précédentes ne sont pas prises en compte lors du calcul. Or, ces éléments sont de nature à expliquer d'éventuels écarts de salaires, et au-delà, à justifier objectivement de façon pertinente l'existence d'une différence de traitement. L'index vient rationaliser la décision de l'employeur, qui devra prendre ses décisions au regard de ces indicateurs chiffrés. De plus, le caractère quantitatif de l'index peut rendre le calcul difficile. Il est, en effet, prévu de considérer comme étant incalculable l'indicateur dont « *l'effectif total retenu est inférieur à 40% de l'effectif devant être pris en compte pour le calcul de l'ensemble des indicateurs* »⁷³⁴. Or, l'existence d'indicateurs considérés comme étant incalculables influence le calcul du score, qui sera soit calculé proportionnellement, soit, si les indicateurs incalculables portent le nombre maximal de points pouvant être obtenus inférieur à 75, ne sera pas établi⁷³⁵. Autant d'éléments manquants qui traduisent une volonté du législateur d'une comparaison globale qui peut être discutable et qui démontre la présomption d'objectivité dont bénéficient les indicateurs chiffrés, qui doivent cependant appeler à une lecture critique.

2- L'exploitation limitée des résultats

118. L'exploitation des résultats. L'ensemble de ces indicateurs aboutissent à l'attribution d'un score. Celui-ci devra être publié sur le site internet de l'entreprise et être transmis pour être publié sur le site internet du ministère chargé du travail⁷³⁶. Il est appliqué une logique de « *name and shame* »⁷³⁷ pour inciter les entreprises à améliorer leur note, face à l'importance croissante de la réputation des entreprises⁷³⁸. Depuis le décret du 25 février 2022⁷³⁹, outre la note globale, les entreprises devront également publier les résultats obtenus pour chaque indicateur de façon visible et lisible sur leur site internet⁷⁴⁰.

⁷³⁴ Décret n° 2019-15 du 8 janvier 2019 portant application des dispositions visant à supprimer les écarts de rémunération entre les femmes et les hommes dans l'entreprise et relatives à la lutte contre les violences sexuelles et les agissements sexistes au travail.

⁷³⁵ A. GARDIN, « Égalité professionnelle entre les femmes et les hommes », dans *Répertoire de droit du travail*, Dalloz, 2020, n° 79.

⁷³⁶ Art. L. 1142-8 C. trav.

⁷³⁷ Y.-M. LARHER, *Le droit du travail à l'heure du numérique*, op. cit., p. 571.

⁷³⁸ V. notamment à ce sujet, F. BRUGIÈRE, « La protection de l'e-réputation de l'entreprise », dans *L'entreprise face aux défis du numérique*, Mare & Martin, coll.« Droit privé & sciences criminelles », 2018, p. 179-195.

⁷³⁹ Décret n° 2022-243 du 25 février 2022 relatif aux mesures visant à supprimer les écarts de rémunération entre les femmes et les hommes dans l'entreprise prévues par l'article 13 de la loi visant à accélérer l'égalité économique et professionnelle et par l'article 244 de la loi n° 2020-1721 du 29 décembre 2020 de finances pour 2021.

⁷⁴⁰ Art. L. 1142-8 et D. 1142-4 C. trav.

119. De plus, si la note est inférieure à 75/100, l'entreprise doit alors définir des mesures de correction dans le cadre de la négociation relative à l'égalité professionnelle ou, à défaut d'accord, par décision unilatérale de l'employeur après consultation du CSE⁷⁴¹. Tout en sachant qu'il y a d'une part une obligation de moyen par la négociation⁷⁴², d'autre part une obligation de résultat dans l'obtention d'une note au moins égale à 75/100. À défaut d'une telle note l'entreprise encourt, en effet, une sanction pouvant aller jusqu'à 1% de sa masse salariale⁷⁴³. En outre, lorsque l'index est inférieur à 85 points, l'employeur doit fixer des objectifs de progression de chacun des indicateurs et les transmettre au CSE par l'intermédiaire de la BDESE⁷⁴⁴. Ces mesures correctives ainsi que les objectifs de progression doivent être publiés en ligne sur la même page que la note globale de l'index et les résultats obtenus pour chaque indicateur, à partir du moment où l'accord ou la décision unilatérale est transmis auprès du ministère du Travail⁷⁴⁵. Enfin, à compter du 1^{er} mars 2029, les entreprises d'au moins 1000 salariés qui ne remplissent pas l'objectif fixé par la loi de représentation au sein des postes de direction seront passibles d'une pénalité financière⁷⁴⁶. Autant de mesures qui montrent la volonté du législateur de multiplier les sanctions en cas de score insuffisant.

120. L'élaboration d'un plan d'action. Au sein de l'accord ou du plan d'action, les domaines d'action sont encadrés par le législateur⁷⁴⁷. Dans chaque domaine d'action, l'entreprise doit fixer des objectifs de progression, programmer des actions permettant de les atteindre, et se doter d'indicateurs chiffrés pour suivre ces objectifs et ces actions. Ces indicateurs doivent permettre de mesurer la réalisation des actions prévues. Les mesures correctives sont elles aussi guidées par des objectifs chiffrés et une volonté d'objectivation de la décision. Le législateur impose que l'accord ou le plan d'action soit fondé sur des critères clairs, précis et opérationnels pour déterminer les objectifs à suivre⁷⁴⁸. Pour inciter les entreprises à améliorer leur score au

⁷⁴¹ Art. L. 1142-9 C. trav.

⁷⁴² Art. L. 2248-8 C. trav.

⁷⁴³ Art. L. 1142-10 C. trav.

⁷⁴⁴ Art. D. 1442-6-1 C. trav. Ces mesures doivent être transmises au ministère du Travail.

⁷⁴⁵ Art. D. 1142-4 C. trav. ; « ces publications restent consultables en ligne jusqu'à ce que l'entreprise obtienne un résultat d'au moins 75 points (pour les mesures correctives) ou d'au moins 85 points (pour les objectifs de progression). Elles sont portées à la connaissance des salariés par tout moyen », G. PIGNARRE, « Suppression des écarts de rémunération entre les femmes et les hommes dans l'entreprise : la politique des petits pas ferait-elle son chemin ? », *RDT*, 2022, p. 391.

⁷⁴⁶ Décret n° 2023-370 du 15 mai 2023 relatif à la procédure de pénalité en matière de répartition de chaque sexe parmi les cadres dirigeants et les membres des instances dirigeantes.

⁷⁴⁷ Il doit porter sur trois, pour les entreprises de moins de 300 salariés, ou quatre, pour les entreprises d'au moins de 300 salariés, des neuf domaines d'action prévus au sein de l'article R. 2242-2 C. trav.

⁷⁴⁸ Art. L. 2242-3 C. trav.

plus vite, les mesures de correction devront faire l'objet d'une communication externe et interne, avec la publication des objectifs de progression de chacun des indicateurs⁷⁴⁹.

121. Direction par le score. Le risque de cette volonté de rationalisation de l'action de l'employeur consiste principalement à ce que l'entreprise ne vise qu'à obtenir la note escomptée, en contournant éventuellement l'objectif de lutte contre les inégalités entre les femmes et les hommes, aucune mesure n'étant à adopter si l'entreprise a obtenu un score suffisant. Il y aurait alors un basculement d'une rationalité qui se voulait axiologique, vers une rationalité instrumentale, par l'usage du calcul tant comme moyen que fin. En effet, la finalité annoncée est celle de l'égalité professionnelle. Cependant, en étant matérialisée par un score, il devient ainsi la fin de l'index, dont le moyen pour y parvenir consiste dans le calcul des différents indicateurs. Ce qui conduit à une exploitation limitée des résultats de l'index, par rapport à l'objectif escompté. L'objectivité présumée par le chiffre et la vérifiabilité par le calcul ne sont pas nécessairement synonymes de pertinence, et peuvent amener à des contournements du but initial. Ces indicateurs servent de support aux décisions de l'employeur et vont même les guider. Or, la présomption d'objectivité qui entoure ces éléments « *calculables* » n'est pas exempte de biais. Une telle tendance traduit une volonté de rationalisation de la décision par le calcul, comme en atteste récemment la proposition sur l'élaboration d'un index senior⁷⁵⁰. La liste des index pourrait ainsi s'allonger⁷⁵¹.

§2 : La justification de la décision de l'employeur par le calcul

122. À l'ère numérique, l'outil technologique est utilisé pour rationaliser la décision⁷⁵². Autrement dit, il existe une recherche de contrôle dans l'exercice du pouvoir aux fins d'observer s'il est fait avec raison⁷⁵³. Le droit du pouvoir⁷⁵⁴ se trouve désormais guidé par sa

⁷⁴⁹ Loi n° 2021-1774 du 24 décembre 2021 visant à accélérer l'égalité économique et professionnelle.

⁷⁵⁰ Projet de loi de financement rectificative de la sécurité sociale pour 2023 du 16 mars 2023, art. 2. Cette proposition a cependant été censurée, Cons. const., 14 avril 2023, n° 2023-849 DC.

⁷⁵¹ A. LYON-CAEN, « A l'index », *RDT*, 2023, p. 149.

⁷⁵² Sur la rationalisation de l'action de l'employeur, A. FABRE, *Le régime du pouvoir de l'employeur*, *op. cit.*, p. 111 ; Sur les liens entre rationnel et raisonnable, P.-Y. VERKINDT, « Le raisonnable en droit du travail », dans *Standards, principes et méthodes en droit du travail*, Economica, coll.« Collection Études juridiques », n° 35, 2010, p. 46-50.

⁷⁵³ A. PERULLI, « Rationalité et contrôle des pouvoirs de l'employeur », *op. cit.*

⁷⁵⁴ P. LOKIEC, *Contrat et pouvoir*, *op. cit.* ; A. FABRE, *Le régime du pouvoir de l'employeur*, *op. cit.*

rationalisation, qui fonderait ainsi sa légitimité⁷⁵⁵. Dans cette logique, la « *raison numérique* » l'emporterait sur « *la sagesse de la raison humaine* »⁷⁵⁶ en tant que justificatif objectif de la décision. Cette tendance traduit une volonté d'objectivité par le recours à la quantification dans la prise de décision de l'employeur (A). Une fois les critères définis, il existe ainsi une recherche d'automatisation de la décision, avec les nouvelles possibilités qu'offrent les outils numériques (B).

A- *La volonté d'objectivation de la décision*

123. L'établissement d'indicateurs chiffrés est censé retranscrire une image fidèle de l'entreprise, destinée à guider sa direction. Cette rationalisation par le chiffre traduit une recherche de la vérité⁷⁵⁷, qui est supposée se révéler par les outils numériques. En ce sens, la décision de l'employeur doit être guidée par une image fidèle de l'entreprise, qui est censée être retranscrite par le numérique et le recours au calcul. Les indicateurs sont « *un mode d'expression qui reste au service d'une évaluation organisationnelle ou marchande* »⁷⁵⁸. Néanmoins, il existe une objectivité présumée dès lors qu'une décision est fondée sur le nombre. Or, il convient de souligner qu'en fonction des indicateurs choisis, cette recherche peut être biaisée. Les indicateurs ne sont pas neutres, mais traduisent, en effet, une volonté et donc une certaine subjectivité. Au sein du droit du travail, il existait évidemment un impératif d'objectivité, avant l'apparition du numérique⁷⁵⁹. Cependant, la décision de l'employeur est désormais guidée par le calcul qui semble bénéficier d'une présomption d'objectivité (1). Or, une telle présomption d'objectivité du nombre ne doit pas empêcher de questionner sa pertinence (2).

⁷⁵⁵ A. SUPIOT, *Homo juridicus : essai sur la fonction anthropologique du droit*, Éditions du Seuil, 2005, p. 223.

⁷⁵⁶ M. MEKKI, « Les fonctions de la responsabilité civile à l'épreuve du numérique : l'exemple des logiciels prédictifs », *Dalloz IP/IT*, n° 12, 2020, p. 672.

⁷⁵⁷ V. sur la vérité et la justice, A. SUPIOT, « Poïétique de la justice », dans *Le droit malgré tout. Hommage à François Ost*, Facultés Universitaires Saint-Louis Bruxelles, 2018, p. 348 et s.

⁷⁵⁸ T. SACHS, *La raison économique en droit du travail*, op. cit., p. 329.

⁷⁵⁹ V. pour une étude en droit du travail, V. ILIEVA, *L'exigence d'objectivité en droit du travail*, op. cit.

1- L'objectivité présumée du numérique

124. L'exigence d'objectivité. Il existe en droit du travail une exigence de justification de la décision⁷⁶⁰, et plus précisément une exigence d'objectivité de celle-ci. L'employeur doit justifier que les choix qu'il opère, que ce soit pour la direction économique⁷⁶¹ ou la direction du personnel⁷⁶², qui doivent être guidés par des raisons objectives. L'objectivité se définit comme étant la « *représentation exacte de la réalité matérielle ou juridique* ». Elle est également l'« *aptitude à en rendre fidèlement compte dans le discernement et la probité, sans préjugé, partialité ni arbitraire* »⁷⁶³. L'objectivité s'oppose ainsi à l'arbitraire et correspond, avec l'utilisation croissante des données par le numérique, à la retranscription d'une image fidèle de la vérité, qui est vérifiable, garante de l'absence de subjectivité. L'exigence d'objectivité répond à une volonté de « *civiliser* » les pouvoirs de l'employeur⁷⁶⁴. La justification de la décision permet de la légitimer et de garantir son bon fondement. Par un fondement chiffré, possible à l'aide des outils numériques, nous sommes face à une objectivité que l'on pourrait qualifier de mécanique⁷⁶⁵ avec le développement de nombreux indicateurs⁷⁶⁶. Certains auteurs ont même pu considérer que l'utilisation du numérique, dans l'exercice du pouvoir de direction, brouillait l'identification de l'employeur, mais renforçait parallèlement la prégnance du pouvoir par cette objectivation⁷⁶⁷. Autrement dit, l'usage du numérique dissimule le visage de l'employeur, tout en renforçant l'exercice de son pouvoir de direction, par son objectivation qui le rendrait *a priori* indiscutable, car légitimé par le calcul. Cette tendance a pu se traduire dans la justification que doit connaître la décision du licenciement économique avec l'usage d'indicateur chiffré comme justificatif de la décision.

125. L'exemple du licenciement économique. Le licenciement économique doit, en effet, comprendre une cause matérielle et une cause justificative⁷⁶⁸. À cet égard, le motif économique

⁷⁶⁰ V. notamment, P. LOKIEC, *Droit du travail, op. cit.*, p. 245-246.

⁷⁶¹ V. T. SACHS, *La raison économique en droit du travail, op. cit.*

⁷⁶² F. GUIOMARD, *La justification des mesures de gestion du personnel, essai sur le contrôle du pouvoir de l'employeur, op. cit.* ; V. *infra*, n° 146.

⁷⁶³ V. « Objectivité », G. CORNU, *Vocabulaire juridique, op. cit.*, p. 702.

⁷⁶⁴ A. SUPIOT, *Critique du droit du travail, op. cit.*, p. 124.

⁷⁶⁵ V. ILIEVA, *L'exigence d'objectivité en droit du travail, op. cit.*, p. 278.

⁷⁶⁶ V. notamment, *supra*, n° 103. V. pour des exemples d'outils d'aide à la décision, F. G'SELL, « Les décisions algorithmiques », dans *Le big data et le droit*, Dalloz, coll.« Thèmes et commentaires. Actes », 2020, p. 89.

⁷⁶⁷ « *Le pouvoir de l'employeur s'évanouit [...] derrière la mise en œuvre des technologies numériques et de l'intelligence artificielle, mais il n'en est pas moins présent, d'autant plus présent et puissant qu'il est objectivé* », P.-Y. VERKINDT, « Intelligence artificielle, travail et droit du travail », dans *Droit de l'intelligence artificielle*, 1^{re} éd., LGDJ, coll.« Les Intégrales », 2019, p. 307.

⁷⁶⁸ P. LOKIEC, *Droit du travail, op. cit.*, p. 316 et s.

suppose tout d'abord la « *suppression ou transformation d'emploi ou d'une modification refusée par le salarié* »⁷⁶⁹. Une fois cette cause matérielle établie, l'employeur doit justifier que celle-ci est consécutive à une cause justificative qui correspond à des difficultés économiques, des mutations technologiques, une réorganisation de l'entreprise nécessaire à la sauvegarde de sa compétitivité ou à la cession d'activité de l'entreprise⁷⁷⁰. L'ensemble de ces justificatifs doivent s'appuyer sur des indicateurs comptables, fondant ainsi la décision de l'employeur sur un calcul d'indicateur objectif.

126. Les indicateurs comptables issus de la « loi Travail ». Par la loi du 8 août 2016⁷⁷¹, le législateur a souhaité « *objectiver* » ce que l'on doit entendre par des difficultés économiques susceptibles de justifier un licenciement⁷⁷², afin de donner des repères face à une jurisprudence qui avait pu être considérée comme fluctuante sur le sujet⁷⁷³. Pour ce faire, elle a fixé une série d'indicateurs chiffrés, comprenant par exemple le chiffre d'affaires ou les pertes d'exploitation, dont l'évolution peut fonder le caractère réel et sérieux du licenciement pour motif économique. Déjà auparavant, la jurisprudence exigeait une preuve des difficultés économiques d'une certaine gravité⁷⁷⁴ et considérait ainsi que « *la réalisation d'un chiffre d'affaires moindre durant l'année ayant précédé le licenciement* »⁷⁷⁵, ou encore la perte d'un marché⁷⁷⁶, ne pouvaient suffire à constituer un motif économique. Le Code du travail va désormais au-delà de la méthode du faisceau d'indices⁷⁷⁷, répondant à un « *besoin de prévisibilité qui s'exprime fortement du côté des entreprises* »⁷⁷⁸. Le législateur a, en effet, décidé d'inscrire dans la loi une liste d'indicateurs économiques non plus cumulatifs mais alternatifs⁷⁷⁹. Une telle liste traduit l'encouragement par le législateur d'un recours au calculable et d'une confiance croissante dans le chiffre comme élément objectif de la prise de décision de l'employeur. Il convient de constater ici une volonté d'objectivation de la décision écartant, pour les deux premiers indicateurs de l'article L. 1233-3, 1° du Code du travail (baisse des commandes ou du

⁷⁶⁹ Art. L. 1233-3 C. trav.

⁷⁷⁰ Art. L. 1233-3 C. trav.

⁷⁷¹ Loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels.

⁷⁷² F. GÉA, « Comprendre... ou pas », *RDT*, 2016, p. 170.

⁷⁷³ M. HAUTEFORT, « Difficultés économiques : comment apprécier l'évolution "significative" d'un indicateur », *JSL*, n° 560, 2023, p. 25.

⁷⁷⁴ Cass. soc., 6 juillet 1999, n° 97-41.036, *RJS* 1999. 767, n° 1236 ; *JSL* 1999, n° 42-5.

⁷⁷⁵ Cass. soc., 13 septembre 2012, n° 11-18.480.

⁷⁷⁶ Cass. soc., 29 janvier 2014, n° 12-15.925.

⁷⁷⁷ Cass. soc., 1er février 2011, n° 09-68.039.

⁷⁷⁸ Compte rendu n° 35 de la Commission des affaires sociales, mardi 29 mars 2016, audition de Mme Myriam El Khomri.

⁷⁷⁹ E. COULOMBEL, T. SACHS et Y. TARASEWICZ, « Les juges doivent-ils plier devant la définition comptable du motif économique de licenciement ? », *RDT*, 2016, p. 662.

chiffre d'affaires)⁷⁸⁰, l'appréciation des difficultés économiques par le juge, avec l'établissement d'une présomption, ayant pour conséquence la limitation du champ de l'argumentation judiciaire⁷⁸¹. Ce qui n'avait pas manqué d'inquiéter quant à la marge d'appréciation que pouvait désormais avoir le juge.

127. L'appréciation des indicateurs par le juge. Même si les juges se fondaient déjà sur ces indicateurs, la différence réside dans la combinaison qui est réalisée à l'appui du contrôle du motif économique⁷⁸². Il appartient en effet aux juges « *d'apprécier le caractère sérieux du motif économique invoqué* »⁷⁸³, en contrôlant notamment si « *les difficultés économiques dont l'employeur fait état* » sont « *de nature à justifier une suppression d'emploi* »⁷⁸⁴. La Cour de cassation a déjà eu à se prononcer sur l'application des dispositions issues de la loi Travail. À cette occasion, elle a fixé la durée d'appréciation de la baisse significative des commandes ou du chiffre d'affaires, en précisant qu'elle doit s'apprécier « *au cours de la période contemporaine de la notification de la rupture du contrat de travail par rapport à celui de l'année précédente de la même période* »⁷⁸⁵. La Cour de cassation consacre ainsi une analyse qui élargit la fonction de l'indicateur comptable au-delà de la seule sécurisation juridique de l'employeur, en cherchant à éviter les licenciements qui reposeraient sur « *des circonstances conjoncturelles ou des fluctuations réversibles* »⁷⁸⁶. Elle semblait ainsi s'être livrée à une appréciation mécanique⁷⁸⁷, selon laquelle dès lors que le chiffre d'affaires repart à la hausse, même si cette hausse est infime, durant la période de référence, la caractérisation des difficultés économiques devait être exclue.

128. Cependant, la Haute juridiction est venue préciser que si la réalité de l'indicateur économique relatif à la baisse du chiffre d'affaires ou des commandes au cours de la période de

⁷⁸⁰ Dès lors qu'il existe une « *baisse significative* », et que la « *durée de cette baisse [...], en comparaison avec la même période de l'année précédente* » atteint le nombre de trimestres fixé par la loi. V. P. MORVAN, « Définition des difficultés économiques », *JCP S*, n° 10, 2023, 1067.

⁷⁸¹ C. WOLMARK, « Les difficultés économiques à l'épreuve du droit à l'emploi », *RDT*, 2016, p. 764. ; V. également, « *cette loi a rendu si facile la preuve de cette cause économique qu'il semble que les employeurs évitent en pratique d'y recourir sur la recommandation de leurs conseils, par crainte que les juges imaginent quelque interprétation contra legem – et l'on sait que le « gouvernement des juges » ne manque pas de ressources argumentatives quand il cherche à paralyser la loi* », P. MORVAN, « Définition des difficultés économiques », *JCP S*, n° 26, 2022, 1184.

⁷⁸² V. ILIEVA, *L'exigence d'objectivité en droit du travail*, *op. cit.*, p. 108-109.

⁷⁸³ Bien que le juge n'ait pas à contrôler le caractère « *significatif* » de la baisse du chiffre d'affaires ou de la baisse des commandes, V. en ce sens, P. MORVAN, « Définition des difficultés économiques », *op. cit.*

⁷⁸⁴ Cass. soc., 24 janvier 2007, n° 04-41.648.

⁷⁸⁵ Cass. soc. 1er juin 2022, n° 20-19.957, *D. 2022. 1044*.

⁷⁸⁶ F. GÉA, « Les indicateurs comptables des difficultés économiques : quelle portée ? », *RDT*, 2022, p. 384.

⁷⁸⁷ S. RANC, « Premières précisions relatives aux indicateurs économiques issus de la loi Travail », *BJT*, n° 7-8, 2022, p. 9.

référence précédant le licenciement n'était pas établie, il convient que le juge recherche, « *au vu de l'ensemble des éléments versés au dossier, [...] si les difficultés économiques sont caractérisées par l'évolution significative d'au moins un des autres indicateurs économiques énumérés par ce texte, telles que des pertes d'exploitation ou une dégradation de la trésorerie ou de l'excédent brut d'exploitation, ou tout autre élément de nature à justifier de ces difficultés* »⁷⁸⁸. L'utilisation de l'adjectif « *significative* » redonne un pouvoir d'appréciation au juge. En ce sens, un autre arrêt en date du 1^{er} février 2023 est venu illustrer l'exercice d'un véritable pouvoir de contrôle par le juge sur les indicateurs⁷⁸⁹. À cette occasion, la Cour de cassation a jugé qu'un indicateur comptable mentionné à l'article L. 1233-3 du Code du travail peut être considéré comme connaissant une « *évolution significative* » dès lors qu'il présente un « *caractère sérieux et durable de la dégradation* », malgré l'évolution favorable d'un autre indicateur. Il convient donc d'en déduire qu'au « *moins un indicateur suffit* »⁷⁹⁰. Toutefois, le juge peut évaluer la pertinence de l'indicateur invoqué par l'employeur pour décider si son évolution est véritablement « *significative* », ou peut s'expliquer par des raisons étrangères à toute difficulté économique.

129. L'exemple du licenciement économique illustre d'une part la tendance du législateur vers une objectivation de la décision par le calcul et la création d'indicateurs, afin de rationaliser le pouvoir de direction de l'employeur. D'autre part, l'analyse du juge traduit la nécessité de vérifier la pertinence des indicateurs, car si selon l'adage « *les chiffres ne mentent pas* », il est néanmoins possible de leur donner la signification que l'on souhaite⁷⁹¹. Par conséquent, malgré l'objectif du législateur d'apporter une sécurité juridique aux entreprises, par l'établissement d'indicateurs comptables, l'analyse du juge reste déterminante⁷⁹². Face à la rationalisation par le numérique, il doit y avoir un véritable contrôle de cohérence⁷⁹³, qui révèle que l'objectivité présumée du numérique ne doit pas faire perdre de vue la nécessaire pertinence de la mesure.

⁷⁸⁸ Cass. soc., 21 septembre 2022, n° 20-18.511.

⁷⁸⁹ Cass. soc., 1er février 2023, n° 20-19.661, *D. actu.* 14 févr. 2023, obs. Maurel ; *JCP S* 2023. 1067, note Morvan ; *JSL* 2023, n° 560, obs. Hautefort.

⁷⁹⁰ P. MORVAN, « Définition des difficultés économiques », *op. cit.*

⁷⁹¹ M. HAUTEFORT, « Difficultés économiques : comment apprécier l'évolution "significative" d'un indicateur », *op. cit.*, p. 25.

⁷⁹² T. HOLLANDE et L. RICHARD, « Les indicateurs comptables ont-ils effacé le pouvoir d'appréciation du juge des difficultés économiques ? », *RDT*, 2023, p. 304.

⁷⁹³ T. SACHS, *La raison économique en droit du travail*, *op. cit.*, p. 256.

2- La nécessaire prise en compte de la pertinence d'une décision fondée sur le numérique

130. L'exigence de pertinence. Certes le numérique peut répondre à l'impératif d'objectivité, cependant en fonction des critères choisis, il ne répond pas forcément à celui de la pertinence. Outre être guidée par l'objectivité, l'action de l'employeur doit également répondre à une exigence de pertinence, ou d'adéquation avec la finalité poursuivie⁷⁹⁴. De longue date, la jurisprudence circonscrit le pouvoir de l'employeur à ce qui est nécessaire pour atteindre le but recherché⁷⁹⁵. Un principe qui a été intégré au sein du Code du travail à l'actuel article L. 1321-3, qui concerne le pouvoir réglementaire. En fonction des thématiques, le vocabulaire ou l'intensité de l'exigence a pu varier : « *indispensable à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise* »⁷⁹⁶, « *justifiées par la nature de la tâche à accomplir et proportionnées au but recherché* »⁷⁹⁷, ou « *pertinentes au regard de la finalité poursuivie* »⁷⁹⁸. Autant de formules qui révèlent un contrôle de la finalité poursuivie par l'employeur qui doit être adéquate et pertinente. Nonobstant ce contrôle, l'employeur reste libre des moyens par lesquels il souhaite mettre en œuvre sa décision⁷⁹⁹.

131. Quantitatif et qualitatif. Le rappel de la nécessaire pertinence dans la direction de l'activité nous conduit à revenir sur une distinction qui a pu être opérée pour l'étude de l'effectivité entre une appréciation quantitative et qualitative⁸⁰⁰. L'exigence de pertinence révèle, selon nous, les limites de la recherche de l'objectivité essentiellement quantitative fondée sur des indicateurs chiffrés. Ce constat appelle à une prise en compte des éléments qualitatifs qui s'opposent à une objectivation de la décision fondée exclusivement sur le calcul.

132. Le contrôle de la direction de l'activité apparaît tout particulièrement lors du licenciement économique, comme cela a pu être développé plus haut. À cet égard, le contrôle par les juges

⁷⁹⁴ A. FABRE, *Le régime du pouvoir de l'employeur*, op. cit., p. 148.

⁷⁹⁵ « *Lorsque le chef d'entreprise exerce les pouvoirs qui lui sont reconnus par les dispositions du Code du travail relatives au règlement intérieur [...] il ne peut apporter aux droits de la personne que les restrictions qui sont nécessaires pour atteindre le but recherché* », CE, 1er février 1980, n° 06361.

⁷⁹⁶ Cass. soc., 14 mai 1992, n° 89-45.300, *GADT*, 4e éd., n° 45 ; D. 1992. 350, note Serra ; Dr. soc. 1992. 967, note Corrignan-Carsin ; JCP E 1992. II. 341, note Amiel-Donat ; CSB 1992. 163, A. 29 ; RJS 1992. 404, n° 735, op. cit. ; V. notamment, Cass. soc., 7 avril 1998, n° 95-42.495, D. 1999. Somm. 107, obs. Y. Serra ; JCP 1999. II. 10164, note L. Raison-Rebufat ; Cass. soc., 2 avril 2014, n° 12-29.693 ; Cass. soc., 15 mars 2017, n° 15-28.142.

⁷⁹⁷ Art. L. 1121-1 C. trav.

⁷⁹⁸ Art. L. 1222-3 C. trav.

⁷⁹⁹ A. FABRE, *Le régime du pouvoir de l'employeur*, op. cit., p. 169.

⁸⁰⁰ Y. LEROY, *L'effectivité du droit au travers d'un questionnement en droit du travail*, t. 55, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit social », 2011, p. 381.

de la réorganisation de l'entreprise comme motif économique⁸⁰¹ est éclairant sur cette double recherche quantitative et qualitative. Déjà dans l'arrêt *Vidéocolor*⁸⁰², la Cour de cassation a précisé que la décision de l'employeur, dans le cadre de son pouvoir de direction, doit répondre à l'intérêt de l'entreprise, notamment par la sauvegarde de la compétitivité. Il sera précisé qu'elle ne peut correspondre entièrement à l'intérêt exclusif du détenteur du pouvoir⁸⁰³. Le contrôle de la sauvegarde de la compétitivité a amené les juges à mener une analyse économique, qui doit être qualitative et non pas seulement quantitative. Ont ainsi été exclues les réorganisations motivées par le seul souci de réaliser des économies⁸⁰⁴ ou d'augmenter les profits⁸⁰⁵. Par cette analyse qualitative, le juge observe si l'opération est « *nécessaire* » à la sauvegarde de la compétitivité⁸⁰⁶, ne se limitant donc pas à la seule « *objectivité* » de la décision de l'employeur.

133. La prise en compte de la fiabilité. Pour aller plus loin que la recherche de pertinence comme garantie d'une réelle objectivité, il conviendrait qu'il y ait également une vérification de la fiabilité dès lors que la décision repose sur des données quantifiables et chiffrées qui sont issues des outils numériques. La fiabilité se définit comme étant le caractère de ce qui est fiable. Elle renvoie à la foi⁸⁰⁷, autrement dit, de ce qui est « *digne de confiance ; se dit surtout d'un procédé auquel on peut se fier* »⁸⁰⁸. Cette notion se retrouve particulièrement dans le vocabulaire comptable ou dans la direction du personnel, mais la question mérite également d'être posée dans l'exercice de la direction de l'activité. La notion de fiabilité n'est pas étrangère à celle de contrôle, qui est opéré même en cas de pouvoir dit « *discrétionnaire* »⁸⁰⁹. Le terme de « *contrôle* » trouve son origine dans le « *contre rôle* » qui correspond au registre tenu en double, autrement dit, à l'instrument de comptabilité servant à vérifier la fiabilité des écritures⁸¹⁰. Il renvoie ainsi à l'idée de vérification de la conformité d'une chose à un modèle.

⁸⁰¹ Reconnu par la jurisprudence *Vidéocolor*, avant d'être intégrée à la définition du licenciement pour motif économique à l'article L. 1233-3, 3°, par la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels, *op cit.*

⁸⁰² Cass. soc., 5 avril 1995, n° 93-42.690, *GADT*, 4e éd., n° 114 ; *D.* 1995. 503, note Keller ; *ibid.* Somm. 367, obs. de Launay-Gallot ; *Dr. soc.* 1995. 482, note Waquet ; *RJS* 1995. 334, n° 497 ; *ibid.* 321, concl. Chauvy ; *JCP* 1995. II. 22443, note Picca ; *JCP E* 1995. I. 499, n° 3, obs. Coursier.

⁸⁰³ Déjà, Cass. soc., 1er avril 1992, n° 90-44.697, *D.* 1992. 155 ; *RJS* 5/1992, n° 597.

⁸⁰⁴ Cass. soc., 7 octobre 1998, n° 96-43.107, *RJS* 11/1998, n° 1350.

⁸⁰⁵ Cass. soc., 30 septembre 1997, n° 94-43.733, *D.* 1997. IR 223 ; *RJS* 11/1997, n° 1297.

⁸⁰⁶ P. WAQUET, « La cause économique du licenciement », *Dr. soc.*, 2000, p. 168 ; S. FROSSARD, « Licenciement pour motif économique », dans *Répertoire de droit du travail*, Dalloz, 2023, n° 98 et s.

⁸⁰⁷ V. « Foi », J. PICOCHÉ, *Dictionnaire étymologique du français*, *op. cit.*, p. 243.

⁸⁰⁸ V. « Fiabilité » et « Fiable », G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, p. 457.

⁸⁰⁹ F. GUIOMARD, *La justification des mesures de gestion du personnel, essai sur le contrôle du pouvoir de l'employeur*, *op. cit.*, p. 41.

⁸¹⁰ « Roue », J. PICOCHÉ, *Dictionnaire étymologique du français*, *op. cit.*, p. 491.

Cette prise en compte de la fiabilité permettrait d'aller plus loin que le contrôle d'adéquation, en réinterrogeant les données qui ont fondé la décision.

134. La recherche de la fiabilité dans la direction économique peut s'illustrer en droit du travail avec la possibilité de recourir à un expert par le CSE⁸¹¹. Nous retrouvons le lien entre fiabilité et comptabilité, dans le cas du recours à un expert-comptable, notamment en cas d'un exercice du droit d'alerte économique par les membres du CSE ou d'un licenciement économique collectif⁸¹². Son rôle est alors de fournir un rapport explicatif de la situation de l'entreprise. Il doit émettre un avis quant aux origines des difficultés et peut attirer l'attention sur d'éventuelles mesures à adopter. Un recours salutaire qui offre un regard en amont de tout contentieux sur la décision de l'employeur, et qui contribue à s'interroger sur sa fiabilité.

135. La quête de rationalisation. Le recours au numérique offre un fondement privilégié du pouvoir de direction, comme justification de la décision. Il renforce ainsi la légitimité dans les choix opérés dans le cadre de l'exercice du pouvoir de direction de l'activité⁸¹³. Cette quête de la rationalisation de la décision par le calcul va parfois plus loin par sa mise en œuvre automatique. Le recours au nombre présumant l'objectivité et la rationalité de la décision, avec son automatisation, cette vision est poussée à son paroxysme, en ne permettant plus aucun questionnement sur la pertinence des critères qui ont contribué à la décision.

B- Vers l'automatisation de la décision

136. L'encadrement des décisions automatiques. De plus en plus, des algorithmes, voire de l'intelligence artificielle, sont utilisés pour prendre des décisions. Au-delà d'une aide à la décision, il y a une recherche d'élaboration de décision automatique, sans intervention humaine, autre que celle concernant l'élaboration de l'algorithme ou de l'intelligence artificielle. L'automatisme renforce la recherche d'objectivité, car il n'y a aucune nuance dans l'application

⁸¹¹ Art. L. 2315-78 C. trav. ; V. notamment à ce sujet, M. CARON, *L'expertise en droit social*, thèse, Université de Lille, 2008 ; F. SIGNORETTO, « Comité économique et sociale : expertise », dans *Répertoire de droit du travail*, Dalloz, 2021.

⁸¹² Art. L. 2315-92 C. trav.

⁸¹³ V. en ce sens, S. JUBÉ, « La normativité comptable : un angle mort du droit social », *op. cit.*

d'une décision automatique. Le droit peine encore à suivre l'évolution des techniques, l'exemple récent de la création de *ChatGPT* l'atteste⁸¹⁴.

137. En principe, la loi informatique et libertés⁸¹⁵, en conformité avec la directive de 1995⁸¹⁶, interdisait les décisions « *produisant des effets juridiques à l'égard d'une personne* », dès lors que celles-ci intervenaient sur le « *seul fondement d'un traitement automatisé de données destiné à définir le profil de l'intéressé ou à évaluer certains aspects de sa personnalité* ». L'esprit de ce principe était de ne pas permettre de décisions sans aucune intervention humaine. Repris par l'article 22 du Règlement général sur la protection des données⁸¹⁷, le droit « *de ne pas faire l'objet d'une décision fondée exclusivement sur un traitement automatisé, y compris le profilage* » demeure⁸¹⁸. L'intervention humaine est toutefois déjà présente lors du paramétrage de l'outil, par le choix des critères ainsi que de leur pondération⁸¹⁹. Néanmoins, en principe, il doit donc y avoir un contrôle humain avant une application de la décision.

138. Cependant, les exceptions se sont multipliées. Depuis la loi du 6 août 2004⁸²⁰, « *les décisions prises dans le cadre de la conclusion ou de l'exécution d'un contrat et pour lesquelles la personne concernée a été mise à même de présenter ses observations* », ainsi que celles « *satisfaisant les demandes de la personne concernée* », ne pouvaient être considérées « *comme prises sur le seul fondement d'un traitement automatisé* »⁸²¹, et ont été autorisées. De manière générale, « *il semble que l'on puisse parler d'une forme de « dérive » ou d'évolution du seuil de tolérance de la société à l'égard de la prise de décisions automatisée depuis les années 1970* »⁸²². En outre, en ne visant que les décisions fondées « *exclusivement* » sur un traitement automatisé, la réglementation européenne, avec l'article 22 du RGPD, a largement restreint la

⁸¹⁴ V. à ce sujet, J. SÉNÉCHAL, « L'IA Act déjà obsolète face aux IA de nouvelle génération ? L'exemple de ChatGPT », *op. cit.* ; P. SIRINELLI et S. PRÉVOST-BOYARD, « Chacun cherche son Chat "GPT" », *Dalloz IP/IT*, 2023, p. 1 ; A. BENSAMOUN, « Maîtriser les risques de l'intelligence artificielle : entre éthique, responsabilisation et responsabilité », *op. cit.*, doctr. 181 ; N. MOLFESSIS, « ChatGPT peut-il me remplacer ? », *JCP G*, n° 3, 2023, act. 81.

⁸¹⁵ Loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, *op. cit.*, art. 2 et 3.

⁸¹⁶ Directive 95/46/CE du 24 octobre 1995 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, art. 15.

⁸¹⁷ V. pour une vision critique de cet article, E. NETTER, « La part de l'Homme et celle de la machine dans les décisions "automatisées". Propositions pour une réécriture de l'article 22 du RGPD », dans *Vers un droit de l'algorithme ?*, Mare & Martin, 2022, p. 105-131.

⁸¹⁸ P. ADAM, « Droit (du travail) et intelligence artificielle », *Hebdo édition sociale*, n° 802, 2019.

⁸¹⁹ CNIL, *Comment permettre à l'Homme de garder la main ? Les enjeux éthiques des algorithmes et de l'intelligence artificielle*, *op. cit.*, p. 20.

⁸²⁰ Loi n° 2004-801 du 6 août 2004 relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel.

⁸²¹ Art. 10, *Ibid.*.

⁸²² CNIL, *Comment permettre à l'Homme de garder la main ? Les enjeux éthiques des algorithmes et de l'intelligence artificielle*, *op. cit.*, p. 52.

portée de sa disposition. Une lecture stricte impose de constater qu'une décision qui se fonderait sur un autre élément que le traitement automatisé échapperait à l'application de ce texte⁸²³.

139. Des garanties viennent tout de même assurer l'accès à la donnée collectée ainsi que la possibilité de contester une décision défavorable. Cette tendance n'a pas été bouleversée par l'adoption du règlement européen⁸²⁴. Et même, le nouvel article 10 de la loi informatique et libertés⁸²⁵, tout en reprenant l'interdiction, a introduit une précision, correspondant au texte du RGPD : les décisions concernées sont celles produisant des effets juridiques à l'égard d'une personne, mais également celles « *l'affectant de manière significative* ». Nous pouvons nous interroger sur ce que l'on doit entendre par le terme « *significative* ». À cet égard, il faudra observer que « *l'effet soit significatif sur les circonstances, le comportement ou les choix de la personne ; qu'il soit prolongé ou permanent ; ou qu'il conduise à une exclusion ou une discrimination* »⁸²⁶. En outre, l'exigence d'une intervention humaine, comme garantie, prête également à interprétation. Il avait, en effet, déjà été relevé que « *la CNIL se content[ait] souvent de la seule existence d'un réexamen humain des refus prononcés sur le fondement d'un traitement en se préoccupant finalement peu des résultats concrets de celui-ci* »⁸²⁷. La CNIL a proposé d'entendre cette intervention humaine comme un droit à la supervision et pour « *assurer que des formes de délibération humaine et contradictoire encadrent et accompagnent l'utilisation des algorithmes* ». Il s'agirait pour elle d'examiner et d'interroger « *le paramétrage mais aussi tous les effets – directs et indirects – du système* »⁸²⁸. En ce sens, le G29 s'était prononcé en faveur d'une intervention humaine, par une personne compétente et qui devait

⁸²³ E. NETTER, « La part de l'Homme et celle de la machine dans les décisions "automatisées". Propositions pour une réécriture de l'article 22 du RGPD », *op. cit.*, p. 110.

⁸²⁴ Règlement n° 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, *op. cit.*

⁸²⁵ Modifications de la loi « Informatique et Libertés », par la loi n° 2018-493 du 20 juin 2018, puis de son décret d'application, par décret n° 2018-687 du 1er août 2018.

⁸²⁶ J. ROCHFELD, « L'encadrement des décisions prises par algorithme », *Dalloz IP/IT*, 2018, p. 474.

⁸²⁷ A. DEBET, J. MASSOT et N. METALINOS, *Informatique et libertés : la protection des données à caractère personnel en droit français et européen*, Lextenso, coll. « Les intégrales », n° 10, 2015.

⁸²⁸ CNIL, *Comment permettre à l'Homme de garder la main ? Les enjeux éthiques des algorithmes et de l'intelligence artificielle*, *op. cit.*, p. 52.

avoir eu une « *influence réelle sur le résultat* ». ⁸²⁹ Il faut donc bien que l'intervention humaine soit réelle et non pas seulement formelle ⁸³⁰.

140. Vers une transparence nécessaire de l'algorithme. La nécessité d'une transparence de l'algorithme et de l'intelligence artificielle se fait de plus en plus pressante. Que ce soit dans le cas de *Parcoursup* ⁸³¹, ou pour l'ensemble des processus utilisant un algorithme, voire une intelligence artificielle, la possibilité de connaître la « *boîte noire* » de l'algorithme est mis en exergue par la doctrine ⁸³². Ce fut notamment traité dans le cadre des décisions administratives, où le Conseil constitutionnel a été amené à se prononcer et a décidé de réduire le champ des utilisations autorisées en jugeant que « *ne peuvent être utilisés, comme fondement exclusif d'une décision administrative individuelle, des algorithmes susceptibles de réviser eux-mêmes les règles qu'ils appliquent, sans le contrôle et la validation du responsable du traitement* » ⁸³³. Cette transparence est indispensable dès lors que la décision se fonde sur un algorithme, pour accéder à la compréhension du fonctionnement et le cas échéant pouvoir le contester ⁸³⁴. Bien que, pour le moment, leur usage se limite à une aide à la décision, la présélection ainsi effectuée menant à une quasi-automatisme doit être cependant vérifiée.

141. Le refus de l'aléa humain. Cette logique, qui relève du « *numérisme juridique* » ⁸³⁵, cherche à mettre en œuvre une approche purement objective, qui refuse l'imprévisibilité et

⁸²⁹ G29, « Lignes directrices relatives à la prise de décision individuelle automatisée et au profilage aux fins du règlement [UE] 2016/679 », adoptées le 3 octobre 2017 et révisées le 6 février 2018 (WP 251 rev. 01), p. 23 ; V. également à ce sujet, J. ROCHFELD, « Les émotions du salarié. Traitement et décisions : quelles limites ? », dans *Mélanges en l'honneur de Pierre-Yves Verkindt*, LGDJ, 2022, p. 410-411 ; V. également, à ce sujet, « *lorsque le responsable de traitement n'est pas en mesure d'explicitier les motifs de la décision proposée par l'algorithme, la décision peut être regardée comme ayant été prise sans intervention humaine* », G. LOISEAU, « Intelligence artificielle et droit des personnes », *op. cit.*, p. 48.

⁸³⁰ B. BOSSU, « Gestion par algorithme du personnel et exigence de loyauté et de transparence », *op. cit.*, p. 121.

⁸³¹ CNIL, déc. n° MED-2017-053 du 30 août 2017. La CNIL met en demeure le ministère de l'Enseignement supérieur, de la Recherche et de l'Innovation, de ne plus s'en remettre à un algorithme, sans intervention humaine, pour « Admission Post-Bac » ; Cons. const., 3 avril 2020, n° 2020-834. V. également à ce sujet, E. UNTERMAIER-KERLEO, « Un exemple d'utilisation d'une plateforme dans le cadre d'une politique publique : Parcoursup », dans *L'émergence d'un droit des plateformes*, Dalloz, coll.« Thèmes & commentaires », 2021, p. 175-187.

⁸³² V. en ce sens, B. BOSSU, « Gestion par algorithme du personnel et exigence de loyauté et de transparence », *op. cit.*, p. 129. V. également, A. GOUTTENOIRE, « Le régime du contrôle du télétravailleur par la donnée », *RDT*, 2021, p. 88.

⁸³³ Cons. const., 12 juin 2018, n° 2018-765 DC.

⁸³⁴ Le recours à un algorithme d'aide à la décision soulève six grandes questions : « 1] *Légitimité* [...] 2] *Efficacité, fiabilité* [...] 3] *Discrimination, biais* [...] 4] *Contrôle, intelligibilité* [...] 5] *Protection des données personnelles et de la vie privée* [...] 6] *Respect de l'ordre juridique et des droits fondamentaux par-delà les enjeux de vie privée et de données personnelles* », S. DESMOULIN-CANSELIER et D. LE METAYER, *Décider avec les algorithmes. Quelle place pour l'Homme, quelle place pour le droit ?*, Dalloz, coll.« Les sens du droit », 2020, p. 57.

⁸³⁵ M. MEKKI, « Du numérisme juridique à l'humanisme numérique », *op. cit.*, p. 334.

l'aléa humain⁸³⁶. Or, comme l'avait souligné la CNIL, l'Homme doit « *garder la main* »⁸³⁷, car l'utilisation d'un logiciel prédictif a pour conséquence d'évincer le jugement humain. Pour que le numérique, comme instrument, soit au service de l'Homme, et non l'inverse, il est nécessaire de revenir à une approche raisonnable, autrement dit proportionnée. Il convient d'accepter la part incalculable lors de la prise de décision⁸³⁸, en évitant le « *fétichisme du chiffre* » qui conduit à une déconnexion du réel⁸³⁹. En d'autres termes, il faut accepter la part d'incalculable⁸⁴⁰. Par conséquent, pour éviter que l'humain ne soit dépossédé par l'automatisation, il convient de consentir à la part d'imperfection d'une décision⁸⁴¹.

142. En outre, la machine n'est pas neutre. Elle opère, tout comme lors d'une décision humaine, des choix, elle applique à cet effet une éventuelle pondération. Pour illustration, des intelligences artificielles ont été développées pour rédiger des comptes rendus de réunion⁸⁴². Une tâche qui semble *a priori* automatisable et ne présentant pas d'intérêt particulier à être réalisée par l'Homme. Or, l'élaboration d'un résumé d'une réunion suppose d'identifier les éléments importants qui sont à mettre en exergue, de synthétiser les échanges, et ainsi de sélectionner. L'intelligence artificielle fait donc des choix. Le recours à la technologie dans ce cas pourra être source de gains de temps et de coûts pour l'entreprise. Cependant, il est possible d'imaginer que l'Homme soit préféré à la machine pour son intelligence et son analyse propres, sauf à considérer que la machine présente une pertinence et une performance supérieures⁸⁴³. La voie à emprunter se trouve sans doute au milieu, où la machine viendrait en support de l'Homme. Ce dernier exemple illustre la tendance vers la recherche de rapidité et d'automatisation, plutôt que vers celle de l'analyse humaine. La technologie devrait cependant rester un outil d'aide, moyennant une transparence de fonctionnement.

⁸³⁶ V. sur le rapport à la subjectivité, S. MERABET, *Vers un droit de l'intelligence artificielle*, op. cit., p. 27.

⁸³⁷ CNIL, *Comment permettre à l'Homme de garder la main ? Les enjeux éthiques des algorithmes et de l'intelligence artificielle*, op. cit.

⁸³⁸ M. MEKKI, « Du numérisme juridique à l'humanisme numérique », op. cit., p. 349.

⁸³⁹ A. SUPLOT, *La gouvernance par les nombres*, op. cit., p. 332.

⁸⁴⁰ « Calculer n'est pas penser, et la rationalisation par le calcul qui a porté le capitalisme devient délirante lorsqu'elle conduit à tenir l'incalculable pour rien », A. SUPLOT, *Homo juridicus : essai sur la fonction anthropologique du droit*, op. cit., p. 12.

⁸⁴¹ « Ces parts d'erreur, de fragilité ou d'imperfection sont un contrepois nécessaire modérant l'exactitude (pourtant recherchée) de la machine. », A. CHEYNET DE BEAUPRE, « L'erreur est humaine : la place de l'humain dans l'algorithme », dans *Vers un droit de l'algorithme ?*, Mare & Martin, 2022, p. 103.

⁸⁴² V. par exemple, <https://www.perfony.com/fr/et-si-vos-comptes-rendus-se-faisaient-tous-seuls/> [consulté le 12 juillet 2023].

⁸⁴³ V. également à ce sujet, J. LASSÈGUE, « L'Intelligence artificielle, technologie de la vision numérique du monde », *Les Cahiers de la Justice*, vol. 2, n° 2, 2019, p. 205-219.

143. À ce sujet, la Commission européenne a présenté le 21 avril 2021⁸⁴⁴ une proposition de réglementation de l'intelligence artificielle pour prendre notamment en compte les risques liés à la gestion des emplois et des ressources humaines⁸⁴⁵. Elle procède alors à une hiérarchisation des risques, en distinguant les risques inacceptables, élevés, limités et faibles⁸⁴⁶. Les règles sont ainsi adaptées à la gravité et à l'intensité des risques que présente le système d'intelligence artificielle concerné. Une approche pragmatique, ayant pour but la protection de la personne, et qui permet d'intégrer à la fois les pratiques existantes, mais aussi celles à venir⁸⁴⁷. Cette démarche par finalité a pu être saluée en ce qu'elle poursuit une meilleure protection des libertés fondamentales face à l'émergence des outils d'automatisation, et éviter de tomber dans une gouvernance algorithmique⁸⁴⁸, en interdisant notamment les pratiques considérées comme correspondant à un « *risque inacceptable* ». Bien que la régulation puisse être saluée, seule, elle reste cependant insuffisante⁸⁴⁹. Il peut être, en effet, regretté que les systèmes identifiés comme étant à haut risque, sous réserve, certes, de répondre à des garanties de certification, soient malgré tout autorisés. Face, par exemple, à des systèmes de traitement des émotions, certains auteurs ont pu qualifier de « *bien modeste* » l'obligation de transparence à l'aune des risques liés à une telle mise en œuvre⁸⁵⁰.

⁸⁴⁴ Proposition de règlement du Parlement européen et du conseil établissant des règles harmonisées concernant l'intelligence artificielle du 21 avril 2021, COM (2021) 206 final, *op. cit.*

⁸⁴⁵ V. également sur la proposition de réglementation relative aux données d'apprentissage, *infra*, n° 230.

⁸⁴⁶ « *Quatre types de situations sont identifiées : - les risques « inacceptables », considérés comme contraires aux droits fondamentaux de l'UE, qui seront interdits tels que les systèmes permettant la notation sociale des individus comme cela est le cas en Chine ; - les risques « élevés » seront encadrés de façon stricte, par exemple pour l'application de l'IA dans la chirurgie assistée par robot ou dans la vérification de l'authenticité des documents de voyage dans le domaine de la gestion de la migration, de l'asile et des contrôles aux frontières ; - les risques « limités » pour lesquels il y aura des obligations de transparence notamment en ce qui concerne l'utilisation des chatbots pour lesquels les utilisateurs devront être informés qu'ils interagissent avec une machine ; et, enfin, les risques « minimales » comme cela est le cas pour les jeux vidéo ou les filtres anti-spam reposant sur l'IA, qui n'appelleront pas de mesures particulières ; le recours dans ce dernier cas à l'IA sera libre* ». L. ARCHAMBAULT et D. MURRAY, « Vers une intelligence artificielle « éthique » : objectifs et enjeux de la stratégie européenne en préparation », *Gaz. Pal.*, n° 21, 2021, p. 10 ; « *sur ce point, il convient de se méfier des risques liés à la « surveillance » algorithmique des travailleurs. Des évolutions substantielles sont attendues sur ce point précis en 2022.* », L. CAMAJI, B. LOPEZ, S. MAILLARD, B. PETIT et A. TRICLIN, « Chronique de droit social européen », *Revue de l'Union européenne*, 2022, p. 307.

⁸⁴⁷ V. à ce sujet, G. LOISEAU, « Intelligence artificielle et droit des personnes », *op. cit.*, p. 39-77, spé. p. 55-57.

⁸⁴⁸ F. G'SELL, « Les décisions algorithmiques », *op. cit.*, p. 99.

⁸⁴⁹ V. en ce sens, G. LOISEAU, « Intelligence artificielle et droit des personnes », *op. cit.*, p. 55.

⁸⁵⁰ V. à ce sujet, G. LOISEAU, « Le traitement algorithmique des émotions du travailleur », *Dr. soc.*, 2023, p. 889 ; V. également, *infra*, n° 186 et s. ; V. concernant les décisions automatisées des plateformes numériques, *infra*, n° 705.

144. Conclusion de section. La justification de la direction de l'activité de l'employeur par le « calculable » conduit à constater que « le droit est réduit à sa fonction instrumentale, soumis aux valeurs du numérique dans une société composée d'algorithmes et de données »⁸⁵¹. Le numérique peut être une aide à la prise de décision, mais il ne doit pas devenir une fin en soi, comme seul justificatif légitime de la décision patronale. Or, la tendance actuelle tend à faire du calcul à la fois le moyen et la fin, plutôt qu'un des moyens de parvenir à une décision. De plus, le législateur encourage une rationalisation de la direction de l'employeur par le calcul, dans une démarche d'objectivation, par la multiplication d'index et d'indicateurs auxquels l'employeur doit répondre pour mener la direction de son activité. Par ailleurs, la recherche d'objectivité dans la décision de l'employeur, qui est par ailleurs nécessaire, ne doit cependant pas occulter un contrôle de sa pertinence. En l'absence d'un tel contrôle, le numérique prendrait le pas sur la direction de l'activité, au détriment de la décision humaine.

145. Conclusion de chapitre. Le numérique renouvelle les modalités d'expression du pouvoir de direction de l'activité au sein de l'entreprise par une double rationalisation de celle-ci. D'une part, la révolution numérique a contribué à l'évolution de l'organisation de l'entreprise, en renforçant le mouvement de dispersion du pouvoir de direction. La rationalisation de la production a conduit à l'élaboration de chaînes de sous-traitance ou à l'externalisation de la main-d'œuvre, qui dispersent tant l'exercice du pouvoir de direction que les intérêts de l'entreprise. Cette situation, favorisée par le développement du numérique, appelle à une appréhension par le droit des réels titulaires du pouvoir de direction de l'activité, pour recomposer la figure de l'employeur et d'y attribuer les responsabilités afférentes. Pour ce faire, l'identification du pouvoir de direction de l'activité doit prendre une place plus importante avec une prise en compte nécessaire de l'aspect fonctionnel de la subordination. D'autre part, l'utilisation du numérique dans l'élaboration de la décision, avec le recours au « calculable », a transformé la justification de la décision de l'employeur. La direction de l'activité est, en effet, guidée par des éléments chiffrés issus des outils numériques de suivi. Le numérique, au sens littéral, bénéficie, à tort selon nous, d'une certaine présomption d'objectivité, au détriment d'un

⁸⁵¹ M. MEKKI, « Du numérisme juridique à l'humanisme numérique », *op. cit.*, p. 338.

contrôle de la pertinence. Un tel contrôle permet de garantir la bonne utilisation des indicateurs qui ont collaboré à la prise de décision. Pour aller plus loin, la décision numérique appelle, selon nous, à une vérification de la fiabilité de celle-ci. En effet, la technologie n'étant pas neutre, l'analyse humaine demeure indispensable. Par conséquent, il convient non seulement de renforcer l'analyse de la pertinence des décisions fondées sur le numérique, mais également d'accepter un retour de l'aléa humain dans la prise de décision de l'employeur, et de renoncer à une automatisation totale, dans un objectif de prérationalisation de la décision.

Chapitre 2 : La rationalisation de la direction du personnel à l'ère numérique

146. La direction du personnel a suivi le même sens que la direction de l'activité, à savoir, la recherche d'une rationalisation par le numérique. L'encouragement à la dématérialisation de la direction par le législateur a marqué une première étape avec un recours, de plus en plus incontournable, aux Systèmes d'Information des Ressources Humaines (SIRH). L'usage de ces outils offre l'opportunité d'élaborer des indicateurs de suivi des salariés, mais aussi d'automatiser ou de préprogrammer des actions de direction du personnel. Dans cette logique, le salarié est considéré comme étant mesurable. Il est alors réduit à un flux de données pour une direction optimisée. Le numérique est ainsi source de transformation dans l'exercice du pouvoir de direction « *continue* » de l'activité des salariés⁸⁵², qui concerne à la fois l'organisation des conditions de travail et la direction du travail⁸⁵³. Les outils de suivi des salariés, tels que des tableaux de bord, guident désormais la prise de décision de l'employeur au travers d'indicateurs pour objectiver son action. Le recours aux outils numériques a ainsi favorisé la mise en œuvre d'une direction « *métrique* »⁸⁵⁴ des salariés (**Section 1**). Dans ce contexte, le pouvoir d'évaluation, qui constitue une autre dimension du pouvoir de direction du personnel⁸⁵⁵, a également pu connaître des évolutions particulièrement significatives à l'ère numérique. Ce pouvoir participe du pouvoir décisionnel de l'employeur, par son usage justificatif, dont le

⁸⁵² « Le droit de direction permet à l'employeur d'utiliser la force de travail du salarié au mieux des intérêts de l'entreprise. Le contrat de travail se borne en effet à mettre le salarié à la disposition de l'employeur : l'obligation du salarié comporte en général une large indétermination. Ce droit imprime aux rapports de travail leur marque distinctive. Dans les autres contrats, le créancier fixe seulement, d'accord avec le débiteur, l'objet de l'obligation. Dans le contrat de travail, l'employeur acquiert un droit de direction continue sur l'activité du salarié pendant le cours du contrat », P. DURAND, *Traité de droit du travail*, op. cit., p. 430.

⁸⁵³ S. VERNAC, « L'employeur organisateur », op. cit., p. 80.

⁸⁵⁴ P. LOKIEC et J. ROCHFELD, « Nouvelle surveillance, nouvelle subordination ? », op. cit., p. 246.

⁸⁵⁵ M. ROUSSEL, *L'évaluation professionnelle des salariés*, op. cit., p. 21.

numérique en a transformé la mise en œuvre. Dans un objectif d'efficacité et pour éviter la défaillance humaine, le numérique a réduit la marge d'initiative avec l'élaboration de procédures et de critères chiffrés d'évaluation⁸⁵⁶. Parallèlement, l'évaluation de l'employeur conduit de plus en plus les salariés à adopter volontairement le comportement suggéré par l'employeur. Il se construit une nouvelle technique de direction du personnel : l'influence patronale. L'exercice du pouvoir d'évaluation a ainsi évolué depuis l'apparition d'outils d'aide au recrutement, ou le recours à des indicateurs de performance, pouvant mener à une évaluation par classement des salariés (**Section 2**).

Section 1 : La mise en œuvre d'une direction « métrique » des salariés

147. La direction des salariés à l'ère numérique peut être qualifiée de « métrique »⁸⁵⁷. Cet adjectif signifie étymologiquement l'« *art de la versification* »⁸⁵⁸, autrement dit, il exprime l'idée de mesure. La direction du personnel est guidée par la quantification comme fondement de la décision⁸⁵⁹. Au-delà du calcul – qui lui cherche à déterminer une quantité, à l'instar de la comptabilité⁸⁶⁰, traduisant ainsi une image chiffrée d'une situation – la direction « métrique » traduit la volonté de diriger par le nombre – correspondant à l'évaluation d'une grandeur à partir d'une unité de mesure – par la multiplication d'indicateurs de suivi du personnel de l'entreprise. La direction « métrique » du personnel a été rendue possible par la dématérialisation de la direction des salariés (§1), qui a conduit à l'usage d'outils de gestion des ressources humaines, comme moyen privilégié de direction de l'employeur (§2).

⁸⁵⁶ P. ADAM, « La décision patronale sous perfusion algorithmique. Une nouvelle dystopie ? », *op. cit.*, p. 50-51.

⁸⁵⁷ P. LOKIEC et J. ROCHFELD, « Nouvelle surveillance, nouvelle subordination ? », *op. cit.*, p. 246.

⁸⁵⁸ « Mesure », J. PICOCHÉ, *Dictionnaire étymologique du français*, *op. cit.*, p. 353.

⁸⁵⁹ V. sur « le lien entre l'imaginaire du travail industriel en Occident et cette mise en miroir du corps physique avec l'outil technique, la machine puis l'ordinateur », P. MUSSO, « L'imaginaire occidental du travail industriel : cinq figures symboliques », dans *Qu'est-ce qu'un régime de travail réellement humain ?*, Hermann, 2018, p. 253-278.

⁸⁶⁰ V. à ce sujet, S. JUBÉ, *Droit social et normalisation comptable*, LGDJ, coll. « Droit et économie », 2011 ; S. JUBÉ, « Pour une image fidèle du travail dans la comptabilité financière », dans *Qu'est-ce qu'un régime de travail réellement humain ?*, Hermann, 2018, p. 113-131.

§1 : Une direction dématérialisée des salariés

148. L'utilisation des outils numériques en entreprise a été rendue possible par la technique, mais également par un certain encouragement du législateur. Le droit a suivi les évolutions technologiques et a même fini par promouvoir le recours à la dématérialisation (A). Ce recours a conduit à l'émergence d'outils de gestion des ressources humaines, qui constitue désormais une interface de direction du personnel, non sans incidence sur l'appréhension juridique de cette nouvelle direction du personnel (B).

A- L'influence législative pour une direction dématérialisée des salariés

149. Au préalable, il convient de relever qu'une partie de la dématérialisation en droit du travail est obligatoire⁸⁶¹. Elle impose *ipso facto* l'utilisation d'outils numériques de gestion des ressources humaines. Pour illustration, la déclaration préalable à l'embauche⁸⁶² est obligatoirement transmise de façon dématérialisée pour les employeurs relevant du régime général, ou du régime agricole dépassant un certain seuil⁸⁶³. De plus, le Code de la sécurité sociale impose à certaines entreprises de dématérialiser leurs déclarations sociales à destination de l'URSSAF⁸⁶⁴. Dans ce mouvement de dématérialisation, le législateur s'est emparé tôt de la question de l'écrit électronique. Par l'adoption de la loi du 13 mars 2000⁸⁶⁵, les notions d'écrit (1) et de signature (2) ont été progressivement définies et saisies par la pratique, contribuant ainsi à un exercice dématérialisé de la direction du personnel. L'admission légale de l'écrit électronique jumelée à la multiplication des obligations de transmission dématérialisée ont

⁸⁶¹ V. en ce sens, J.-P. TRICOIT, « La dématérialisation de la gestion de la relation de travail », *BJT*, n° 2, 2018, p. 146.

⁸⁶² Art. L. 1221-10 à L.1221-12-1 C. trav.

⁸⁶³ Art L. 1221-12-1 C. trav.

⁸⁶⁴ « Les entreprises ou les établissements d'une même entreprise, redevables de cotisations, contributions et taxes d'un montant supérieur à 50 000 € au titre de l'année civile précédente ou soumis à l'obligation de verser mensuellement leurs cotisations sociales, sont tenus de régler par virement ou, en accord avec leur organisme de recouvrement, par tout autre moyen de paiement dématérialisé, les sommes dont ils sont redevables l'année suivante sur le compte spécial d'encaissement de l'organisme de recouvrement dont ils relèvent », art. L. 243-14 CSS.

⁸⁶⁵ Loi n° 2000-230 du 13 mars 2000 portant adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information et relative à la signature électronique.

rendu nécessaire et incontournable le recours à des outils de gestion des ressources humaines (3).

1- La reconnaissance de l'écrit électronique

150. La notion d'écrit électronique. L'ancien article 1316-1 du Code civil posait le principe selon lequel « *l'écrit sous forme électronique est admis en preuve au même titre que l'écrit sur support papier, sous réserve que puisse être dûment identifiée la personne dont il émane et qu'il soit établi et conservé dans des conditions de nature à en garantir l'intégrité* ». Désormais, ce principe a été repris au sein de l'actuel article 1366 du Code civil qui prévoit la double condition selon laquelle « *l'écrit électronique a la même force probante que l'écrit sur support papier, sous réserve que puisse être dûment identifiée la personne dont il émane et qu'il soit établi et conservé dans des conditions de nature à en garantir l'intégrité* ». Au-delà de l'admissibilité de ce type d'*instrumentum*⁸⁶⁶, l'ordonnance du 10 février 2016⁸⁶⁷ a ainsi introduit la reconnaissance de la force probante de l'écrit électronique.

151. À cet égard, la jurisprudence a admis qu'un acte « *peut être établi et conservé sur tout support, y compris par télécopie dès lors que son intégrité et l'imputabilité du contenu à son auteur désigné ont été vérifiées ou ne sont pas contestées* »⁸⁶⁸, et vaut ainsi preuve écrite. Ces exigences ont été inscrites dans la définition de l'écrit électronique. Il existe ainsi un principe d'égalité entre les formats papier et électronique dès lors que ce dernier réunit l'ensemble des conditions techniques nécessaires pour sa validité. Il convient pour être valable de prouver son imputabilité et son intégrité⁸⁶⁹. Il y a une recherche nécessaire de fiabilité pour une prise en compte de l'écrit électronique, tant dans l'identification de la personne dont il émanerait que de son objet⁸⁷⁰. Lorsqu'un écrit est exigé pour la validité d'un acte juridique, il peut être établi et conservé sous forme électronique dans les conditions prévues aux articles 1366 et 1367 du Code

⁸⁶⁶ V. *infra*, n° 190.

⁸⁶⁷ Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.

⁸⁶⁸ Cass. com., 2 décembre 1997, n° 95-14.251, *D.* 1998. 192, note D. R. Martin ; *JCP* 1998. II. 10097, note Grynbaum ; *JCP E* 1998. 178, note Bonneau.

⁸⁶⁹ G. LARDEUX, « Preuves : modes de preuve » dans *Répertoire de droit civil*, Dalloz, 2023, n° 204.

⁸⁷⁰ V. ILIEVA, *L'exigence d'objectivité en droit du travail*, *op. cit.*, p. 250.

civil⁸⁷¹. La reconnaissance de l'écrit électronique a permis à l'employeur de recourir à des supports dématérialisés pour la direction du personnel.

152. La dématérialisation du contrat de travail. La dématérialisation du contrat de travail constitue un exemple de ce phénomène. Le contrat de travail est l'acte fondateur de la relation de travail salarié⁸⁷². Il est celui qui donne le statut de salarié⁸⁷³, et qui a pour effet d'instaurer le lien de subordination juridique entre le salarié et l'employeur. En principe, sauf dispositions conventionnelles contraires, un contrat de travail à durée indéterminée peut être oral ou écrit⁸⁷⁴. Il est néanmoins d'usage de recourir à un écrit qui peut être électronique⁸⁷⁵. La conclusion d'un contrat par voie électronique⁸⁷⁶ est encadrée par les articles 1369-4 à 1369-6 du Code civil ainsi que l'article 25 de la loi relative à la confiance dans l'économie numérique⁸⁷⁷, qui a introduit un chapitre au sein du Code civil concernant les « *contrats sous forme électronique* ». Son usage s'est par ailleurs étendu aux avenants. Si le consentement du salarié, à la modification d'un élément du contrat de travail, doit être exprès, il n'est pas exigé qu'il emprunte la forme d'un avenant signé. C'est ainsi que la Cour de cassation a décidé qu'il pouvait résulter d'un simple échange de courriels⁸⁷⁸. Malgré l'état de subordination du salarié, qui implique la protection de son consentement, le caractère consensuel du contrat de travail à durée indéterminée, et le caractère usuel de la communication électronique ont permis de recourir aux outils numériques⁸⁷⁹.

153. L'écrit est en revanche nécessaire pour les contrats à temps partiel⁸⁸⁰ ou encore pour les contrats à durée déterminée⁸⁸¹. Le contrat de travail écrit peut être établi et conservé électroniquement⁸⁸². Il devra être rédigé en français⁸⁸³ et établi en deux exemplaires sur un « *support durable* »⁸⁸⁴. Cette modalité de transmission est particulièrement utilisée pour les contrats qui doivent être obligatoirement établis par écrit, en raison de la facilité de preuve

⁸⁷¹ Cass. 1re civ., 11 juillet 2018, n° 17-10.458, *D. 2018. 1550* ; *AJ contrat 2018. 397, obs. Buy* ; *JS 2018, n° 190, p. 9, obs. Mondou* ; *RDC 2018. 560, note Huet*.

⁸⁷² V. également, *supra*, n° 30.

⁸⁷³ A. SUPIOT, *Critique du droit du travail, op. cit.*, p. 33.

⁸⁷⁴ Art. L. 1221-1 C. trav. ; Cass. soc., 14 mars 1995, n° 91-43.788.

⁸⁷⁵ Art. L. 1221-1 C. trav.

⁸⁷⁶ V. notamment, E. FARAJ, *Le contrat électronique*, thèse, Université Panthéon-Sorbonne, 2016.

⁸⁷⁷ Loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique.

⁸⁷⁸ Cass. soc., 16 octobre 2019, n° 17-18.447, *CCE 2020 comm. 2, note G. Loiseau*.

⁸⁷⁹ G. LOISEAU, « La modification par voie électronique d'un contrat de travail », *CCE*, n° 1, 2020, comm. 2.

⁸⁸⁰ Art. L. 3123-6 C. trav.

⁸⁸¹ Pour le contrat à durée déterminée, art. L. 1242-12 C. trav. Pour le contrat de travail temporaire, art. L. 1251-16 C. trav.

⁸⁸² Art. 1174 et 1365 C. civ.

⁸⁸³ Art. L. 1221-3 C. trav.

⁸⁸⁴ Art. 1375 C. civ.

qu'apportent la transmission et la conservation électroniques. À défaut d'écrit des sanctions particulièrement sévères peuvent être prononcées⁸⁸⁵. Par exemple, le renouvellement de la période d'essai doit être fait par écrit sous peine de l'application des règles relatives au licenciement en cas de rupture⁸⁸⁶, ou encore, l'absence de formalisation de la convention de forfait en jours peut conduire au rappel d'heures supplémentaires⁸⁸⁷. Le recours à la dématérialisation permet ainsi de répondre aux exigences de transparence⁸⁸⁸, et de communiquer simplement l'ensemble des informations au salarié⁸⁸⁹. Pour répondre aux exigences d'accès, le contrat de travail dématérialisé devra être conservé au sein d'un coffre-fort électronique.

154. Le stockage au sein d'un coffre-fort électronique. Le stockage et l'accès au contrat peuvent être faits au sein d'un coffre-fort électronique⁸⁹⁰, tout comme le bulletin de paie. Le salarié y accède au moyen d'une identification électronique⁸⁹¹. À cet égard, le fournisseur de service de coffre-fort numérique est débiteur d'une obligation d'information qui doit être claire, loyale et transparente quant aux modalités de fonctionnement et d'utilisation du service⁸⁹². Cet espace de stockage et d'archivage permet de sécuriser leur conservation⁸⁹³. Il existe une garantie de l'exclusivité d'accès aux documents et aux données de l'utilisateur⁸⁹⁴. Autant de garanties qui sont prévues pour assurer la sécurité des documents, et qui montrent la nécessité de l'élaboration de règles spécifiques à la dématérialisation.

155. L'utilisation difficile de la lettre recommandée électronique. Dans cette lignée, le principe de l'équivalence entre la lettre recommandée papier et électronique a été posé par la

⁸⁸⁵ C. LHUISSIER, « Signature électronique d'un contrat de mission : premiers éclairages de la cour d'appel de Reims », *BJT*, n° 4, 2021, p. 14.

⁸⁸⁶ Cass. soc., 10 janvier 2001, n° 97-45.164, *D. 2001. IR 428* ; *RJS 2001. 206, n° 280* ; Cass. soc., 25 novembre 2009, n° 08-43.008, *D. 2009. AJ 2937* ; *RJS 2010. 117, n° 142* ; *JSL 2010, n° 269-5*.

⁸⁸⁷ Les conventions de forfait doivent être passées par écrit. Cass. soc., 26 mars 2008, n° 06-45.990, *D. 2008. AJ 1064, obs. Maillard* ; *RDT 2008. 462, obs. Véricel* ; *RJS 2008. 546, n° 680* ; *JSL 2008, n° 232-5* ; *JCP S 2008. 1375, obs. Dumont*. La signature apposée sur une note de service ne peut constituer une acceptation de la part du salarié d'une convention de forfait en jours. Cass. soc., 26 octobre 2010, n° 08-41.569. De même, le renvoi à l'accord collectif pour connaître des conditions d'exécution au sein du contrat de travail d'un salarié ne peut être considéré comme la signature d'une convention de forfait. Cass. soc., 31 janvier 2012, n° 10-17.593, *D. actu. 15 févr. 2012, obs. Siro* ; *D. 2012. Actu. 445* ; *RJS 2012. 301, n° 348* ; *JCP S 2012. 1121, obs. Morand*.

⁸⁸⁸ Directive 2019/1152 du 20 juin 2019 relative à des conditions de travail transparentes et prévisibles dans l'Union européenne.

⁸⁸⁹ V. en ce sens, G. LOISEAU, « Conclure un contrat de travail à durée déterminée par voie électronique », *BJT*, n° 9, 2022, p. 3.

⁸⁹⁰ Art. R. 55-4 et s. CPCE.

⁸⁹¹ Art. R. 55-5 CPCE.

⁸⁹² Art. R. 55-1 CPCE.

⁸⁹³ T. PIETTE-COUDOL, « Le coffre-fort numérique et autres espaces de stockage de données », *RLDI*, n° 151, 2018, p. 33.

⁸⁹⁴ X. DELPECH, « Un cadre réglementaire pour les services de coffre-fort numérique », *AJ contrat*, 2018, p. 248.

loi du 7 octobre 2016⁸⁹⁵, applicable, avec l'adoption du décret du 9 mai 2018⁸⁹⁶ depuis le 1^{er} janvier 2019. Cependant, en pratique, son usage a été rendu particulièrement difficile par ses conditions de mise en œuvre⁸⁹⁷. Il existe, en effet, un double consentement à recueillir auprès du salarié : un « *consentement à recevoir* » et un « *consentement à prendre connaissance* »⁸⁹⁸. Le premier correspond à un consentement de principe à recevoir des envois recommandés électroniques, qui pourrait être prévu au sein d'un document annexe au contrat de travail par exemple⁸⁹⁹. Mais des interrogations persistent quant à la possibilité pour le salarié de retirer son consentement à l'aune des dispositions issues du RGPD⁹⁰⁰. La question serait de savoir si le traitement doit être considéré comme nécessaire ou non. De plus, il est prévu que « *dans le cas où le destinataire n'est pas un professionnel, celui-ci doit avoir exprimé à l'expéditeur son consentement à recevoir des envois recommandés électroniques* »⁹⁰¹. Ensuite, le prestataire de la lettre recommandée électronique doit informer le destinataire qu'une lettre recommandée électronique lui est destinée et qu'il a la possibilité pendant un délai de quinze jours à compter du lendemain de l'envoi de cette information d'accepter ou non sa réception⁹⁰². Le destinataire n'est cependant pas informé de l'identité de l'expéditeur de la lettre recommandée électronique⁹⁰³. Bien que certains auteurs suggèrent qu'il s'agit d'un consentement à prendre connaissance et non à recevoir⁹⁰⁴, à la lecture du décret et en l'absence de décision sur le sujet, le doute subsiste. Si le consentement devait être obtenu à chaque lettre, cela rendrait inutile le recueil du premier consentement de principe. Malgré la levée de la circonscription de l'utilisation à la conclusion et à l'exécution du contrat⁹⁰⁵, le recours à la lettre recommandée électronique est encore rare.

156. En cas de licenciement, par exemple, si l'employeur opte pour la lettre recommandée électronique pour la convocation à un entretien préalable⁹⁰⁶, et que le salarié venait à refuser la

⁸⁹⁵ Loi n° 2016-1321 du 7 octobre 2016 pour une République numérique.

⁸⁹⁶ Décret n° 2018-347 du 9 mai 2018 relatif à la lettre recommandée électronique.

⁸⁹⁷ V. sur ses conditions, T. PIETTE-COUDOL, « La nouvelle lettre recommandée électronique », *RLDI*, n° 149, 2018, p. 30.

⁸⁹⁸ C. LHUISSIER, « L'envoi recommandé électronique : une opportunité pour les services RH ? », *JCP S*, n° 44, 2020, 3060.

⁸⁹⁹ V. FLEURET, « Gestion du personnel », dans *Droit du travail et technologies de l'information et de la communication*, LexisNexis, coll. « Planète social », 2022, p. 137.

⁹⁰⁰ Règlement n° 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, *op. cit.*, art. 7.3 et 13.2 c.

⁹⁰¹ Art. L. 100 CPCE.

⁹⁰² Art. R. 53-3 CPCE.

⁹⁰³ Art. R. 53-3 CPCE.

⁹⁰⁴ C. LHUISSIER, « L'envoi recommandé électronique : une opportunité pour les services RH ? », *op. cit.*

⁹⁰⁵ Décret n° 2018-347 du 9 mai 2018 relatif à la lettre recommandée électronique, *op. cit.*

⁹⁰⁶ Art. L. 1232-2 C. trav.

réception de la lettre électronique, la question se pose de l'obligation d'effectuer un nouvel envoi par la voie classique de la lettre recommandée papier et de la suspension des délais légaux⁹⁰⁷. Or, ce n'est pas le cas avec la lettre recommandée papier. Si le salarié est absent lors de la présentation de la lettre ou s'il refuse de la recevoir, la procédure de licenciement est, en effet, considérée comme étant régulière et peut se poursuivre⁹⁰⁸. En l'état du droit positif, et dans l'attente de la position du juge vers une transposition *in extenso* à l'envoi électronique, l'employeur n'aurait que très peu d'intérêt, si ce n'est aucun, de recourir à la lettre recommandée électronique.

157. La question de l'admission du courriel. Enfin, malgré ce mouvement en faveur de la dématérialisation, la Cour de cassation refuse d'admettre le courriel comme un écrit électronique⁹⁰⁹. Suivant une lecture stricte des anciens articles 1316-1 et 1316-4 du Code civil, la première chambre civile de la Cour de cassation a jugé que si leur auteur supposé dénie être l'auteur d'écrits électroniques, le juge est tenu de vérifier si ces écrits répondent aux conditions prévues par les dispositions précitées⁹¹⁰. Néanmoins, la Cour de cassation a admis la validité d'une promesse d'embauche par courrier électronique⁹¹¹, ne nécessitant pas de recourir à une forme particulière. Dès lors qu'un contrat exige pour sa validité l'établissement d'un écrit, celui-ci peut être conclu au moyen d'un échange de courriels, si la loi n'impose pas un écrit unique⁹¹². Plus largement, le courriel est admis comme preuve d'un fait, dont l'existence peut être établie par tous les moyens de preuve⁹¹³. Le numérique a ainsi constitué une évolution certaine dans l'admission des écrits, comme nouvel *instrumentum*⁹¹⁴, mais également grâce à l'essor de la signature électronique.

⁹⁰⁷ V. art. L. 1332-4 et L. 1232-6 C. trav.

⁹⁰⁸ Cass. soc., 9 mai 1989, n° 88-40.490.

⁹⁰⁹ L. GRYNBAUM, C. LE GOFFIC et L. MORLET-HAÏDARA, *Droit des activités numériques*, 1^{re} éd., Dalloz, coll.« Précis », 2014, p. 22.

⁹¹⁰ Cass. 1^{re} civ., 30 septembre 2010, n° 09-68.555, *D. 2010. 2362* ; *AJDI 2011. 73*, obs. de La Vaissière ; *CCE 2010, n° 129*, note Caprioli ; *RLDC 2011/80, n° 4152*, note Cachard ; *RTD civ. 2010. 785*, obs. Fages.

⁹¹¹ Cass. soc., 11 juillet 2007, n° 06-43.154.

⁹¹² Cass. 1^{re} civ., 11 juillet 2018, n° 17-10.458, *D. 2018. 1550* ; *AJ contrat 2018. 397*, obs. Buy ; *JS 2018, n° 190*, p. 9, obs. Mondou ; *RDC 2018. 560*, note Huet ; *JCP E 2018. 1567*, note T. Douville.

⁹¹³ Cass. soc., 25 septembre 2013, n° 11-25.884, *D. actu. 21 oct. 2020*, obs. Peyronnet ; *D. 2020. 2383*, note Golhen ; *ibid. 2021. Pan. 209*, obs. Aynès ; *RDT 2020. 753*, note Kahn ; *ibid. 764*, obs. Lhomond ; *RJS 12/2020, n° 573* ; *JSL 2020, n° 507-1*, obs. Mayoux ; *JCP S 2020. 3042*, Avis Berriat, obs. Loiseau ; *Gaz. Pal. 26 janv. 2021, p. 68*, obs. Mayer.

⁹¹⁴ V. sur la notion d'*instrumentum*, *infra*, n° 190.

2- L'usage de la signature électronique

158. L'admission de la signature électronique. Issue de la loi du 13 mars 2000⁹¹⁵, dès lors qu'elle répond à certains impératifs, la signature électronique⁹¹⁶ bénéficie d'une présomption de fiabilité. Les modalités de la signature électronique⁹¹⁷ sont définies par l'article 1367 du Code civil, qui consiste « *en l'usage d'un procédé fiable d'identification garantissant son lien avec l'acte auquel elle s'attache. La fiabilité de ce procédé est présumée, jusqu'à preuve contraire, lorsque la signature électronique est créée, l'identité du signataire assurée et l'intégrité de l'acte garantie, dans les conditions fixées par décret en Conseil d'État* », précisées au sein du décret du 28 septembre 2017⁹¹⁸. Cet article lui a conféré la même valeur qu'une signature autographe. Pour répondre à l'exigence de fiabilité, la signature électronique doit respecter certaines conditions techniques⁹¹⁹, qui sont issues du règlement européen « *eIDAS* » du 23 juillet 2014⁹²⁰ et du décret du 28 septembre 2017⁹²¹.

159. N'est ainsi pas considérée comme une signature électronique, une signature manuscrite scannée⁹²². En ce sens, la jurisprudence a eu l'occasion à plusieurs reprises de consacrer les conditions relatives à la présomption de fiabilité de la signature électronique. Elle indique qu'il convient que la signature soit « *établie et conservée dans des conditions de nature à garantir son intégrité, [...] par un procédé fiable garantissant le lien de la signature électronique avec l'acte auquel elle s'attache, et [...] permettant une identification et une authentification précise des signataires* »⁹²³. Outre les impératifs liés à sa fiabilité, la signature électronique présente une réelle opportunité de sécurité juridique pour l'employeur. Le numérique constitue non seulement un changement de support, mais son usage nécessite également des règles propres pour garantir sa fiabilité. Néanmoins, si l'apposition d'une signature sous forme d'une image

⁹¹⁵ Loi n° 2000-230 du 13 mars 2000 portant adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information et relative à la signature électronique, *op. cit.*

⁹¹⁶ V. C. FÉRAL-SCHUL, *Cyberdroit*, *op. cit.*, p. 1159.

⁹¹⁷ V. également, É. A. CAPRIOLI, *Signature électronique et dématérialisation*, LexisNexis, coll. « Droit & Professionnels », 2014.

⁹¹⁸ Décret n° 2017-1416 du 28 septembre 2017 relatif à la signature électronique.

⁹¹⁹ Le dispositif doit disposer d'une certification émise par une autorité de certification ou un prestataire de service de confiance.

⁹²⁰ Règlement n° 910/2014 du Parlement européen et du Conseil du 23 juillet 2014 sur l'identification électronique et les services de confiance pour les transactions électroniques au sein du marché intérieur et abrogeant la directive 1999/93/CE. Il a défini un langage commun concernant l'identification d'une signature, ce, tant pour les signatures simples, avancé ou qualifié.

⁹²¹ Décret n° 2017-1416 du 28 septembre 2017 relatif à la signature électronique, *op. cit.*

⁹²² Cass. soc., 17 mai 2006, n° 04-46.706.

⁹²³ Cass. 1re civ., 6 avril 2016, n° 15-10.732, *RGDA* 2016. 298, note Ghuedre.

numérisée ne peut être assimilée à une signature électronique, au sens de l'article 1367 du Code civil, s'il est constaté qu'il n'était pas contesté que la signature en cause était celle du gérant de la société et permettait parfaitement d'identifier son auteur, lequel était habilité à signer un contrat de travail, la Cour de cassation a admis que l'apposition d'une signature manuscrite numérisée ne vaut pas absence de signature⁹²⁴. Cet assouplissement permet d'éviter d'éventuelles sanctions en cas notamment de contrat court⁹²⁵.

160. Signature et contrat électroniques. Si le contrat à durée indéterminée est admis comme un contrat consensuel⁹²⁶ et peut être conclu par simple échange de courriels, il en va différemment pour les contrats à durée déterminée⁹²⁷ ou de mission⁹²⁸. Ainsi, la signature se présente comme une nécessité pour conclure ces contrats de travail⁹²⁹. En attestent les contentieux relatifs aux contrats à durée déterminée encourant la requalification en contrat de travail à durée indéterminée en cas d'absence de signature⁹³⁰. Le recours à la signature électronique permet ainsi de faciliter la gestion des contrats à durée déterminée ou les contrats de mission. Elle doit néanmoins satisfaire à certaines exigences. Elle doit, en effet, répondre à un procédé fiable d'identification⁹³¹. Dans le cadre du développement de la dématérialisation, la création d'outils de gestion des ressources humaines a été favorisée, dont particulièrement le système d'information des ressources humaines.

⁹²⁴ Cass. soc., 14 décembre 2022, n° 21-19.841.

⁹²⁵ V. sur la requalification, D. BAUGARD, *La sanction de requalification en droit du travail*, t. 31, IRJS Editions, coll. « Bibliothèque de l'Institut de Recherche Juridique de la Sorbonne - André Tunc », 2011.

⁹²⁶ « *En parlant d'un acte juridique, d'un contrat ou d'une convention : qui peut être conclu, au gré des intéressés, sous une forme quelconque et ont dit qu'il résulte du seul échange des consentements, dès lors que les volontés se sont accordées d'une manière ou d'une autre, soit par écrit, soit oralement, soit même tacitement* », V. « Consensuel, elle », G. CORNU, *Vocabulaire juridique, op. cit.*, p. 242-243.

⁹²⁷ Art. L. 1242-12 C. trav.

⁹²⁸ Art. L. 1251-16 C. trav.

⁹²⁹ C. LHUISSIER, « Signature électronique d'un contrat de mission : premiers éclairages de la cour d'appel de Reims », *op. cit.*

⁹³⁰ V. à ce sujet, É. CAPRIOLI et M. CAPRIOLI, « Le contrat de travail à durée déterminée électronique », *BJT*, n° 6, 2023, p. 47 ; Cass. soc., 14 novembre 2018, n° 16-19.038, *D. 2018. Actu. 2239* ; *RJS 1/2019*, n° 6 ; Cass. soc., 9 décembre 2020, n° 19-16.138, *D. 2021. 23* ; *ibid.* 370, *obs. Ala, Lanoue et Prache* ; *JSL 2020*, n° 513-5, *obs. Mo* ; *RJS 2/2021*, n° 91 ; *JCP S 2021. 1020*, *obs. Morand*. Il convient néanmoins de préciser que bien que la signature d'un CDD a le caractère d'une prescription d'ordre public dont l'omission entraîne, à la demande du salarié, la requalification en CDI ; il en va autrement que lorsque le salarié a délibérément refusé de signer le contrat de travail de mauvaise foi ou dans une intention frauduleuse. Cass. soc., 31 janvier 2018, n° 17-13.131, *RDT 2018. 373*, *note Bento de Carvalho*.

⁹³¹ V. sur les différents types de signature électronique, G. LOISEAU, « Conclure un contrat de travail à durée déterminée par voie électronique », *op. cit.* ; V. FLEURET, « Gestion du personnel », *op. cit.*, p. 135-136.

3- La création d'outils de gestion des ressources humaines : le Système d'Information des Ressources Humaines

161. Le contexte du développement du SIRH. Les Technologies de l'Information et de la Communication, dites TIC, ont été la source de profondes transformations dans la gestion des ressources humaines. À la fin des années 1960, l'informatique⁹³² se développe et aboutit dans les années 1980 à l'apparition des outils de systèmes d'information des ressources humaines (SIRH). Le SIRH peut se définir comme étant « *une procédure de collecte, de stockage, de restauration et de validation des données sur les ressources humaines, les activités du personnel et les caractéristiques des unités organisationnelles dont une entreprise a besoin* »⁹³³. Il représente le principal outil de direction du personnel. Au fil des années, il a pu recouvrir différents domaines des ressources humaines tels que la gestion de la paie, le recrutement ou encore des tableaux de bord de suivi des salariés⁹³⁴.

162. Genèse du SIRH. Son histoire peut se distinguer en quatre âges⁹³⁵. Tout d'abord, l'âge de pierre, à la fin des années 1960, avec l'apparition de l'ordinateur, qui a permis le développement au début des années 1980 des logiciels de paie. L'évolution de l'informatique et la possibilité de paramétrer le système conduisent à la première version de la paie avec les fonctions que nous lui connaissons aujourd'hui : principalement, calculer et éditer les bulletins de paie, les journaux de paie, les livres de paie, ou effectuer les déclarations auprès de l'administration. Puis, intervient l'âge de bronze, au milieu des années 1990, avec la multiplication de la réglementation du droit du travail⁹³⁶, les éditeurs proposent de nouvelles versions de leur produit, qui dépassent le seul logiciel de paie, et qui a su s'adapter à toutes les évolutions liées au temps partiel, ou aux nouveaux types de contrat⁹³⁷. À la même période, apparaît une diversification des offres, et les éditeurs commencent à développer des logiciels de ressources humaines pour de la gestion du temps de travail ou de la formation des salariés. Ces nouveaux outils deviennent paramétrables par les utilisateurs, ce qui permettra leur démocratisation. Puis,

⁹³² V. *supra*, n° 32 et s.

⁹³³ K. KOVACH et C. CATHCART, « Human Resource Information Systems (HRIS) : Providing Business with Rapid Data Access, Information Exchange and Strategic Advantage », *Public Personnel Management*, vol. 28, 1999.

⁹³⁴ I. COMTET et S. CHASSIGNEUX, « Le SIRH peut-il être un outil de communication de proximité ? », *Communication & management*, vol. 14, n° 2, 2017, p. 10.

⁹³⁵ B. JUST, *Pas de DRH sans SIRH*, *op. cit.*, p. 19 et s. ; V. également, P. STORHAYE et J.-M. PERETTI, *Le SIRH enjeux, facteurs de succès, perspectives*, *op. cit.*, p. 30 et s.

⁹³⁶ V. notamment, J. LE GOFF, L. BERGER et P. WAQUET, *Du silence à la parole*, *op. cit.*, p. 470 et s.

⁹³⁷ V. notamment sur les évolutions législatives, *Ibid.*, p. 481 et s.

lors de l'âge de fer du SIRH dans les années 2000, il y a l'apparition du modèle ERP⁹³⁸. Il offre de coordonner l'ensemble des logiciels et ainsi de comprendre tous les processus de ressources humaines. Enfin, l'âge d'or du SIRH voit le jour depuis une dizaine d'années avec les applications en ASP⁹³⁹ et Saas⁹⁴⁰, qui permettent de faire communiquer les interfaces entre elles et de stocker à distance l'ensemble des informations. Fort de l'ensemble de son histoire, le SIRH n'a cessé de s'adapter aux évolutions législatives et aux pratiques au sein de l'entreprise. Il constitue aujourd'hui l'outil privilégié de la direction du personnel de l'entreprise, couvrant des fonctions variées.

163. Le SIRH au service de la direction dématérialisée des salariés. Le SIRH recouvre trois grands « axes ». Tout d'abord, le portail du salarié au sein duquel ses informations sont enregistrées, qui pourront être modifiées ou transférées. Ensuite, la collecte de données, ou le « reporting », qui va permettre de croiser plusieurs données en provenance des différents modules du SIRH. Enfin, ces données vont pouvoir être partagées tant au salarié concerné qu'aux responsables hiérarchiques de celui-ci⁹⁴¹. De plus, il est possible d'automatiser une grande partie des actions de l'employeur, ou, à tout le moins, de les préprogrammer.

164. À titre d'illustration, à l'arrivée d'un nouveau salarié, il est désormais d'usage dans bon nombre d'entreprises de programmer une procédure dite de « on boarding »⁹⁴². Dès la décision prise du recrutement du salarié, le service des ressources humaines, en un « clic », peut générer l'ensemble des courriels et documents nécessaires à la préparation de son arrivée, grâce à la programmation de l'ensemble des actions à effectuer en cas de recrutement au sein du SIRH. Ainsi, le collaborateur pourra recevoir par l'intermédiaire de cette préprogrammation, par exemple, les contrats de prévoyance ou de mutuelle, ou encore la charte informatique de l'entreprise. L'employeur pourra également inviter le salarié à fournir l'ensemble de ses informations personnelles, nécessaires à la déclaration préalable à l'embauche⁹⁴³, directement

⁹³⁸ Entreprise Ressource Planning. V. *supra*, n° 99.

⁹³⁹ Application Service Provider ou fournisseur d'applications hébergées, qui offre la « possibilité d'utiliser à distance une application hébergée sur les ordinateurs d'un prestataire. Dans ce type de prestation, seules les informations sont la propriété de l'entreprise utilisatrice. Les applications le plus souvent utilisées dans ce mode de fonctionnement sont le recrutement ou la gestion des compétences », B. JUST, *Pas de DRH sans SIRH*, Liaisons, 2010, p. 356.

⁹⁴⁰ Software as a Service, « il s'agit d'une technologie consistant à fournir des services ou des logiciels informatiques par le biais du Web et non plus dans le cadre d'une application de bureau ou client serveur. Ce concept, apparu au début des années 2000, prend la suite de celui d'application service provider (ASP) », B. JUST, *Pas de DRH sans SIRH*, Liaisons, 2010, p. 369.

⁹⁴¹ I. COMTET et S. CHASSIGNEUX, « Le SIRH peut-il être un outil de communication de proximité ? », *op. cit.*, p. 11.

⁹⁴² F. BRAGARD et G. PIETREMENT, *SIRH*, *op. cit.*, p. 11 ; J.-N. CHAINTREUIL, *RH & digital*, *op. cit.*, p. 134.

⁹⁴³ Art. L. 1221-10 à L. 1221-12-1 C. trav.

sur son profil au sein du SIRH. Également, tous les acteurs de l'entreprise qui doivent être informés de l'arrivée d'un nouveau salarié (informatique, services généraux, ou encore le manager) le seront par un mail automatique, leur apportant l'ensemble des informations nécessaires. Il peut en être de même pour la sortie de l'entreprise – générant ainsi automatiquement le solde de compte, le certificat de travail⁹⁴⁴, ou encore en alertant par exemple les services informatiques pour programmer la fin des différents accès informatiques du salarié – appelée procédure dite de « *off boarding* »⁹⁴⁵. Le SIRH est un véritable moyen d'expression de la direction du personnel.

165. La gestion d'alerte. Il est également possible de paramétrer des alertes⁹⁴⁶ qui avertissent notamment : avant la fin de la période d'essai, avant la fin de la validité d'un titre de séjour, ou d'une visite médicale à organiser. La plupart des éléments nécessaires à la direction du personnel peuvent être ainsi préparamétrés au sein du SIRH. Le SIRH serait ainsi un véritable garant de la sécurité juridique⁹⁴⁷ de l'entreprise et du bon suivi des salariés. Il est, à tout le moins, devenu le fer de lance du service de la direction des Ressources Humaines.

*B- L'influence du Système d'information des Ressources Humaines
pour une direction dématérialisée des salariés*

166. L'outil SIRH est un système informatique intégrant plusieurs modules⁹⁴⁸, qui gèrent et parfois même automatisent certaines fonctions des ressources humaines tels que la paie, la formation, ou encore le recrutement. L'ensemble des données relatives au travail du salarié est collecté par le SIRH, qui devient dès lors l'intermédiaire et l'outil privilégié de la direction quotidienne de l'employeur. Le SIRH est le premier outil de la dématérialisation de la gestion du personnel⁹⁴⁹. La documentation de l'ensemble de la « *vie au travail* » du salarié est devenue tellement significative, qu'il a, en effet, fallu trouver des outils pour la stocker. Les aspects sont

⁹⁴⁴ Art. L. 1234-19 C. trav.

⁹⁴⁵ F. BRAGARD et G. PIETREMENT, *SIRH*, *op. cit.*, p. 39.

⁹⁴⁶ *Ibid.*, p. 27.

⁹⁴⁷ V. *infra*, n° 194.

⁹⁴⁸ Appelé brique logiciel.

⁹⁴⁹ L. MALFETTES, « Gestion du personnel par algorithmes et droits du salarié », *op. cit.*

nombreux⁹⁵⁰. Il est possible de les regrouper en deux catégories principales : la gestion administrative du personnel d'une part (1), et la gestion du travail des salariés d'autre part (2).

1- La gestion administrative des salariés par le Système d'information des Ressources Humaines

167. La constitution du dossier personnel du salarié, « noyau dur » du SIRH. Tout d'abord, l'outil SIRH constitue un support de la gestion administrative par la tenue du registre du personnel⁹⁵¹, l'annuaire ou encore les dossiers individuels des différents salariés. Toutes les données du salarié, comprenant par exemple sa date d'embauche, sa période d'essai⁹⁵², ou son adresse personnelle, vont être collectées et stockées au sein du SIRH. Les informations individuelles du salarié sont au cœur du fonctionnement du SIRH et répondent à ce titre aux différentes exigences légales de déclaration⁹⁵³. Elles peuvent servir, en effet, à établir la déclaration préalable à l'embauche⁹⁵⁴, le contrat de travail⁹⁵⁵, organiser la visite médicale⁹⁵⁶, ou encore l'inscription à la mutuelle⁹⁵⁷. Autant d'éléments qui correspondent à la direction quotidienne du personnel.

168. Le dossier individuel des salariés est ainsi constitué de données dites élémentaires ou de gestion⁹⁵⁸ (nom, prénom, date de naissance, etc.), qui vont être regroupées par nature d'information. Il constitue le noyau du système du SIRH. Déjà sur ce point, nombreux sont les paramètres à définir quant à l'accessibilité des données du salarié, les personnes habilitées à en modifier le contenu ou encore l'usage de ce dossier⁹⁵⁹. Elles exercent ainsi une partie du pouvoir

⁹⁵⁰ J.-P. TRICOIT, « La dématérialisation de la gestion de la relation de travail », *op. cit.*

⁹⁵¹ Art. L. 1221-13 à L. 1221-16-1 C. trav.

⁹⁵² Art. L. 1221-19 C. trav.

⁹⁵³ B. JUST, *Pas de DRH sans SIRH*, *op. cit.*, p. 41 et s.

⁹⁵⁴ Art. L. 1221-10 à L. 1221-12-1 C. trav.

⁹⁵⁵ Art. L. 1211-1 C. trav.

⁹⁵⁶ Art. R. 4624-16 et s. C. trav.

⁹⁵⁷ Art. L. 911-1 à L. 911-8 CSS ; D. 911-0 à D. 911-8 CSS.

⁹⁵⁸ « Les données de gestion sont communes à toutes les entreprises et collectées par les ressources humaines (RH) ou services comptables. Elles portent sur les éléments qui composent le curriculum vitae (nom, prénom, photo, diplôme, expérience, etc.), ceux qui découlent du numéro national d'identification (le numéro de « sécu » fournit de nombreuses informations : sexe, lieu de naissance, âge) et les informations concernant le contrat de travail et son exécution (durée de travail, type de contrat, rémunération, handicap, arrêt maladie, représentation du personnel ou syndicale, etc.) », M. PEYRONNET, « Du management algorithmique au recrutement par algorithme : le rôle des données », *BJT*, n° 6, 2022, p. 48.

⁹⁵⁹ P. STORHAYE et J.-M. PERETTI, *Le SIRH enjeux, facteurs de succès, perspectives*, *op. cit.*, p. 49.

de direction. Il pourra s'agir du supérieur hiérarchique direct du salarié ainsi que des membres du service des ressources humaines. Il est possible de paramétrer le niveau d'accès avec soit la lecture seule des informations, soit la possibilité de modifier les informations mentionnées au sein du dossier personnel du salarié. L'outil constitue, dès ces premiers éléments, le moyen d'expression privilégié de la direction de l'employeur. En outre, l'outil donne un accès privilégié et facilité des informations du salarié à son supérieur hiérarchique. L'ensemble de ces fonctionnalités, destinées à rationaliser la direction du personnel, au sens d'optimiser, ne sont pas sans incidence. En tant qu'expression du pouvoir de direction, la détermination des accès doit se justifier par rapport au poste et aux responsabilités des salariés concernés. En outre, la perte ultérieure d'accès à des fonctionnalités du SIRH pourrait s'analyser comme une modification des attributions d'un salarié⁹⁶⁰. Dès lors, il conviendra de déterminer s'il s'agit d'un simple changement de tâche⁹⁶¹, ou d'une modification plus importante impliquant un changement des conditions de travail⁹⁶², pouvant aller jusqu'à la « mise au placard » du salarié⁹⁶³. Le SIRH n'est pas donc pas un support neutre de la direction dématérialisée du personnel. Le dossier du salarié constitue le noyau dur du fonctionnement du SIRH, autour duquel va s'agréger l'ensemble des autres fonctionnalités.

169. La réalisation de la paie, première fonction du SIRH. L'ensemble de ces données vont permettre l'établissement de la paie. Première émanation de l'outil SIRH, le logiciel de paie est bien souvent la première acquisition, en SIRH, des entreprises. Le développement de ces outils a conduit le législateur à autoriser la dématérialisation du bulletin de paie en 2009⁹⁶⁴, « dans des conditions de nature à garantir l'intégralité, la disponibilité [...] la confidentialité des données ainsi que leur accessibilité »⁹⁶⁵. Celle-ci présente un intérêt indéniable tant pour le salarié que pour l'employeur. Elle offre une accessibilité à distance et facilite sa conservation pour le salarié. Pour l'employeur, outre des coûts amoindris⁹⁶⁶, le législateur a encouragé son recours. Depuis 2017⁹⁶⁷, le consentement du salarié n'est en effet plus nécessaire pour la mise en œuvre du bulletin électronique, elle relève pleinement du pouvoir de direction de

⁹⁶⁰ V. plus généralement à ce sujet, S. MAILLARD-PINON, « Contrat de travail : modification », dans *Répertoire de droit du travail*, Dalloz, 2021.

⁹⁶¹ Cass. soc., 10 mai 1999, n° 96-45.673, *Dr. soc.* 1999. 566, *étude Waquet* ; *Dr. soc.* 1999. 736, *obs. Gauriau*.

⁹⁶² Cass. soc., 25 septembre 2013, n° 12-21.178.

⁹⁶³ Cass. Soc., 19 février 2014, n° 12-23.708 ; V. notamment pour une étude sur le sujet, L. DE MONTVALON, « La placardisation », *Dr. soc.*, 2023, p. 443.

⁹⁶⁴ Loi n° 2009-526 du 12 mai 2009 de simplification et de clarification du droit et d'allègements des procédures.

⁹⁶⁵ Art. L. 3243-2 al. 2 C. trav.

⁹⁶⁶ Y.-M. LARHER, *Les relations numériques de travail*, thèse, Université Panthéon-Assas, 2017, p. 71-72.

⁹⁶⁷ Décret n° 2016-1762 du 16 décembre 2016 relatif à la dématérialisation des bulletins de paie et à leur accessibilité dans le cadre du compte personnel d'activité. ; Art. L. 3243-2 C. trav.

l'employeur, sauf opposition du salarié⁹⁶⁸ et sous réserve qu'il réponde aux différentes garanties nécessaires⁹⁶⁹. Les utilisateurs doivent être en mesure de récupérer à tout moment l'intégralité de leurs bulletins de paie émis sous forme électronique, sans manipulation complexe ou répétitive, dans un format électronique structuré et couramment utilisé⁹⁷⁰. Le bulletin de paie doit être mis à disposition du salarié dans des conditions permettant de préserver la confidentialité des données⁹⁷¹, et dans le compte personnel d'activité⁹⁷², rassemblant les informations concernant ses droits⁹⁷³ et accessible en ligne⁹⁷⁴. Bien que le bulletin de paie doive être transmis par tout moyen⁹⁷⁵, il ne peut l'être simplement par courriel, ne répondant pas aux garanties nécessaires à l'intégrité des données y figurant et à la transmission sur le compte personnel du salarié en cas de dématérialisation⁹⁷⁶.

170. En outre, le SIRH, lors de l'établissement de la paie, permet le traitement auprès des organismes sociaux de l'ensemble des dossiers d'affiliation, ainsi que le recouvrement des cotisations sociales⁹⁷⁷. Le logiciel constitue alors une technique de rationalisation de la gestion des prélèvements sociaux. Cependant, il conviendra d'être vigilant, là encore, lors de l'utilisation du logiciel concernant le calcul des cotisations, qui, en cas d'erreur, pourrait donner lieu à un redressement⁹⁷⁸.

171. L'alimentation en données des documents collectifs de l'entreprise. À partir du dossier personnel des salariés, le SIRH va être l'outil privilégié de la direction administrative des salariés. Les informations collectées vont permettre de générer des documents collectifs

⁹⁶⁸ Il convient de préciser cependant que le salarié pourra s'opposer à la remise de son bulletin de paie de manière dématérialisée, conformément aux dispositions de l'article D. 3243-7 du Code du travail. Mais son consentement préalable pour une telle mise en œuvre n'est plus nécessaire.

⁹⁶⁹ Dont l'information de l'ensemble des salariés un mois avant la première émission du bulletin de paie sous forme électronique. V. Art. L. 1237-5, D. 3243-8 et D. 3243-9 C. trav.

⁹⁷⁰ Art. D. 3243-8 C. trav.

⁹⁷¹ Décret n° 2016-1762 du 16 décembre 2016 relatif à la dématérialisation des bulletins de paie et à leur accessibilité dans le cadre du compte personnel d'activité, *op. cit.*

⁹⁷² Art. L. 5151-1 à 5151-6 C. trav. ; « *S'agissant de la dématérialisation des bulletins de paie, ces derniers ne sont pas stockés dans sur le CPA mais y sont simplement affichés lorsque le titulaire du compte en fait la demande* », Délib. CNIL, n° 2016-344 du 17 novembre 2016.

⁹⁷³ Créé par la Loi n° 2015-994 du 17 août 2015 relative au dialogue social et à l'emploi.

⁹⁷⁴ Art. L. 5151-1 C. trav.

⁹⁷⁵ Cass. soc., 19 mai 1998, n° 97-41.814, *Dr. soc.* 1998. 723, *obs. Marraud* ; *RJS* 1998. 558, n° 865.

⁹⁷⁶ Ne répondant pas aux conditions prévues au sein des dispositions de l'article L. 3243-2 C. trav. ; V. également, à ce sujet, T. PIETTE-COUDOL, « La remise électronique du bulletin de paie », *JCP S*, n° 43, 2010, 1440.

⁹⁷⁷ V. à ce sujet, T. TAURAN, « La sécurité sociale et les logiciels de gestion », *op. cit.*, 1071.

⁹⁷⁸ Il appartiendra, en cas de contentieux, aux juges du fond d'examiner la valeur probante d'une expertise pour vérifier l'existence de carences informatiques, en cas de défaillance du logiciel. Cass. 2ème civ., 24 septembre 2020, n° 19-15.541.

obligatoires de suivi tels que la BDESE⁹⁷⁹, le bilan social⁹⁸⁰, l'index de l'égalité professionnelle⁹⁸¹ ou le document unique d'évaluation des risques⁹⁸². L'ensemble de ces documents obligatoires encouragent l'employeur à se doter des outils nécessaires pour les produire de façon fiable et facile. Il y a une volonté d'optimisation de la direction du personnel par le recours au SIRH face à la multiplication des impératifs reposant sur l'employeur.

172. L'usage du numérique comme support de la direction a donc nécessité l'élaboration de garanties et de nouvelles obligations pour assurer la sincérité des documents y étant stockés⁹⁸³. La dématérialisation a facilité l'accessibilité des documents et renouvelle la rationalisation du pouvoir de direction de l'employeur, avec une certaine omniprésence au travers du logiciel. Au-delà d'une simple gestion administrative du personnel, le SIRH va également être le support privilégié de la gestion du travail des salariés pour l'employeur.

2- La gestion du travail des salariés par le Système d'information des Ressources Humaines

173. Le SIRH, un outil de direction de l'employeur. Dans le cadre de l'exercice du pouvoir de direction de l'employeur, le SIRH va être un intermédiaire de la direction du travail des salariés pour l'employeur. Il va permettre de gérer le temps de travail des salariés tant dans l'organisation que dans le suivi de celui-ci. L'outil SIRH est également devenu le support de la gestion de la carrière des salariés, par le suivi des formations et l'élaboration d'outils de gestion des emplois et parcours professionnels (GEPP). L'employeur va ainsi collecter des données produites par l'activité du salarié. Les données collectées peuvent être directes, dans le cadre de l'exécution de la prestation de travail, avec par exemple le nombre de ventes effectuées ou encore le nombre de pièces produites. Elles peuvent être aussi indirectes et résulter de

⁹⁷⁹ V. *supra*, n° 105.

⁹⁸⁰ Art. L. 2323-68 à 2323-77 C. trav.

⁹⁸¹ V. *supra*, n° 109.

⁹⁸² Art. R. 4121-1 à R. 4121-4 C. trav. ; V. *infra*, n° 186.

⁹⁸³ V. sur l'encadrement législatif de la dématérialisation, *supra*, n° 150 et s.

l'évaluation du travail⁹⁸⁴. L'ensemble de ces données vont pouvoir être analysées pour mesurer notamment la performance des salariés⁹⁸⁵, dans un objectif de rationalisation de la direction.

174. La gestion du temps de travail des salariés par le SIRH. Pour ce faire, l'outil SIRH offre l'opportunité pour l'employeur de gérer le suivi du temps de travail des salariés ainsi que leurs temps de repos. L'ensemble des modalités de l'organisation du temps de travail⁹⁸⁶ dans l'entreprise va pouvoir être paramétré, selon les dispositions légales et conventionnelles, de sorte que l'employeur ait la possibilité, avec le SIRH, d'élaborer l'ensemble des plannings relatifs aux horaires du personnel⁹⁸⁷. L'utilisation du logiciel permet d'éviter les éventuelles erreurs de gestion, mais peut conduire parallèlement à une certaine rigidité dans l'organisation par l'élaboration de processus de décision et de validation. L'attribution d'un salarié à une catégorie particulière en fonction de son temps de travail va également être liée à la gestion de sa paie en alimentant par exemple le versement de prime de nuit⁹⁸⁸, ou encore le droit à des tickets restaurant⁹⁸⁹. En outre, l'outil SIRH offre l'opportunité de prévoir une alerte auprès du service des ressources humaines en cas de dépassement de la durée légale ou de non-respect des périodes de repos⁹⁹⁰. L'outil est un support de la direction du personnel, mais au-delà, il permet à l'employeur d'automatiser le suivi par le paramétrage des dispositions légales ou conventionnelles, qui l'alerte si l'organisation contrevient aux règles ainsi enregistrées. Il convient cependant de noter qu'une éventuelle défaillance du logiciel, ou un mauvais paramétrage du logiciel, seraient tout à fait indifférents lors d'un contentieux relatif au non-respect de dispositions relatives au temps de travail⁹⁹¹. L'employeur demeure responsable du respect des dispositions légales ou conventionnelles, l'utilisation d'un outil pour y parvenir n'a aucune incidence sur la titularité de son pouvoir et les responsabilités qui y ont trait. Autrement dit, le SIRH ne pourrait constituer une cause d'exonération de la responsabilité de l'employeur

⁹⁸⁴ M. PEYRONNET, « Du management algorithmique au recrutement par algorithme : le rôle des données », *op. cit.* À ne pas confondre avec les modalités de collecte directes ou indirectes, V. B. BOSSU, « Gestion par algorithme du personnel et exigence de loyauté et de transparence », *op. cit.*, p. 125 ; M. BOURGEOIS, *Droit de la donnée*, LexisNexis, coll.« Droit & Professionnels », 2017, n° 591 et 648.

⁹⁸⁵ V. *infra*, n° 236.

⁹⁸⁶ Art. L. 3121-27 et s. C. trav. concernant les dispositions d'ordre public relative au temps de travail.

⁹⁸⁷ V. par exemple le logiciel *KiwiHR*. <https://kiwihr.com/fr> [consulté le 6 septembre 2023].

⁹⁸⁸ Art. L. 3122-8 C. trav.

⁹⁸⁹ Art. L. 3262-1 à L. 3262-3 C. trav.

⁹⁹⁰ Art. L. 3132-1 à L. 3132-3-1 C. trav.

⁹⁹¹ V. par exemple, si l'examen d'une application fait apparaître l'absence de prise en compte par celle-ci d'heures complémentaires ou supplémentaires effectuées par les salariés, un redressement est justifié à défaut pour l'employeur d'avoir inclus ces dernières dans l'assiette des cotisations. Cass. 2ème civ., 9 mai 2018, n° 17-16.546 ; T. TAURAN, « La sécurité sociale et les logiciels de gestion », *op. cit.*

liée au dépassement des durées maximales de travail, ou à son obligation de santé et de sécurité⁹⁹².

175. De plus, le SIRH peut être utilisé pour enregistrer le temps de travail des salariés⁹⁹³ que ce soit avec l'appui d'une pointeuse – système selon lequel le salarié est contrôlé à différents points d'accès de l'entreprise, telles que l'entrée et la sortie au moyen d'un badge⁹⁹⁴ – ou d'une déclaration par le salarié lui-même de ses horaires quotidiens⁹⁹⁵. Un support qui a su se rendre indispensable pour l'employeur qui, en cas de contentieux⁹⁹⁶, est tenu de fournir des éléments de nature à justifier les horaires effectivement réalisés⁹⁹⁷. Tout en sachant que, l'obligation pour l'employeur de verser des éléments de nature à justifier les horaires effectivement réalisés par le salarié n'est pas subordonnée à la production préalable par le salarié d'un décompte précis des heures supplémentaires dont il réclame le paiement⁹⁹⁸. Ce qui renforce l'intérêt probatoire de la mise en œuvre d'un tel outil. L'outil SIRH permet, outre l'expression de la direction de l'employeur, d'assurer une certaine sécurité juridique pour l'employeur⁹⁹⁹.

176. Il peut même être recouru à des systèmes plus élaborés qui vont permettre d'enregistrer le temps passé sur un projet ou un dossier¹⁰⁰⁰. Une telle modalité de gestion du temps de travail peut présenter un réel intérêt dans des activités de prestation de service avec l'élaboration d'une facturation. Tel peut être le cas au sein des cabinets d'avocat, qui vont pouvoir comptabiliser les temps passés sur les différents dossiers pour établir la facturation et effectuer un suivi de l'avancée du travail. Le SIRH est alors un support de la direction du travail.

177. La gestion des temps de repos des salariés par le SIRH. L'outil SIRH peut également être utilisé comme support pour la gestion des congés¹⁰⁰¹ et autres temps de repos¹⁰⁰² des salariés. À ce sujet, il sert de support de gestion pour automatiser le calcul des jours et offrir une interface où le salarié peut faire part de ses souhaits de congés, et où le supérieur

⁹⁹² V. également à ce sujet, *infra*, n° 201.

⁹⁹³ V. sur l'expression du pouvoir de contrôle, *infra*, n° 265.

⁹⁹⁴ V. notamment à ce sujet, art. L. 3171-4 al. 3 C. trav.

⁹⁹⁵ Art. L. 3171-4 C. trav. ; Cass. soc., 19 janvier 1999, n° 95-45.628, *D. 1999. IR 50* ; *JCP 1999. II. 10175, note Del Sol* ; *RJS 1999. 223, n° 376* ; *JS UIMM 1999*.

⁹⁹⁶ V. sur le droit de la preuve, *infra*, n° 411.

⁹⁹⁷ Cass. soc., 3 juillet 1996, n° 93-41.645, *CP 1996. II. 22697, note Corrignan-Carsin* ; *Dr. soc. 1996. 974, obs. Couturier* ; Cass. soc., 9 octobre 1998, n°96-43.635, *RJS 1998. 909, n° 1493* ; Cass. soc., 9 mai 2006, n° 04-45.880, *RDT 2006. 182, obs. Pignarre*.

⁹⁹⁸ Cass. soc., 10 mai 2001, n° 99-42.200, *D. 2001. IR 1672* ; *Dr. soc. 2001. 768, obs. Radé* ; *RJS 2001. 599, n° 871*.

⁹⁹⁹ V. sur la confiance en une garantie de sécurité juridique par le numérique, *infra*, n° 194.

¹⁰⁰⁰ V. par exemple le logiciel *2eTime*, <https://www.e2time.com/> [consulté le 24 juillet 2023].

¹⁰⁰¹ Art. L. 3141-1 et s. C. trav.

¹⁰⁰² Art. L. 3131-1 et s. C. trav.

hiérarchique pourra valider ou non la demande. Par cette fonctionnalité de validation, le logiciel devient un moyen d'expression de la direction de l'employeur, au-delà d'un simple support de gestion administrative des ressources humaines. À défaut de disposition conventionnelle, il revient à l'employeur de définir l'ordre des départs en congé¹⁰⁰³, qui peut être fait par tout moyen¹⁰⁰⁴. La jurisprudence avait même affirmé le principe selon lequel, sous réserve des dispositions conventionnelles, la fixation des dates des congés payés « *constitue une prérogative de l'employeur* »¹⁰⁰⁵. Dans ce cadre, l'employeur va faire part de sa décision au travers du SIRH, qui devient un support de l'expression du pouvoir, source de rationalisation technique.

178. Il convient néanmoins de souligner la nécessaire vigilance lors du paramétrage de l'outil, en tant qu'intermédiaire de la direction de l'employeur¹⁰⁰⁶. Pour illustration, en cas de refus du supérieur hiérarchique de la demande de congé effectuée par le salarié au sein de l'outil, celui-ci constitue bien une expression de la direction de l'employeur qui doit être exempt d'abus¹⁰⁰⁷. Dans l'autre sens, lorsqu'un salarié adresse à l'employeur une demande de congé et que celle-ci demeure sans réponse, il peut la considérer comme acceptée. Le refus de l'employeur, lorsqu'il est exprimé, doit être en effet « *expressément formulé* »¹⁰⁰⁸. Dans ces différents cas, l'employeur ne pourra se prévaloir d'un mauvais paramétrage de l'outil SIRH. Il demeure un support, qui doit être une aide au suivi du personnel, cependant, il ne se substitue pas. L'employeur doit donc être vigilant quant à son utilisation comme expression de son pouvoir de direction du personnel. Ce, surtout quand certaines entreprises doublent le SIRH d'une utilisation d'une intelligence artificielle avec, par exemple, des robots conversationnels pour répondre à leurs questions juridiques relatives à leurs congés, ou leur planning¹⁰⁰⁹.

¹⁰⁰³ Art. L. 3141-16 C. trav.

¹⁰⁰⁴ Art. D. 3141-6 C. trav.

¹⁰⁰⁵ Cass. ch. mixte, 10 décembre 1993, n° 87-45.188, *RJS 1/1994, no 46* ; *D. 1994. IR 24* ; *Dr. soc. 1994. 211* ; *JCP 1994. II. 22233, note D. Corrignan-Carsin* ; *CSB 1994. 37, A. 9, note A. Philbert* ; *Dr. ouvrier 1994. 59, concl. R. Kessous, note A. Lyon-Caen* ; *JS UIMM 1994-569, p. 64* ; *D. 1994. IR 24*.

¹⁰⁰⁶ V. sur le paramétrage, *infra*, n° 184.

¹⁰⁰⁷ Cass. soc., 8 juillet 2020, n° 18-21.681, *D. 2020. 2312, obs. Vernac et Ferkane* ; *RDT 2020. 624, obs. Véricel* ; *RJS 10/2020, n° 474* ; *JSL 2020, n° 505-4, obs. Hautefort* ; *JCP S 2020. 2096, obs. Lhernould*.

¹⁰⁰⁸ Cass. soc., 6 avril 2022, n° 20-22.055, *Non publié* ; Q. CHATELIER, « Congés payés : l'absence de refus exprès de la demande du salarié vaut acceptation », *LSQ*, n° 92/2022, 17 mai 2022, p. 9.

¹⁰⁰⁹ Les entreprises PSA ou Axa utiliseraient des robots conversationnels à destination des salariés. M. DE LA ROCHEFOUCAULD et O. LEVANNIER-GOUËL, « Le recours à l'algorithme par l'employeur dans le processus de recrutement : regard croisé droit social et sciences de gestion », dans *Vers un droit de l'algorithme ?*, Mare & Martin, 2022, p. 67 ; V. également, V. FLEURET, « Gestion du personnel », dans *Droit du travail et technologies de l'information et de la communication*, LexisNexis, coll. « Planète social », 2022, p. 143-144.

179. Outre l'expression de son pouvoir de direction, le SIRH peut être source de preuve en cas de contentieux. Tant pour l'employeur pour fonder une décision, disciplinaire par exemple, que pour le salarié qui peut se prévaloir de l'article 145 du Code de procédure civile pour enjoindre son employeur, en cas de contentieux, de fournir les éléments le concernant au sein du SIRH¹⁰¹⁰. Le SIRH peut ainsi permettre la production de document relatif à l'ensemble du temps de travail des salariés, ce qui constitue ainsi la preuve de la direction de l'employeur.

180. La gestion de la carrière des salariés par le SIRH. Enfin, la gestion de la carrière¹⁰¹¹ des salariés, tant leurs formations que l'identification de leur performance¹⁰¹² peuvent être suivies avec le SIRH, et même être organisées, à l'appui de celui-ci. Il convient de rappeler que l'employeur doit assurer « *l'adaptation des salariés à leur poste de travail* », et qu'il doit également veiller à leur employabilité¹⁰¹³. Même si le salarié ne formule aucune demande de formation, l'employeur doit remplir son obligation à ce sujet¹⁰¹⁴. Le SIRH peut alors, sur ce dernier aspect, constituer un outil de gestion de la formation et de l'évolution de la carrière des salariés pour répondre au mieux aux obligations d'adaptation et d'employabilité. Selon des critères préétablis, le SIRH va pouvoir effectuer une répartition préalable¹⁰¹⁵ entre les salariés pour sélectionner ceux qui seront visés par le plan de formation¹⁰¹⁶, ou pour organiser le développement des compétences¹⁰¹⁷ d'un salarié en vue d'une évolution professionnelle. Outre l'élaboration, le SIRH peut également jouer un rôle dans le stockage et le suivi des actions de formation au sein de l'entreprise, en enregistrant notamment le nombre de salariés formés, le nombre d'heures de formations ou encore la répartition des salariés formés par âge, sexe, ou le niveau de poste¹⁰¹⁸. Le SIRH permet enfin l'organisation et le suivi de la tenue des entretiens professionnels¹⁰¹⁹ ou des bilans de compétences¹⁰²⁰, constituant là encore un support privilégié de suivi des obligations de l'employeur, qui peut être source de preuve¹⁰²¹.

¹⁰¹⁰ V. sur le droit à la preuve, *infra*, n° 411 et s.

¹⁰¹¹ « *Ensemble des fonctions ou des emplois remplis par une personne pendant sa vie professionnelle* », V. « Carrière », G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, p. 149.

¹⁰¹² V. sur le pouvoir d'évaluation de l'employeur, *infra*, n° 210 et s.

¹⁰¹³ Art. L. 6321-1 C. trav. ; V. sur l'histoire de la notion d'employabilité, A. BEVORT, A. JOBERT, M. LALLEMENT et A. MIAS, *Dictionnaire du travail*, *op. cit.*, p. 246 et s.

¹⁰¹⁴ Cass. soc., 18 juin 2014, n° 13-14.916, *D. actu. 10 juill. 2014, obs. Peyronnet* ; *D. 2014. Actu. 1386* ; *RJS 2014. 614, n° 718* ; *JSL 2014, n° 371-4*.

¹⁰¹⁵ Sur l'encadrement l'automatisation des décisions, V. *supra*, n° 136

¹⁰¹⁶ Art. L. 6312-1 ; L. 6313-1 à L. 6313-8 C. trav.

¹⁰¹⁷ V. sur la compétence, S. THOMAS, *La compétence du salarié*, *op. cit.*

¹⁰¹⁸ F. BRAGARD et G. PIETREMENT, *SIRH*, *op. cit.*, p. 117.

¹⁰¹⁹ Art. L. 6315-1 C. trav.

¹⁰²⁰ Art. L. 6313-4 C. trav.

¹⁰²¹ V. *infra*, n° 411 et s. ; V. notamment sur la méthode du panel, *infra*, n° 437.

181. L'ensemble de ces fonctionnalités relatives au suivi du travail du salarié forme les nouvelles modalités d'expression et de rationalisation du pouvoir de direction du personnel de l'employeur. Au-delà du simple stockage, le SIRH permet un traitement de la donnée¹⁰²². Autrement dit, son utilisation, au-delà de la simple dématérialisation des informations des salariés, conduit à l'analyse et à l'utilisation de leurs données, dans le cadre de l'exercice du pouvoir de direction. C'est ce qui le distingue du papier et c'est ce qui rend difficile toute dissociation entre l'information et son support technologique¹⁰²³. Outre être un support privilégié du pouvoir de direction, son usage parfois transforme les modalités de cette direction.

§2 : Le recours au Système d'Information des Ressources Humaines comme support « métrique » de la direction de l'employeur

182. L'outil SIRH a su se rendre indispensable. Et c'est l'usage qui en a été fait – tant dans sa conception que dans son utilisation – qui a conduit à une direction « métrique » de l'employeur, au-delà d'une simple dématérialisation de la direction (A). Or, un tel usage interroge quant à l'imputation des responsabilités des différentes parties prenantes du SIRH, à savoir l'employeur et l'éditeur (B).

A- La conception et l'utilisation du Système d'Information des Ressources Humaines

183. Pour saisir comment s'exprime le pouvoir de direction par l'intermédiaire de l'outil SIRH, il appartient d'étudier la place qu'occupe son paramétrage lors de sa conception (1). Tout en sachant que désormais le SIRH peut comporter des modules de « *HR Analytics* » qui cherchent à mesurer une partie du comportement des salariés pour mieux les anticiper (2). Cet usage

¹⁰²² V. par exemple, « Carrefour a mis en place, avec l'entreprise Proxem, un système d'analyse des entretiens annuels grâce à l'utilisation d'un algorithme qui permet d'analyser le contenu des 13 000 entretiens annuels de sa population d'encadrants », N. MAGGI-GERMAIN, « Le travail à l'ère des techniques numériques », *op. cit.*, p. 50.

¹⁰²³ V. ILIEVA, *L'exigence d'objectivité en droit du travail*, *op. cit.*, p. 407.

croissant conduit à une confiance dans les outils numériques, comme garants d'une sécurité juridique (3).

1- L'importance du paramétrage du Système d'Information des Ressources Humaines

184. Le paramétrage du SIRH. Le paramétrage d'un logiciel correspond à la programmation informatique qui « *détermine l'étendue de ses capacités et conditionne son fonctionnement* »¹⁰²⁴. Les fonctionnalités du SIRH dépendent donc des lignes de code informatique¹⁰²⁵ qui ont été élaborées par son concepteur. Il convient cependant de souligner le contrôle de l'Homme sur la conception du logiciel : la programmation du logiciel révèle, en effet, les objectifs et les intentions du concepteur par les choix des critères le guidant¹⁰²⁶. Néanmoins, si le programmeur détermine les conditions dans lesquelles le logiciel va fonctionner, il va devenir étranger à son application¹⁰²⁷. Il existe ainsi deux limites au paramétrage du SIRH : son caractère parfois limité et son utilisation. Tout d'abord, le paramétrage présente une limite, par le recours à des critères, qui manquent parfois de nuance. Autrement dit, « *il faut rentrer dans les cases* »¹⁰²⁸, ce qui, dans le cadre du pouvoir de direction du personnel, peut présenter une limite inhérente au caractère humain qui nécessite plus de nuances et ne peut pleinement correspondre à de « *simples* » critères. Au même titre que l'opération de qualification juridique peut présenter une part d'arbitraire¹⁰²⁹, ici, le manque de souplesse de la programmation par l'automatisation est un frein pour trouver un équilibre. De plus, l'utilisation du logiciel peut s'éloigner de l'objectif initial, lié à une mauvaise identification des besoins lors de la conception du cahier des charges¹⁰³⁰, ou lié à un

¹⁰²⁴ S. MERABET, *Vers un droit de l'intelligence artificielle*, op. cit., p. 85.

¹⁰²⁵ Sur l'informatisation d'un processus, M. VOLLE, « Comprendre l'informatisation », *Cahiers philosophiques*, vol. 141, n° 2, 2015, p. 91-93.

¹⁰²⁶ « *Au risque de paraître enfoncer ici des portes ouvertes, il n'est sans doute pas inutile de rappeler que la découverte scientifique et sa mise en œuvre ne sont sources de progrès qu'à la mesure de l'usage ou du projet d'usage que l'on en fait* », P.-Y. VERKINDT, « Ambivalences et promesses de l'intelligence artificielle dans le champ de la santé et de la sécurité des travailleurs », dans *Intelligence artificielle, gestion algorithmique du personnel et droit du travail*, Dalloz, coll.« Thèmes et commentaires », 2020, p. 201.

¹⁰²⁷ S. MERABET, *Vers un droit de l'intelligence artificielle*, op. cit., p. 90.

¹⁰²⁸ I. COMTET et S. CHASSIGNEUX, « Le SIRH peut-il être un outil de communication de proximité ? », op. cit., p. 17.

¹⁰²⁹ V. « Qualification », D. ALLAND et S. RIALS, *Dictionnaire de la culture juridique*, op. cit., p. 1279.

¹⁰³⁰ V. notamment sur ce point, E. BAUDOIN, M. BENABID, K. CHERIF et C. DIARD, *Transformation digitale de la fonction RH*, Dunod, coll.« Management Sup », 2019, p. 22.

détournement de sa finalité par l'utilisateur¹⁰³¹. Malgré tout, le paramétrage initial d'un outil d'aide à la décision, tel que le SIRH, opère une influence manifeste auprès de son utilisateur¹⁰³². Le SIRH ne va pas simplement quantifier, il va, en fonction du paramétrage, proposer une mesure avec une évaluation du résultat.

185. L'importance du paramétrage. Le paramétrage de l'outil a donc toute son importance. En fonction des indicateurs ou des critères qui vont être choisis et de leur éventuelle pondération le résultat obtenu de la mesure recherchée va, en effet, varier. De plus, lors de la mise en place du SIRH, le paramétrage de la direction administrative du personnel ne doit pas contrevenir aux dispositions légales et conventionnelles de l'entreprise¹⁰³³. Par ailleurs, les indicateurs choisis pour suivre l'évolution du personnel doivent répondre à l'objectif poursuivi. Autrement dit, ils devront correspondre aux exigences d'objectivité et de pertinence s'ils fondent la décision de l'employeur¹⁰³⁴. *A contrario*, l'employeur ne pourra se prévaloir d'un mauvais paramétrage pour s'exonérer de sa responsabilité, s'il a fondé sa décision sur des éléments issus de l'outil SIRH¹⁰³⁵. Le paramétrage de l'outil présente donc une importance manifeste quant à l'expression de la direction de l'employeur. Or, les juristes sont trop rarement associés aux paramétrages des systèmes d'information en entreprise. De plus, les données mises en valeur ne sont pas neutres, dès lors qu'elles sont hiérarchisées et qu'elles ont pour objectif de prédire des comportements comme avec les « *HR Analytics* ».

2- L'évolution du Système d'Information des Ressources Humaines vers l'anticipation des comportements

186. L'utilisation du « *HR Analytics* » pour le profilage des salariés. Élaborés pour anticiper les comportements, les « *HR Analytics* »¹⁰³⁶ peuvent se définir comme, « *une démarche experte de valorisation des données sociales avec des outils statistiques informatisés, pour faciliter la*

¹⁰³¹ V. sur ce point, *infra*, n° 191 et s.

¹⁰³² V. en ce sens, C. CORON, « Les limites de la quantification », dans *La Boîte à outils de l'analyse de données en entreprise*, Dunod, coll.« BâO La Boîte à Outils », 2020, p. 24-25.

¹⁰³³ V. par exemple lors de la clarification des bulletins de paie, Rapport du 20 février 2017, *Les enseignements de l'expérimentation sur la clarification des bulletins de paie*.

¹⁰³⁴ V. également, *supra*, n° 123

¹⁰³⁵ V. sur la responsabilité de l'employeur, *infra*, n° 200.

¹⁰³⁶ Ou « *people analytics* », L. MALFETTES, « Gestion du personnel par algorithmes et droits du salarié », *op. cit.*

prise de décisions stratégiques concernant la performance du capital humain »¹⁰³⁷. Plus qu'un simple support du pouvoir de direction de l'employeur, les applications d'« *HR Analytics* » se veulent être des aides à la décision, notamment par l'analyse des données qui sont contenues dans le SIRH de l'entreprise¹⁰³⁸. Au-delà de simplement calculer, ces outils mesurent pour offrir une évaluation afin de rationaliser la direction du personnel. À cet égard, ils correspondent à un système de profilage¹⁰³⁹. Ces logiciels fondent en effet leurs prédictions sur le comportement des salariés par leur rendement, leur absentéisme, ou le compte-rendu de leur évaluation¹⁰⁴⁰. Certains proposent même d'analyser les « *émotions* » du salarié¹⁰⁴¹, lors d'un entretien par exemple, pour établir un profil « *sous la forme d'un tableau de bord* »¹⁰⁴². Or, une telle analyse manque de fiabilité face à des « *micro-expression* », dont il est difficile de les faire interpréter par la machine¹⁰⁴³. Un premier élément qui présente des risques dans le cas où le profilage dont il serait issu influencerait une quelconque décision de l'employeur¹⁰⁴⁴. De plus, le « *HR*

¹⁰³⁷ F. BRAGARD et G. PIETREMENT, *SIRH, op. cit.*, p. 265.

¹⁰³⁸ Ils portent sur « *données massives pour optimiser le recrutement, prévoir et suivre l'intégration des employés dans l'entreprise, adapter les rémunérations, et évaluer les performances* », G. POIZAT et M. DURAND, « Réinventer le travail et la formation des adultes à l'ère du numérique : état des lieux critique et prospectif », *Raisons éducatives*, vol. 21, n° 1, 2017, p. 29.

¹⁰³⁹ Art. 4§4 du RGPD dispose que le profilage consiste en « *toute forme de traitement automatisé de données à caractère personnel consistant à utiliser ces données à caractère personnel pour évaluer certains aspects personnels relatifs à une personne physique, notamment pour analyser ou prédire des éléments concernant le rendement au travail, la situation économique, la santé, les préférences personnelles, les intérêts, la fiabilité, le comportement, la localisation ou les déplacements de cette personne physique.* » ; « *Le profilage, lato sensu dans le RGPD, peut donc exister lorsque le traitement automatisé n'a d'autre but que d'analyser les données ou évaluer les comportements individuels en l'absence de toute prédiction établie sur la base de la segmentation ou des corrélations effectuées. La définition de la recommandation reste néanmoins éclairante pour décrire les trois étapes du profilage, quoique celles-ci ne soient pas systématiquement requises pour faire entrer le traitement dans le champ du RGPD. Il résulte donc des lignes directrices que le profilage au sens du RGPD s'entend d'un traitement automatisé portant sur des données à caractère personnel permettant d'évaluer des aspects personnels des personnes physiques* » ; V. également sur le sujet, N. MARTIAL-BRAZ, « Le profilage », *CCE*, n° 4, 2018, dossier 15 ; Cependant le profilage peut également relever des articles 21 et 22 du RGPD qui renvoie à « *toute forme de traitement automatisé de données à caractère personnel visant à évaluer les aspects personnels relatifs à une personne physique, notamment pour analyser ou prédire des aspects concernant le rendement au travail de la personne concernée, sa situation économique, sa santé, ses préférences ou centres d'intérêts personnels, sa fiabilité ou son comportement, ou sa localisation et ses déplacements, dès lors qu'il produit des effets juridiques concernant la personne en question ou qu'il l'affecte de façon similaire de manière significative* » ; V. pour une analyse juridique à ce sujet, J. ROCHFELD, « Les émotions du salarié. Traitement et décisions : quelles limites ? », dans *Mélanges en l'honneur de Pierre-Yves Verkindt*, LGDJ, 2022, p. 411-412.

¹⁰⁴⁰ Il est plus facile de mesure des indicateurs qui traduisent un éventuel « *mal-être* » des salariés, par « *l'absentéisme, le « turnover », la diminution de la qualité, du rendement, des performances, etc. [qui] peuvent être des indices très utiles pour révéler des problèmes, diagnostiquer leur origine et les résoudre* », M. GUILLEMIN, « Le bonheur au travail : qu'en disent les scientifiques ? », *Environnement, Risques & Santé*, vol. 17, n° 5, 2018, p. 494-495.

¹⁰⁴¹ « *Pour être exact, ce ne sont pas directement "les émotions" qui font l'objet des traitements évoqués : les collectes et analyses portent en réalité sur des signaux corporels externes, à partir desquels on infère des émotions du candidat au recrutement ou du salarié* », J. ROCHFELD, « Les émotions du salarié. Traitement et décisions : quelles limites ? », dans *Mélanges en l'honneur de Pierre-Yves Verkindt*, LGDJ, 2022, p. 396.

¹⁰⁴² *Ibid.*, p. 393.

¹⁰⁴³ *Ibid.*, p. 395 ; V. également à ce sujet, G. LOISEAU, « Le traitement algorithmique des émotions du travailleur », *op. cit.*

¹⁰⁴⁴ V. également à ce sujet, G. LOISEAU, « Intelligence artificielle et droit des personnes », *op. cit.*, p. 50.

Analytics », par le recours au profilage, cherche également à anticiper le comportement des salariés. En se fondant sur les données collectées, le logiciel a ainsi pour fonction de les analyser et de les mesurer pour prédire les comportements futurs¹⁰⁴⁵. Dès lors, il peut exister deux utilisations du profilage.

187. La première utilisation du profilage, *lato sensu*, consiste en une aide à la décision et n'implique aucune prise de décision automatisée¹⁰⁴⁶. Bien que la décision résultant d'un tel profilage ne soit pas automatique¹⁰⁴⁷, son influence est certaine quant aux orientations de la direction du personnel qui vont en être déduites. La prise en compte croissante de la mesure dans le domaine des ressources humaines a déjà été mise en exergue par Monsieur Alain Supiot, qui soulignait que « *le calcul de probabilité déborde alors le domaine de l'être pour investir celui du devoir être. Il ne sert plus seulement à décrire, mais à prescrire* »¹⁰⁴⁸. Il convient ainsi de percevoir que l'usage du logiciel et son caractère prédictif tendent vers la prescription de comportements attendus, comme émanation du pouvoir de direction du personnel dans l'entreprise. Ce qui peut avoir des effets bénéfiques en contribuant à l'amélioration des conditions de travail, si l'objectif est bien la prévention des risques et la « *réhumanisation* » en veillant à la complémentarité entre l'Homme et la machine¹⁰⁴⁹. Mais ce qui peut également avoir des effets néfastes dans le cas d'une politique d'entreprise harcelante par exemple¹⁰⁵⁰, et plus largement contrevenants aux obligations de l'employeur.

188. La seconde utilisation du profilage, *stricto sensu*, suppose un traitement et une prise de décision automatisés¹⁰⁵¹. En principe, l'intervention humaine est nécessaire, aucune décision entièrement automatisée ne peut être prise¹⁰⁵². Néanmoins, il est à craindre, avec ces outils, que

¹⁰⁴⁵ V. sur la qualification juridique de la collecte et l'analyse sur les signaux corporels externes des salariés, autrement dit, leurs « *émotions* », J. ROCHFELD, « Les émotions du salarié. Traitement et décisions : quelles limites ? », dans *Mélanges en l'honneur de Pierre-Yves Verkindt*, LGDJ, 2022, p. 396 et s.

¹⁰⁴⁶ « *A priori, la première de ces catégories n'est soumise à aucun régime particulier de traitement et devrait donc respecter les mêmes fondements de licéité et de finalité que n'importe quel autre traitement* », N. MARTIAL-BRAZ, « Le profilage », *CCE*, n° 4, 2018, dossier 15.

¹⁰⁴⁷ V. *supra*, n° 136 ; V. sur l'encadrement des décisions fondées sur du profilage, J. ROCHFELD, « L'encadrement des décisions prises par algorithme », *op. cit.*

¹⁰⁴⁸ A. SUPIOT, *La gouvernance par les nombres*, *op. cit.*, p. 148.

¹⁰⁴⁹ V. en ce sens, P. ADAM, « Santé mentale au travail et intelligence artificielle, histoire d'un couple moderne », dans *Santé mentale et organisation du travail. Approche juridique et regards croisés*, Dalloz, coll.« Thèmes & commentaires », 2022, p. 193 et s.

¹⁰⁵⁰ V. sur le harcèlement institutionnel, *infra*, n° 343.

¹⁰⁵¹ N. MARTIAL-BRAZ, « Le profilage », *op. cit.*, dossier 15.

¹⁰⁵² L'article 22 du RGPD prévoit concernant la prise de décision individuelle automatisée, comprenant le profilage, que « *le responsable de traitement met en œuvre des mesures appropriées pour la sauvegarde des droits et libertés et des intérêts légitimes de la personne concernée, au moins du droit de la personne concernée d'obtenir une intervention humaine de la part du responsable du traitement, d'exprimer son point de vue de et de contester la décision* ».

l'intervention humaine soit formelle et ne présente aucun jugement critique vis-à-vis du résultat obtenu. Or, un tel usage conduit à une réelle transformation du pouvoir de direction de l'employeur, qui ne répondrait qu'à des évaluations chiffrées, établies à partir d'indicateurs, sans regard critique aux différentes étapes d'obtention du résultat. Ce qui donnerait une illusion de décision, où la direction est déléguée à l'algorithme¹⁰⁵³. La supervision de l'employeur doit donc bien être effective, et ce, à chaque étape de l'élaboration de la décision¹⁰⁵⁴, ce qui réduit nécessairement l'automatisation et donc l'optimisation, mais qui permet de laisser l'outil à sa place d'outil¹⁰⁵⁵.

189. Vers la « programmation des salariés ». Il y a là un mouvement de rationalisation de la direction du personnel et de programmation des travailleurs¹⁰⁵⁶. La rationalisation se manifeste dans l'élaboration d'indicateurs, tel que l'absentéisme, qui cherchent l'objectivation du suivi des salariés¹⁰⁵⁷. Le mouvement de programmation des salariés se manifeste au travers de l'analyse par indicateurs qui ont pour vocation de prédire et d'influencer le comportement des individus. En d'autres termes, l'utilisation de « *HR Analytics* » permet d'anticiper les comportements, par l'analyse de données, pour mieux orienter l'action de l'employeur. Il pourra ainsi prendre des mesures pour prévenir de potentiels comportements, mais non encore réalisés¹⁰⁵⁸, et rechercher à influencer le comportement des salariés vers une finalité escomptée, généralement en faveur de la performance. Les utilisations possibles sont multiples. Un tel outil peut servir à prévenir les risques liés à la santé au travail par la mesure par exemple de l'absentéisme avec la multiplication des arrêts maladie¹⁰⁵⁹. Il permet également de mesurer la

¹⁰⁵³ P. ADAM, « Liberté(s), intelligence artificielle et droit du travail », dans *Paix et libertés en droit social*, Dalloz, coll.« Thèmes & commentaires », 2021, p. 74 et s.

¹⁰⁵⁴ CNIL, *Comment permettre à l'Homme de garder la main ? Les enjeux éthiques des algorithmes et de l'intelligence artificielle*, op. cit., p. 52.

¹⁰⁵⁵ « Là encore, l'essentiel est que l'intelligence artificielle n'occulte pas cette justification humaine. Une telle législation inciterait alors, explicitement ou non, les employeurs à formaliser dans des actes internes à l'entreprise les modalités de ce nouveau droit d'expression et de contestation, qu'ils pourraient valoriser comme preuve de leur « responsabilité sociale ». Dans un monde idéal – que cet optimisme nous soit permis – l'avènement de l'intelligence artificielle, même irrationnelle, permettrait de replacer les travailleurs et leurs dirigeants au sein de rapports proprement humain », P. ADAM, « Intelligence artificielle, dignité et droit du travail », dans *Intelligence artificielle, gestion algorithmique du personnel et droit du travail*, Dalloz, coll.« Thèmes et commentaires », 2020, p. 113-114.

¹⁰⁵⁶ V. également, A. SUPIOT, *L'Esprit de Philadelphie : la justice sociale face au marché total*, Éditions du Seuil, coll.« Débats », 2010, p. 78.

¹⁰⁵⁷ V. à propos du système d'analyse des entretiens annuels de Carrefour, « le système est auto fondé : il puise en lui-même ses propres justifications. Sous couvert de l'apparente neutralité conférée par l'exploitation « scientifique » de données numériques par le logiciel [...] [qui] peuvent apparaître comme des « critères » objectivés. Ils traduisent, en réalité, des choix en matière de gestion des ressources humaines », N. MAGGI-GERMAIN, « Le travail à l'ère des techniques numériques », op. cit., p. 50.

¹⁰⁵⁸ V. sur l'obligation de prévention de l'employeur, *infra*, n° 206 et 373.

¹⁰⁵⁹ V. également à ce sujet, J. DAMON, « Prévenir c'est guérir ou c'est punir ? », *RDSS*, 2023, p. 492.

performance dans un objectif de rationalisation du travail¹⁰⁶⁰. Ces usages possibles traduisent la direction métrique dans laquelle désormais s'inscrit la direction du personnel, car la décision de l'employeur sera guidée par la mesure d'indicateurs, dans lesquels il y aura une certaine confiance, comme garants de la sécurité juridique de l'entreprise.

3- La confiance dans l'outil numérique, comme *néo-instrumentum* au service de la sécurité juridique

190. Le numérique comme *néo-instrumentum*. Le numérique, au travers de l'exemple du SIRH, constitue un *néo-instrumentum*, autrement dit un nouveau support, de la direction de l'employeur. Le terme « *néo* » fonctionne comme un adverbe et signifie « *nouvellement, récemment* »¹⁰⁶¹. Il permet ainsi de souligner le renouveau de l'*instrumentum* par le numérique. La notion d'*instrumentum*, issu du droit romain¹⁰⁶², désigne « *le document, l'écrit qui constate l'acte juridique* », et s'oppose au *negotium* qui lui concerne l'opération juridique¹⁰⁶³. L'intérêt de recourir à ces notions est de mettre en lumière ce qui relève de la simple modification de l'expression de la direction et celle qui concerne la substance même, autrement dit le contenu¹⁰⁶⁴. L'utilisation croissante des outils numériques, dans le but de préprogrammer les actions à mener, conduit à observer qu'il existe une confiance¹⁰⁶⁵ dans le numérique, en tant qu'*instrumentum* au service de la « *gestion des risques* »¹⁰⁶⁶. En plus de permettre à l'employeur d'optimiser la mise en œuvre de la direction du personnel, l'outil est, en effet, censé le prémunir des risques juridiques liés à la direction des salariés. Or, cette confiance n'est pas toujours justifiée.

¹⁰⁶⁰ F. BRAGARD et G. PIETREMENT, *SIRH*, *op. cit.*, p. 271.

¹⁰⁶¹ <https://www.cnrtl.fr/definition/n%C3%A9o-> [consulté le 24 juillet 2023].

¹⁰⁶² V. sur les différents types d'*instrumentum*, J.-P. LÉVY et A. CASTALDO, *Histoire du droit civil*, 2^e éd., Dalloz, coll.« Précis », 2010, p. 295.

¹⁰⁶³ S. GOLTZBER, *Les sources du droit*, PUF, coll.« Que sais-je ? », 2016, p. 80.

¹⁰⁶⁴ Par exemple, « *il arrive en outre qu'on emploie cette opposition pour évoquer d'autres sources du droit. Ainsi, la coutume, typiquement dépourvue de support, serait un pur negotium, dépourvu d'instrumentum* », S. GOLTZBER, *Les sources du droit*, PUF, coll.« Que sais-je ? », 2016, p. 80-81.

¹⁰⁶⁵ J.-P. TRICOIT, « La dématérialisation de la gestion de la relation de travail », *op. cit.*

¹⁰⁶⁶ V. à ce sujet notamment, E. EBONDO WA MANDZILA et D. ZEGHAL, « Management des risques de l'entreprise : Ne prenez pas le risque de ne pas le faire ! », *La Revue des Sciences de Gestion*, vol. 237-238, n° 3-4, 2009, p. 5-14 ; G. DEHARO-DALBIGNAT, « La gestion du risque juridique dans l'entreprise », *LPA*, n° 2, 4 janvier 2011, p. 6 ; O. BRAUN, D. DAVODET, J.-F. DESBUQUOIS et P. D'HOIR, *La gestion du risque juridique dans l'entreprise*, AMRAE, coll.« Dialoguer », 2012.

191. Le cas de la gestion automatisée dans le secteur du travail temporaire. Sur ce point, les entreprises de travail temporaire ont une utilisation particulièrement avancée des logiciels de gestion des ressources humaines et des coffres-forts numériques, tels que *Coffreo*¹⁰⁶⁷. Du fait des nombreux contrats que les entreprises de travail temporaire gèrent au quotidien, elles se sont très vite dotées des logiciels nécessaires pour automatiser et optimiser leur gestion en droit du travail. Leur exemple permet d'illustrer l'existence d'une confiance numérique dans le cadre de l'exercice de la direction du personnel.

192. La plupart des contrats de mission¹⁰⁶⁸ et de mise à disposition¹⁰⁶⁹ sont en effet dématérialisés et transmis *via* des coffres-forts numériques. Contraintes de transmettre le contrat de mission dans les deux jours ouvrables suivant le début de la mission¹⁰⁷⁰, et dans certains secteurs d'activité, la pratique étant de conclure ces contrats chaque semaine¹⁰⁷¹, les entreprises de travail temporaire ont tout intérêt à recourir à la dématérialisation. Il était, jusqu'à l'adoption des ordonnances Macron¹⁰⁷², en effet, de jurisprudence constante que l'absence de transmission du contrat de mission au travailleur temporaire pouvait entraîner, à elle seule, sa requalification en contrat de travail à durée indéterminée à l'égard de l'entreprise de travail temporaire¹⁰⁷³. Il est entendu, en revanche, que la requalification du contrat¹⁰⁷⁴ est écartée lorsque l'absence de signature résulte du refus délibéré du salarié intérimaire dans le but de se prévaloir, par la suite, de l'irrégularité de son contrat¹⁰⁷⁵. Outre une certaine facilité de gestion, le recours au coffre-fort numérique permet indéniablement de faciliter la preuve de la bonne transmission du contrat de mission au travailleur temporaire en cas de contentieux. Le prestataire du coffre-fort peut, en effet, fournir l'ensemble des dates de transmission du contrat de mission.

¹⁰⁶⁷ <https://coffreo.biz/> [consulté le 24 juillet 2023].

¹⁰⁶⁸ Art. L. 1251-16 et s. C. trav.

¹⁰⁶⁹ Art. L. 1251-42 et s. C. trav.

¹⁰⁷⁰ Art. L. 1251-17 C. trav.

¹⁰⁷¹ D. GLAYMANN, *La vie en intérim*, Fayard, 2005, p. 208.

¹⁰⁷² Ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017 relative à la prévisibilité et la sécurisation des relations de travail.

¹⁰⁷³ Art. L. 1251-16 C. trav. ; Cass. soc., 7 mars 2000, n° 97-41.463, *D. 2000. IR 110* ; *RJS 2000. 408, n° 598* ; Cass. soc., 17 septembre 2008, n° 07-40.704, *RDT 2008. 661, obs. Auzero* ; *RJS 2008. 1025, n° 1251* ; *Dr. ouvrier 2009. 153, obs. Marié* ; *JCP S 2009. 1017, obs. Bousez*.

¹⁰⁷⁴ V. sur la sanction de requalification, D. BAUGARD, *La sanction de requalification en droit du travail, op. cit.*

¹⁰⁷⁵ Cass. soc., 24 mars 2010, n° 08-45.552, *D. 2010. Actu. 901* ; *RDT 2010. 366, obs. Auzero* ; *D. actu. 9 avr. 2010, obs. Perrin* ; *RJS 6/2010, n° 572, p. 499* ; *JCP S 2010. 1217, obs. Bousez, JSL 2010, n° 277-6, obs. Toureil* ; Cass. soc., 11 mars 2015, n° 12-27.855, *D. actu. 25 mars 2015, obs. Ines* ; *D. 2015. Actu. 688* ; *RJS 5/2015, n° 377*.

193. De plus, le contrat de mission peut être préparamétré au sein d'un SIRH. Pour assurer sa bonne rédaction, il est possible de prévoir que le contrat de mission ne peut être généré par l'utilisateur que si les mentions obligatoires du contrat, indiquées comme telles au sein du logiciel, ont bien été remplies. Il en est ainsi, tout particulièrement, du motif de recours et du justificatif de recours. Le logiciel a pour fonction de diminuer les risques d'une requalification en contrat à durée indéterminée, principal risque juridique de l'activité de travail temporaire¹⁰⁷⁶. C'est ainsi qu'une fois complété, le contrat de mission sera transmis de façon dématérialisée sur le coffre-fort électronique du salarié intérimaire, qui pourra alors le signer électroniquement¹⁰⁷⁷. En parallèle, l'ensemble des déclarations préalables est automatisé dès l'émission du contrat. Par exemple, en cas de salarié étranger, la demande d'autorisation auprès de la préfecture peut être envoyée automatiquement et le contrat ne pourra alors être transmis qu'une fois passé le délai de vérification¹⁰⁷⁸. Certains logiciels vont même jusqu'à calculer le délai de carence¹⁰⁷⁹ pour l'employeur et l'alerte dès qu'il s'applique¹⁰⁸⁰.

194. Confiance numérique et sécurité juridique. Cependant, la semi-automaticité n'est pas exempte de risque. La recherche d'automatisation par la préprogrammation de la direction des ressources humaines peut conduire à une certaine confiance numérique par les utilisateurs comme garantie de sécurité juridique¹⁰⁸¹. Si nous poursuivons notre observation quant à l'usage du SIRH dans le secteur du travail temporaire, il est, en effet, possible de noter une impression de sécurité juridique lors de l'utilisation du SIRH. Cependant, si l'utilisateur du SIRH venait à remplir de façon inexacte des informations, voire inscrire un faux justificatif de recours au sein du contrat de mission par exemple, le logiciel n'empêcherait pas l'émission du contrat, mais pour autant, celui-ci serait tout à fait illicite¹⁰⁸². Le logiciel est paramétré de sorte que le contrat de mission ne peut être généré si le motif de recours n'est pas sélectionné, ainsi que si la case relative au justificatif de motif n'est pas remplie. Mais, il s'agit ici, pour ce dernier, d'un texte nécessairement libre, qui ne peut que difficilement être paramétré. Contrairement au motif de recours où il existe une liste limitative légale pouvant faire l'objet d'une liste déroulante

¹⁰⁷⁶ V. sur la requalification, D. BAUGARD, *La sanction de requalification en droit du travail*, *op. cit.*

¹⁰⁷⁷ Loi n° 2000-230 du 13 mars 2000 portant adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information et relative à la signature électronique, *op. cit.*

¹⁰⁷⁸ Le délai est de deux jours ouvrables selon les dispositions de l'art. R. 5221-42 C. trav.

¹⁰⁷⁹ Art. L. 1244-3 et L. 1251-36 C. trav.

¹⁰⁸⁰ V. par exemple, <https://www.peopulse.com/fr/> [consulté le 24 juillet 2023].

¹⁰⁸¹ V. également en ce sens, G. LOISEAU, « Intelligence artificielle et droit des personnes », *op. cit.*, p. 49.

¹⁰⁸² V. notamment, l'entreprise utilisatrice ne peut recourir de façon systématique aux missions d'intérim pour faire face à un besoin structurel de main-d'œuvre, Cass. soc., 13 juin 2012, n° 10-26.387, *D. actu. 10 juill. 2012, obs. Ines*; *D. 2012. Actu. 1681*; *RJS 2012. 644, n° 749*; *JCP S 2012. 1368, obs. Chenu*; Cass. soc., 3 juin 2015, n° 14-17.705, *D. actu. 23 juin 2015, obs. Fraisse*; *D. 2015. Actu. 1277*; *RJS 8-9/2015, n° 603*.

préparamétrée, le justificatif de recours est propre à chaque contrat de mission empêchant ainsi son paramétrage, autre que par une case en texte libre. Par conséquent, si l'utilisateur inscrit un justificatif de motif illicite, à titre d'exemple par l'absence du nom de la personne remplacée, le contrat de mission pourra être généré et transmis par le logiciel, mais il sera néanmoins illicite.

195. Il y a ici une limite essentielle, qui est la croyance en une sécurité juridique absolue dès lors que le SIRH a permis d'émettre le contrat escompté. Mais une fois encore, il ne faut pas oublier que le logiciel dépend des données qui lui sont fournies et du paramétrage qui en est fait.

B- La détermination des responsabilités entre éditeur et employeur

196. Les multiples applications du SIRH alimentent l'évolution de la mise en œuvre de la direction du personnel. Son paramétrage a retenu notre attention par l'importance qu'il revêt et les conséquences qu'il peut avoir, dont la responsabilité dans l'exercice de la direction. L'usage du SIRH peut, en effet, interroger quant à la détermination des responsabilités des différentes parties prenantes dans sa mise en œuvre, à savoir l'éditeur du logiciel (1) et l'employeur (2).

1- La responsabilité de l'éditeur de logiciel

197. Les obligations de l'éditeur de logiciel. Concernant les éditeurs de logiciel, la question de leur responsabilité vis-à-vis de l'installation d'un logiciel au sein d'une entreprise, quant à son élaboration ou son usage, peut se poser¹⁰⁸³. Tout d'abord, le fournisseur a une obligation de délivrance conforme. Il lui appartient d'analyser les besoins de son client afin de lui proposer une solution correspondante¹⁰⁸⁴. Il s'agit ici d'une obligation de résultat qui comprend la livraison du logiciel et de ses accessoires, mais aussi de son installation. L'éditeur est donc tenu

¹⁰⁸³ V. à ce sujet, P. LE TOURNEAU, « Contrats informatiques », dans *Répertoire de droit commercial*, Dalloz, 2023, n° 87.

¹⁰⁸⁴ Le client doit cependant exprimer son besoin, il lui incombe une obligation de collaboration, V. notamment, CA Versailles 19 mai 2022, n° 19/02849.

de réaliser toutes les opérations nécessaires pour le rendre opérationnel et utilisable¹⁰⁸⁵. De plus, les contrats de fourniture de logiciel indiquent précisément les droits dont dispose le client¹⁰⁸⁶. L'entreprise cliente doit donc utiliser le logiciel dans le respect des droits qui y sont attachés¹⁰⁸⁷. Néanmoins, l'utilisateur est autorisé à « *observer, étudier ou tester le fonctionnement de n'importe quel élément du logiciel* »¹⁰⁸⁸. Cependant, en cas d'usage détourné du logiciel, la responsabilité de l'éditeur ne pourra être retenue, s'agissant ici d'une mise à disposition d'un logiciel correspondant, dans la plupart des cas, à un contrat de licence¹⁰⁸⁹.

198. Les obligations de l'éditeur¹⁰⁹⁰ concernent également la bonne délivrance du logiciel¹⁰⁹¹ et la qualité¹⁰⁹² de celui-ci tant dans son bon état de fonctionnement que dans son adaptabilité aux besoins exprimés par l'entreprise cliente. Il s'ajoute une obligation de conseil¹⁰⁹³, qui est implicite dans le domaine informatique¹⁰⁹⁴, qui implique que le fournisseur s'informe des besoins de son client¹⁰⁹⁵. Par exemple, cela peut être l'information auprès de son client sur l'incompatibilité du matériel fourni avec une installation existante¹⁰⁹⁶. Il comporte également un devoir de mise en garde contre les éventuelles difficultés¹⁰⁹⁷ ou la « *faisabilité* » des interventions envisagées¹⁰⁹⁸. En cas de défaut ultérieur lors de l'utilisation du logiciel, il sera pris en compte si le client est spécialiste – dans ce cas, il convient que le client démontre être dans une situation particulière justifiant un conseil spécifique¹⁰⁹⁹ – ou non – dans ce cas,

¹⁰⁸⁵ Cass. com., 11 juillet 2006, n° 04-17.093, *D. 2006. AJ 2788, obs. X. Delpéch ; CCE 2007, n° 82, obs. Ph. Stoffel-Munck.*

¹⁰⁸⁶ La clause de cession « *tous droits compris* » est par sa généralité inopérante et ne peut être considérée comme transférant l'intégralité des droits d'exploitation, notamment le droit de représentation. Cass. 1re civ., 9 octobre 1991, n°90-12.476, *Bull. civ. I, n° 253 ; D. 1993. Somm. 92, obs. C. Colombat ; RIDA 1992/1, p. 293.*

¹⁰⁸⁷ P. LE TOURNEAU, *Contrats du numérique, op. cit.*, p. 347 ; Conformément aux dispositions de l'art. L. 131-3 Code de la propriété intellectuelle.

¹⁰⁸⁸ Art. L. 122-6-1 III, Code de la propriété intellectuelle.

¹⁰⁸⁹ V. pour une étude sur le sujet, A. BOISSON, *La licence de droit d'auteur*, LexisNexis, 2013.

¹⁰⁹⁰ V. à ce sujet, P. LE TOURNEAU, « *Contrats informatiques* », *op. cit.*, § 107.

¹⁰⁹¹ V. par exemple, Cass. com., 8 février 2017, n° 15-17.222.

¹⁰⁹² Prohibition d'une clause instituant une procédure dite « *de recette* », au sein du contrat de licence de progiciel, posant une présomption irréfragable de réception en l'absence de réclamation par le licencié dans les formes et délais prévus. Cass. com., 6 décembre 2017, n° 16-19.615, *D. 2018. 327, note Lardeux ; ibid. 371, obs. Mekki ; AJ contrat 2018. 37, obs. Douville ; RTD civ. 2018. 123, obs. Barbier ; RDC 2018. 205, note Klein.*

¹⁰⁹³ Art. 1112-1 C ; civ. ; V. notamment, sur la nature de l'obligation de conseil, Cass. com., 12 novembre 1992, n° 91-12.600.

¹⁰⁹⁴ Cass. com., 11 juillet 2006, n° 04-17.093, *D. 2006. AJ 2788, obs. X. Delpéch ; CCE 2007, n° 82, obs. Ph. Stoffel-Munck, op. cit.*

¹⁰⁹⁵ Cass. com., 15 mai 2001, n° 98-18.603, *RJDA 2001, n° 957 ; Cass. com., 6 mai 2003, n° 00-11.530, Expertises 2003, 262 ; Cass. 1re civ., 2 juillet 2014, n° 13-10.076, JCP E 2015, 1037, note C. Vanuls ; RDC 2015. 43, obs. A. Danis-Fatôme, RDC 2015. 266, obs. J. Huet.*

¹⁰⁹⁶ Cass. 1re civ., 2 juillet 2014, n° 13-10.076, *JCP E 2015, 1037, note C. Vanuls ; RDC 2015. 43, obs. A. Danis-Fatôme, RDC 2015. 266, obs. J. Huet, op. cit.*

¹⁰⁹⁷ Cass. 1re civ., 3 juillet 2001, n° 99-15.412, *RCA 2001, n° 328 ; RJDA 2002, n° 32.*

¹⁰⁹⁸ Cass. com., 19 juin 2007, n° 06-13.868, *Gaz. Pal. 2008. 1, somm. 480, obs. P. Saurel et B. Ohayon.*

¹⁰⁹⁹ V. par exemple, CA Versailles, 5 avril 2022, n° 20/03621.

l'absence d'information claire quant à la sauvegarde par exemple sera considérée comme un manquement à l'obligation de conseil¹¹⁰⁰ – pour connaître de la responsabilité de l'éditeur.

199. Néanmoins, l'employeur demeure le responsable vis-à-vis des salariés de l'utilisation du logiciel. Il doit veiller aux conditions de travail au sein de l'entreprise, et être attentif aux usages du SIRH comme moyen d'expression de la direction des salariés¹¹⁰¹.

2- La responsabilité de l'employeur

200. Dans le cadre de l'exercice de son pouvoir de direction, l'employeur peut voir sa responsabilité engagée d'une part lors de l'utilisation du SIRH (a), l'outil n'étant que le support de son pouvoir. D'autre part, il est possible d'imaginer de voir sa responsabilité engagée, en cas d'absence d'utilisation du SIRH, au titre notamment de son obligation de prévention (b).

a) L'engagement de la responsabilité de l'employeur lors de l'utilisation du Système d'Information des Ressources Humaines

201. La responsabilité de l'employeur dans l'usage du SIRH. En qualité de donneur d'ordre, l'employeur, au regard de son pouvoir de direction, organise le travail. Si l'exécution d'un algorithme du SIRH aboutit à une différence de traitement illicite, comme une discrimination par exemple¹¹⁰², peu importe le moyen utilisé, l'employeur en supporterait les conséquences¹¹⁰³. Le droit du travail étant parfaitement indifférent au caractère intentionnel¹¹⁰⁴,

¹¹⁰⁰ V. par exemple, CA Rennes, 4 janvier 2022, n° 19/01179.

¹¹⁰¹ « Les conditions organisationnelles du travail sont elles-mêmes susceptibles d'être profondément transformées par l'irruption de l'intelligence artificielle d'une part parce que les algorithmes ont besoin d'une alimentation quasi continue en informations et d'autre part qu'ils fonctionnent comme autant de justifications censément objectives de décisions dont ils occultent le caractère profondément politique. Quand le décideur se réfugie derrière l'algorithme, l'horreur managériale n'est jamais très loin », P.-Y. VERKINDT, « Intelligence artificielle, travail et droit du travail », dans *Droit de l'intelligence artificielle*, 1^{re} éd., LGDJ, coll.« Les Intégrales », 2019, p. 305.

¹¹⁰² V. s'agissant du recrutement, *infra*, n° 223. ; Art. L.1131-1 et s. C. trav.

¹¹⁰³ A. JEAMMAUD, « Le pouvoir de l'employeur renforcé ou altéré ? », *op. cit.*, p. 36 ; V. également à ce sujet, M. POUMAREDE, « Intelligence artificielle, responsabilité civile et droit du travail », *Dr. soc.*, 2021, p. 152.

¹¹⁰⁴ Art. L. 1132-1 C. trav. En ce sens la discrimination peut être « directe ou indirecte ». Par exemple, un accord collectif ou une décision unilatérale de l'employeur ne peuvent retenir, afin de régulariser la rémunération

le mauvais paramétrage du logiciel ne saurait exonérer l'employeur de sa responsabilité¹¹⁰⁵. En ce sens, le logiciel SIRH demeure un support de mise en œuvre du pouvoir de l'employeur, qui l'invisibilise et cherche à automatiser sa décision certes, mais qui ne le fait pas disparaître pour autant. Pouvoir et responsabilité demeurent¹¹⁰⁶. En tant que titulaire du pouvoir de direction, l'employeur est garant des conditions de travail des salariés¹¹⁰⁷. Sa responsabilité peut être engagée même en cas d'abstention fautive¹¹⁰⁸. De plus, il doit répondre des agissements des personnes qui exercent, de fait ou de droit, une autorité sur les salariés¹¹⁰⁹. L'employeur peut ainsi voir sa responsabilité engagée au titre des agissements d'un tiers¹¹¹⁰. Il ne pourrait se dégager de sa responsabilité, en invoquant une erreur de paramétrage ou un usage détourné de la finalité du logiciel¹¹¹¹.

indépendante des heures réellement effectuées chaque mois, du salarié en fin d'année, la durée hebdomadaire moyenne de la modulation comme mode de décompte des jours d'absence pour maladie pendant la période de haute activité, une telle modalité constituant, malgré son caractère apparemment neutre, une mesure discriminatoire indirecte en raison de l'état de santé du salarié. Cass. soc., 9 janvier 2007, n° 05-43.962, *D. 2007. AJ 375, obs. Fabre* ; *RDT 2007. 245, obs. Miné* ; *ibid. 182, obs. Vérice* ; *RJS 2007. 250, n° 346* ; *Dr. soc. 2007. 496, obs. Barthélémy* ; V. également, A. JEAMMAUD, « Le pouvoir de l'employeur renforcé ou altéré ? », *op. cit.*, p. 36.

¹¹⁰⁵ V. sur la responsabilité de l'employeur, B. BOSSU, « La responsabilité de l'employeur en cas de discrimination : le regard travailliste », *Dr. soc.*, 2020, p. 348.

¹¹⁰⁶ V. à ce sujet, T. PASQUIER, *L'économie du contrat de travail : conception et destin d'un type contractuel*, *op. cit.*, p. 129 et s.

¹¹⁰⁷ V. sur l'obligation de sécurité de l'employeur, *infra*, n° 373.

¹¹⁰⁸ V. par exemple, sur l'abstention fautive de l'employeur concernant un harcèlement sexuel. Cass. soc., 10 octobre 2001, n° 99-44.798.

¹¹⁰⁹ L'employeur est responsable des dommages provoqués par une insulte à connotation sexiste, proférée par un bénévole, et le jet par d'autres de détritus sur la salariée qui ont eu lieu à l'occasion d'une soirée organisée par l'employeur dans les cuisines du restaurant de l'association en présence d'un salarié de l'entreprise, tuteur devant veiller à l'intégration de la salariée titulaire d'un contrat de travail s'accompagnant d'un contrat d'aide à l'emploi, et sans que celui-ci réagisse. Cass. soc., 30 janvier 2019, n° 17-28.905, *D. actu. 25 févr. 2019, obs. D. actu. 25 févr. 2019, obs. Castel* ; *D. 2019. Actu. 261* ; *RDT 2019. 335, note Adam* ; *RJS 4/2019, n° 196* ; *SSL 2019, n° 1848, p. 11, obs. Champeaux* ; *JSL 2019, n° 472-2, obs. Hautefort* ; *JCP 2019. 168, obs. Dedessus-Le-Moustier* ; *JCP S 2019. 1133, obs. Leborgne-Ingelaere*.

¹¹¹⁰ Cass. soc., 1er mars 2011, n° 09-69.616, *Dr. soc. 2011. 594, note Radé* ; *RJS 5/2011, n° 390* ; *JCP E 2011. 1566, obs. Fadeuilhe* ; *PA 9 nov. 2011, p. 17, obs. Le Blan-Delanno*.

¹¹¹¹ Si un salarié détournait de sa finalité un logiciel, causant ainsi un préjudice, l'employeur verrait sa responsabilité engagée en tant que commettant, conformément aux dispositions de l'article 1242, al. 5, du Code civil. Néanmoins, il est possible d'imaginer que le salarié puisse faire l'objet d'une sanction disciplinaire, et même, le cas échéant, voir sa responsabilité personnelle engagée dès lors qu'il y aurait un excès des limites de la fonction ou un abus de fonction. V. Cass. ass. plén., 19 mai 1988, n° 87-82.654, *R., p. 223* ; *D. 1988. 513, note Larroumet* ; *Gaz. Pal. 1988. 2. 640, concl. Dorwling-Carter* ; *Defrénois 1988. 1097, obs. Aubert* ; *RTD civ. 1989. 89, obs. Jourdain, op. cit.* ; Cass. ass. plén., 25 février 2000, n° 97-17.378, *R., p. 257 et 315* ; *GAJC, 11e éd., n° 217* ; *BICC 15 avr. 2000, concl. Kessous, note Ponroy* ; *D. 2000. 673, note Brun* ; *ibid. Somm. 467, obs. Delebecque* ; *JCP 2000. II. 10295, concl. Kessous, note Billiau* ; *ibid. I. 241, nos 16 s., obs. Viney* ; *Gaz. Pal. 2000. 2. 1462, note Rinaldi* ; *RCA 2000. Chron. 11, par Groutel, et Chron. 22, par Radé* ; *RTD civ. 2000. 582, obs. Jourdain* ; Cass. ass. plén., 14 décembre 2001, n° 00-82.066, *R., p. 444* ; *BICC 1er mars 2002, concl. de Gouttes* ; *D. 2002. 1230, note J. Julien* ; *ibid. Somm. 1317, obs. D. Mazeaud* ; *ibid. Somm. 2117, obs. Thullier* ; *JCP 2002. II. 10026, note Billiau* ; *ibid. I. 124, n° 22 s., obs. Viney* ; *JCP E 2002. 275, note Brière* ; *Gaz. Pal. 2002. 124, concl. de Gouttes, note Monnet* ; *Dr. et patr. 3/2002. 94, obs. Chabas* ; *RCA 2002. Chron. 4, par Groutel* ; *RTD civ. 2002. 108, obs. Jourdain*.

202. Dès lors, la responsabilité de l'employeur peut être engagée au titre de sa responsabilité civile pour faute¹¹¹², ou du fait de sa négligence¹¹¹³, au travers, par exemple, d'un contentieux relatif à la paie liée à un mauvais paramétrage du logiciel¹¹¹⁴. Il peut voir également sa responsabilité engagée au titre de son obligation de sécurité¹¹¹⁵, en cas par exemple de violation des temps de repos. En matière de santé et de sécurité, c'est l'employeur qui doit, en effet, assurer la bonne organisation du travail¹¹¹⁶. Autant de situations possibles qui montrent que le SIRH demeure le support de l'expression de la direction de l'employeur.

203. L'encadrement du commentaire libre au sein du SIRH. À ce sujet, une attention particulière peut être portée sur l'utilisation des zones de commentaires libres au sein des dossiers individuels des salariés dans le SIRH. Le fait qu'il s'agisse d'un logiciel à usage interne ne le fait pas échapper aux dispositions légales, notamment celles relatives à la protection des données personnelles. C'est ainsi qu'il est prohibé, notamment conformément aux dispositions relatives à la minimisation de la collecte des données¹¹¹⁷, de mentionner des informations sur la santé des salariés, ou des propos à caractère injurieux, diffamant ou discriminatoire.

204. En outre, il est possible de raisonner par analogie au travers d'une délibération de la CNIL qui a condamné une société dont des salariés avaient utilisé la zone libre commentaire de logiciel de gestion de façon « *non pertinente* ». Dans cette affaire, la société *Futura Internationale* a été condamnée à la suite de commentaires excessifs – qui consistaient en des insultes envers les clients – saisis dans un logiciel de gestion client¹¹¹⁸. Des salariés de la société

¹¹¹² Art. 1240 C. civ.

¹¹¹³ Art. 1241 C. civ. La responsabilité du fait des choses pourrait également être envisagée, V. en ce sens, S. MERABET, *Vers un droit de l'intelligence artificielle*, op. cit., p. 470 et s.

¹¹¹⁴ Modification par une salariée du paramétrage du logiciel de paie, générant d'importantes erreurs, ce qui a eu pour conséquence d'entraîner un redressement URSSAF de l'employeur. CA Lyon, 11 février 2022, n° 17/08619 ; V. également, sur un contentieux relatif à une erreur de paramétrage du logiciel de paie, CA Amiens, 12 avril 2021, n° 19/04342.

¹¹¹⁵ Art. L. 4121-1 C. trav. ; Cass. soc., 28 février 2002, D. 2002. IR 1118 ; RJS 2002. 440, n° 582 ; Dr. soc. 2002. 533, obs. Vatinet ; JSL 2002, n° 99-5 ; RDSS 2002. 357, note Pédrot et Nicolas ; RTD civ. 2002. 310, note Jourdain ; JCP E 2002. 672, note Strebelle ; Cass. soc., 25 novembre 2015, n° 14-24.444, D. 2015. Actu. 2507 ; Dr. soc. 2016. 457, note Antonmattéi ; RJS 2/2016, p. 99, obs. Gardin ; JSL 2016, n° 401-1, obs. Dejean de la Bâtie.

¹¹¹⁶ V. à ce sujet, F. HÉAS, « Le concept d'organisation du travail en droit du travail », dans *Santé mentale et organisation du travail. Approche juridique et regards croisés*, Dalloz, coll.« Thèmes & commentaires », 2022, p. 5-14.

¹¹¹⁷ Art. 5.1 c) du RGPD.

¹¹¹⁸ « L'article 5-1-c) du RGPD dispose que les données à caractère personnel doivent être adéquates, pertinentes et limitées à ce qui est nécessaire au regard des finalités pour lesquelles elles sont traitées. La formation restreinte observe que des termes injurieux et relatifs à l'état de santé des personnes ont été relevés dans le logiciel Progibos permettant la gestion des clients de la société. Elle considère que, par leur nature même, les commentaires injurieux sont inadéquats au regard de la finalité pour laquelle les données sont traitées et que rien ne justifie, en l'espèce, la présence de données relatives à la santé des personnes dans le logiciel de gestion des clients et

avaient en effet rédigé des commentaires « *injurieux et relatifs à l'état de santé* » des clients de la société au sein du logiciel de gestion de l'entreprise. Il était reproché à la société, outre la tenue de ces propos, le fait qu'elle « *n'a pas démontré qu'elle avait supprimé les commentaires excessifs ou inadéquats à l'expiration du délai accordé dans la mise en demeure* ». Bien que cette décision ne porte pas directement sur une relation de travail, il est fort probable que la CNIL, saisie dans le cadre d'un litige relatif à un usage similaire dans un SIRH, retienne une position identique. Les règles applicables en matière de données personnelles devraient donc s'imposer lors de l'utilisation de ces logiciels.

205. L'utilisation du logiciel, en tant que support, ne fait pas échapper au respect des dispositions légales. Les conséquences d'un mauvais paramétrage ou utilisation peuvent donc entraîner l'engagement de la responsabilité de l'employeur. Parallèlement, au titre de la prévention des risques, l'absence d'utilisation de l'outil pourrait également être sanctionnable.

b) L'engagement de la responsabilité de l'employeur en cas d'absence d'utilisation du Système d'Informations des Ressources Humaines

206. L'obligation de prévention de l'employeur face au numérique. S'il ressort des développements précédents qu'un mauvais usage du SIRH peut engager la responsabilité de l'employeur, il apparait également que l'absence de recours à ces logiciels pourrait être sanctionnée. Depuis l'arrêt *Snecma*¹¹¹⁹, le juge peut contrôler la qualité des mesures prises par l'employeur. Plus encore, il peut même se substituer à l'employeur pour assurer le droit à la santé et à la sécurité des salariés, à l'encontre du pouvoir de direction de l'employeur¹¹²⁰. Ainsi l'absence de recours aux outils numériques, qui peuvent permettre une protection et une prévention des risques plus efficace, pourrait être sanctionnée par les juges, au titre de

prospects. Elle relève à ce sujet que le caractère excessif de ces données n'est pas remis en cause par la société. La formation restreinte relève également que la société n'a pas démontré qu'elle avait supprimé les commentaires excessifs ou inadéquats à l'expiration du délai accordé dans la mise en demeure et qu'en conséquence, le manquement à l'obligation de ne traiter que des données adéquates, pertinentes et limitées à ce qui est nécessaire au regard des finalités pour lesquelles elles sont traitées était constitué à cette date. La formation restreinte considère donc, au vu de ces éléments, qu'un manquement à l'article 5-1-c) du RGPD était constitué à l'expiration du délai imparti par la mise en demeure », Délib. CNIL, n° SAN-2019-010 du 21 novembre 2019.

¹¹¹⁹ Cass. soc., 5 mars 2008, n° 06-45.888, RDT 2008. 316, obs. Lerouge ; D. 2008. Pan. 2315, obs. Desbarats ; JCP E 2008. 1834, note Babin ; JSL 2008, n° 231-2 ; RJS 2008. 403, n° 509 ; Dr. soc. 2008. 605, obs. Chaumette.

¹¹²⁰ C. RADÉ, « L'obligation de sécurité de l'employeur plus forte que le pouvoir de direction », *La lettre juridique*, n° 297, 2008 ; P. HENRIOT, « La caractérisation du risque conditionne et encadre l'ingérence du juge », *SSL*, n° 1565, 2012, p. 9.

l'obligation de sécurité. Ce, d'autant plus, depuis que l'obligation de prévention est au cœur de la réalisation de l'obligation de sécurité¹¹²¹, à la suite de l'arrêt *Air France*¹¹²². Confirmée depuis¹¹²³, il est possible « *d'y percevoir un souci de réalisme et d'efficacité de la démarche de prévention* » dans cette nouvelle position des juges¹¹²⁴. Désormais, l'employeur n'est plus responsable du seul fait de l'atteinte à la santé ou à la sécurité d'un travailleur¹¹²⁵. Il peut s'exonérer de sa responsabilité en établissant avoir pris les mesures immédiates propres à faire cesser les troubles, ce qui devrait encourager le recours à des outils de prévention.

207. Dès lors, la responsabilité de l'employeur pourrait être engagée au titre de son obligation de prévention¹¹²⁶, en cas d'absence de mise en œuvre de moyen de prévention, notamment à l'aide du SIRH. Plus largement, à l'aune des nombreux outils désormais à la disposition de l'employeur, nous pourrions imaginer que les juges reprochent à l'employeur de ne pas en avoir eu l'usage pour répondre à son obligation de sécurité ou de prévention. Autrement dit, au titre de l'obligation de prévention, il pourrait être reproché de ne pas avoir recours aux technologies existantes. Il pourrait être par exemple obligatoire de recourir aux drones pour assurer la surveillance de zones dangereuses¹¹²⁷, ou de robots dans des espaces exposés aux rayons ionisants¹¹²⁸, au titre de l'obligation de l'employeur de « *remplacer ce qui est dangereux par ce qui n'est pas dangereux ou par ce qui est moins dangereux* »¹¹²⁹. L'innovation des techniques par la révolution numérique est une voie indéniable d'amélioration des conditions de travail et de protection de la santé des travailleurs¹¹³⁰.

¹¹²¹ T. AUBERT-MONPEYSSSEN et P.-Y. VERKINDT, « La protection de la santé du travailleur : approche juridique de la notion de prévention », dans *La santé du salarié*, Dalloz, coll.« Thèmes & commentaires », 1999, p. 29.

¹¹²² Cass. soc., 25 novembre 2015, n° 14-24.444, *D. 2015. Actu. 2507 ; Dr. soc. 2016. 457, note Antonmattéi ; RJS 2/2016, p. 99, obs. Gardin ; JSL 2016, n° 401-1, obs. Dejean de la Bâtie, op. cit.*

¹¹²³ Cass. soc., 1er juin 2016, n° 14-19.702, *D. actu. 14 juin 2016, obs. Peyronnet ; D. 2016. Actu. 1258 ; SSL 2016, n° 1726, p. 11, obs. Verkindt ; JSL 2016, n° 413-2, obs. Verkindt ; JCP S 2016. 1220, obs. Loiseau.*

¹¹²⁴ J.-E. RAY et P.-Y. VERKINDT, « Nouveaux risques, nouveau droit de la santé au travail », dans *À droit ouvert : mélanges en l'honneur d'Antoine Lyon-Caen*, Dalloz, coll.« Etudes, mélanges, travaux », 2018, p. 835.

¹¹²⁵ V. par ex, Soc, 1^{er} février 2017, n° 15-24.166 qui revient sur la position antérieure, Soc, 23 janvier 2013, n° 11-18.855.

¹¹²⁶ Art. L. 4121-2 C. trav ; directive 89/391/CEE du 12 juin 1989 concernant la mise en œuvre de mesures visant à promouvoir l'amélioration de la sécurité et de la santé des travailleurs au travail.

¹¹²⁷ C.-F. PRADEL, P. PRADEL-BOUREUX et V. PRADEL, « L'expérimentation de drones pour la prévention des risques professionnels », *JCP S*, n° 14, 2019, 1106.

¹¹²⁸ P.-Y. VERKINDT, « Ambivalences et promesses de l'intelligence artificielle dans le champ de la santé et de la sécurité des travailleurs », *op. cit.*, p. 205.

¹¹²⁹ Art. L. 4121-2, 6° C. trav.

¹¹³⁰ V. notamment à ce sujet, P. ADAM, « Intelligence artificielle et santé au travail. Marche de nuit », dans *Mélanges en l'honneur de Pierre-Yves Verkindt*, LGDJ, 2022, p. 4-7 ; S. FANTONI-QUINTON, « L'intelligence artificielle, porteuse de risque ou promesse d'amélioration pour la pénibilité et la qualité de vie au travail ? », *Dr. soc.*, 2021, p. 128.

208. L'inaction de l'employeur par l'absence de recours au SIRH. L'inaction de l'employeur pourrait donc être sanctionnée au titre de son obligation de prévention. À ce titre, l'employeur a l'obligation d'évaluer les risques ainsi que de mettre à jour le document unique d'évaluation des risques¹¹³¹. L'obligation de prévention recouvre même une certaine autonomie, qui se traduit par la possible condamnation de l'employeur en cas d'inaction, même si le risque ne s'est pas réalisé¹¹³² : « *c'est l'existence d'un risque professionnel qui doit justifier l'intervention de l'employeur, de sorte que le comportement de ce dernier peut être constitutif d'une faute lorsque, informé de ce risque, il est demeuré passif, peu important que ledit risque ne soit finalement pas réalisé* »¹¹³³. En ce sens, le manquement à l'obligation de sécurité peut constituer une faute inexcusable, lorsque l'employeur 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* »¹¹³⁴. Ainsi l'absence de recours, par exemple au SIRH, ou plus généralement à certains outils numériques, pourrait constituer un manquement à l'obligation de prévention. Ce qui laisse également entrevoir la place grandissante que prend et que va prendre l'obligation de prévention comme garde-fou dans l'exercice de la direction du personnel à l'ère numérique¹¹³⁵.

209. Conclusion de section. L'outil SIRH est l'un des moyens, à l'ère numérique, de mise en œuvre du pouvoir de direction du personnel. Il permet une direction « *métrique* » des salariés,

¹¹³¹ Art. L. 4121-1 à L. 4121-3-1 C. trav ; V. par exemple, la société *Amazon* a été condamné pour ne pas avoir suffisamment évalué les risques induits par la covid-19 à l'égard de ses salariés, ni associé les représentants du personnel à cette évaluation. Il lui a été reproché une absence d'évaluation des risques adaptée au contexte d'une pandémie, l'absence d'évaluation des risques psychosociaux ainsi que l'insuffisance d'actualisation du document unique d'évaluation des risques professionnels sur plusieurs sites. CA Versailles, 24 avril 2020, n° 20/01993, *D. actu.* 29 avr. 2020, obs. Malfettes ; *RDT* 2020. 482, note Berthier ; *RJS* 7/2020, p. 494, note L. Vogel et J. Vogel ; *ibid.* 7-8/2020, p. 587, note Adam.

¹¹³² V. notamment, en matière de harcèlement, Cass. soc., 27 novembre 2019, n° 18-10.551, *D. actu.* 9 déc. 2019, obs. de Montvalon ; *D.* 2019. *Actu.* 2357 ; *RJS* 2/2020, n° 94 ; *JSL* 2020, n° 492-4, obs. Pacotte et Layat ; *JCP S* 2020. 1011, obs. Armillei ; Cass. soc., 8 juillet 2020, n° 18-24.320, *D.* 2020. *Actu.* 1467 ; *ibid.* 2312, obs. Vernac et Ferkane ; *RDT* 2020. 687, obs. Pignarre ; *RJS* 11/2020, n° 523 ; *JCP S* 2020. 2097, obs. Leborgne-Ingelaere ; *JSL* 2020, n° 505-5, obs. Prépin.

¹¹³³ M. GÉRAUD, « Harcèlement moral : l'autonomie (relative ?) de l'obligation de prévention des risques psychosociaux », *Gaz. Pal.*, n° 11, 2020, p. 70.

¹¹³⁴ Cass. soc., 28 février 2002, n° 99-18.389, *Sté Eternit*, *D.* 2002. *IR* 1009 ; *RJS* 2002, n° 618 ; *Dr. soc.* 2002. 445, note Ar. Lyon-Caen, ccl Benmakhlouf ; *RJS* 2002, n° 626, obs. Morvan ; *Dr. ouvrier* 2002. 166, obs. Meyer ; *D.* 2002. 2696, obs. Prétot ; *RPDS* 2002. 91, obs. Millet ; *Dr. ouvrier* 2003. 41, obs. Saint-Jours.

¹¹³⁵ V. notamment des propositions en ce sens, E. DOCKÈS (dir.), *Proposition de code du travail 2017. Sous l'égide du Groupe de recherche pour un autre Code du travail (GR-PACT)*, op. cit., p. 272 et s. ; « *quand la machine de la révolution industrielle abîmait les corps, la robotique intelligente permet de les préserver en prenant en charge les tâches dangereuses, répétitives, réduisant en conséquence la pénibilité* », G. LOISEAU, « Intelligence artificielle et droit des personnes », op. cit., p. 42.

car au-delà de la simple dématérialisation des informations relatives à la vie au travail du salarié, dont le législateur a permis et encouragé le recours, il influence la direction du personnel, qui peut mener à la recherche d'anticipation des comportements, par le recours à des indicateurs censés les mesurer. Son usage manifeste une recherche de rationalisation de la décision de l'employeur par indicateur, qui reste néanmoins un simple moyen d'expression du pouvoir de direction de l'employeur. Il n'occulte donc pas l'imputation de sa responsabilité. Ce constat appelle, d'une part, à une réelle vigilance dans le paramétrage et l'utilisation de ces outils. D'autre part, cette nouvelle modalité de mise en œuvre de la direction de l'employeur ne doit pas conduire à une rigidité inutile dans la direction des salariés, par la soumission à une contrainte technique, qui s'opposerait à la prise en compte de l'humain au travail, dans un objectif unique d'objectivation de la direction¹¹³⁶. Le salarié doit rester au centre des relations de travail, y compris, lors de l'usage d'outils d'aide à la gestion ou à la décision, comme dans le cadre de son évaluation.

Section 2 : La mise en œuvre d'une évaluation numérique des salariés

210. Le pouvoir d'évaluation¹¹³⁷ est un attribut du pouvoir de direction de l'employeur¹¹³⁸. L'évaluation désigne « *un processus d'appréciation formalisée des qualités professionnelles d'un salarié, à l'initiative de l'employeur, susceptible d'engendrer une inférence observable* »¹¹³⁹. Le Code du travail vise à la fois « *l'évaluation des aptitudes* »¹¹⁴⁰, « *l'évaluation professionnelle* » et l'« *évaluation des salariés* »¹¹⁴¹. La jurisprudence, quant à elle, reconnaît à l'employeur un droit d'évaluer ses salariés¹¹⁴². En somme, l'évaluation permet

¹¹³⁶ « Notre capacité à maîtriser nos choix de manière rationnelle est mise en doute. Naguère tenue pour l'expression même de la liberté, la décision est aujourd'hui analysée comme une "tyrannie" », H. LAROCHE, « La décision comme production d'ordre dans les organisations », *Connexions*, n° 101, 2014, p. 11.

¹¹³⁷ V. sur le pouvoir évaluation, M. ROUSSEL, *L'évaluation professionnelle des salariés*, *op. cit.* ; P.-E. BERTHIER, *La récompense en droit du travail*, *op. cit.*, p. 187 et s. ; V. « Évaluation », A. BEVORT, A. JOBERT, M. LALLEMENT et A. MIAS, *Dictionnaire du travail*, *op. cit.*, p. 309 ; M. ROUSSEL, « Évaluation du salarié », dans *Répertoire de droit du travail*, Dalloz, 2021.

¹¹³⁸ Cass. soc., 10 juillet 2002, n° 00-42.368, *RJS* 10/02, n° 1066, p. 811 ; *Dr. ouvrier* 2002, p. 535, obs. V. Wauquier.

¹¹³⁹ M. ROUSSEL, *L'évaluation professionnelle des salariés*, *op. cit.*, p. 18.

¹¹⁴⁰ Art. L. 1222-6 C. trav.

¹¹⁴¹ Art. L. 1222-8 C. trav.

¹¹⁴² Cass. soc., 5 novembre 2009, n° 08-43.112, 08-43.242 et 08-43.304 ; Cass. soc., 16 octobre 2013, n° 12-18.229.

à l'employeur de s'informer afin de fonder ses décisions¹¹⁴³. Pour cette raison, l'évaluation est au cœur de la direction du personnel.

211. Au-delà de cette définition, le caractère polysémique de l'évaluation peut la rendre complexe à cerner. Elle renvoie, en effet, d'une part à une procédure et d'autre part à un résultat. Dans son premier aspect, c'est donc l'élaboration de l'évaluation par ses critères, sa technique qui sera l'objet de toutes les attentions. Dans son second aspect, elle manifeste la décision de l'employeur¹¹⁴⁴. Avec le développement de nouvelles pratiques de direction du personnel, l'évaluation a connu et va encore connaître des évolutions et même des transformations dans sa mise en œuvre. La multiplication des outils numériques au service de l'évaluation et l'élaboration de techniques d'évaluation¹¹⁴⁵ ont transformé son expression, dans un mouvement d'objectivation et d'optimisation de la direction du personnel¹¹⁴⁶. Chronologiquement, le pouvoir d'évaluation de l'employeur apparaît dès la candidature du travailleur. Lors du recrutement, les outils numériques sont de plus en plus sollicités pour affiner l'évaluation du candidat (§1). Cette évolution se poursuit une fois le recrutement effectué, dans le cadre de l'exécution du contrat de travail, lors de l'évaluation du salarié (§2).

§1 : L'évaluation numérique de la candidature

212. Il convient préalablement de distinguer l'évaluation dans le processus de recrutement de l'évaluation elle-même. Il est, en effet, convenu que l'objet de l'évaluation d'une candidature est de rechercher si une adéquation existe entre les besoins de l'entreprise et le profil du candidat en vue de la conclusion d'un contrat de travail, là où l'évaluation du salarié s'inscrit durant l'exécution du contrat de travail¹¹⁴⁷. Bien que cette première évaluation intervienne en dehors de toute relation contractuelle, et donc, en dehors de tout lien de subordination juridique, elle

¹¹⁴³ V., M. ROUSSEL, « Évaluation du salarié », dans *Répertoire de droit du travail*, Dalloz, 2021, n° 21 et s.

¹¹⁴⁴ Y. ROUSSEAU, « Agences d'emploi », dans *Répertoire de droit du travail*, Dalloz, 2018, n° 148.

¹¹⁴⁵ « Les techniques d'évaluation désignent les procédés mis en œuvre pour révéler les aptitudes professionnelles, tels que les entretiens d'évaluation, les tests, les questionnaires, etc. », S. VERNAC, « L'évaluation des salariés en droit du travail », *D.*, 2005, p. 924.

¹¹⁴⁶ P. LOKIEC, « L'évaluation des salariés à l'épreuve du droit », *Liaisons sociales magazine*, n° 201, avril 2019, p. 60.

¹¹⁴⁷ S. THOMAS, *La compétence du salarié*, *op. cit.*, p. 95-96.

révèle néanmoins déjà un rapport de pouvoir, qui correspond au pouvoir de direction¹¹⁴⁸ et qui n'est pas exempt d'un encadrement par le Code du travail¹¹⁴⁹. Tout comme la période précontractuelle en droit commun des contrats encadre la liberté des négociations¹¹⁵⁰, il existe un contrôle, lors de la période de recrutement du salarié, du pouvoir discrétionnaire de choix de l'employeur¹¹⁵¹. Il convient cependant de souligner que l'encadrement juridique du recrutement reste tout de même faible, alors que la sélection des candidats présente une importance certaine, tant pour le travailleur que pour l'entreprise, ce qui est davantage mis en exergue par les sciences de gestion notamment sur la question de la performance¹¹⁵².

213. Dans un objectif de rationalisation de la gestion du recrutement, l'utilisation du numérique est croissante et désormais incontournable dans l'évaluation des candidatures (A). Cependant, malgré la promesse de libérer l'employeur de tout biais cognitif¹¹⁵³, par l'objectivité supposée du numérique¹¹⁵⁴, les systèmes de profilage peuvent être vecteurs de risques et tout particulièrement de discrimination à l'embauche (B).

A- Le numérique au service de l'évaluation de la candidature

214. L'essor du numérique a permis le développement de nombreux outils qui ont contribué à l'évolution des méthodes de recrutement. Le numérique en a modifié la substance dès l'élaboration de l'offre (1), mais aussi et surtout, dans l'évaluation de la candidature (2).

¹¹⁴⁸ Le pouvoir d'embauche a pu être décrit de la manière suivante : « *l'entreprise ne peut se voir imposer une personne qu'elle ne désire pas, mais a la possibilité de préférer telle personne à telle autre* », G. LYON-CAEN, *Les libertés publiques et l'emploi*, La documentation française, 1992, p. 57.

¹¹⁴⁹ Art. L. 1221-6 et s. C. trav.

¹¹⁵⁰ Art. 1112 à 1127-4 C. civ. ; V. notamment à ce sujet, F. TERRÉ, P. SIMLER, Y. LEQUETTE et F. CHÉNEDÉ, *Droit civil. Les obligations*, 13^e éd., Dalloz, coll. « Précis », 2022, p. 261 et s.

¹¹⁵¹ V. à ce sujet, F. GUIOMARD, *La justification des mesures de gestion du personnel, essai sur le contrôle du pouvoir de l'employeur*, *op. cit.*, p. 123 et s. ; M. ROUSSEL, *L'évaluation professionnelle des salariés*, *op. cit.*, p. 97-101.

¹¹⁵² M. DE LA ROCHEFOUCAULD et O. LEVANNIER-GOUËL, « Le recours à l'algorithme par l'employeur dans le processus de recrutement : regard croisé droit social et sciences de gestion », *op. cit.*, p. 71.

¹¹⁵³ L. MALFETTES, « Gestion du personnel par algorithmes et droits du salarié », *op. cit.*

¹¹⁵⁴ V. également, *supra*, n° 124.

1- L'élaboration de l'offre avec le numérique

215. L'organisation de l'offre. Dès la publication de l'offre d'emploi¹¹⁵⁵, le numérique a pris toute sa place. Les offres sont désormais publiées sur internet¹¹⁵⁶. Les canaux de diffusion sont nombreux et vont au-delà du seul site internet de l'entreprise. La diffusion de l'offre sur certains réseaux sociaux¹¹⁵⁷, tels que *LinkedIn* ou *Indeed*, permet d'obtenir un suivi du nombre de consultations de l'offre ou encore la typologie des profils des postulants. L'offre peut également être diffusée sur l'intranet à destination des salariés de l'entreprise, pour favoriser la mobilité interne. À cet effet, des outils de gestion peuvent être utilisés pour organiser un suivi du recrutement¹¹⁵⁸. L'ensemble de ces informations permet d'ajuster éventuellement la rédaction de l'offre pour répondre au mieux aux besoins identifiés. Les réseaux sociaux offrent également l'opportunité d'effectuer du « *sourcing* »¹¹⁵⁹, autrement dit, de la prospection des candidats¹¹⁶⁰. Les outils numériques, tels que des algorithmes ou des robots conversationnels,¹¹⁶¹ offrent l'opportunité d'affiner la pertinence du recrutement par l'application de filtres¹¹⁶². Une telle pratique souligne déjà l'importance des mots-clés et des critères qui vont être choisis. Plus encore, dans le cadre du « *sourcing* »¹¹⁶³, certains réseaux sociaux comme *LinkedIn*, proposent une liste limitative de termes, pour rechercher une fonction particulière au sein du réseau de candidats¹¹⁶⁴. Si un tel usage facilite la sélection du candidat par l'employeur, en aidant à

¹¹⁵⁵ Art. L. 5332-1 à L. 5332-5 et R. 5332-1 à R. 5332-2 C. trav. À propos de la distinction entre offre et promesse unilatérale de contrat, Cass. soc., 21 septembre 2017, n° 16-20.103 et 16-20.104, *D. 2017. 2007, note D. Mazeaud ; Gaz. Pal. 10 oct. 2017. 13, note M. Latina ; AJ contrat 2017. 480, obs. C.-É. Buchet ; RJD 2017, n° 784 ; RDC 2017. 619, obs. Ph. Chauviré ; Gaz. Pal. 9 janv. 2018. 29, note D. Houtcieff.*

¹¹⁵⁶ F. BRAGARD et G. PIETREMENT, *SIRH, op. cit.*, p. 2 et s.

¹¹⁵⁷ Les réseaux sociaux peuvent se définir comme « *des plateformes de communication en ligne qui permettent à tout internaute de rejoindre ou de créer des réseaux d'utilisateurs ayant des options similaires et/ou des intérêts communs* », G29, avis 5/2009 du 12 juin 2009 sur les réseaux sociaux. Juridiquement, les réseaux sociaux sont des services de la société de l'information définis à l'article 1^{er} de la directive 98/34/CE du 22 juin 1998 prévoyant une procédure d'information dans le domaine des normes et réglementations techniques et des règles relatives aux services de la société de l'information ; V. également, C. FÉRAL-SCHUL, *Cyberdroit, op. cit.*, p. 204.

¹¹⁵⁸ V. pour des exemple de logiciels, M. BARABEL, J. LAMRI, O. MEIER et B. SIRBEY, *Innovations RH. Passer en mode digital et agile, op. cit.*, p. 147-173.

¹¹⁵⁹ F. BRAGARD et G. PIETREMENT, *SIRH, op. cit.*, p. 3.

¹¹⁶⁰ E. MARCHAL et G. RIEUCAU, « Les canaux au prisme des courants de recherche », dans *Le recrutement, La Découverte*, 2010, p. 28.

¹¹⁶¹ M. DE LA ROCHEFOUCAULD et O. LEVANNIER-GOUËL, « Le recours à l'algorithme par l'employeur dans le processus de recrutement : regard croisé droit social et sciences de gestion », *op. cit.*, p. 74-75.

¹¹⁶² E. BAUDOIN, M. BENABID, K. CHERIF et C. DIARD, *Transformation digitale de la fonction RH, op. cit.*, p. 62.

¹¹⁶³ V. sur ce point, G. BAILLOEUIL, « Recrutement », dans *Droit du travail et technologies de l'information et de la communication*, LexisNexis, coll. « Planète social », 2022, p. 14 et s.

¹¹⁶⁴ E. BAUDOIN, M. BENABID, K. CHERIF et C. DIARD, *Transformation digitale de la fonction RH, op. cit.*, p. 64.

circonscire la recherche, il a également pour effet d'écartier une partie des travailleurs qui n'utiliseraient pas les mots-clés identifiés par l'outil.

216. La standardisation de l'offre. Nombreux sont les logiciels de gestion du recrutement qui ont été élaborés pour accompagner le recrutement, comme l'utilisation d'un « *Applicant Tracking System* » dit ATS¹¹⁶⁵. Lors de la définition du besoin de l'entreprise, dans l'élaboration de l'offre, les compétences du candidat recherché doivent être formalisées. Là encore, la standardisation du vocabulaire utilisé se bute à la difficulté de la reconnaissance sémantique par l'algorithme et à sa pertinence. À cet égard, une étude a mis en exergue cette problématique de la standardisation au travers de l'application *Mobijob*¹¹⁶⁶, qui est un « *outil [qui] utilise un algorithme d'apprentissage automatique pour effectuer les rapprochements entre les profils de salariés et les offres, à partir de la base d'apprentissage* »¹¹⁶⁷. Pour pouvoir être traitée correctement par l'algorithme l'information doit être standardisée et quantifiable. Or, il ressort, même pour d'autres outils de tri de CV notamment, que le choix des critères de tri et la sélection du vocabulaire peuvent être un frein à une réelle efficacité dans le traitement algorithmique¹¹⁶⁸.

217. Nonobstant ces difficultés, le numérique offre de nouveaux outils, mais également de nouvelles manières pour l'employeur d'appréhender une candidature¹¹⁶⁹. Il est ainsi possible de programmer des actions pour maintenir un lien avec un candidat¹¹⁷⁰. Ces nouvelles possibilités permettent de fidéliser¹¹⁷¹ le travailleur dès sa candidature. Par ailleurs, lors de la sélection du candidat, le numérique a également transformé l'évaluation de la candidature.

¹¹⁶⁵ *Ibid.*, p. 51 et s.

¹¹⁶⁶ C. LÉVY, « L'IA dans les RH : une standardisation qui pose problème », *op. cit.*

¹¹⁶⁷ *Ibid.*, p. 17.

¹¹⁶⁸ *Ibid.*, p. 21-22. ; sur la recherche d'efficacité par l'évaluation, V. déjà, S. VERNAC, « L'évaluation des salariés en droit du travail », *op. cit.*

¹¹⁶⁹ V. sur l'évolution des pratiques de recrutement, M. DE LA ROCHEFOUCAULD et O. LEVANNIER-GOUËL, « Le recours à l'algorithme par l'employeur dans le processus de recrutement : regard croisé droit social et sciences de gestion », *op. cit.*, p. 69-71.

¹¹⁷⁰ « *Créer des workflows, c'est proposer des scénarios possibles à partir d'actions réalisées sur le site carrière de l'entreprise, telles que le téléchargement d'un contenu, d'une candidature, une nouvelle visite sur la page des valeurs après un live job, etc. Ces actions réalisées par le visiteur – candidat potentiel ou actif – vont déclencher un scénario de courriels automatisés, ciblés, segmentés et axés sur le contenu utile et pertinent. Ce scénario va favoriser l'attractivité de l'entreprise et encourager le visiteur à avoir envie de postuler* », F. BRAGARD et G. PIETREMENT, *SIRH : des systèmes d'information aux solutions de management des RH*, 4^e éd., Vuibert, coll. « Les spécialités du sup », 2021, p. 17.

¹¹⁷¹ V. sur les enjeux stratégiques de la gestion du personnel, J.-P. NEVEU et M. THÉVENET, *L'implication au travail*, Vuibert, 2002, p. 5-10.

2- L'évaluation de la candidature par les outils numériques

218. L'évaluation de la candidature. L'évaluation d'un candidat peut être réalisée à l'aide d'outils numériques. Dès la réception de sa candidature, une première vérification de son « *e-réputation* » peut être réalisée¹¹⁷². Bien que le Code du travail¹¹⁷³ impose d'informer le candidat des méthodes et techniques d'aide au recrutement, cette vérification ne fait rarement en pratique l'objet d'une telle information, tant elle est difficilement détectable¹¹⁷⁴. Il convient en effet de rappeler qu'en principe les méthodes de recrutement doivent avoir pour finalité d'apprécier la capacité du salarié à « *occuper l'emploi proposé ou ses aptitudes professionnelles* »¹¹⁷⁵. Les informations demandées¹¹⁷⁶ au candidat doivent présenter « *un lien direct et nécessaire avec l'emploi proposé* »¹¹⁷⁷. En cas d'utilisation de technique d'aide au recrutement, l'employeur doit en principe en informer le candidat et le CSE¹¹⁷⁸. Aucune information personnelle par un dispositif, qui n'aurait pas été porté préalablement à la connaissance du candidat, ne peut en principe être collectée¹¹⁷⁹. L'ensemble des critères élaborés pour une présélection ou la conception d'un test professionnel¹¹⁸⁰ doivent répondre à l'ensemble de ces dispositions. Or, l'utilisation croissante des réseaux sociaux rend difficile la vérification de la bonne l'application de ces garanties pour le candidat.

219. L'élaboration d'un « profil type » par l'outil numérique. En outre, lors du recrutement, de plus en plus d'employeurs ont recours à un algorithme ou à une intelligence artificielle pour évaluer et trier les candidatures : le *people analytics*¹¹⁸¹. Leur utilisation est encouragée par la

¹¹⁷² F. CHARRUYER, « To clic or not to clic. Telle est la question : e-reputation ou e-alineation ? », *Hebdo édition sociale*, n° 537, 2013 ; J.-C., VUATTOUX, « Digitalisation du travail et de ses outils, quelles implications pour la gestion et les organisations ? », *op. cit.*, p. 205.

¹¹⁷³ Art. L. 1221-8 C. trav.

¹¹⁷⁴ S. TOURNAUX, « Droit du travail et numérique : de quelques aspects relatifs aux relations individuelles de travail », dans *L'entreprise face aux défis du numérique*, Mare & Martin, coll.« Droit privé & sciences criminelles », 2018, p. 65.

¹¹⁷⁵ Art. L. 1221-6 C. trav.

¹¹⁷⁶ Une liste illustrative des informations qui peuvent valablement être demandées aux candidats à l'emploi a été donnée au sein de la circulaire DRT n° 93-10 du 15 mars 1993.

¹¹⁷⁷ Art. L. 1221-6 C. trav. ; Cass. soc., 17 octobre 1973, n° 72-40.360, *JCP 1974. II. 17698, note Saint-Jours*.

¹¹⁷⁸ Art. L. 2323-32 C. trav.

¹¹⁷⁹ Art. L. 1221-9 C. trav. ; V. pour une étude de l'application de la protection des données personnelles au recrutement, B. ALLIX et J. FÉVRIER, « Le recrutement : éclairage sur les principaux points de vigilance pour traiter les données des candidats en toute conformité », *BJT*, n° 9, 2023, p. 43.

¹¹⁸⁰ Un test professionnel se distingue d'une période d'essai par le fait que l'intéressé n'est pas placé dans des conditions normales d'emploi. Cass. soc., 4 janvier 2000, n° 97-41.154, *D. 2000. IR 27* ; *Dr. soc. 2000. 550, obs. Mouly* ; *RJS 2000. 103, n° 145* ; *CSB 2000. 456, A. 12, obs. Pansier*.

¹¹⁸¹ V. notamment, L. MALFETTES, « Gestion du personnel par algorithmes et droits du salarié », *op. cit.* ; L. BENRAÏSS-NOAILLES et O. HERRBACH, « Enjeux organisationnels et managériaux de l'IA pour la gestion du personnel. Vers un DRH « augmenté » ? », *op. cit.*

recherche d'impartialité et d'objectivité dans le recrutement¹¹⁸². Les données collectées au sein du SIRH lors de la direction du personnel vont pouvoir être utilisées pour réaliser un « *profil type* » du travailleur à recruter. L'algorithme va avoir pour rôle d'effectuer une présélection des candidats sur la base de ce profil ainsi préétabli.

220. Distinction entre algorithme inductif et déductif. Dans le cadre de l'utilisation d'algorithme pour l'établissement d'une présélection, il convient de distinguer deux modes de constructions possibles : déductif et inductif. D'une part, l'algorithme « *déductif* » applique les instructions données par l'employeur, et d'autre part l'algorithme « *inductif* » utilise les données fournies pour atteindre un ou plusieurs objectifs définis¹¹⁸³. C'est cette dernière méthode qui permet de définir un profil « *type* » où une intelligence artificielle va pouvoir établir « *des corrélations statistiques* »¹¹⁸⁴. Les données d'entrée servent ainsi de connaissances empiriques pour un apprentissage automatique qui conduiront à une prédiction¹¹⁸⁵.

221. La difficile recherche d'objectivité. Dans sa conception, des critères de sélection recherchant l'objectivité sont élaborés. Dès lors, la présélection des candidats par l'algorithme devrait l'être également lors de l'automatisation de la sélection¹¹⁸⁶. Pour ce faire, il est donc important que l'élaboration et l'usage de l'algorithme soient transparents et loyaux¹¹⁸⁷. Le logiciel de recrutement est alors présenté comme objectif, car ne répondant qu'aux critères qui ont été préprogrammés, sans subjectivité humaine. Bien plus, il arrive qu'il soit présenté, par l'entreprise y ayant recours, comme une garantie pour le candidat qui sera certain d'être exempt de tout biais discriminant, parce qu'appelant à la « *raison numérique* » plutôt qu'à la raison humaine¹¹⁸⁸. En somme, il permettrait « *d'opérer une sélection plus objective, impartiale et exempte de préjugés humains, conscients ou inconscients.* »¹¹⁸⁹. Cependant, la raison algorithmique peut ne pas être exempte de biais et ne pas conduire à l'objectivité escomptée¹¹⁹⁰. Pire, en cas de biais dans les critères déterminés en amont, le logiciel les systématisera du fait

¹¹⁸² D. GARDES, « Le droit à l'emploi face à l'intelligence artificielle », *op. cit.*

¹¹⁸³ V. sur la distinction, E. NETTER, « La part de l'Homme et celle de la machine dans les décisions "automatisées". Propositions pour une réécriture de l'article 22 du RGPD », *op. cit.*, p. 108.

¹¹⁸⁴ Et non de causalité, M. PEYRONNET, « Du management algorithmique au recrutement par algorithme : le rôle des données », *op. cit.*, p. 51.

¹¹⁸⁵ R. PONS et L. RISSER, « Biais et discriminations dans les systèmes d'intelligence artificielle », *Daloz IP/IT*, 2022, p. 75.

¹¹⁸⁶ V. sur les techniques d'objectivation, J.-M. ALBIOL et T. GAOUAOUI, « Technique de recrutement et diversité », *JCP S*, n° 4, 2023, 1023.

¹¹⁸⁷ B. BOSSU, « Gestion par algorithme du personnel et exigence de loyauté et de transparence », *op. cit.*, p. 115.

¹¹⁸⁸ V. *infra*, n° 723 ; A. CHAIGNEAU et T. PASQUIER, « Capital, travail et entreprise numérique », *op. cit.*, p. 193.

¹¹⁸⁹ D. GARDES, « Le droit à l'emploi face à l'intelligence artificielle », *op. cit.*

¹¹⁹⁰ V. ILIEVA, *L'exigence d'objectivité en droit du travail*, *op. cit.*, p. 278.

de l'automatisation de son processus. Pour éviter ce risque, il doit être vérifié sa pertinence afin que le logiciel ait été élaboré précisément pour répondre aux objectifs assignés¹¹⁹¹.

222. En outre, le risque d'une systématisation d'un biais par un mauvais paramétrage est que l'intuition, la subjectivité, l'humain sont évincés dans cette méthode de recrutement par le recours à la mesure avec les outils numériques¹¹⁹². Il convient cependant de souligner que cette recherche de neutralité peut s'avérer particulièrement difficile en fonction de l'élaboration de l'algorithme. Le risque principal lors de l'automatisation du recrutement est la discrimination¹¹⁹³. Déjà, la recherche de l'éviction de biais discriminant humain avait eu lieu avec la loi du 31 mars 2006 pour l'égalité des chances¹¹⁹⁴, qui mettait en œuvre l'utilisation des CV anonymes pour les entreprises de cinquante salariés et plus. Cette expérience n'a cependant pas donné les effets attendus concernant la promotion de la diversité¹¹⁹⁵. En somme, à l'ère numérique, toute l'attention nécessaire devra être portée sur les choix des critères et leur éventuelle pondération lors de la programmation de l'algorithme de tri ou d'aide à la décision¹¹⁹⁶.

B- Le risque de discrimination des outils d'aide au recrutement

223. Le risque de discrimination. Lors d'un recrutement, l'évaluation des candidatures donne nécessairement lieu à une différence de traitement. Les outils d'aide au recrutement peuvent pallier la difficulté de l'élaboration d'un choix lors de l'exercice du pouvoir d'évaluation. Il n'en demeure pas moins qu'ils peuvent également être source de discrimination, malgré leur

¹¹⁹¹ B. BOSSU, « Gestion par algorithme du personnel et exigence de loyauté et de transparence », *op. cit.*, p. 124.

¹¹⁹² V. sur l'outil *Easyrecrue*, « L'outil Easyrecrue : avis de recruteurs et de recrutés », *Communication & management*, vol. 14, n° 2, 2017, p. 131-132.

¹¹⁹³ Défenseur des droits, *Algorithmes : prévenir l'automatisation des discriminations*, en partenariat avec la CNIL, 2020.

¹¹⁹⁴ Loi n° 2006-396 du 31 mars 2006 pour l'égalité des chances. Ces dispositions sont aujourd'hui inappliquées en l'absence de décret d'application.

¹¹⁹⁵ L. BEHAGHEL, B. CREPON et T. LE BARBANCHON, *Evaluation de l'impact du CV anonyme. Rapport final*, 2011.

¹¹⁹⁶ « "Matching" qui n'est pas sans risque (fabrication de clones) et pas sans avantages (donner une chance à des gens traditionnellement écartés du marché du travail). L'ambivalence, toujours ... », P. ADAM, « Intelligence artificielle et droit du travail », dans *Droit de l'intelligence artificielle*, 2^e éd., LGDJ, coll. « Les Intégrales », 2022, p. 357-358.

objectif de rationalisation de la décision de l'employeur. La discrimination¹¹⁹⁷ peut se définir comme étant « *la différence de traitement qui distingue un groupe humain ou une personne des autres, à son détriment* »¹¹⁹⁸. Dans son sens étymologique, la discrimination signifie « *distinguer* »¹¹⁹⁹. Elle serait ainsi l'objet même de l'évaluation¹²⁰⁰. Néanmoins, une différence de traitement peut être considérée comme une discrimination prohibée dès lors que la personne concernée est placée dans une situation identique et comparable¹²⁰¹, et que l'inégalité de traitement résulte d'un motif prohibé par la loi, qui n'est pas justifiée ou proportionnée par rapport au but recherché. L'article L. 1132-1 du Code du travail, qui prévoit la prohibition de toute mesure discriminante concernant l'ensemble des actes de direction du personnel, dont le recrutement, dresse une liste des situations susceptibles d'être illicites. Cette liste n'a cessé de s'allonger au fil des années pour contenir aujourd'hui vingt-cinq cas de discrimination¹²⁰². Cependant, toute différence de traitement n'est pas en soi illicite : seuls les cas de discrimination prohibés peuvent conduire à l'illicéité du recrutement¹²⁰³. L'article L. 1133-1 du Code du travail autorise, par exemple, que soient utilisés des critères tirés du sexe ou du handicap, si ceux-ci « *répondent à une exigence professionnelle essentielle et déterminante et pour autant que l'objectif soit légitime et l'exigence proportionnée* ».

224. La loi du 27 mai 2008¹²⁰⁴, prise en application de différentes directives¹²⁰⁵, distingue les discriminations directes des discriminations indirectes. La discrimination directe correspond à

¹¹⁹⁷ V. notamment sur la discrimination, J.-M. LATTES, *Le principe de non discrimination en droit du travail*, thèse, Université Toulouse 1, 1989 ; M. MERCAT-BRUNS (dir.), *Personne et discrimination : perspectives historiques et comparées*, Dalloz, coll.« Thèmes & commentaires », 2006 ; D. THARAUD, *Contribution à une théorie générale des discriminations positives*, PUAM, coll.« Laboratoire de droit privé & de sciences criminelles », 2013 ; M. MERCAT-BRUNS (dir.), *Nouveaux modes de détection et de prévention de la discrimination et accès au droit*, 1^{re} éd., Société de législation comparée, 2020, vol.14 ; D. THARAUD, *Droit de la non-discrimination*, Breal, 2021 ; D. THARAUD (dir.) et C. BOYER-CAPELLE (dir.), *Dictionnaire juridique de l'égalité et de la non-discrimination*, L'Harmattan, 2021.

¹¹⁹⁸ M. MERCAT-BRUNS, « Introduction », dans *Personne et discrimination : perspectives historiques et comparées*, Dalloz, coll.« Thèmes & commentaires », 2006, p. 3.

¹¹⁹⁹ *Ibid.*

¹²⁰⁰ M. ROUSSEL, *L'évaluation professionnelle des salariés*, *op. cit.*, p. 336.

¹²⁰¹ Même si, la recherche de l'existence d'une discrimination directe ou indirecte n'implique pas nécessairement de procéder à une comparaison avec la situation d'autres salariés. Cass. soc., 10 novembre 2009, n° 07-42.849, *D. 2010. Pan. 672, obs. Porta ; RJS 2010. 14, n° 6 ; Dr. soc. 2010. 111, obs. Radé ; Dr. ouvrier 2010. 208, obs. Ferrer.*

¹²⁰² V. sur l'évolution du principe de non-discrimination, M. PEYRONNET, *La diversité : étude en droit du travail*, thèse, Université de Bordeaux, 2018, p. 84 et s.

¹²⁰³ Art. L. 1132-1 C. trav.

¹²⁰⁴ Loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations.

¹²⁰⁵ Directive 2000/43/CE du 29 juin 2000 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique ; directive 2000/78/CE du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail ; directive 2002/73/CE du 23 septembre 2002 modifiant la directive 76/207/CEE relative à la mise en œuvre du principe de

« la situation dans laquelle, sur le fondement notamment de ses convictions, une personne est traitée de manière moins favorable qu'une autre ne l'est, ne l'a été ou ne l'aura été dans une situation comparable »¹²⁰⁶. La discrimination indirecte a été définie comme étant « une disposition, un critère ou une pratique neutre en apparence, mais susceptible d'entraîner, pour l'un des motifs mentionnés au premier alinéa, un désavantage particulier pour des personnes par rapport à d'autres personnes, à moins que cette disposition, ce critère ou cette pratique ne soit objectivement justifiée par un but légitime et que les moyens pour réaliser ce but ne soient nécessaires et appropriés »¹²⁰⁷. Malgré le recours à un outil d'aide au recrutement, l'employeur reste ainsi responsable si son usage conduit à une décision discriminante, qu'elle soit directe ou indirecte¹²⁰⁸. Or, l'utilisation d'algorithme ou d'une intelligence artificielle d'aide au recrutement peut conduire à une discrimination indirecte, par l'existence de biais discriminants introduits dans la base de données d'apprentissage ou lors de l'utilisation.

225. La présélection par le numérique. L'utilisation d'un algorithme, dans le cadre du recrutement, implique en effet de décrire la procédure à suivre et les données à utiliser. Déjà lors de la constitution de la base de données, toute l'attention devra être portée sur sa fiabilité. À défaut d'une telle garantie, l'algorithme risque de reproduire des inégalités existantes au sein de l'organisation¹²⁰⁹. De plus, l'automatisation de ce pré-tri implique qu'aucune décision humaine n'intervienne pour éventuellement corriger un dysfonctionnement ou modifier les résultats¹²¹⁰. Dans ce cas, ne s'agissant que d'une présélection, et non de la décision définitive de recrutement, il existe une interrogation quant à l'obligation d'une intervention humaine lors d'un traitement automatisé de présélection¹²¹¹. Il est possible de considérer que le refus lors d'un processus de recrutement constitue « des effets juridiques à l'égard » du candidat

l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelles, et les conditions de travail ; directive 2004/113/CE du 13 décembre 2004 mettant en œuvre le principe de l'égalité de traitement entre les femmes et les hommes dans l'accès à des biens et services et la fourniture de biens et services ; directive 2006/54/CE du 5 juillet 2006 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail.

¹²⁰⁶ La Cour de cassation reprend la définition de la discrimination directe qui résulte de la loi de transposition n° 2008-496 du 27 mai 2008. L'arrêt est rendu au visa des articles L. 412-2, alinéa 1er (devenu art. L. 2141-5) et L. 122-45, alinéa 1er (devenu art. L. 1132-1) du Code du travail, interprété à la lumière de la directive n° 2000/78/CE du 27 novembre 2000. Cass. soc., 24 septembre 2008, n° 06-46.179, *D. 2008, AJ 2509* ; *RJS 11/2008, n° 1107*.

¹²⁰⁷ Loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations, *op. cit.*

¹²⁰⁸ B. BOSSU, « La responsabilité de l'employeur en cas de discrimination : le regard travailliste », *op. cit.* ; A. JEAMMAUD, « Le pouvoir de l'employeur renforcé ou altéré ? », *op. cit.*, p. 36.

¹²⁰⁹ C. LÉVY, « Intelligence artificielle dans les RH : instruments et pratiques des entreprises », *SSL*, n° 1838, 2018, p. 9.

¹²¹⁰ C. BARGAIN, M. BEAUREPAIRE et D. PRUD'HOMME, *Recruter avec des algorithmes ? Usages, opportunités et risques*, AFMD, coll.« Décrypter », 2019, p. 35-36.

¹²¹¹ V. sur la décision automatique, *supra*, n° 136 ; V. également à ce sujet, Défenseur des droits, *Algorithmes : prévenir l'automatisation des discriminations*, 2020.

« *l'affectant de manière significative* »¹²¹². Une vérification régulière des présélections pourrait être opportune pour éviter les risques de biais discriminants automatisés¹²¹³. Le risque peut être, en effet, accru lorsque l'algorithme est alimenté par une base de données qui n'a pas été suffisamment contrôlée¹²¹⁴.

226. L'exemple d'Amazon. À ce jour, la pratique a montré qu'il convenait d'être particulièrement vigilant quant à la programmation d'un tel logiciel. À ce sujet, l'expérience d'*Amazon*¹²¹⁵ fait figure de cas d'école. La société avait importé sa base de données de salariés pour programmer une intelligence artificielle de recrutement, qui a eu pour effet d'exclure les femmes du recrutement. L'intelligence artificielle, par une méthode inductive, a, en effet, constaté que les hommes étaient surreprésentés. Elle en a donc déduit que le recrutement des hommes était à privilégier, et a logiquement attribué une note moins élevée dès qu'il s'agissait d'une femme, excluant ainsi une catégorie de personnes, en raison de leur sexe, du processus de recrutement. C'est bien tout le problème de la logique inductive qui va établir « *des conclusions générales à partir de cas particuliers* »¹²¹⁶. Cette expérience met en lumière les difficultés qu'il peut y avoir lors de la sélection de la base de données de référence, qui doit être exempte de tout biais, et qui doit faire l'objet d'un contrôle préalable particulièrement strict, afin d'éviter que l'algorithme ne soit discriminatoire. L'intelligence artificielle d'*Amazon* a été corrigée depuis pour garantir un objectif de diversité¹²¹⁷. L'objectivité des mesures peut ainsi être contestée au regard de la finalité¹²¹⁸ de celle-ci et de ses conséquences.

227. L'absence du caractère neutre de la donnée. Le risque réside dans la présomption d'objectivité de la donnée issue de l'évaluation. En effet, « *qu'importe la méthode, elles seront traitées comme des données objectives par un algorithme, quand bien même elles comporteraient des biais* »¹²¹⁹. Les données d'apprentissage ne peuvent être considérées

¹²¹² V. en ce sens, M. DE LA ROCHEFOUCAULD et O. LEVANNIER-GOUËL, « Le recours à l'algorithme par l'employeur dans le processus de recrutement : regard croisé droit social et sciences de gestion », *op. cit.*, p. 80.

¹²¹³ « *Lorsque le choix opéré des candidats l'est pas une IA, l'intervention humaine risque d'être limitée à une acceptation ou un refus du choix proposé par l'IA faute de pouvoir connaître l'exact raisonnement de l'IA* », M. DE LA ROCHEFOUCAULD et O. LEVANNIER-GOUËL, « Le recours à l'algorithme par l'employeur dans le processus de recrutement : regard croisé droit social et sciences de gestion », dans *Vers un droit de l'algorithme ?*, Mare & Martin, 2022, p. 80.

¹²¹⁴ G. BAILLOEUIL, « Recrutement », *op. cit.*, p. 35.

¹²¹⁵ V. notamment à ce sujet, M. PEYRONNET, « L'usage des algorithmes et de l'IA dans le recrutement : une occasion de (ne) plus discriminer ? », *op. cit.*, p. 145 ; S. SERENO, « Focus sur les discriminations par algorithme », *RDT*, 2020, p. 680.

¹²¹⁶ G. BAILLOEUIL, « Recrutement », *op. cit.*, p. 12.

¹²¹⁷ V. l'implication de la diversité, M. PEYRONNET, *La diversité*, *op. cit.*

¹²¹⁸ M. ROUSSEL, *L'évaluation professionnelle des salariés*, *op. cit.*, p. 115.

¹²¹⁹ M. PEYRONNET, « Du management algorithmique au recrutement par algorithme : le rôle des données », *op. cit.*, p. 50.

comme étant neutres. Leur utilisation peut conduire à écarter de manière disproportionnée certains profils et entraîner une discrimination¹²²⁰. Il convient donc de « *neutraliser* » certains critères, comme le sexe, ou le domicile, pour empêcher l'intelligence artificielle d'écarter les candidats en fonction de ces critères discriminants. De plus, il serait également envisageable d'imposer un seuil de représentation d'une catégorie d'individus en dessous duquel l'algorithme ou l'intelligence artificielle générerait une alerte auprès de l'employeur. L'objectif est d'éviter les biais qui automatiseraient une discrimination¹²²¹. Le caractère systématique d'un outil d'aide au recrutement rend l'opération délicate.

228. Le nécessaire accès au contenu. Pour prévenir le risque de discrimination, il conviendrait également de favoriser l'accès au contenu de l'algorithme¹²²². Mais déjà sur ce point, il existe un premier frein. À la demande d'une communication du contenu de l'algorithme, les candidats pourraient se voir opposer le secret des affaires, au même titre que le secret des délibérations a été opposé dans le cas de *Parcoursup*¹²²³. Même si en principe le juge pourrait imposer une telle communication, il conviendra de démontrer que celle-ci est utile¹²²⁴. Or, l'automatisation a tendance à invisibiliser la discrimination¹²²⁵, voire à conduire à leur systématisation¹²²⁶. En l'absence de transparence quant au fonctionnement de l'algorithme, il est alors difficile, si ce n'est impossible, pour le candidat d'apporter la preuve de l'existence d'un biais dans l'opération de présélection. Pour cette raison, il convient donc de reconnaître une obligation de transparence accrue, pour prévenir d'éventuelles discriminations¹²²⁷.

229. À ce sujet, le CSE pourrait être une voie permettant d'obtenir la transparence du fonctionnement. Le recours à des algorithmes ou intelligence artificielle supposant son information¹²²⁸, ce dernier pourrait alors occuper une place importante lors de l'élaboration de

¹²²⁰ *Ibid.*, p. 52.

¹²²¹ F. G'SELL, « Les décisions algorithmiques », *op. cit.*, p. 97-98 ; P. BERTAIL, D. BOUNIE, S. CLEMENCON et P. WAELBROECK, *Algorithmes : biais, discrimination et équité*, Télécom ParisTech, 2019.

¹²²² M. PEYRONNET et L. RATTI, « Controverse : Algorithmes et risque de discrimination : quel contrôle du juge ? », *RDT*, 2021, p. 81.

¹²²³ V. concernant *Parcoursup*, *supra*, n° 140 ; V. également, CE, 12 juin 2019, n° 427916, *AJDA* 2019. 1192 ; D. 2019. 1673, *obs. W. Maxwell et C. Zolynski* ; *Dalloz IP/IT* 2019. 700, *obs. T. Douville*.

¹²²⁴ Cass. soc., 19 décembre 2012, n° 10-20.526, D. 2013. 92 ; *ibid.* 1026, *obs. P. Lokiec et J. Porta* ; *ibid.* 2802, *obs. P. Delebecques, J.-D. Bretzner et I. Darret-Courgeon*.

¹²²⁵ « Les discriminations par algorithme sont invisibles alors qu'elles sont potentiellement massives. Et pour cause, il s'avère difficile, voire impossible, de contrôler le raisonnement déployé par la machine », S. SERENO, « Focus sur les discriminations par algorithme », *RDT*, n° 11, 2020, p. 680.

¹²²⁶ À ne pas confondre avec la notion de discrimination systémique, V.-A. CHAPPE, « Aller au-delà des statistiques pour prouver la discrimination systémique », *RDT*, 2023, p. 85.

¹²²⁷ V. notamment en ce sens, Défenseur des droits, *Algorithmes : prévenir l'automatisation des discriminations*, *op. cit.*, p. 9 ; F. G'SELL, « Les décisions algorithmiques », *op. cit.*, p. 99.

¹²²⁸ Art. L. 2312-38 C. trav.

l'outil. Pour ce faire, il serait possible d'étendre la possibilité pour le CSE de faire appel à un expert¹²²⁹ pour lui permettre d'exercer un véritable contrôle¹²³⁰. Une seconde voie permettrait également de contourner ce manque de transparence. En effet, récemment, la statistique élaborée, à partir de nom à consonance européenne ou non des intérimaires et salariés d'une entreprise, a été admise comme preuve possible dans un contentieux relatif à une discrimination sur l'origine ethnique¹²³¹. Cette admission constitue une perspective de preuve, par l'observation du résultat de la représentation dans l'entreprise plutôt que l'analyse de la présélection¹²³².

230. La proposition de réglementation européenne. Dans le sens d'une plus grande transparence des outils d'aide à la décision, une proposition de règlement de la Commission européenne prévoit d'imposer aux fournisseurs de systèmes d'intelligence artificielle de recourir à des données d'entraînement « *pertinentes, représentatives, exemptes d'erreurs et complètes* »¹²³³. Une telle disposition se doit d'être saluée, car les données d'apprentissage, par le manque de proportionnalité dans les représentations des différents profils, sont souvent la source de biais lors de l'utilisation. Cette démarche permettrait donc de prévenir les biais d'apprentissage¹²³⁴. Dans le prolongement, l'alinéa 5 de l'article 10 de la proposition de règlement autoriserait le traitement de données sensibles pour la détection et la correction de biais. Cette disposition offre de lever un frein, lié à l'interdiction du traitement des données sensibles, qui permettrait également de détecter efficacement les éventuels biais

¹²²⁹ En l'état du droit positif, le recours à une expertise n'est possible qu'en cas d'introduction de nouvelles technologies ou de projet important modifiant les conditions de santé et de sécurité ou les conditions de travail, conformément aux dispositions de l'art. L. 2315-94, 2°, C. trav. V. en ce sens, Y. LEROY, « Le comité social et économique face à l'intelligence artificielle », dans *Intelligence artificielle, gestion algorithmique du personnel et droit du travail*, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2020, p. 137.

¹²³⁰ M. DE LA ROCHEFOUCAULD et O. LEVANNIER-GOUËL, « Le recours à l'algorithme par l'employeur dans le processus de recrutement : regard croisé droit social et sciences de gestion », *op. cit.*, p. 78.

¹²³¹ Cass. soc., 14 décembre 2022, n° 21-19.628 ; V. pour une analyse de la décision, D. THARAUD, « La recherche d'une égalité réelle, moteur d'innovations procédurales et probatoires », *RDT*, 2023, p. 85 ; V.-A. CHAPPE, « Aller au-delà des statistiques pour prouver la discrimination systémique », *op. cit.*

¹²³² V. à ce sujet, *infra*, n° 409 et s.

¹²³³ Proposition de règlement du Parlement européen et du conseil établissant des règles harmonisées concernant l'intelligence artificielle du 21 avril 2021, COM (2021) 206 final, *op. cit.*, art. 10, § 3.

¹²³⁴ R. PONS et L. RISSER, « Biais et discriminations dans les systèmes d'intelligence artificielle », *op. cit.*

algorithmiques¹²³⁵. Des tests pourront ainsi être effectués et donneront lieu à une certification¹²³⁶ dont les modalités d'évaluation de la conformité doivent encore être définies.

231. L'opportunité du maintien d'une part de subjectivité. Pour éviter tout biais humain dans une recherche de rationalisation du processus de recrutement, le recours aux algorithmes dans le cadre du recrutement peut ainsi présenter des risques et transforme la mise en œuvre du pouvoir de direction du personnel. Dans cette démarche, il y a une optimisation du processus de recrutement, par le gain de temps indéniable qu'offrent les outils numériques. De plus, il y a une volonté de rationalisation par une tentative d'éviction de toute subjectivité humaine, pour ne retenir que des critères prédéterminés pour garantir une objectivation de la décision. Néanmoins, le recours à l'algorithme ne modifie pas les obligations afférentes à l'employeur, qui ne peut se retrancher derrière son absence de maîtrise de la « *boîte noire* » de l'algorithme utilisé¹²³⁷, en cas de différence de traitement illicite. En outre, il conviendrait qu'il y ait davantage de complémentarité entre l'Homme et la machine pour conserver tout de même une part de subjectivité, inévitable, qui consiste dans l'intuition et l'entente entre le recruteur et le candidat. Face à la tentation d'une objectivation extrême, une part de déshumanisation peut être observée. Les transformations de l'évaluation se poursuivent également lors de l'exécution du contrat de travail, par l'évaluation des salariés au sein de l'entreprise.

§2 : L'évaluation numérique du salarié

232. À l'ère numérique, l'évaluation du salarié a connu de profondes transformations¹²³⁸. De nombreux outils ont été développés accompagnant ainsi cette évolution du pouvoir d'évaluation (A). Tout comme pour le recrutement, il est possible de constater une recherche de rationalisation de l'évaluation qui passe par son automatisation, développant ainsi des pratiques telles que l'évaluation par comparaison appelée « *ranking* » (B).

¹²³⁵ « Le texte exige l'utilisation des « mesures les plus avancées en matière de sécurité et de protection de la vie privée ». Cette expression fait écho avec les « mesures techniques et organisationnelles appropriées » de sécurité inscrites à l'article 32 du règlement général sur la protection des données (RGPD), mais l'articulation entre ces textes est sujet à beaucoup de questionnements », R. PONS et L. RISSER, « Biais et discriminations dans les systèmes d'intelligence artificielle », *Dalloz IP/IT*, 2022, p. 75.

¹²³⁶ V. déjà en ce sens, C. VILLANI (dir.), *Donner un sens à l'intelligence artificielle*, op. cit.

¹²³⁷ L. GAMET, « Le travailleur et (les deux visages de) l'algorithme », *Dr. soc.*, 2022, p. 775.

¹²³⁸ V. sur les évolutions de l'évaluation, B. PEREIRA, « Évaluation des salariés et mutation du contrat de travail », *Revue Interdisciplinaire Management, Homme & Entreprise*, vol. 12, n° 50, 2023, p. 95-104.

A- L'évolution du pouvoir d'évaluation du salarié vers la mesure automatisée

233. Il convient de rappeler que « *l'employeur tient de son pouvoir de direction né du contrat de travail le droit d'évaluer le travail de ses salariés* »¹²³⁹. L'évaluation, dans son principe, est un attribut du pouvoir, qui est à la discrétion de l'employeur¹²⁴⁰. Néanmoins, cette action doit reposer sur des critères objectifs¹²⁴¹. À cet effet, les méthodes d'évaluation ont connu une certaine évolution dans l'élaboration des critères permettant de répondre à cet impératif d'objectivité. Pour ce faire, il y a eu une évolution du champ de l'évaluation (1), qui a favorisé le développement de la mesure numérique à l'appui d'une évaluation objective (2) conduisant à une recherche d'automatisation (3).

1- L'évolution du champ de l'évaluation

234. De la qualification aux compétences. Tout d'abord, le champ de l'évaluation a été défini par la qualification professionnelle¹²⁴². Celle-ci se présente comme le « *domaine de l'obéissance* » du salarié, mais également comme le champ des possibles de l'évaluation de l'employeur¹²⁴³. À cet égard, le Code du travail prévoit que « *tout travailleur engagé dans la vie active ou toute personne qui s'y engage a droit à « la qualification professionnelle »* »¹²⁴⁴. Il convient de distinguer, d'une part, la qualification professionnelle qui rejoint la qualification contractuelle, consistant en « *une relation, réputée fixée d'un commun accord, entre les qualités d'un salarié et l'activité qu'il exerce [...] la qualification n'est pas un attribut d'un salarié ; elle est une identité déterminée par accord* »¹²⁴⁵. D'autre part, la qualification personnelle s'entend comme « *les connaissances, l'expérience professionnelle et les savoirs, acquis par un*

¹²³⁹ Cass. soc., 10 juillet 2002, n° 00-42.368, *RJS* 10/02, n° 1066, p. 811 ; *Dr. ouvrier* 2002, p. 535, obs. V. Wauquier, *op. cit.*

¹²⁴⁰ A. LYON-CAEN, « L'évaluation des salariés », *D.*, 2009, p. 1124.

¹²⁴¹ Cass. soc., 9 avril 2002, n° 99-44.534.

¹²⁴² V. notamment, J. YUNG HING, *Aspects juridique de la qualification professionnelle*, CNRS, coll. « Sciences sociales », 1986 ; Pour une approche en sociologie, M. BISIGNANO et S. ZARKA, « Approches sociologiques de la qualification : entre héritage et renouvellement », *Dr. soc.*, 2022, p. 485.

¹²⁴³ P.-E. BERTHIER, *La récompense en droit du travail*, *op. cit.*

¹²⁴⁴ Art. L. 6314-1 C. trav.

¹²⁴⁵ A. LYON-CAEN, « Le droit et la gestion des compétences », *Dr. soc.*, 1992, p. 573.

salarié et validés par un diplôme, un titre ou un certificat »¹²⁴⁶. La qualification professionnelle est donc ce qui peut être raisonnablement exigé au salarié¹²⁴⁷. Par conséquent, l'évaluation porte sur l'aptitude du salarié¹²⁴⁸ qui consiste « à appréhender la qualification individuelle du salarié en référence aux qualifications requises par le poste de travail occupé »¹²⁴⁹. Mais, progressivement le champ de l'évaluation a évolué¹²⁵⁰.

235. Dans un mouvement d'individualisation¹²⁵¹ de la direction des ressources humaines¹²⁵², la qualification a laissé place progressivement à la notion de compétence¹²⁵³. En ce sens, l'employeur a développé, à l'aide du numérique, des outils d'identification et d'évaluation de la compétence¹²⁵⁴, en sus de la qualification des salariés. L'évaluation par la compétence correspond à un nouveau paradigme, par rapport au recours à la qualification, où l'évaluation est individualisée¹²⁵⁵. Là où la qualification renvoie à un état, par la reconnaissance de qualités objectives¹²⁵⁶, la compétence renvoie, elle, à une aptitude¹²⁵⁷. Le recours à la notion de compétence implique une évaluation qui est portée non seulement sur les tâches à accomplir, mais aussi sur des qualités individuelles, censées distinguer le salarié « *de ses autres collègues exerçant les mêmes fonctions que lui ou des fonctions similaires* »¹²⁵⁸. L'ensemble de ces

¹²⁴⁶ *Ibid.* ; P. ADAM, *L'individualisation du droit du travail. Essai sur la réhabilitation juridique du salarié-individu*, t. 39, LGDJ, coll.« Bibliothèque de droit social », 2005, p. 184.

¹²⁴⁷ A. BONARDI, *L'appartenance du salarié à l'entreprise*, thèse, Université Panthéon-Assas, 2021, p. 134.

¹²⁴⁸ V. sur la distinction entre aptitude, compétence et performance, M. ROUSSEL, *L'évaluation professionnelle des salariés*, *op. cit.*, p. 274 et s. ; P.-E. BERTHIER, « Les qualités attendues du salarié, entre droit du travail et management », *SSL suppl.*, n° 1576, 2013, p. 102-109.

¹²⁴⁹ N. BESUCCO et M. TALLARD, « L'encadrement collectif de la gestion des compétences : un nouvel enjeu pour la négociation de branche ? », *Sociologie du travail*, vol. 41, n° 2, 1999, p. 129.

¹²⁵⁰ V. déjà en ce sens, A. LYON-CAEN, « Le droit et la gestion des compétences », *op. cit.*

¹²⁵¹ L'individualisation correspond à « *une évolution des normes juridiques contribuant à réhabiliter ou à promouvoir l'individu (au sens neutre) comme un être indépendant et singulier doté d'intérêts propres et d'un destin particulier* », P. ADAM, *L'individualisation du droit du travail. Essai sur la réhabilitation juridique du salarié-individu*, *op. cit.*, p. 51.

¹²⁵² V. sur les trois grands modèles d'évaluation, F. PALPACUER, C. VERCHER, N. TESSIER et I. BOURDON, « Sous l'épée de Damoclès : l'évaluation des cadres, entre performance individuelle et esprit d'équipe », *Management & Avenir*, vol. 35, n° 5, 2010, p. 15-32, spé. p. 21.

¹²⁵³ « *Une telle conception tend à remettre en cause la référence à l'emploi qui constitue le fondement traditionnel du caractère collectif des grilles de classification et ouvre la voie à une individualisation des parcours professionnels* », V. « Qualification, classification, compétences », A. BEVORT, A. JOBERT, M. LALLEMENT et A. MIAS, *Dictionnaire du travail*, *op. cit.*, p. 605 ; V. également, S. THOMAS, *La compétence du salarié*, Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, LGDJ, coll.« Thèses de l'IFR », 2018.

¹²⁵⁴ Pour certains, il y aurait un même droit de la compétence, J.-P. WILLEMS, « De la professionnalisation au droit de la compétence », *Dr. soc.*, 2004, p. 509.

¹²⁵⁵ P. ADAM, *L'individualisation du droit du travail*, *op. cit.*, p. 184-187.

¹²⁵⁶ « *Les promoteurs du modèle de la compétence l'ont présenté comme l'expression d'une conception moderne et flexible des modes d'organisation d'un travail devenu complexe et nécessairement adaptable au nom de la compétitivité* », M. BISIGNANO et S. ZARKA, « Approches sociologiques de la qualification : entre héritage et renouvellement », *Dr. soc.*, 2022, p. 485.

¹²⁵⁷ N. MAGGI-GERMAIN, « À propos de l'individualisation de la formation professionnelle continue », *Dr. soc.*, 1999, p. 692.

¹²⁵⁸ P.-E. BERTHIER, « Les qualités attendues du salarié, entre droit du travail et management », *op. cit.*, p. 103.

notions constituent des « *référénts évaluatifs* »¹²⁵⁹, autrement dit, des éléments sur lesquels l'employeur va pouvoir se fonder pour évaluer le salarié. Ces référents vont par ailleurs connaître une nouvelle évolution avec les outils numériques par la rationalisation de l'évaluation au travers de la mesure de la performance du salarié.

236. La recherche de la performance. L'essor de la compétence, comme critère d'évaluation, a favorisé la recherche et la mesure de la performance du salarié¹²⁶⁰. La performance désigne dans un premier sens le « *résultat obtenu dans une compétition* »¹²⁶¹. En droit du travail, la performance désigne « *l'atteinte d'un résultat attendu par l'employeur et rapporté à l'activité de l'entreprise* »¹²⁶². Appliqué au salarié, il y a un glissement « *de ce référent évaluatif de l'activité de l'entreprise à celle du salarié* »¹²⁶³. Le pouvoir dans l'évaluation s'exprime ainsi au-delà des directives données, mais surtout dans le choix des critères d'évaluation « *de ce qu'est un bon travail* »¹²⁶⁴. La performance du salarié est cependant inconnue au sein du Code du travail. Pour le législateur, la performance ne concerne que l'entreprise, notamment avec les dispositions relatives à l'intéressement¹²⁶⁵. Néanmoins, pour Monsieur Pierre-Emmanuel Berthier, la performance du salarié s'inscrirait en creux dans les contentieux relatifs à l'intéressement¹²⁶⁶. Il définit ainsi la performance du salarié comme « *l'atteinte d'un résultat attendu par l'employeur et rapporté à l'activité de l'entreprise* »¹²⁶⁷.

237. Ce contexte d'évolution du champ de l'évaluation a une incidence sur la mise en œuvre du pouvoir d'évaluation de l'employeur, désormais à l'ère numérique. La performance va alors être susceptible de mesure pour une objectivation de l'évaluation¹²⁶⁸. L'émergence d'outils numériques a permis l'essor de nouvelles formes d'évaluation qui ont tendu vers la mesure de la performance des salariés¹²⁶⁹. Une mesure qui a été rendue possible et favorisée par l'usage croissant des systèmes d'information.

¹²⁵⁹ V. sur ce point, P.-E. BERTHIER, *La récompense en droit du travail*, *op. cit.*, p. 188 et s.

¹²⁶⁰ *Ibid.*, p. 209 ; M. ROUSSEL, *L'évaluation professionnelle des salariés*, *op. cit.*, p. 273.

¹²⁶¹ V. « Performance », dans *Le Robert. Dico en ligne*, <https://dictionnaire.lerobert.com/definition/performance> [consulté le 22 août 2023].

¹²⁶² P.-E. BERTHIER, *La récompense en droit du travail*, *op. cit.*, p. 220.

¹²⁶³ P.-E. BERTHIER, « Les qualités attendues du salarié, entre droit du travail et management », *op. cit.*, p. 106.

¹²⁶⁴ F. EYMARD-DUVERNAY, « Pouvoir d'évaluation de la qualité du travail et décisions d'emploi », dans *Les nouvelles frontières du travail subordonné*, La Découverte, 2006, p. 72.

¹²⁶⁵ Art. L. 3312-1 et s. C. trav.

¹²⁶⁶ P.-E. BERTHIER, *La récompense en droit du travail*, *op. cit.*, p. 217-218.

¹²⁶⁷ *Ibid.*, p. 220.

¹²⁶⁸ « *La fièvre de l'évaluation exige une lucidité renforcée sur ce qu'elle apporte, ce qu'elle corrode, ce qu'elle détruit. Elle paraît favoriser une certaine réflexivité, mais, au service d'une idéologie de la performance, elle peut avoir l'effet contraire* », A. LYON-CAEN, « L'évaluation des salariés », *D.*, 2009, p. 1124.

¹²⁶⁹ V. notamment sur le *ranking*, *infra*, n° 250 et s.

2- La mesure numérique à l'appui de l'évaluation

238. Mesure et objectivité. L'évaluation numérique du salarié va se fonder sur des indicateurs chiffrés, tout particulièrement lors de la recherche de la performance du salarié, qui permet de répondre *a priori* aux exigences d'objectivité¹²⁷⁰. La jurisprudence a par ailleurs appuyé cette vision de l'évaluation. En ce sens, la Cour de cassation a pu juger que « *les résultats d'une [...] évaluation peuvent constituer une justification objective des décisions de l'employeur dès lors qu'elle est fondée sur des motifs étrangers à toute discrimination prohibée* ». Une décision de l'employeur refusant une augmentation a été ainsi jugée comme étant licite, car elle se fondait « *sur les résultats des évaluations annuelles des salariés qu'ils n'avaient pas contestés et [qui] étaient conformes aux règles d'administration du personnel préalablement fixée par l'employeur qui apportait ainsi la preuve de leur justification objective* »¹²⁷¹. Le travail du salarié est donc saisi par des indicateurs qui le décrivent et l'apprécient¹²⁷², souvent matérialisés par des objectifs à atteindre. Il s'agit ici d'un changement de paradigme où « *le pouvoir de l'employeur apparait moins dans la prescription de tâches que dans la définition des objectifs à atteindre* »¹²⁷³.

239. La non-réalisation d'objectifs¹²⁷⁴ peut fonder le licenciement pour cause réelle et sérieuse, en s'appuyant éventuellement sur l'insuffisance professionnelle du salarié¹²⁷⁵. Cependant, l'insuffisance professionnelle doit être distinguée de celle des résultats au regard des objectifs fixés qui ne constitue pas en soi une cause de rupture, ni privant le juge de son pouvoir d'appréciation de l'existence d'une cause réelle et sérieuse de licenciement¹²⁷⁶. La

¹²⁷⁰ V. sur l'exigence d'objectivité dans l'évaluation professionnelle, M. ROUSSEL, *L'évaluation professionnelle des salariés*, *op. cit.*, p. 318 et s.

¹²⁷¹ Cass. soc., 5 novembre 2009, n° 08-43.112, 08-43.242 et 08-43.304, *op. cit.* ; V. également dans le même sens, Cass. soc., 16 octobre 2013, n° 12-18.229, *op. cit.*

¹²⁷² M.-A. DUJARIER, « L'automatisation du jugement sur le travail. Mesurer n'est pas évaluer », *Cahiers internationaux de sociologie*, vol. 128-129, n° 1-2, 2010, p. 142.

¹²⁷³ B. PEREIRA, « Évaluation des salariés et mutation du contrat de travail », *op. cit.*, p. 101.

¹²⁷⁴ V. sur les objectifs, *infra*, n° 245 et s.

¹²⁷⁵ « *La cour d'appel qui a constaté que les objectifs acceptés par le salarié, qui disposait des moyens nécessaires à leur accomplissement, étaient réalisables et qu'il n'était pas établi que ce secteur d'activité connaissait des difficultés particulières de nature à expliquer les résultats limités de M. X..., a ainsi fait ressortir que la non-réalisation des objectifs étaient dus à l'insuffisance professionnelle du salarié* », Cass. soc., 2 décembre 2003, n° 01-44.192, *SSL n° 1149*, 2003, p. 14.

¹²⁷⁶ Absence de cause réelle et sérieuse pour le licenciement d'un directeur de supermarché dont les objectifs étaient difficiles à atteindre compte tenu des conditions d'exploitation du magasin et de la faible marge de manœuvre dont il disposait. Cass. soc., 3 février 1999, n° 97-40.606, *D. 1999. IR 68* ; *JCP 1999. II. 10132, obs. Serret* ; *RJS 1999. 213, n° 351* ; Cass. soc., 3 novembre 2004, n° 02-46.077 ; P. LOKIEC, « Le licenciement pour insuffisance professionnelle », *Dr. soc.*, 2014, p. 38.

non-réalisation des objectifs devrait rester un simple indice, au risque de faire basculer l'économie du contrat de travail¹²⁷⁷ vers un transfert partiel des risques sur le salarié¹²⁷⁸. Il y a une responsabilisation du salarié, accrue par les nouvelles formes de travail à distance¹²⁷⁹. De plus, au regard de la législation¹²⁸⁰ et de la jurisprudence, les critères quantitatifs, au service d'une évaluation mesurée, semblent bénéficier « *d'une qualité inhérente d'objectivité pourtant discutable* »¹²⁸¹. Celle-ci doit être contrôlée tant sur la fiabilité de son calcul que sur sa pertinence par rapport à ce qui est cherché à être démontré. La mise en œuvre de la mesure de la performance correspond ainsi à une évaluation scientifique du travail et de la performance du salarié, qui traduit la volonté de rationaliser l'évaluation par le numérique¹²⁸².

240. Mesure et pertinence. Les critères de l'évaluation doivent également répondre à une exigence de pertinence au regard de l'objectif poursuivi¹²⁸³. Dans le cadre de la justification de l'évaluation, la quantification seule ne suffit donc pas, il faut qu'elle soit pertinente. Autrement dit, quelle que soit la méthode choisie, elle doit avoir pour finalité l'évaluation « *des aptitudes du salarié* »¹²⁸⁴. Ont ainsi pu être considérés comme illicites des critères d'évaluation fondés sur le comportement du salarié, détachés de toute effectivité du travail accompli¹²⁸⁵. Le principe de pertinence impose d'adapter l'évaluation à l'activité du salarié. Dans une démarche de quantification, cela implique de collecter uniquement les données qui présentent un lien avec les aptitudes professionnelles¹²⁸⁶. En outre, l'évaluation par la mesure numérique va engendrer la collecte de données personnelles¹²⁸⁷ qui intéresse le droit de la protection des données, dans le cadre de la direction du personnel.

¹²⁷⁷ S. BRISSY, « L'insuffisance des résultats du salarié au regard de la cause réelle et sérieuse de licenciement », *D.*, 2006, p. 685.

¹²⁷⁸ P. WAQUET, « Les objectifs », *Dr. soc.*, 2001, p. 120.

¹²⁷⁹ V. *infra*, n° 362 et s. ; « *Le discours de responsabilisation des salariés se traduit par une injonction de résultats plutôt que par la mise à disposition de moyens avec une menace de sanctions disciplinaires puisque le lien de subordination subsiste* », B. PEREIRA, « Évaluation des salariés et mutation du contrat de travail », *Revue Interdisciplinaire Management, Homme & Entreprise*, vol. 12, n° 50, 2023, p. 101.

¹²⁸⁰ V. *supra*, n° 102.

¹²⁸¹ V. sur la présomption d'objectivité numérique, *supra*, n° 124 ; M. ROUSSEL, *L'évaluation professionnelle des salariés*, *op. cit.*, p. 334.

¹²⁸² F. PALPACUER, C. VERCHER, N. TESSIER et I. BOURDON, « Sous l'épée de Damoclès : l'évaluation des cadres, entre performance individuelle et esprit d'équipe », *op. cit.*, p. 17.

¹²⁸³ Art. L. 1222-2 et L. 1222-3 C. trav.

¹²⁸⁴ « *De savants travaux d'histoire de la statistique ont montré depuis longtemps que toute quantification reposait sur des opérations préalables de qualification, qui ne doivent pas échapper à une critique rationnelle* », A. SUPIOT, *La justice au travail. Quelques leçons de l'histoire*, Seuil, 2022, p. 28.

¹²⁸⁵ TGI Nanterre, 5 septembre 2008, n° 08/05737, *D.* 2008. 1124, note Lyon-Caen.

¹²⁸⁶ Art. L. 1222-2 C. trav.

¹²⁸⁷ Art. 4, RGPD.

241. Au titre de la protection des données personnelles, certaines données collectées par l'employeur ont pu être jugées comme n'étant pas nécessaires pour atteindre les objectifs visés, conformément au principe de minimisation des données, répondant ainsi à l'injonction de pertinence de la collecte¹²⁸⁸. La RATP a ainsi été condamnée après qu'il a été constaté que plusieurs centres de bus intégraient le nombre de jours de grève des agents dans des fichiers d'évaluation qui servaient de fondement aux choix de promotion¹²⁸⁹. La CNIL a retenu que le nombre de jours d'absence au cours de l'année évaluée, qui intégraient des données relatives aux motifs, dont le nombre de jours de grève, « *n'était pas nécessaire pour atteindre les objectifs visés dans le cadre de la préparation des commissions de classement. En particulier, l'indication du nombre total de jours d'absence suffisait, sans qu'il soit nécessaire de rentrer le détail en distinguant les jours liés à l'exercice du droit de grève* ». La quantification doit ainsi concerner uniquement les données pertinentes à l'évaluation du salarié, les absences devant ainsi être différenciées.

242. Mesure et compétence. Cependant, l'évolution de l'évaluation par la compétence, jumelée à une recherche de mesure à l'aide des outils numériques, peut donner lieu à une évaluation mesurée des qualités personnelles, ou du comportement du salarié. Cette double tendance interroge tant sur les critères d'évaluation des qualités personnelles du salarié, que sur leur pertinence. Autrement dit, peut-on mesurer l'enthousiasme d'un salarié ? Et est-ce que cela présente un réel lien avec les aptitudes professionnelles ? Nous passons ainsi du « *savoir-faire* » au « *savoir-être* ». Mais l'association du comportement à la notion de compétence est porteuse de nombreuses conséquences¹²⁹⁰. Là où le « *savoir-faire* » correspond à la faculté d'un salarié d'« *exécut[er] la tâche dans des conditions optimales* »¹²⁹¹, le « *savoir-être* », lui, correspond à « *un ensemble de caractéristiques individuelles (qualités morales, traits de caractère, aptitudes, comportements) requises pour l'exercice d'une activité professionnelle ou décelée chez un individu* »¹²⁹². Bien que plébiscité par la gestion des ressources humaines, le droit exige

¹²⁸⁸ Art. 5, RGPD.

¹²⁸⁹ Délib. CNIL, n° 2021-019 du 29 octobre 2021 ; « La RATP condamnée à 400 000 euros d'amende par la CNIL », SSL, n° 1975, 2021, p. 3.

¹²⁹⁰ T. HELLER, « L'évaluation des comportements des travailleurs. Quel rôle politique ? », *Les Cahiers Dynamiques*, vol. 62, n° 4, 2014, p. 39.

¹²⁹¹ « *Le savoir-faire constitue alors un élément essentiel de sa performance globale sans qu'elle puisse être aujourd'hui mesurable sur une échelle collective* », C. NOSAL, « *Savoir-faire* », dans *Les nouveaux mots du pouvoir. Abécédaire critique*, Aden, 2007, p. 393.

¹²⁹² L'auteur ajoute que « *le savoir-être, dans ses applications managériales et gestionnaires, participe d'une évolution du gouvernement des salariés [...] qui substitue à l'obéissance l'implication et la motivation, à partir d'une articulation de la norme d'utilité au souci de soi* », T. HELLER, « *Savoir-être* », dans *Les nouveaux mots du pouvoir. Abécédaire critique*, Aden, 2007, p. 389-390.

des critères d'évaluation qui correspondent à ce que l'on est « *en droit d'attendre du salarié* »¹²⁹³. Une fois encore, l'objectivité et la pertinence d'une telle prise en compte doivent être questionnées.

243. Il a par exemple été jugé par la Cour de cassation le refus d'un salarié d'effectuer des déplacements nécessitant un hébergement extérieur comme constituant une cause objective et pertinente justifiant le refus de l'employeur d'accorder à un salarié une augmentation¹²⁹⁴. Dès lors que le salarié n'opposait pas de justification valable pour étayer son refus, et que le déplacement était nécessaire au « *bon déroulement de la mission* », ce comportement a été considéré comme une cause valable d'une différence de traitement. En revanche, il a été établi que ne constituaient pas des éléments objectifs susceptibles de justifier une différence de traitement, les reproches formulés à un salarié, sur ses difficultés à travailler en équipe et sur sa susceptibilité excessive à l'égard de sa hiérarchie. La Cour de cassation a conditionné son absence de prise en compte, car ces reproches intervenaient en dehors du processus d'évaluation existant au sein de l'entreprise et peu de temps avant la saisine par le salarié de la juridiction prud'homale¹²⁹⁵. Pour considérer le comportement comme pouvant être attendu par le salarié, il convient donc d'établir un lien suffisant, souvent direct, avec la bonne réalisation de sa prestation de travail. Cependant, il est aisé de comprendre que certains comportements, comme la communication ou des qualités relationnelles, pouvant présenter *a priori* un lien indirect avec le travail, recouvrent toute leur importance dans des fonctions d'encadrement¹²⁹⁶. Néanmoins, la prise en compte croissante du comportement du salarié, jumelée à sa mesure, doit appeler à la plus grande vigilance face aux dérives possibles d'une prescription des comportements.

244. La mesure au service de l'évaluation peut ainsi fonder des différences de traitement. Celles-ci sont autorisées, à condition qu'elle repose sur un critère objectif tenant notamment à la différence du travail fourni¹²⁹⁷ et que ce critère soit pertinent dans l'évaluation du salarié.

¹²⁹³ M. ROUSSEL, *L'évaluation professionnelle des salariés*, op. cit., p. 281.

¹²⁹⁴ Cass. soc., 15 septembre 2010, n° 08-45.058 et n° 08-45.094.

¹²⁹⁵ Cass. soc., 20 février 2008, n° 06-40.085, *Dr. soc.* 2008. 530, note Radé ; *Dr. ouvrier* 2008. 519, note Poirier.

¹²⁹⁶ « *S'il est vrai que la sphère personnelle du salarié n'a pas à être prise en compte dans la notation des salariés, il n'apparaît pas que les objectifs dits comportementaux, dans l'évaluation dont s'agit, relèvent de cette catégorie. En effet, demander à un cadre de mieux communiquer avec son équipe est bien un critère comportemental mais qui a trait à l'exercice de sa fonction. Ce sont les qualités et les défauts du salarié qui sont examinés dans la perspective d'un meilleur exercice du travail : initiative, décision, créativité, planification, organisation, orientation vers le résultat, animation d'équipe, esprit d'équipe, relationnel et communication* », TGI Nanterre, 20 novembre 2009, n° 09/09717 ; F. CHAMPEAUX, « L'évaluation des salariés en débat », *SSL*, n° 1471, 2010, p. 82-85.

¹²⁹⁷ Cass. soc., 26 novembre 2002, n° 00-41.633, *Dr. soc.* 2003. 237, obs. Radé ; *RJS* 2003. 128, n° 178 ; *JSL* 2003, n° 114-5 et 115-5.

Ces deux conditions sont essentielles, surtout dans un contexte de recherche de l'automatisation de l'évaluation.

3- La recherche d'optimisation de l'évaluation par l'automatisation

245. Le suivi de l'évaluation par le SIRH. Pour rationaliser l'évaluation des salariés, l'innovation technique avec l'automatisation constitue un outil privilégié en ce sens. Tout d'abord, les outils numériques comme le SIRH permettent d'assurer un suivi précis des campagnes d'évaluation ou des entretiens obligatoires¹²⁹⁸. Ils permettent d'automatiser les délais, de construire, d'envoyer et de conserver des trames d'entretien (évaluation, professionnel, suivi du forfait). Ce suivi de l'évaluation par le SIRH s'accompagne du basculement d'un modèle de la qualification à celui de la compétence. L'évaluation n'est plus axée sur les qualités de l'emploi, mais sur celles du salarié¹²⁹⁹. Autrement dit, nous sommes face à « *une hiérarchisation de l'emploi en fonction des qualités individuelles nécessaires pour l'occuper* »¹³⁰⁰. Il convient, en effet, de préciser qu'il y a un mouvement de basculement d'un « *droit d'évaluer le travail du salarié* »¹³⁰¹ à celui « *d'évaluer ses salariés* »¹³⁰².

246. L'optimisation de l'évaluation des salariés. Fort de cette tendance, pour évaluer, il convient d'établir des critères de ce que l'employeur est en droit d'attendre du salarié¹³⁰³. L'évaluation suppose une attente et donc une finalité. L'outil peut servir à mesurer les qualités attendues, mais pour autant l'employeur doit rester malgré tout le « *seul juge* » dans « *l'appréciation de son intérêt [ou] des qualités qu'il estimait pouvoir attendre de ses*

¹²⁹⁸ Entretien professionnel, art. L. 6315-1 C. trav ; bilan de compétences, art. L. 6313-4 C. trav ; entretien de suivi du forfait, art. L. 3121-65 C. trav.

¹²⁹⁹ Ph. ZARIFIAN, L'émergence du modèle de la compétence, dans F. STANKIEWICZ (dir.), *Les stratégies d'entreprise face aux ressources humaines*, Economica, p. 77.

¹³⁰⁰ P.-E. BERTHIER, *La récompense en droit du travail*, op. cit., p. 202.

¹³⁰¹ Cass. soc., 10 juillet 2002, n° 00-42.368, *RJS* 10/02, n° 1066, p. 811 ; *Dr. ouvrier* 2002, p. 535, obs. V. Wauquier, op. cit.

¹³⁰² Cass. soc., 5 novembre 2009, n° 08-43.112, 08-43.242 et 08-43.304 ; Cass. soc., 16 octobre 2013, n° 12-18.229 ; Une expression « *sans doute malheureuse* » selon l'auteur, M. ROUSSEL, *L'évaluation professionnelle des salariés*, op. cit., p. 280.

¹³⁰³ M. ROUSSEL, *L'évaluation professionnelle des salariés*, op. cit., p. 281.

collaborateurs »¹³⁰⁴. Face à une exigence d'objectivité de l'évaluation¹³⁰⁵, les indicateurs vont être le fondement et la justification d'une éventuelle prise de décision¹³⁰⁶. Des critères quantitatifs et mesurables semblent, comme nous l'avons vu plus haut, répondre parfaitement aux exigences de vérifiabilité¹³⁰⁷. Mais il s'agit de savoir si mesurer est synonyme d'évaluer ?¹³⁰⁸ Certainement pas et c'est bien là la limite de la rationalisation numérique de l'évaluation à laquelle participe l'algorithme, au travers de l'outil SIRH, par sa systématisation de l'application des critères. L'automatisation cherche à optimiser¹³⁰⁹ l'évaluation par une réduction du temps passé et l'utilisation d'indicateurs objectifs censés répondre à la mesure recherchée, pour une finalité prédéterminée.

247. La possible automatisation de l'évaluation. Malgré cela, il paraît cependant nécessaire que l'automatisation ne conduise pas à supprimer toute intervention de l'Homme. Elle ne doit également pas se réduire à une intervention uniquement portée sur la conception et la coordination. Plus généralement, une objectivité absolue garantie par l'algorithme se révèle être une chimère. Comme le remarque le rapport de la CNIL relatif aux enjeux éthiques des algorithmes et de l'intelligence artificielle, « *tout algorithme est (...) en un sens, biaisé, dans la mesure où il est toujours le reflet – à travers son paramétrage et ses critères de fonctionnement, ou à travers les données d'apprentissage qui lui ont été fournies – d'un système de valeurs et de choix de société* »¹³¹⁰. Certes, le recours aux outils numériques peut être une aide à la décision et au pouvoir d'évaluation de l'employeur, mais le pouvoir doit néanmoins rester aux mains de l'employeur et non être exercé par un système informatique, car il emporte avec lui des conséquences juridiques, voire sociétales¹³¹¹.

248. Vers la notation par étoiles ? Dans ce contexte, le risque est que les nouvelles pratiques des plateformes numériques de travail se généralisent et s'appliquent également pour les

¹³⁰⁴ Cass. soc., 21 octobre 1964, *Bull. civ. IV*, n° 687. Même si cette expression a été abandonnée depuis par la jurisprudence.

¹³⁰⁵ M. ROUSSEL, *L'évaluation professionnelle des salariés*, *op. cit.*, p. 322.

¹³⁰⁶ V. également sur la rationalisation de la décision de l'employeur, *supra*, n° 122.

¹³⁰⁷ M. ROUSSEL, *L'évaluation professionnelle des salariés*, *op. cit.*, p. 323.

¹³⁰⁸ « *Les méthodes d'évaluation cherchent à prescrire, à mesurer et à sanctionner le travail. Elles le font en recourant à des théories simplistes et fictives sur le travail, réduit à sa simple dimension instrumentale, ce que l'expression de « ressource humaine » vient consacrer sur le plan sémantique* », M.-A. DUJARIER, « L'automatisation du jugement sur le travail. Mesurer n'est pas évaluer », *Cahiers internationaux de sociologie*, vol. 128-129, n° 1-2, 2010, p. 143.

¹³⁰⁹ Nous pourrions également expliquer la généralisation de ce type de dispositif d'évaluation par un « *raisonnement utilitariste ou fonctionnaliste* », *Ibid.*, p. 148.

¹³¹⁰ CNIL, *Comment permettre à l'Homme de garder la main ? Les enjeux éthiques des algorithmes et de l'intelligence artificielle*, *op. cit.*, p. 37.

¹³¹¹ V. en ce sens, S. MERABET, *Vers un droit de l'intelligence artificielle*, *op. cit.*, p. 188.

travailleurs salariés¹³¹². Un tel recours à la notation présenterait une certaine régression, car elle aurait pour effet de restreindre l'évaluation des salariés à de simples critères quantitatifs mesurables, qui ne tiennent pas nécessairement compte des subtilités inhérentes à tout travail humain. À cet égard, l'exemple des fonctionnaires du service public, qui ont longtemps critiqué le système de notation¹³¹³ pour aller vers celui de l'évaluation, montre les écueils d'une telle direction. L'élaboration des indicateurs de performance qui nécessitent des chiffres pour être calculables, par la notation des clients, s'avère cependant être, dans la pratique de certaines entreprises, un fondement objectif et valable de calcul de la performance de leurs salariés. Dans ce mouvement, il a été développé des méthodes de classification comme le *ranking*.

B- L'évaluation par comparaison : le « ranking »

249. L'évaluation par comparaison, dénommée *ranking*¹³¹⁴, est une méthode d'évaluation basée sur le classement des salariés en divers groupes selon leurs résultats aux évaluations, qui peut être en fonction de leur motivation ou de leur rendement. Le terme « *rank* » a une origine militaire et signifie « *mettre en rang* »¹³¹⁵. Cette pratique désigne une « *performance individuelle appréciée par comparaison avec celle des autres salariés exerçant une fonction comparable avec classement dans des groupes* »¹³¹⁶. En d'autres termes, cette forme d'évaluation est fondée sur une mesure chiffrée de paramètres qui conduira à un classement des salariés dans différents groupes dont il conviendra de définir les différents seuils de répartition. Il s'agit d'une méthode qui a largement été facilitée par l'usage des SIRH¹³¹⁷. Le salarié est ainsi noté, par un chiffre ou une lettre, pour ensuite être séparé par groupes¹³¹⁸. L'évaluation par comparaison s'est ainsi développée comme une technique d'évaluation des salariés et a été

¹³¹² V. *infra*, n° 722 et s.

¹³¹³ Dans la fonction publique, l'entretien professionnel annuel a remplacé la notation, d'abord pour les agents de l'État, en 2012, puis, 3 ans plus tard, pour ceux de la fonction publique territoriale et de l'hospitalière. Dans cette dernière, seul le personnel de direction est encore noté. V. Article 17 du statut général des fonctionnaires, précisé par ceux de la fonction publique de l'État (article 55), de la territoriale (article 76) et de l'hospitalière (article 65). V. à ce sujet, M. ROUSSEL, *L'évaluation professionnelle des salariés*, *op. cit.*, p. 41 et s.

¹³¹⁴ V. « Évaluation », A. BEVORT, A. JOBERT, M. LALLEMENT et A. MIAS, *Dictionnaire du travail*, *op. cit.*, p. 309 ; V. pour une réflexion plus générale sur la société du *ranking* et l'évaluation externe, N. BERLAND, *Le contrôle de gestion*, 2^e éd., PUF, coll. « Que sais-je ? », 2020, p. 97-103.

¹³¹⁵ F. CHAMPEAUX, « L'évaluation des salariés en débat », *op. cit.*, p. 84.

¹³¹⁶ B. ALDIGE, « Licéité du dispositif d'évaluation professionnelle reposant sur des recommandations de quotas indicatifs », *JCP S*, n° 15, 2013, 1160.

¹³¹⁷ V. *supra*, n° 161 et s.

¹³¹⁸ V. par exemple le logiciel d'évaluation *Zonar* utilisé chez *Zalando*, N. MAGGI-GERMAIN, « Le travail à l'ère des techniques numériques », *op. cit.*, p. 50-51.

saisie par la jurisprudence (1) qui en a fixé les limites (2). Cependant, l'influence qu'a le recours à des quotas incitatifs peut être sous-estimée dans le cadre de l'évaluation des salariés (3).

1- Le développement de l'évaluation par comparaison

250. L'admission du *ranking* par la jurisprudence. La méthode du *ranking* a été admise par la jurisprudence lors de l'affaire *Hewlett Packard*¹³¹⁹. À cette occasion, les juges ont indiqué que « le dispositif critiqué par les syndicats demandeurs s'inscrit non dans une logique disciplinaire, mais dans une optique d'adaptation permanente du personnel aux exigences de l'entreprise par de la formation ». Elle a ainsi conclu que le *ranking* était « un système licite des augmentations salariales ». Ce raisonnement a été confirmé par la Cour de cassation¹³²⁰, qui a été attachée à vérifier notamment la nature du quota, qui ne devait pas être préétabli. Cette admission n'a pas manqué de susciter de vives réactions de la part de la doctrine, certains auteurs, fustigeant la potentielle nocivité d'un tel système¹³²¹. Un auteur reproche notamment à ce système de ne pas viser l'épanouissement des salariés, mais d'identifier les salariés performants de ceux qui ne le sont pas¹³²². Les salariés « *contributifs* »¹³²³ seront ainsi récompensés, pendant que ceux qui ne le sont pas assez seront, le cas échéant, accompagnés. Cependant, leur identification pourrait également préconstituer un motif de licenciement, selon un dispositif appelé « *law performance management* »¹³²⁴. Cette tendance n'a eu de cesse de se diffuser au sein des entreprises, jusqu'à en devenir une méthode commune d'évaluation dans les grands groupes.

251. Le fonctionnement de l'évaluation par comparaison. L'élaboration de cette évaluation par comparaison consiste en deux étapes. Tout d'abord, il existe une première étape

¹³¹⁹ CA Grenoble, 13 novembre 2002, n° 02/02794, *Dr. soc.* 2003. 988, note Colonna ; *JCP E* 2002. 1042, note Morvan ; *SSL* 2002, n° 1100, p. 7, note Waquet.

¹³²⁰ Cass. soc., 27 mars 2013, n° 11-26.539, *D.* 2013. Actu. 926 ; *JSL* 2013, n° 343-5, obs. Tourreil ; *LPA* 2014, n° 115, p. 6 note Stivala ; *JCP S* 2013. 1318, p. 14, note Meimoun Hayat.

¹³²¹ V. pour une vision critique, A. CHIREZ, « Notation et évaluation des salariés », *Dr. ouvr.*, 2003, p. 309-318 ; V. également, sans le condamner, l'auteur appelle à une grande vigilance, P. WAQUET, « Questions sur le « ranking » », *SSL*, n° 1100, 2002, p. 7.

¹³²² A. CHIREZ, « Notation et évaluation des salariés », *op. cit.*, p. 313.

¹³²³ « *Le cadre contributif est celui qui, animé d'une intention contributive qu'il cultive et entretient, sait repérer et choisir, parmi toutes les opportunités d'action, celles qui répondent le mieux à la stratégie de l'organisation* », J.-P. GAUTHIER, J.-B. LEYRAT et S. SAVEL, « La contributivité. Une nouvelle façon d'aborder l'efficacité des cadres », *Les Cahiers du DRH*, n° 54, 2002.

¹³²⁴ S. NIEL, « La gestion « offensive » des faibles contributeurs », *Les Cahiers du DRH*, n° 68-69, 2002, p. 10.

d'évaluation ou de notation¹³²⁵. L'ensemble des critères vont permettre l'affectation d'une note qui se matérialise par un chiffre ou une lettre¹³²⁶. En fonction de la note obtenue, les salariés sont classés dans différents groupes. Le choix des critères sélectionnés et des seuils d'appartenance à un groupe fonde alors la différence de traitement entre les salariés. En ce sens, il convient que l'employeur respecte l'ensemble des dispositions relatives à l'information-consultation du CSE¹³²⁷, à l'information préalable du salarié¹³²⁸, ainsi qu'aux exigences de contenu relatives aux critères d'évaluation¹³²⁹.

252. La seconde étape consiste, elle, en un classement et une répartition des salariés, en fonction de leur note, en différents groupes. Le but ici n'est donc pas la personnalisation de l'évaluation, mais celle de l'évaluation de la performance en vue de déterminer des augmentations de salaire ou la formation de certains salariés¹³³⁰. À l'issue de leur répartition, ils seront alors considérés comme étant dans des situations différentes, en fonction de leur classement dans les différents groupes. Les différents groupes sont censés mettre en lumière la performance ou les salariés ayant des besoins particuliers (de formation, de suivi, etc.). C'est le classement des salariés en différents groupes qui caractérise toute l'originalité du *ranking* et « *son caractère étrange* »¹³³¹. Cette méthode d'évaluation connaît néanmoins un certain contrôle des juges ainsi que des limites quant à son recours.

2- Les limites du recours à l'évaluation par comparaison

253. Le contrôle de la qualité de la méthode. C'est lors de la seconde étape du *ranking*, qu'il peut y avoir des interrogations quant à la légalité de son recours¹³³², d'autant plus que l'orientation des critères mène vers un quota de salariés. Il ressort ainsi des différentes

¹³²⁵ Les critères d'évaluation choisis doivent répondre aux exigences d'objectivité et de pertinence. « *La pertinence suppose en effet une adéquation à la finalité assignée à l'évaluation. La question ainsi posée est donc celle de l'adéquation de la méthode du ranking à l'appréciation des aptitudes professionnelles* », M. ROUSSEL, *L'évaluation professionnelle des salariés*, *op. cit.*, p. 380.

¹³²⁶ P. WAQUET, « Questions sur le « ranking » », *op. cit.*

¹³²⁷ Art. L. 2312-37 C. trav.

¹³²⁸ Art. L. 1222-3 C. trav.

¹³²⁹ Art. L. 1222-2 C. trav.

¹³³⁰ B. ALDIGE, « Licéité du dispositif d'évaluation professionnelle reposant sur des recommandations de quotas indicatifs », *op. cit.*

¹³³¹ P. WAQUET, « Questions sur le « ranking » », *op. cit.*

¹³³² *Ibid.*

décisions¹³³³ sur le sujet que la première limite qui s'oppose à ce type de système est de pouvoir justifier, pour l'employeur, du sérieux de la méthode employée. Autrement dit, il devra démontrer la pertinence du système qui doit reposer sur des critères d'évaluation précis, objectifs et pertinents au regard de l'objectif poursuivi¹³³⁴. Le contrôle portera sur les critères choisis ainsi que les seuils de répartition dans les différents groupes, au regard de la finalité fixée par l'employeur.

254. L'exclusion d'un usage à des fins disciplinaires. Ce mode d'évaluation ne pourra pas avoir des fins disciplinaires, c'est-à-dire que l'objet de l'évaluation doit rester celui de l'appréciation des aptitudes professionnelles et non de sanctionner les salariés qui n'obtiendraient pas le classement escompté¹³³⁵. En revanche, l'absence de récompense à l'issue du classement ne peut être assimilée à une sanction¹³³⁶. Le *ranking* peut ainsi donner lieu à des augmentations salariales, de manière tout à fait licite, à partir du moment où il ne donne lieu à aucune action disciplinaire¹³³⁷.

255. La question du licenciement fondé sur le *ranking*. En principe, le *ranking* ne peut également pas fonder le choix des salariés visés par un licenciement économique¹³³⁸. Néanmoins, ce système a pu être qualifié « *d'antichambre du licenciement* »¹³³⁹, car une sélection des salariés peut être opérée en amont par ce système de classement. Ce qui aurait pour effet d'influencer l'ordre de départ des salariés lors d'un licenciement économique¹³⁴⁰. De

¹³³³ CA Grenoble, 13 novembre 2002, n° 02/02794, *Dr. soc.* 2003. 988, note Colonna ; *JCP E* 2002. 1042, note Morvan ; *SSL* 2002, n° 1100, p. 7, note Waquet, *op. cit.* ; CA Versailles, 8 septembre 2011, n° 10/00567, *JSL* 27 oct. 2011, n° 308, p. 11, obs. M. Hautefort ; *RHS* 2011, n° 853 ; Cass. soc., 27 mars 2013, n° 11-26.539, *D.* 2013. Actu. 926 ; *JSL* 2013, n° 343-5, obs. Tourreil ; *LPA* 2014, n° 115, p. 6 note Stivala ; *JCP S* 2013. 1318, p. 14, note Meimoun Hayat, *op. cit.*

¹³³⁴ S. THOMAS, *La compétence du salarié*, *op. cit.*, p. 235.

¹³³⁵ *Ibid.*

¹³³⁶ « *Le seul fait d'accorder une augmentation de salaire à certains salariés en fonction de leurs qualités professionnelles ne constitue pas à l'égard des autres une sanction disciplinaire* », Cass. soc., 29 mai 1990, n° 87-40.512, n° 87-40.522 et n° 87-40.525, *D.* 1990. IR 167 ; *RJS* 1990. 398, n° 575 ; Cass. soc., 23 octobre 1991, n° 88-41.223, *Dr. soc.* 1991. 955.

¹³³⁷ V. également, P.-E. BERTHIER, *La récompense en droit du travail*, *op. cit.*, p. 48.

¹³³⁸ Il appartient à l'employeur, tenu de prendre en considération l'ensemble des critères qu'il a retenu pour fixer l'ordre des licenciements, de communiquer au juge, en cas de contestation, les éléments objectifs sur lesquels il s'est appuyé, pour arrêter son choix. Cass. soc., 24 février 1993, n° 91-45.859, *Dr. soc.* 1993. 387 ; *RJS* 1993. 233, n° 384.

¹³³⁹ P. MORVAN, « Notation des salariés : polémique autour du "ranking" », *JCP E*, n° 27, 2002, 1042.

¹³⁴⁰ Sachant que l'employeur a la possibilité de privilégier le critère tiré de la valeur professionnelle des salariés à condition de tenir compte de l'ensemble des autres critères. Cass. soc., 13 juin 1990, n° 87-44.401 ; V. également en ce sens, Cass. soc., 20 janvier 1993, n° 91.42.032, *CSB* 1993. 283, obs. Philbert ; *Dr. soc.* 1993. 303 ; *RJS* 1993. 162, n° 261 ; Cass. soc., 14 janvier 1997, n° 95-44.366, *GADT*, 4e éd., n° 113 ; *D.* 1998. Somm. 253, note A. Lyon-Caen ; *Gaz. Pal.* 1997. 1. 71, note Philbert ; *Dr. soc.* 1997. 159, concl. P. Lyon-Caen, note Savatier ; *RJS* 1997. 92, n° 131 ; *CSB* 1997. 79, A. 18 ; Cass. soc., 2 mars 2004, n° 01-44.084, *D.* 2004. IR 850 ; *RJS* 2004. 363, n° 528.

même, concernant l'insuffisance professionnelle¹³⁴¹, le classement par *ranking*, sous couvert de déterminer les besoins en formation des salariés¹³⁴², présente le risque de préparer la mise en exergue des carences professionnelles des salariés les moins bien classés¹³⁴³.

256. L'interdiction de quota impératif. En tant que telle, la pratique du *ranking* consistant à classer les salariés en fonction de leur performance n'est pas considérée comme étant illicite. Elle le devient en revanche lorsque l'employeur impose aux évaluateurs des quotas impératifs en les obligeant à affecter un pourcentage précis de salariés à tel ou tel niveau de performance¹³⁴⁴. Dans ce cas, il sera parlé de *ranking* forcé¹³⁴⁵, qui, outre d'établir des catégories, repose sur des quotas, autrement dit, un nombre de salariés préétabli doit être affecté dans les différentes catégories. Dans un tel système, les salariés ne sont plus évalués en fonction de leurs compétences et performances individuelles, mais selon des objectifs fixés par avance¹³⁴⁶. Ce qui peut être considéré comme étant tout à fait arbitraire¹³⁴⁷. Le résultat de l'évaluation va être modifié pour répondre au nombre prédéterminé qu'il a été fixé d'atteindre par catégorie, sans d'autre justification que celle du quota. Il n'est donc pas possible de, par exemple, prédéterminer un nombre de formations à réaliser, en forçant les catégories pour que le nombre de salariés identifiés pour participer aux formations corresponde exactement au nombre de places. Le quota ne peut donc pas être impératif, il peut, en revanche, être incitatif.

¹³⁴¹ L'incompétence alléguée doit reposer sur des éléments concrets et ne peut être fondée sur une appréciation purement subjective de l'employeur. Cass. soc., 9 mai 2000, n° 97-45.163 ; Cass. soc., 25 janvier 2006, n° 04-40.310 ; Le passage de l'erreur à la faute suppose de démontrer que les manquements du salarié procèdent en réalité « d'une abstention volontaire ou d'une mauvaise volonté délibérée ». Cass. soc., 23 juin 2010, n° 09-40.073 ; Cass. soc., 20 janvier 2016, n° 14-21.744 ; V. également à ce sujet, A. FABRE, « Contrat de travail à durée indéterminée : rupture », dans *Répertoire de droit du travail*, Dalloz, 2020, n° 49.

¹³⁴² L'employeur ayant une obligation d'adapter les salariés à l'évolution de leur emploi, selon les dispositions de l'art. L. 6321-1 C. trav. V. par exemple, un licenciement fondé sur l'incapacité d'un salarié à diriger un service, en l'absence de l'organisation de formation nécessaire, a été jugé sans cause réelle et sérieuse, Cass. soc., 12 mars 1992, n° 90-46.029.

¹³⁴³ L'auteur évoque même une « *institutionnalisation suspecte de l'insuffisance professionnelle* », P. WAQUET, « Questions sur le « ranking » », *op. cit.*

¹³⁴⁴ « *La mise en œuvre d'un mode d'évaluation reposant sur la création de groupes affectés de quotas préétablis que les évaluateurs sont tenus de respecter est illicite* », Cass. soc., 27 mars 2013, n° 11-26.539, *D. 2013. Actu. 926* ; *JSL 2013*, n° 343-5, *obs. Tourreil* ; *LPA 2014*, n° 115, p. 6 *note Stivala* ; *JCP S 2013. 1318*, p. 14, *note Meimoun Hayat*.

¹³⁴⁵ M. MOUSLI, « Le "forced ranking", un système pervers », *Alternatives économiques*, n° 299, 2011, p. 70.

¹³⁴⁶ J.-E. TOURREIL, « La pratique du « ranking » par quotas impératifs est illicite », *JSL*, n° 343, 2013, p. 17-18.

¹³⁴⁷ P. WAQUET, « Questions sur le « ranking » », *op. cit.*

3- L'expression d'une évaluation par quota incitatif

257. Le recours au quota incitatif. S'il vient d'être démontré qu'un quota ne peut être impératif, il peut néanmoins être incitatif. Dès lors, la question peut se poser si le quota n'est pas imposé, mais recommandé, alors la frontière devient fine pour savoir si l'évaluation tient compte de critères étrangers à l'aptitude des salariés¹³⁴⁸. À cet égard, il a par exemple été jugé¹³⁴⁹ que ne constituait pas un système de *ranking* illicite, l'introduction de « *fourchettes de pourcentage* », qui n'ont pas nécessairement été suivies lors des évaluations¹³⁵⁰. Dans ces décisions, la Cour de cassation sous-estime l'influence que peut avoir l'incitation, par l'élaboration de pourcentage, dans l'évaluation¹³⁵¹. En d'autres termes, si le pourcentage ne contraint pas en soi, il peut perturber la bonne réalisation de l'évaluation, par l'influence que peut exercer la volonté de correspondre aux pourcentages. Cependant, en l'état de la jurisprudence, le caractère incitatif du quota n'est pas pris en compte, seul compte le caractère contraignant pour caractériser la licéité du système¹³⁵².

258. Un enjeu stratégique pour l'entreprise. L'évaluation des compétences du salarié, et l'injection de ces données dans le SIRH permettent d'alimenter la stratégie de l'entreprise. Conjugué aux besoins identifiés de l'entreprise, le salarié est également perçu comme un potentiel pour une éventuelle évolution correspondant aux nécessités de l'entreprise. Un tel traitement permettrait ainsi de mieux assurer l'obligation d'adaptation et de maintien de la capacité professionnelle du salarié¹³⁵³. Le système de *ranking* offre la possibilité de proposer aux salariés, selon leur classement, un plan de formation ou d'amélioration¹³⁵⁴. L'employeur doit à la fois veiller à l'adaptation des salariés à leur « *poste de travail* », mais aussi à « *veiller au maintien de leur capacité à occuper un emploi au regard notamment de l'évolution des emplois, des technologies et des organisations* », et la possibilité de « *proposer des formations*

¹³⁴⁸ J.-E. TOURREIL, « La pratique du « ranking » par quotas impératifs est illicite », *op. cit.*

¹³⁴⁹ CA Versailles, 8 septembre 2011, n° 10/00567, *JSL 27 oct. 2011*, n° 308, p. 11, *obs. M. Hautefort ; RHS 2011*, n° 853, *op. cit.*

¹³⁵⁰ M. ROUSSEL, *L'évaluation professionnelle des salariés*, *op. cit.*, p. 335.

¹³⁵¹ V. sur l'incitation, *infra*, n° 688 et s.

¹³⁵² V. également, M. ROUSSEL, « Évaluation du salarié », dans *Répertoire de droit du travail*, Dalloz, 2021, n° 60 et 61.

¹³⁵³ Cass. soc., 25 février 1992, n° 89-41.634, *D. 1992. 390*, *note M. Défossez ; D. 1992. 294*, *obs. A. Lyon-Caen ; RTD civ. 1992. 760*, *obs. J. Mestre*.

¹³⁵⁴ CA Grenoble, 13 novembre 2002, n° 02/02794, *Dr. soc. 2003. 988*, *note Colonna ; JCP E 2002. 1042*, *note Morvan ; SSL 2002, n° 1100*, p. 7, *note Waquet, op. cit.* ; CA Toulouse, 21 septembre 2011, RG n° 11/00604, *JCP S 2011. 1566*, *note Beal et Klein ; RJS 2011, n° 930* ; CA Versailles, 8 septembre 2011, n° 10/00567, *JSL 27 oct. 2011*, n° 308, p. 11, *obs. M. Hautefort ; RHS 2011, n° 853, op. cit.*

qui participent au développement des compétences, y compris numériques, ainsi qu'à la lutte contre l'illettrisme, notamment des actions d'évaluation et de formation permettant l'accès au socle de connaissances et de compétences défini par décret »¹³⁵⁵. Si la première constitue pour l'employeur une obligation de résultat¹³⁵⁶, la seconde est une obligation de moyens¹³⁵⁷. À cet effet, la méthode du *ranking* pourrait tout à fait venir à l'appui du maintien de la capacité professionnelle¹³⁵⁸ de ses salariés. Comme l'avait démontré dans sa thèse Monsieur Patrice Adam¹³⁵⁹, le droit se réfère au salarié individu et permet d'aller au-delà des seules aptitudes nécessaires à l'emploi. Le numérique vient ainsi à l'appui de la notation de la performance¹³⁶⁰ et tend vers une rationalisation de la mise en œuvre de l'évaluation.

259. Conclusion de section. Le pouvoir d'évaluation de l'employeur a vu sa mise en œuvre être transformée par le recours aux outils numériques. L'élaboration d'indicateurs, pour évaluer, a conduit progressivement vers une notation quantitative, qui ne peut pas être considérée comme étant équivalente à une évaluation et qui dégrade la qualité de l'évaluation par sa simplification. Ce mouvement a cours dès l'évaluation de la candidature et se poursuit dans celle des salariés de l'entreprise. Cette tendance traduit une rationalisation du pouvoir d'évaluation de l'employeur par le numérique. Les outils de suivi permettent, en effet, une certaine objectivation de l'évaluation. Si cela peut être louable, dans une volonté d'uniformisation de la direction destinée à éviter les différences de traitement discriminantes, il convient néanmoins de ne pas négliger l'influence sur la décision humaine et les biais éventuels dont ne sont pas exempts les systèmes informatiques avec l'utilisation d'algorithmes. Le recours à des systèmes de classement comme le *ranking*, bien que le caractère impératif ait

¹³⁵⁵ Art. L. 6321-1 C. trav.

¹³⁵⁶ Cass. soc., 2 juillet 2014, n° 13-13. 876, *D. actu. 15 sept. 2014, obs. Peyronnet ; RJS 2014. 579, n° 672.*

¹³⁵⁷ Cass. soc., 18 juin 2014, n° 13-14.916, *D. actu. 10 juill. 2014, obs. Peyronnet ; D. 2014. Actu. 1386 ; RJS 2014. 614, n° 718 ; JSL 2014, n° 371-4., op. cit.*

¹³⁵⁸ Cass. soc., 23 octobre 2007, n° 06-40.950, *D. 2007. AJ 2874, obs. Perrin ; RDT 2008. 33, obs. Fabre ; Dr. soc. 2008. 126, obs. Savatier ; SSL 2007, n° 1334, p. 10.*

¹³⁵⁹ P. ADAM, *L'individualisation du droit du travail, op. cit.*

¹³⁶⁰ V. sur la différence entre *ranking* et *benchmark*, M. ROUSSEL, *L'évaluation professionnelle des salariés, op. cit.*, p. 380-381 ; En ce sens, il a pu être considéré, lors de l'entretien avec Monsieur Pierre-Yves Verkindt que « *le benchmark (version RH) n'est donc pas une méthode d'évaluation du travail, par principe fondée sur des critères objectifs et précis, mais un système d'organisation du travail destiné à assurer la gestion des performances des salariés* », F. CHAMPEAUX et A. MARCON, « Le benchmark touché au cœur ? », *SSL suppl.*, n° 1571, 2013, p. 136 ; « *les indicateurs de performance des processus, dits aussi de pilotage, constituent le socle d'une mesure quotidienne de l'efficacité des leviers de commande opérationnels* », F. BRAGARD et G. PIETREMENT, *SIRH : des systèmes d'information aux solutions de management des RH, op. cit.*, p. 247.

été prohibé, peut constituer un biais par l'influence indéniable que l'élaboration des catégories de classement va avoir sur la mise en œuvre de l'évaluation.

260. Conclusion de chapitre. Le numérique est source de rationalisation du pouvoir de direction du personnel. Au-delà d'un seul support à cette direction, par la dématérialisation, il peut la guider, avec l'élaboration d'indicateurs de mesure des données des salariés, censés aider l'employeur pour un meilleur suivi du personnel. L'exercice du pouvoir de direction a ainsi pu être qualifié de « *métrique* », réduisant alors le salarié à un flux de données. S'il est certain que le numérique, au travers tout particulièrement du SIRH, offre une certaine optimisation de la direction du personnel, notamment dans la gestion administrative, « *la raison numérique* » ne doit pas pour autant constituer la seule boussole pour l'employeur. En effet, l'influence des indicateurs numériques sur la prise de décision de l'employeur, mis en œuvre pour guider la direction du personnel, appelle une nécessaire vigilance dans leur élaboration. Ces derniers ne doivent pas devenir les seuls fondements et finalités de la direction patronale, sauf à abandonner tout contrôle humain de celle-ci. À cet égard, il a été rappelé que l'employeur demeure le titulaire du pouvoir de direction et est seul responsable des conséquences juridiques, même au travers des systèmes d'information qui peuvent être mis en œuvre. Dès lors, l'objectivité présumée du numérique appelle un nécessaire regard critique. Pour ce faire, l'obligation de transparence, tant dans l'élaboration de l'outil numérique que dans son usage, pour garantir le contrôle de sa pertinence, est indispensable et doit être renforcée. Il peut être tentant de s'en remettre aveuglément à des indicateurs, garants d'une certaine sécurité juridique, avec une gestion automatisée de certaines obligations légales. Pour autant, l'employeur doit rester maître de ses décisions, tant dans leur élaboration que dans les conséquences qu'elles peuvent avoir. L'outil numérique peut être une aide au service d'un meilleur suivi des salariés, y compris dans l'assurance de leur santé et de leur sécurité, que de leur évaluation, mais il ne devrait pas se substituer à l'analyse humaine, dans l'unique but de rationaliser la direction.

261. Conclusion de titre. Le pouvoir de direction, dans son double aspect, direction de l'activité et direction du personnel, a indéniablement évolué à l'ère numérique. Son expression

repose désormais en grande partie sur des outils numériques qui encouragent le recours au calcul et à la mesure, dans une logique de rationalisation de la direction. Le numérique a, en effet, pris une place particulière dans le contrôle d'adéquation de l'action de l'employeur, qui préexistait au numérique. Censé renforcer l'objectivité de la prise de décision, ce mouvement de rationalisation numérique peut cependant conduire à occulter le contrôle de la pertinence de la décision de l'employeur. Le numérique constitue, en effet, dans certains cas, la justification et la finalité de la décision de l'employeur, illustrant un changement de paradigme, qu'il convient d'encadrer, pour rendre l'élaboration de la décision plus transparente. En l'absence d'un tel contrôle, la rationalisation ne serait qu'instrumentale et non axiologique. Or, les résultats chiffrés, ainsi obtenus, ne sont que l'illustration du calcul qui a été élaboré par l'Homme et leur pertinence doit être vérifiée au regard du but poursuivi. En ce sens, il a été proposé de renforcer ce contrôle par une analyse de la fiabilité, notamment dans la base de données d'apprentissage dans le cas de l'utilisation d'une intelligence artificielle.

262. En outre, même si le numérique tend à dissimuler le visage de l'employeur derrière un recours accru aux outils numériques, il est essentiel d'identifier les réels titulaires du pouvoir de direction, pour y attribuer les responsabilités afférentes. À l'épreuve du numérique, le pouvoir de direction occupe donc une place particulièrement importante dans l'exercice du lien de subordination juridique. Sa mise en œuvre a évolué, mais sa place demeure. Au-delà des apparences, la rationalisation du pouvoir de direction par le numérique a tendance à renforcer son exercice, en se parant de la « *raison numérique* », rendant ainsi la décision patronale *a priori* indiscutable. Par son objectivité présumée, le numérique retranscrirait ainsi la vérité, et légitimerait dès lors la décision de l'employeur¹³⁶¹. Autrement dit, le numérique a paradoxalement renforcé le pouvoir de direction, tout en le dissimulant en partie derrière la technique¹³⁶². Or, le droit du travail doit conserver son rôle de « *mise en discussion de la décision patronale* »¹³⁶³. Ce, d'autant que le besoin de données pour alimenter la prise de décision et la recherche croissante de la vérité, donne parallèlement lieu à une surveillance accrue de l'activité des salariés.

¹³⁶¹ « *La décision patronale, revêtue des habits cousus d'or fin de l'IA, est proprement incontestable. La vérité ne se discute pas ; chacun est sommé, en silence, de s'y plier* », P. ADAM, « La décision patronale sous perfusion algorithmique. Une nouvelle dystopie ? », *op. cit.*, p. 53.

¹³⁶² V. en ce sens, P. ADAM, « Intelligence artificielle et droit du travail », *op. cit.*, p. 371.

¹³⁶³ P. ADAM, « La décision patronale sous perfusion algorithmique. Une nouvelle dystopie ? », *op. cit.*, p. 53.

Titre 2 : Le numérique source d'extension du pouvoir de surveillance

263. Le numérique a offert de nouvelles et nombreuses possibilités pour l'employeur d'exercer ses pouvoirs¹³⁶⁴. La recherche de rationalisation de la direction par le numérique appelle un suivi numérique des salariés qui occasionne une surveillance particulièrement accrue. Il a été observé que le SIRH permet de regrouper de nombreuses données sur les salariés : temps de travail avec une badgeuse, vidéosurveillance, géolocalisation ou encore de gestion de planning¹³⁶⁵. Autant de données qui sont utilisées pour l'établissement de la paie, la gestion du temps de travail, ou le calcul des congés. Les systèmes numériques sont, en effet, « *gourmand en données* »¹³⁶⁶, menant à une surveillance de l'employeur quasi-permanente. Les pouvoirs de contrôle et de sanction, composants de la subordination, sont par conséquent en proie également à des transformations à l'ère numérique. À mesure que les techniques numériques se sont développées, un phénomène de glissement du contrôle de l'employeur vers la surveillance a pu être identifié¹³⁶⁷. Le numérique renouvelle ainsi l'exercice du pouvoir de contrôle de l'employeur et des pratiques en entreprise. En attestent les nombreuses décisions de la Cour de cassation sur le sujet, qui révèlent la diversité des systèmes de contrôle utilisés¹³⁶⁸.

¹³⁶⁴ « *Les ordres sont donnés sous forme d'objectifs ; le contrôle s'effectue ex-post sur les résultats ; la sanction se déguise sous l'aspect de la récompense ; à ceci s'ajoute un bouleversement du régime probatoire* », M.-C. ESCANDE-VARNIOL, « L'évaluation du salarié », dans *Le singulier en droit du travail*, Dalloz, coll.« Thèmes & commentaires », 2006, p. 103.

¹³⁶⁵ V. *supra*, n° 166.

¹³⁶⁶ P. ADAM, « Intelligence artificielle et droit du travail », *op. cit.*, p. 359.

¹³⁶⁷ « *Un nouvel espace [...], véritable ordre technologique, qui n'a plus rien de commun avec l'ancienne subordination car le salarié n'est plus sous les ordres de quelqu'un. Il est surveillé par la machine, à la limite par lui-même, par tous et par personne* », G. LYON-CAEN, *Les libertés publiques et l'emploi*, La documentation française, 1992.

¹³⁶⁸ V. à ce sujet, E. JEANSEN, « Les outils numériques dans la relation individuelle de travail », *JCP S*, n° 5, 2018, 1049.

264. Bien qu'il soit possible d'appréhender le pouvoir de contrôle comme la continuité et le corollaire du pouvoir de direction¹³⁶⁹, il sera envisagé, au sein de ce titre, comme un pouvoir à part entière, en tant que critère du lien de subordination¹³⁷⁰. De même, le pouvoir disciplinaire, au-delà d'un seul « *mode d'exercice particulier du pouvoir de direction* »¹³⁷¹, en tant que pouvoir de la subordination, sera également appréhendé spécifiquement. Contrôle et sanction constituent ainsi les deux faces du pouvoir de surveillance de l'employeur¹³⁷². Le pouvoir de contrôle est, en effet, un préalable indispensable à l'exercice du pouvoir disciplinaire. À l'ère numérique, si le contrôle de l'employeur bascule vers la surveillance, ce n'est pas sans l'exercice du pouvoir de sanction. Surveiller implique de « *veiller au bon déroulement d'une activité, d'une opération, d'un processus* »¹³⁷³, autrement dit, il correspond au contrôle de la bonne réalisation, et sert ainsi le cas échéant à en rectifier les manquements. La décision disciplinaire s'appuie, en effet, sur le contrôle et les preuves qui peuvent en résulter. Le développement des outils numériques a largement étendu les moyens de surveillance pour l'employeur, conduisant *in fine* à une extension du pouvoir de contrôle (**Chapitre 1**). En contrôlant pour éventuellement sanctionner, l'employeur a parallèlement étendu son pouvoir disciplinaire (**Chapitre 2**). L'extension de la surveillance numérique a renouvelé la question probatoire.

¹³⁶⁹ G. AUZERO, D. BAUGARD et E. DOCKÈS, *Droit du travail, op. cit.*, p. 940.

¹³⁷⁰ Issu de la définition de l'arrêt *Société générale*, Cass. soc., 13 novembre 1996, n° 94-13.187, *Société générale. GADT*, 4e éd., n°2 ; *Dr. soc.*, 1996, p. 1067, note J-J. Dupeyroux ; *JCP E* 1997. II. 911, note J. Barthélémy ; *RJS* 12/96, n° 1320, *op. cit.*

¹³⁷¹ G. AUZERO, D. BAUGARD et E. DOCKÈS, *Droit du travail, op. cit.*, p. 1061.

¹³⁷² F. MARCHADIER, « La surveillance du salarié sur les temps et lieux de travail », dans *Mélanges en l'honneur de Bernard Teyssié*, LexisNexis, 2019, p. 250.

¹³⁷³ « Surveiller », dans *Trésor de la Langue Française informatisé*, 1994.

Chapitre 1 : L'extension du pouvoir de contrôle à l'ère numérique

265. Il est reconnu à l'employeur un droit de contrôler l'activité de ses salariés¹³⁷⁴. À ce sujet, la Cour de cassation a jugé que « *la simple surveillance d'un salarié faite sur les lieux du travail par son supérieur hiérarchique, même en l'absence d'information préalable du salarié, ne constitue pas en soi un mode de preuve illicite* »¹³⁷⁵. En l'absence de recours à un outil ou une technique, l'employeur est dispensé d'une quelconque obligation de transparence¹³⁷⁶. La surveillance simple par l'employeur, ou même, par un service interne à l'entreprise chargé de cette mission est possible¹³⁷⁷. Le pouvoir de contrôler l'activité du salarié repose sur la nécessaire garantie de l'intérêt de l'entreprise¹³⁷⁸. Un tel pouvoir permet à l'employeur de se prémunir des vols, de la divulgation d'informations confidentielles, ou plus généralement de la bonne utilisation des outils mis à la disposition des salariés. Le salarié ne peut en principe s'opposer au pouvoir de contrôle de l'employeur¹³⁷⁹. Adossé à l'obligation de sécurité de l'employeur¹³⁸⁰, il est possible de considérer qu'il y a même une obligation de l'employeur de

¹³⁷⁴ Cass. soc., 20 novembre 1991, n° 88-43.120, *D.* 1992. 73, *concl. Y. Chauvy*; *Dr. soc.* 1992. 28, *rapp. P. Waquet*; *RTD civ.* 1992. 365, *obs. J. Hauser*; *ibid.* 418, *obs. P.-Y. Gautier*; *RJS* 1/1992, n° 1.; Cass. soc., 14 mars 2000, *Bull. civ.* V, n° 101.; « *le contrôle de l'activité du salarié relevait de l'exercice normal du pouvoir hiérarchique de l'employeur* », Cass. soc., 14 octobre 2009, n° 08-41.091.

¹³⁷⁵ Cass. soc., 26 avril 2006, n° 04-43.582.

¹³⁷⁶ *V. infra*, n° 309.

¹³⁷⁷ *V. en ce sens*, Cass. soc., 4 juillet 2012, n° 11-14.241, *D.* 2012. 2622, *obs. Lokiec*; Cass. soc., 17 mars 2021, n° 18-25.597, *D.* 2021. 1152, *obs. Vernac et Ferkane*; *Dr. soc.* 2021. 657, *obs. Mouly*; *RDT* 2021. 454, *obs. Mazaud*.

¹³⁷⁸ *Sur l'intérêt de l'entreprise*, *V. supra*, n° 79.

¹³⁷⁹ *Commets une faute grave*, le salarié qui crypte volontairement ses données sur le poste informatique de l'entreprise, sans l'autorisation de son employeur. Cass. soc., 18 octobre 2006, n° 04-48.025, *RDT* 2006. 395, *obs. de Quenaudon*; *D.* 2007. Pan. 691, *obs. F. Guiomard*; *RJS* 2006. 32, n° 7; *SSL* 2006, n° 1279, p. 10.

¹³⁸⁰ Cass. soc., 28 février 2002, *D.* 2002. IR 1118; *RJS* 2002. 440, n° 582; *Dr. soc.* 2002. 533, *obs. Vatinet*; *JSL* 2002, n° 99-5; *RDSS* 2002. 357, *note Pédrot et Nicolas*; *RTD civ.* 2002. 310, *note Jourdain*; *JCP E* 2002. 672, *note Strebelle, op. cit.*; Cass. soc., 25 novembre 2015, n° 14-24.444, *D.* 2015. Actu. 2507; *Dr. soc.* 2016. 457, *note Antonmattéi*; *RJS* 2/2016, p. 99, *obs. Gardin*; *JSL* 2016, n° 401-1, *obs. Dejean de la Bâtie, op. cit.*

contrôler l'activité du salarié¹³⁸¹. Pour répondre aux impératifs de préservation de la santé et la sécurité des salariés, conformément à son obligation de prévention¹³⁸², l'employeur doit mettre en œuvre des moyens pour surveiller ses salariés afin de prévenir des risques¹³⁸³. Les outils numériques vont ainsi pleinement contribuer à satisfaire à ces exigences.

266. À l'ère numérique, le pouvoir de contrôle prend une place de plus en plus importante dans la définition de la subordination¹³⁸⁴. Les technologies numériques offrent, depuis longtemps, un moyen de contrôle efficace, conduisant à qualifier ces techniques d'« *œil électronique* »¹³⁸⁵. Elles sont fréquemment utilisées pour permettre un contrôle particulièrement prégnant des salariés¹³⁸⁶. Elles sont une source indéniable d'extension du pouvoir de contrôle. En ce sens, le numérique tend vers une organisation panoptique, avec de nouveaux types de contrôle comme a pu le mettre en évidence Michel Foucault. À cet égard, l'auteur soulignait que « *la surveillance devient un opérateur économique décisif, dans la mesure où elle est à la fois une pièce interne dans l'appareil de production, et un rouage spécifié dans le pouvoir disciplinaire* »¹³⁸⁷. Le périmètre du contrôle de l'employeur s'est ainsi étendu avec les techniques numériques tant dans son objet (**Section 1**), que par le renouvellement de ses moyens (**Section 2**).

Section 1 : L'expansion du périmètre de l'objet du contrôle

267. La surveillance numérique de l'employeur a peu à peu vu son objet se déplacer¹³⁸⁸. Il existe un glissement du contrôle de la prestation de travail du salarié (§1), à un contrôle du salarié

¹³⁸¹ J.-E. RAY, « Droit du travail et TIC (I) », *Dr. soc.*, 2007, p. 140 ; M. DEMOULAIN, *Nouvelles technologies et droit des relations de travail*, *op. cit.*, p. 294.

¹³⁸² Art. L. 4121-1 et L. 4121-2 C. trav.

¹³⁸³ « *Surveiller ses salariés est non seulement un droit pour l'employeur mais aussi une obligation, ne serait-ce que pour assurer leur sécurité* », P. WAQUET, « Halte aux stratagèmes », *SSL*, n° 1348, 2008, p. 6.

¹³⁸⁴ Des auteurs vont même jusqu'à proposer une substitution de la notion de contrôle à celle de subordination pour rendre la notion de contrôle « *centrale, d'autant qu'elle figure d'ores et déjà dans la définition jurisprudentielle de la subordination aux côtés des critères de direction et de sanction* », P. LOKIEC et J. ROCHFELD, « Nouvelle surveillance, nouvelle subordination ? », *op. cit.*, p. 560.

¹³⁸⁵ L'auteur va même jusqu'à qualifier le téléphone portable de « *laisse téléphonique* », C. RADÉ, « Nouvelles technologies de l'information et de la communication et nouvelles formes de subordination », *op. cit.*

¹³⁸⁶ B. BOSSU et A. BAREGE, « Les TIC et le contrôle de l'activité du salarié », *JCP S*, n° 41, 2013, 1393.

¹³⁸⁷ M. FOUCAULT, *Surveiller et punir*, Gallimard, coll. « TEL », 1993, p. 206.

¹³⁸⁸ Michel Foucault décrivait déjà ce « *contrôle intense* » qui ne portait plus seulement, « *sur la production (nature, quantité de matières premières, type d'instruments utilisés, dimensions et qualités des produits), mais il prend en compte l'activité des hommes, leur savoir-faire, leur manière de s'y prendre, leur promptitude, leur zèle, leur conduite* », *Ibid.*, p. 205.

lui-même (§2). Un tel déplacement de l'objet du contrôle révèle la pluralité et la diversité des modes de surveillance pouvant exister¹³⁸⁹, encouragé par la multiplication des possibilités techniques, conduisant à une expansion indéniable du périmètre de l'objet du contrôle de l'employeur.

§1 : D'une extension du contrôle du travail par le numérique

268. Le travail est le premier objet du contrôle numérique de l'employeur (A). Par ailleurs, ce contrôle implique également celui de l'usage des outils numériques par le salarié dans le cadre de la réalisation de sa prestation de travail (B).

A- Le travail, premier objet du contrôle numérique : vers son objectivation

269. Le contrôle numérique de l'employeur s'opère sur le travail (1) et les résultats de celui-ci (2). Il est à souligner que le numérique permet de contrôler le travail sans passer par le travailleur, ce qui conduit à une certaine objectivation du travail. Autrement dit, le contrôle numérique introduirait une dissociation entre le travail et le travailleur lui-même.

1- Le contrôle du travail

270. La notion de travail. Préalablement, il convient de préciser que le « *travail* »¹³⁹⁰ « désigne en même temps une activité et son résultat, une situation de contrainte, voire de souffrance, et une action créatrice. Il ne dit rien cependant des modalités d'exercice de

¹³⁸⁹ M. ROUSSEL, *L'évaluation professionnelle des salariés*, op. cit., p. 251-252.

¹³⁹⁰ V. notamment, D. GARDES, *Essai et enjeux d'une définition juridique du travail*, op. cit. ; D. MÉDA, *Le travail*, 6^e éd., PUF, 2018 ; V. également sur la genèse de la notion de travail, T. PILLON et F. VATIN, *Traité de sociologie du travail*, 2^e éd., Octares, 2007, p. 5 et s.

l'activité »¹³⁹¹. Aujourd'hui, la notion de travail est le produit d'une juxtaposition de différentes dimensions : « *le travail comme facteur de production, comme essence de l'homme et comme système de distribution des revenus, des droits et des protections, support d'intégration sociale* »¹³⁹². L'exécution d'une prestation de travail est l'un des critères constitutifs du contrat de travail. Elle est en effet l'objet du contrat de travail¹³⁹³. En ce sens, le travail correspond à l'activité dans l'entreprise qui est organisée par l'employeur¹³⁹⁴. Au sein du droit positif, la notion de travail renvoie, en effet, à celle d'emploi en encadrant principalement celui dont la finalité est marchande¹³⁹⁵. Dès lors, la notion de travail est généralement assimilée à celle d'activité professionnelle salariée¹³⁹⁶. Autrement dit, le travail correspond à « *l'activité accomplie dans une finalité rémunératrice* »¹³⁹⁷ et qui est encadrée par le droit, « *dont l'exercice assure l'accès à une protection juridique* »¹³⁹⁸. La notion est donc entendue ici au sens de prestation de travail salarié, c'est-à-dire celle réalisée dans le cadre d'un contrat de travail¹³⁹⁹.

271. Une notion entendue largement. En outre, la prestation de travail est entendue de manière extensive¹⁴⁰⁰, elle peut, en effet, être manuelle, intellectuelle, artistique ou sportive¹⁴⁰¹. Mais, elle est réalisée au profit d'un cocontractant. La notion est appréhendée très largement par les juges, comme ont pu l'illustrer les célèbres décisions concernant les participants de télé-réalité¹⁴⁰². À l'occasion de l'affaire *Ile de la Tentation*, la Cour de cassation a écarté l'argument selon lequel laisser filmer son comportement et l'expression de ses sentiments dans un lieu et un temps imposé par le cocontractant ne constituerait pas une prestation de travail du

¹³⁹¹ F. FAVENNEC-HÉRY, P.-Y. VERKINDT et G. DUCHANGE, *Droit du travail*, op. cit., p. 19.

¹³⁹² D. MEDA, *Le travail*, op. cit., p. 23.

¹³⁹³ V. à ce sujet, T. REVET, « L'objet du contrat de travail », op. cit.

¹³⁹⁴ B. FRIOT et J. ROSE, *La construction sociale de l'emploi en France*, L'Harmattan, 1996, p. 22-23.

¹³⁹⁵ D. GARDES, *Essai et enjeux d'une définition juridique du travail*, op. cit., p. 448 et s.

¹³⁹⁶ V. à ce sujet, *Ibid.*, p. 108 et s.

¹³⁹⁷ V. également pour une proposition de dépassement dans la définition juridique du travail, l'auteur propose de définir le travail comme impliquant « *la réalisation d'une activité humaine, manuelle ou intellectuelle, de production, de transformation ou de services. Il est également, quelle que soit sa forme, le résultat né de cette activité : la production d'un bien, la réalisation d'un service, le tissage de liens sociaux* », D. GARDES, *Essai et enjeux d'une définition juridique du travail*, op. cit., p. 229.

¹³⁹⁸ *Ibid.*, p. 110.

¹³⁹⁹ « *Les juristes réservent habituellement le mot travail à l'activité professionnelle salarié : le travailleur, c'est le salarié* », J. SAVATIER, « Le travail non marchand », *Dr. soc.*, 2009, p. 73.

¹⁴⁰⁰ « *Dans la cité moderne aucune tâche ne répugne par sa nature objective propre à s'inscrire dans le cadre d'un contrat de travail, en dehors des interdictions légales concernant des fonctions publiques ou parapubliques* », G.H. CAMERLYNCK, *Le contrat de travail*, 2^e éd., Dalloz, coll. « Droit du travail », n° 1, 1982, p. 52.

¹⁴⁰¹ G. AUZERO, D. BAUGARD et E. DOCKÈS, *Droit du travail*, op. cit., p. 282.

¹⁴⁰² Cass. soc., 3 juin 2009, n° 08-40.981 à 08-40.983 et 08-41.712 à 08-41.714, *D.* 2009. *AJ* 1530, *obs. Serna* ; *ibid.* 2116, *note Cesaro et Gautier* ; *ibid.* 2517, *note Edelman* ; *RDT* 2009. 507, *obs. Auzero* ; *RJS* 2009. 615, n° 678 ; *Dr. soc.* 2009. 780, *avis Allix et obs. Dupeyroux* ; *ibid.* 930, *note Radé* ; *JCP E* 2009. 1714, *note Thouzellier* ; *JSL* 2009, n° 258-2 ; *SSL*, n° spécial 1403 ; Cass. soc., 25 juin 2013, n° 12-13.968, *D. actu.* 10 juill. 2013, *obs. Peyronnet* ; *D.* 2013. *Actu.* 1692 ; *RDT* 2013. 622, *obs. Gardes* ; *RJS* 10/2013, n° 649 ; *JSL* 2013, n° 350-5, *obs. Lalanne* ; *JCP S* 2013. 1386, *obs. Lahalle*.

fait de son caractère ludique. La Cour de cassation a fait le choix d'entendre largement la notion de prestation de travail, car selon elle, « *dès lors qu'elle est exécutée, non à titre d'activité privée mais dans un lien de subordination, pour le compte et dans l'intérêt d'un tiers en vue de la production d'un bien ayant une valeur économique, l'activité, quelle qu'elle soit, peu important qu'elle soit ludique ou exempte de pénibilité, est une prestation de travail soumise au droit du travail* »¹⁴⁰³. Une position qui a été confirmée depuis, notamment avec l'arrêt *Mister France* qui a écarté la qualification de contrat de jeu au profit de celle de contrat de travail, dès lors « *que la prestation des candidats servait à fabriquer un programme audiovisuel à valeur économique* »¹⁴⁰⁴. Par conséquent, est considéré comme employeur celui qui a le pouvoir de contrôler le but et les moyens d'exécution du travail¹⁴⁰⁵.

272. Travail prescrit versus travail réel. Le contrôle de l'employeur porte au premier chef sur le travail du salarié. Mais quel travail ? Il convient de souligner la différence qui existe entre le travail prescrit et le travail réel¹⁴⁰⁶. Le premier correspond à celui qui a été prévu au sein de la fiche de poste, par les organisations de l'entreprise, mais qui ne correspond pas nécessairement à la réalité du travail, car celle-ci est difficilement prévisible dans sa totalité¹⁴⁰⁷. Le travail réel, quant à lui, correspond à ce que le travailleur fait effectivement. Autrement dit, le réel est la réponse du salarié aux imprévus, aux incidents ou aux pannes. En ce sens, « *travailler, c'est combler l'écart entre le prescrit et l'effectif* »¹⁴⁰⁸. Les outils numériques permettent en principe de rendre compte de cette réalité. Ils offrent une traçabilité des actions du salarié, qui peuvent être enregistrées et consultables. Le simple courriel manifeste déjà ce contrôle numérique du travail, qui guide le travail des activités de bureau, principalement des cadres¹⁴⁰⁹. Il est le

¹⁴⁰³ Communiqué relatif à l'arrêt n° 1159 du 3 juin 2009 de la Chambre sociale. https://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/chambre_sociale_576/arret_n_12906.html [consulté le 24 juillet 2023].

¹⁴⁰⁴ Cass. soc., 25 juin 2013, n° 12-13.968, *D. actu. 10 juill. 2013, obs. Peyronnet ; D. 2013. Actu. 1692 ; RDT 2013. 622, obs. Gardes ; RJS 10/2013, n° 649 ; JSL 2013, n° 350-5, obs. Lalanne ; JCP S 2013. 1386, obs. Lahalle, op. cit.*

¹⁴⁰⁵ À cet égard, un auteur soulignait que si l'activité de travail est le domaine de l'employeur depuis 1893, la réglementation porte non sur le travail lui-même mais sur les conditions dans lesquelles il se déroule. C. WOLMARK, « *Quelle place pour le travail dans le droit du travail ?* », *op. cit.*

¹⁴⁰⁶ V. concernant la distinction appliquée à l'évaluation, M. ROUSSEL, *L'évaluation professionnelle des salariés, op. cit.*, p. 305-311.

¹⁴⁰⁷ N. SANDRET et J.-C. SCIBERRAS, « *À quoi sert l'évaluation des salariés ?* », *RDT*, 2008, p. 498.

¹⁴⁰⁸ C. DEJOURS, *L'évaluation du travail à l'épreuve du réel. Critique des fondements de l'évaluation*, Editions Quæ, coll. « Sciences en questions », 2003, p. 14.

¹⁴⁰⁹ V. à ce sujet, S. BRETESCHE, F. DE CORBIERE et B. GEFFROY, « *La messagerie électronique, principal métronome des activités de cadre* », *La Nouvelle Revue du Travail*, décembre 2012.

principal outil utilisé pour suivre la bonne réalisation des tâches et manifeste une nouvelle façon de prescrire et de contrôler le travail¹⁴¹⁰.

273. Cependant le contrôle, contrairement à l'évaluation¹⁴¹¹, n'a pas vocation à prendre en compte la dimension psychologique du travail, appelée « *l'expérience subjective* »¹⁴¹², renforçant ainsi une recherche de similitude entre le prescrit et le réel contrôlé. Autrement dit, le contrôle vient rigidifier l'ajustement possible de l'écart entre le travail prescrit et le travail effectif¹⁴¹³. Le contrôle ne va pas chercher à mettre en lumière la réalité du travail, mais va tendre à vérifier la bonne atteinte des résultats escomptés¹⁴¹⁴. Le contrôle renforce ainsi la recherche et la vérification de la performance du salarié.

274. L'extension de l'objet du contrôle. Dans un contexte d'autonomie croissante des salariés¹⁴¹⁵, l'objet du contrôle de l'employeur s'est élargi à l'ère numérique. L'employeur ne contrôle plus seulement la manière dont le salarié effectue la tâche qu'il lui est assigné, mais de plus en plus, et davantage, le résultat de celle-ci¹⁴¹⁶. Ce qui réduit encore la prise en compte de l'écart entre travail prescrit et réel. Par ailleurs, le numérique a conduit à une évolution du contrôle de l'employeur qui concerne désormais le « *comportement général du salarié* » comprenant le contrôle des résultats de son travail¹⁴¹⁷, ayant pour but de mesurer sa performance¹⁴¹⁸, car « *le travail est une valeur en soi, mais est également une source de valeur par le résultat qu'il produit* »¹⁴¹⁹.

¹⁴¹⁰ « *Les flux de messages nécessitent une gestion opérée en temps réel qui potentiellement se traduisent comme un système de commandes et de prescriptions tacites. Mais par ailleurs, le traitement du mail opère comme la trace de la décision prise et il met en visibilité le travail opératoire consacré au traitement de l'information, ce qui constitue l'un des paradoxes de son usage : les cadres participent à alimenter un système de commande dont ils sont les premiers prescripteurs* », S. BRETESCHE, F. DE CORBIÈRE et B. GEFFROY, « La messagerie électronique, principal métronome des activités de cadre », *La Nouvelle Revue du Travail*, décembre 2012, n° 27.

¹⁴¹¹ V. *supra*, n° 233 ; V. en ce sens, M. ROUSSEL, *L'évaluation professionnelle des salariés*, *op. cit.*, p. 308-309.

¹⁴¹² C. DEJOURS, *L'évaluation du travail à l'épreuve du réel. Critique des fondements de l'évaluation*, *op. cit.*, p. 13.

¹⁴¹³ L'auteur prend l'exemple des démarches qualités, qui au lieu d'être des évaluations, sont devenues des prescriptions. *Ibid.*, p. 37-38.

¹⁴¹⁴ V. également, sur l'intensification du travail, L. CARON, M. COPPI, L. THERY et A. VASSELIN, « Devant l'impossibilité de faire le travail prescrit », *Revue Projet*, vol. 323, n° 4, 2011, p. 53-60.

¹⁴¹⁵ V. *infra*, n° 349 et s.

¹⁴¹⁶ A. SUPIOT, « Les nouveaux visages de la subordination », *op. cit.*

¹⁴¹⁷ G. LYON-CAEN, *Les libertés publiques et l'emploi*, *op. cit.*, p. 142.

¹⁴¹⁸ V. sur l'évaluation de la performance, *supra*, n° 236.

¹⁴¹⁹ M. DEL SOL, *L'activité salariée aujourd'hui et demain*, Ellipses, coll. « Le droit en questions », 1998, p. 10.

2- Le contrôle des résultats du travail

275. Le contrôle des résultats par la fixation d'objectifs. L'extension du contrôle du travail vers celui des résultats a été rendue possible par la fixation d'objectifs, qui deviennent l'objet du contrôle. La définition et la fixation des objectifs¹⁴²⁰ d'un salarié relèvent « *ontologiquement du pouvoir de direction* »¹⁴²¹ de l'employeur, mais la vérification de leur bonne réalisation relève du pouvoir de contrôle. Dans un contexte d'utilisation des outils numériques, le contrôle des résultats du travail s'en trouve d'une part facilité et d'autre part objectivé par une fixation chiffrée fondée sur des indicateurs. Il y a ainsi une quantification numérique. Le contrôle renvoie en principe à « *l'ensemble des mécanismes et processus qui permettent à une organisation de s'assurer que les décisions et comportements développés en son sein sont en cohérence avec ses objectifs* »¹⁴²². Lorsqu'il porte sur les résultats du salarié, cela peut conduire à la prise d'une éventuelle sanction en cas de constat d'absence de réalisation des objectifs escomptés¹⁴²³. Le licenciement pour non atteinte des objectifs est, en effet, possible à la double condition que les objectifs soient réalisables et que leur non-réalisation soit imputable au salarié, en résultant de son insuffisance ou d'une faute¹⁴²⁴. Il convient néanmoins de noter que l'obligation de prestation de travail est une obligation de moyens¹⁴²⁵, par conséquent la seule violation d'un objectif ne peut constituer en elle-même une faute professionnelle¹⁴²⁶.

276. Dans la pratique, il est de plus en plus recouru à des outils de mesure de la performance du salarié. À chaque objectif, une procédure de contrôle chiffrée, qui peut être automatisée, peut lui être accolée. Ce qui peut susciter une certaine défiance par les salariés¹⁴²⁷, certaines pratiques

¹⁴²⁰ « *Travailler impose de se plier à un but assigné par autrui* », L. CARON, M. COPPI, L. THERY et A. VASSELIN, « *Devant l'impossibilité de faire le travail prescrit* », *op. cit.*, p. 53.

¹⁴²¹ P. WAQUET, « *Les objectifs* », *op. cit.* 227. La jurisprudence reconnaît le droit à l'employeur de définir unilatéralement les objectifs de ses salariés. V. en ce sens, Cass. soc., 22 mai 2001, n° 99-41.838 et n° 99-41.970.

¹⁴²² E. FLAMHOLTZ, « *Effective organizational control : a framework, applications and implication* », *European Management Journal*, 1996, vol. 14, n° 6, p. 596-611, cité dans M. PONTIER, « *Télétravail indépendant ou télétravail salarié : quelles modalités de contrôle et quel degré d'autonomie* », *La Revue des Sciences de Gestion*, vol. 265, n° 1, 2014, p. 33.

¹⁴²³ Tout en sachant que l'insuffisance des résultats au regard des objectifs fixés ne constitue pas en soi une cause de rupture privant le juge de son pouvoir d'appréciation de l'existence d'une cause réelle et sérieuse de licenciement. Cass. soc., 3 février 1999, n° 97-40.606, *D. 1999. IR 68* ; *JCP 1999. II. 10132, obs. Serret* ; *RJS 1999. 213, n° 351, op. cit.*

¹⁴²⁴ V. à ce sujet, P.-E. BERTHIER, *La récompense en droit du travail, op. cit.*, p. 228 et s.

¹⁴²⁵ G. AUZERO, D. BAUGARD et E. DOCKÈS, *Droit du travail, op. cit.*, p. 871.

¹⁴²⁶ P. WAQUET, « *Les objectifs* », *op. cit.*

¹⁴²⁷ A. LAMPERT, *L'autonomie du travailleur*, LexisNexis, 2020, p. 45.

relevant parfois d'un exercice de notation¹⁴²⁸. Par ailleurs, les objectifs peuvent être fixés contractuellement ou être définis unilatéralement par l'employeur¹⁴²⁹. Dans les deux cas, pour être licite, l'objectif doit être à la fois réalisable, raisonnable et réaliste¹⁴³⁰. Pour vérifier l'ensemble de ces critères, la jurisprudence semble suivre une double série d'exigences, l'une tenant à la personne du salarié et l'autre à la conjoncture économique. Cependant, celles-ci sont interdépendantes et sont parfois exprimées en une seule¹⁴³¹.

277. L'objectif et la personne du salarié. La vérification de la licéité de l'objectif implique en premier lieu de se référer à la qualification professionnelle du salarié¹⁴³². À cet égard, il convient que l'employeur ait mis à la disposition du salarié l'ensemble des moyens nécessaires à la bonne réalisation de sa prestation de travail¹⁴³³. Cette exigence renvoie à l'obligation qui incombe à l'employeur d'adaptation du salarié à son poste de travail¹⁴³⁴. Également, l'appréciation du caractère raisonnable de l'objectif fait appel à un standard¹⁴³⁵. Le raisonnable s'oppose à l'excès, l'objectif doit ainsi être « conforme à la raison »¹⁴³⁶. Le contrôle des résultats porte sur ce qu'on est normalement en droit d'attendre d'un salarié. Selon Pierre-Emmanuel Berthier, la terminologie civiliste du « bon père de famille » est remplacée ici par le « salarié normalement diligent » dans les relations de travail¹⁴³⁷. En ce sens, il convient de prouver pour l'employeur, non pas seulement la non-atteinte en elle-même des résultats, le salarié n'étant pas soumis à une obligation de résultat, mais que celui-ci n'a pas exécuté correctement sa prestation de travail, alors qu'il était à même de pouvoir atteindre l'objectif sans fournir d'effort supplémentaire particulier¹⁴³⁸. Une telle approche, qui conduit à

¹⁴²⁸A. CHIREZ, « Notation et évaluation des salariés », *op. cit.*, p. 309 ; N. SANDRET et J.-C. SCIBERRAS, « À quoi sert l'évaluation des salariés ? », *op. cit.*

¹⁴²⁹Cass. soc., 22 mai 2001, n° 99-41.838 et n° 99-41.970, *op. cit.*

¹⁴³⁰Cass. soc., 30 mars 1999, n°97-41.028, *D. 1999. IR 115 ; RJS 1999. 398, n° 641.*

¹⁴³¹A. FABRE, « Contrat de travail à durée indéterminée : rupture », *op. cit.*, § 266.

¹⁴³²V. également, *supra*, n° 165 ; P. WAQUET, « Les objectifs », *op. cit.*

¹⁴³³Cass. soc., 2 décembre 2003, n° 01-44.192, *SSL n° 1149, 2003, p. 14, op. cit.*

¹⁴³⁴Art. L. 6321-1 C. trav. ; Cass. soc., 23 octobre 2007, n° 06-40.950, *D. 2007. AJ 2874, obs. Perrin ; RDT 2008. 33, obs. Fabre ; Dr. soc. 2008. 126, obs. Savatier ; SSL 2007, n° 1334, p. 10, op. cit. ; Cass. soc., 2 mars 2010, n° 09-40.914, n° 09-40.915, n° 09-40.916, Dr. ouvrier 2010. 537, obs. Mazières ; Dr. soc. 2010. 714, obs. Barthélémy ; Cass. soc., 18 juin 2014, n° 13-14.916, *D. actu. 10 juill. 2014, obs. Peyronnet ; D. 2014. Actu. 1386 ; RJS 2014. 614, n° 718 ; JSL 2014, n° 371-4., op. cit.**

¹⁴³⁵L. FLAMENT, « Le raisonnable en droit du travail », *Dr. soc.*, 2007, p. 16.

¹⁴³⁶C'est-à-dire « qui répond plus encore qu'aux exigences de la rationalité (de la logique), à celles d'autres aspirations (usage, bon sens) sans exclure la considération des contingences (l'opportunité, le possible) ; par ext., en pratique, modéré, mesuré, qui se tient dans un juste moyenne », V. « Raisonnable », G. CORNU, *Vocabulaire juridique, op. cit.*, p. 850.

¹⁴³⁷P.-E. BERTHIER, *La récompense en droit du travail, op. cit.*, p. 239.

¹⁴³⁸V. pour une acceptation du licenciement lié « à un manque d'activité et à un désintérêt », Cass. soc., 18 janvier 2006, n° 04-42.782. ; V. exemple d'objectif considéré comme étant déraisonnable, Cass. soc., 13 juillet 1989, n° 86-45.201 ; Cass. soc., 7 mars 2018, n° 16-21.588.

limiter la force juridique des objectifs, doit être louée, dans la mesure où le salarié reste soumis à une obligation de moyen et non de résultat¹⁴³⁹. L'inverse conduirait à faire peser sur lui le risque économique de l'activité.

278. L'objectif et le contexte économique. En outre, pour apprécier le contexte économique de la non-réalisation des objectifs, le caractère réaliste a une place privilégiée. Le contrôle de l'imputabilité suppose d'observer les objectifs à l'aune de « *l'état du marché* », plus précisément, il faut que les objectifs définis soient « *réalistes et compatibles avec le marché* »¹⁴⁴⁰. Une « *conjoncture difficile* » peut ainsi empêcher de reprocher l'insuffisance des résultats, au soutien d'un licenciement¹⁴⁴¹. Là encore, cette prise en compte est nécessaire pour ne pas conduire à un transfert des risques de l'entreprise sur le salarié, au travers du contrôle des objectifs.

279. L'appréciation par comparaison de l'objectif. Ces deux séries d'appréciation, de la personne du salarié et du contexte économique, se rejoignent dans l'analyse du caractère sérieux et réalisable des objectifs. Il a par exemple été jugé qu'un licenciement ne précédait pas d'une cause réelle et sérieuse par le constat de la difficulté à atteindre les objectifs compte tenu des conditions d'exploitation du magasin et de la faible marge de manœuvre du salarié. Le juge a ainsi tenu compte et de la situation économique et de l'autonomie octroyée au salarié¹⁴⁴². L'insuffisance des résultats peut être appréciée par comparaison, soit par les résultats antérieurs du salarié¹⁴⁴³, soit par ceux obtenus par d'autres salariés de l'entreprise¹⁴⁴⁴. L'analyse de l'objectif dépend ainsi de la personne du salarié et du contexte dans lequel il lui est demandé de le réaliser¹⁴⁴⁵. Autrement dit, il y a une objectivation de la démarche de l'employeur qui correspond à une triple démarche de comparaison : entre les moyens fournis et les objectifs fixés ; les objectifs et l'état du marché ; les résultats du salarié et ceux de l'entreprise, et ceux des autres salariés placés dans une situation identique¹⁴⁴⁶.

¹⁴³⁹ A. SUPIOT, *La gouvernance par les nombres*, op. cit., p. 366.

¹⁴⁴⁰ Cass. soc., 18 janvier 2012, n° 10-19.569.

¹⁴⁴¹ Cass. soc., 4 avril 2001, n° 99-41.651.

¹⁴⁴² Cass. soc., 3 février 1999, n° 97-40.606, D. 1999. IR 68 ; JCP 1999. II. 10132, obs. Serret ; RJS 1999. 213, n° 351, op. cit.

¹⁴⁴³ Cass. soc., 17 juin 1982, n° 80-40.719.

¹⁴⁴⁴ Cass. soc., 18 décembre 1978, Bull. civ. V, n° 872 ; D. 1979. IR 329, obs. Langlois.

¹⁴⁴⁵ V. également, Cass. soc., 2 décembre 2003, n° 01-44.192, SSL n° 1149, 2003, p. 14, op. cit. ; Cass. soc., 26 mai 2004, n° 02-43.594.

¹⁴⁴⁶ P.-Y. VERKINDT, « Le raisonnable en droit du travail », op. cit., p. 54.

280. Dans ce contexte, le contrôle de la bonne réalisation des objectifs contribue à une approche quantitative du travail, mais dont la jurisprudence a pour le moment limité sa force juridique. La rupture du contrat de travail fondée sur la non-réalisation des objectifs est donc possible sous réserve des deux conditions suivantes¹⁴⁴⁷ : les objectifs doivent être réalisables¹⁴⁴⁸ et leur non-réalisation doit résulter d'une insuffisance professionnelle, ou d'une faute imputable au salarié¹⁴⁴⁹. Néanmoins, une telle « *sophistication* »¹⁴⁵⁰ des clauses contractuelles¹⁴⁵¹, par la fixation d'objectifs pour contrôler la prestation de travail, illustre une volonté de responsabiliser le salarié et de maximiser sa performance¹⁴⁵², en lui offrant comme garantie le caractère rationnel d'un objectif quantifié. Le contrôle du travail du salarié s'exerce également lors de son exécution en cas d'utilisation des outils numériques, qui sont à sa disposition dans le cadre de la réalisation de sa prestation de travail.

B- Le contrôle de l'utilisation des outils numériques au travail

281. L'existence d'une présomption de caractère professionnel. Il existe un droit de regard de l'employeur sur les outils qui sont mis à la disposition du salarié par l'entreprise¹⁴⁵³. L'innovation qu'a introduite le numérique, notamment avec le recours aux courriels, n'empêche pas un certain encadrement lors de leur utilisation par le salarié¹⁴⁵⁴. L'utilisation des outils numériques mis à la disposition des salariés a donné, en effet, lieu à un contentieux fourni¹⁴⁵⁵. Tout d'abord, leur emploi suppose qu'ils aient une vocation professionnelle¹⁴⁵⁶. À cet égard, la jurisprudence évoque une présomption du caractère professionnel des fichiers ou des courriels

¹⁴⁴⁷ P. LOKIEC, *Droit du travail, op. cit.*, p. 298.

¹⁴⁴⁸ Cass. soc., 6 novembre 2008, n° 07-43.363, *D.* 2009. 590.

¹⁴⁴⁹ Cass. soc., 25 février 2003, n° 00-42.866.

¹⁴⁵⁰ M.-C. ESCANDE-VARNIOL, « La sophistication des clauses du contrat de travail », *Dr. ouvr.*, 1997, p. 478.

¹⁴⁵¹ V. notamment, A. JEAMMAUD, « Les polyvalences du contrat de travail », dans *Les Transformations du droit du travail. Études offertes à Gérard Lyon-Caen*, Dalloz, 1989, p. 309-310. ; A. LYON-CAEN, « Actualités du contrat de travail », *Dr. soc.*, 1988, p. 541.

¹⁴⁵² V. en ce sens, P. ADAM, *L'individualisation du droit du travail, op. cit.*, p. 211 ; A. LAMPERT, *L'autonomie du travailleur, op. cit.*, p. 44.

¹⁴⁵³ V. pour une réflexion sur les objets connectés, I. DESBARATS, « Les objets connectés au travail : quelles régulations pour quels enjeux ? », *op. cit.*

¹⁴⁵⁴ J. HUET, « Le courrier électronique dans les relations de travail : un inventaire à la prévert », dans *Mélanges en l'honneur de Bernard Teyssié*, LexisNexis, 2019, p. 200.

¹⁴⁵⁵ V. notamment, B. DABOSVILLE, « Le « téléprivé ». Étude sur l'utilisation à des fins personnelles des outils de communication de l'entreprise », *RDT*, 2018, p. 826.

¹⁴⁵⁶ M. DEMOULAIN, *Nouvelles technologies et droit des relations de travail, op. cit.*, p. 292.

qui sont stockés sur les outils numériques, que ce soit un ordinateur¹⁴⁵⁷ ou un téléphone portable¹⁴⁵⁸, fourni par l'entreprise, en l'absence d'indication¹⁴⁵⁹. Cette présomption a, par ailleurs, été étendue aux connexions internet, « de sorte que l'employeur peut les rechercher aux fins de les identifier, hors de sa présence »¹⁴⁶⁰. La même logique est appliquée aux documents papier¹⁴⁶¹, il y a ainsi une continuité vers les outils numériques.

282. Dans le prolongement de la présomption du caractère professionnel, la connexion d'un outil appartenant personnellement au salarié perd son caractère privé, dès lors qu'il est connecté à un outil informatique mis à la disposition du salarié, par l'employeur pour l'exécution du contrat de travail. Une clé USB connectée à l'ordinateur professionnel du salarié a ainsi été présumée être utilisée à des fins professionnelles et l'employeur a ainsi pu avoir accès aux fichiers non identifiés comme étant personnels qu'elle contenait, en dehors de la présence du salarié¹⁴⁶². L'accessoire a suivi le principal, selon le célèbre adage latin *accessorium sequitur principale*. La clé USB a ainsi été considérée comme une « extension de l'unité centrale du salarié »¹⁴⁶³. Par conséquent, le salarié a tout intérêt à identifier ses documents personnels s'il souhaite les faire échapper à la surveillance de l'employeur.

¹⁴⁵⁷ « Les dossiers et fichiers créés par un salarié grâce à l'outil informatique mis à sa disposition pour l'exécution de son travail sont présumés, sauf si le salarié les identifie comme étant « personnels » avoir un caractère professionnel de sorte que l'employeur peut y avoir accès hors sa présence », Cass. soc., 18 octobre 2006, n° 04-48.025, RDT 2006. 395, obs. de Quenaudon ; D. 2007. Pan. 691, obs. F. Guiomard ; RJS 2006. 32, n° 7 ; SSL 2006, n° 1279, p. 10.

¹⁴⁵⁸ Cass. com., 10 février 2015, n° 13-14.779, D. 2015. Actu. 428 ; RDT 2015. 1914, obs. Adam ; JSL 2015, n° 385-2, obs. Lhernould ; RJS 4/2015, n° 232 ; JCP S 2015. 1155, note Bossu ; CCC 2015. 38, note Caprioli ; RLDA 2015. 5546, note Arnaud ; Dr. et pr. 2015. 113, note Dorol. ; Si l'enregistrement d'une conversation téléphonique privée, effectué à l'insu de l'auteur des propos invoqués, est un procédé déloyal rendant irrecevable en justice la preuve ainsi obtenue, il n'en est pas de même de l'utilisation par le destinataire des messages écrits téléphoniquement adressés, dits SMS, dont l'auteur ne peut ignorer qu'ils sont enregistrés par l'appareil récepteur. Cass. soc., 23 mai 2007, n° 06-43.209, D. 2007. AJ 1598, obs. A. Fabre ; *ibid.* 2284, note Castets-Renard ; *ibid.* Pan. 2822, obs. Vasseur ; RTD civ. 2007. 637, obs. Perrot ; *ibid.* 776, obs. Fages ; JCP 2007. II. 10140, note Weiller ; JCP E 2007. 2072, note Gohlen ; JCP S 2007. 1601, note Bossu ; Procédures 2007, n° 182, note Perrot ; Dr. et pr. 2007. 340, note Bobant ; Dr. et patr. 1/2008, p. 102, obs. Amrani Mekki ; RDBF 2007, n° 196, obs. Caprioli ; LPA 29 avr. 2008, p. 15, obs. Daverat.

¹⁴⁵⁹ Cass. soc., 2 octobre 2001, n° 99-42.942, D. 2001. IR 2944 ; Dr. soc. 2001. 920, obs. Ray ; JCP E 2001. 1918, note Puigelier ; RJS 2001. 948, n° 1394 ; CSB 2001, A. 40, obs. Jez ; JSL 2001, n° 88-2 ; SSL 2001, n° 1045, p. 6, concl. Kehrig, *op. cit.*

¹⁴⁶⁰ Cass. soc., 9 juillet 2008, n° 06-45.800, D. 2008. 2228, obs. Ines ; RJS 2008. 893, n° 1071 ; Dr. soc. 2008. 1072, note Ray ; JCP S 2008. 1638, note Boubli ; CCE 2008. 128, obs. Lepage ; *ibid.* 131, obs. Caprioli. ; Cass. soc., 18 mars 2009, n° 07-44.247, D. actu. 6 avr. 2009, obs. C. Dechristé ; Dr. soc. 2010. 267, obs. J.-E. Ray ; CCE 2009, n° 5, comm. 50, p. 43, note É.-A. Caprioli ; RLDI 2009/06, n° 50, note Saint-Martin.

¹⁴⁶¹ Cass. soc., 11 juillet 2012, n° 11-22.972, RJS 2012, n° 763.

¹⁴⁶² Cass. soc., 12 février 2013, n° 11-28.649, D. actu. 6 mars 2013, obs. Ines ; D. 2013. Pan. 1026, obs. Porta ; *ibid.* 1776, obs. Contamine ; RDT 2013. 339, obs. Nord-Wagner ; Dr. ouvrier 2013. 275 ; JSL 2013, n° 340-3 ; JCP S 2013. 1217, obs. Bossu ; RTD civ. 2013. 574, obs. Hauser.

¹⁴⁶³ M. NORD-WAGNER, « Présomption d'utilisation à des fins professionnelles d'une clé USB connectée à l'outil informatique mis à disposition du salarié par son employeur », RDT, 2013, p. 339.

283. Le strict contrôle. Le constat du caractère professionnel justifie, en effet, le libre accès de l'employeur et sa possibilité de contrôle sur l'ensemble des outils fournis par l'entreprise. Il est ainsi tout à fait permis à un employeur de vérifier le relevé des communications téléphoniques d'un salarié, qui lui a été fourni par *France Télécom*¹⁴⁶⁴. Une telle possibilité de surveillance peut conduire au licenciement du salarié en cas d'utilisation abusive par le salarié¹⁴⁶⁵. Par exemple, il a été confirmé la licéité du licenciement d'un salarié qui avait utilisé son poste téléphonique aux fins de joindre des sites de rencontre entre adultes pendant son travail¹⁴⁶⁶. Ces illustrations soulignent l'admission d'une surveillance normale de l'employeur¹⁴⁶⁷. Par ailleurs, le salarié ne peut se soustraire à la surveillance de l'employeur, en protégeant par exemple l'accès aux données issues des appareils fournis par l'entreprise¹⁴⁶⁸.

284. La présomption du caractère professionnel est cependant simple et donc réfragable. Néanmoins, son renversement est strictement encadré. Il convient, pour ce faire, qu'il y ait une indication précise et explicite de la nature personnelle de la donnée qui serait susceptible d'être consultée par l'employeur¹⁴⁶⁹. La nature privée ne peut, par exemple, pas être déduite de la seule inscription sur la liste des « *favoris* » de l'ordinateur¹⁴⁷⁰. De même, l'indication des initiales du salarié dans le nom du répertoire¹⁴⁷¹, ou la seule dénomination « *Mes documents* » donnée à un fichier¹⁴⁷² sont insuffisantes à inverser la présomption du caractère

¹⁴⁶⁴ Cass. soc., 15 mai 2001, n° 99-42.937, *RJS* 7/2001, n° 830.

¹⁴⁶⁵ V. en ce sens, Cass. soc., 18 mars 2009, n° 07-44.247, *D. actu.* 6 avr. 2009, obs. C. Dechristé ; *Dr. soc.* 2010. 267, obs. J.-E. Ray ; *CCE* 2009, n° 5, comm. 50, p. 43, note É.-A. Caprioli ; *RLDI* 2009/06, n° 50, note Saint-Martin, *op. cit.*

¹⁴⁶⁶ Cass. soc., 29 janvier 2008, n° 06-45.279, *RDT* 2008. 242, obs. de Quenaudon et Sachs-Durand ; Dans le même sens, « *si l'enregistrement d'une conversation téléphonique privée, effectué à l'insu de l'auteur des propos invoqués, est un procédé déloyal rendant irrecevable en justice la preuve ainsi obtenue, il n'en est pas de même de l'utilisation par le destinataire des messages écrits téléphoniquement adressés, dits SMS, dont l'auteur ne peut ignorer qu'ils sont enregistrés par l'appareil récepteur* », Cass. soc., 23 mai 2007, n° 06-43.209, *D.* 2007. *AJ* 1598, obs. A. Fabre ; *ibid.* 2284, note Castets-Renard ; *ibid.* *Pan.* 2822, obs. Vasseur ; *RTD civ.* 2007. 637, obs. Perrot ; *ibid.* 776, obs. Fages ; *JCP* 2007. II. 10140, note Weiller ; *JCP E* 2007. 2072, note Gohlen ; *JCP S* 2007. 1601, note Bossu ; *Procédures* 2007, n° 182, note Perrot ; *Dr. et pr.* 2007. 340, note Bobant ; *Dr. et patr.* 1/2008, p. 102, obs. Amrani Mekki ; *RDBF* 2007, n° 196, obs. Caprioli ; *LPA* 29 avr. 2008, p. 15, obs. Daverat, *op. cit.* ; Cass. soc., 6 février 2013, n° 11-23.738, *D.* 2013. 1775, obs. Sommé.

¹⁴⁶⁷ R. DE QUENAUDON et C. SACHS-DURAND, « De l'abus de la part du salarié à l'abus de surveillance de la part de l'employeur », *RDT*, 2008, p. 242.

¹⁴⁶⁸ Cass. soc., 18 octobre 2006, n° 04-48.025, *RDT* 2006. 395, obs. de Quenaudon ; *D.* 2007. *Pan.* 691, obs. F. Guiomard ; *RJS* 2006. 32, n° 7 ; *SSL* 2006, n° 1279, p. 10, *op. cit.*

¹⁴⁶⁹ M. DEMOULAIN, *Nouvelles technologies et droit des relations de travail*, *op. cit.*, p. 293.

¹⁴⁷⁰ Cass. soc., 9 février 2010, n° 08-45.253, *CCE* 2010, n° 69, obs. Caprioli.

¹⁴⁷¹ Cass. soc., 21 octobre 2009, n° 07-43.877, *RDT* 2010. 172, obs. Guyader ; *JCP* 2009. 574, n° 2, obs. Mekki ; *CCE* 2010, n° 9, obs. Caprioli ; *Dr. et pr.* 1/2010. 22, obs. Choquet.

¹⁴⁷² Cass. soc., 10 mai 2012, n° 11-13.884, *D.* 2013. 1026, obs. Lokiec et Porta ; *RDT* 2012. 428, obs. Keim-Bagot.

professionnel¹⁴⁷³. *A contrario*, l'employeur ne peut accéder librement à des fichiers identifiés par le salarié comme personnels¹⁴⁷⁴, par la mention « *personnel* » ou « *perso* »¹⁴⁷⁵.

285. La possible ouverture de fichiers personnels. Cependant, il a tout de même été admis l'ouverture par l'employeur, en dehors de la présence du salarié, des fichiers indiqués « *personnels* » figurant sur le disque dur de son ordinateur professionnel, comme ne constituant pas une atteinte à sa vie privée¹⁴⁷⁶, dès lors que la charte de l'utilisateur pour l'usage du système d'information indique spécifiquement que les informations à caractère privé doivent être clairement identifiées comme telles. Il était, en effet, observé que le requérant avait utilisé une partie importante des capacités de son ordinateur professionnel pour stocker les fichiers litigieux¹⁴⁷⁷. Dans cette affaire, le salarié avait stocké le disque dur professionnel plus de 1500 fichiers à caractère pornographique totalisant 787 mégaoctets sur une période de 4 mois. La mention « *D :/données personnelles* » n'a pas empêché l'exercice du pouvoir de contrôle de l'employeur¹⁴⁷⁸. La disproportion manifeste du stockage a exclu de conférer un caractère personnel à l'intégralité des données qu'il contenait. Dès lors, il convient que l'utilisation personnelle soit bien raisonnable. De plus, en cas de risque ou d'événement particulier, il est admis que l'employeur puisse ouvrir des fichiers identifiés par le salarié comme personnels contenus sur le disque dur de l'ordinateur mis à sa disposition, mais à la condition que cela se fasse en sa présence, ou qu'il ait été dûment appelé¹⁴⁷⁹. Au-delà du seul contrôle de la bonne exécution de la prestation de travail du salarié, et de l'utilisation des outils professionnels

¹⁴⁷³ V. également, des courriels et fichiers intégrés dans le disque dur de l'ordinateur mis à disposition du salarié par l'employeur ne sont pas identifiés comme personnels du seul fait qu'ils émanent initialement de la messagerie personnelle du salarié. Cass. soc., 19 juin 2013, n° 12-12.138, *D. 2013. 1629* ; *RDT 2013. 708*, obs. Nord-Wagner.

¹⁴⁷⁴ Cass. soc., 17 mai 2005, n° 03-40.017, *CCE 2005, n° 121*, note Lepage ; *D. 2005. AJ 1448*, obs. Chevrier ; *ibid. 1873*, tribune de Quenaudon ; *ibid. Pan. 2643*, obs. Lepage, Marino et Bigot ; *ibid. 2006. 29*, obs. Centre de recherche en droit social de l'IETL, université Lumière-Lyon 2 ; *Dr. soc. 2005. 789*, note Ray.

¹⁴⁷⁵ Cass. soc., 2 octobre 2001, n° 99-42.942, *D. 2001. IR 2944* ; *Dr. soc. 2001. 920*, obs. Ray ; *JCP E 2001. 1918*, note Puigelier ; *RJS 2001. 948*, n° 1394 ; *CSB 2001, A. 40*, obs. Jez ; *JSL 2001, n° 88-2* ; *SSL 2001, n° 1045*, p. 6, concl. Kehrig, *op. cit.*

¹⁴⁷⁶ V. sur la prise en compte de la vie personnelle du salarié, *infra*, n° 403.

¹⁴⁷⁷ CEDH, 22 février 2018, n° 588/13, *Libert c/ France*, *D. 2018. 1291*, note Marguénaud et Mouly ; *JSL 2018, n° 451-3*, obs. H. Nasom-Tissandier ; *Sem. soc. Lamy 2018, n° 1806*, p. 7, obs. M. Caro ; *JCP 2018. 433*, note F. Marchadier ; *Procédures 2018. Comm. 109*, obs. N. Fricero ; *ibid.*, *Comm. 112*, obs. A. Bugada ; *JCP S 2018. 1108*, note G. Loiseau ; *Dr. soc. 2018. 455*, obs. Dabosville ; *Dalloz IP/IT 2018. 511*, obs. Péronne et Daoud.

¹⁴⁷⁸ Cass. soc., 4 juillet 2012, n° 11-12.502, *JCP S 2013, n° 4*, p. 1045, note B. Bossu ; *CCE 2013, n° 1*, *comm. 10*, note É.-A. Caprioli.

¹⁴⁷⁹ Art. 145 CPC ; Cass. soc., 17 mai 2005, n° 03-40.017, *CCE 2005, n° 121*, note Lepage ; *D. 2005. AJ 1448*, obs. Chevrier ; *ibid. 1873*, tribune de Quenaudon ; *ibid. Pan. 2643*, obs. Lepage, Marino et Bigot ; *ibid. 2006. 29*, obs. Centre de recherche en droit social de l'IETL, université Lumière-Lyon 2 ; *Dr. soc. 2005. 789*, note Ray, *op. cit.* ; V. également en ce sens, Cass. soc., 23 mai 2007, n° 05-17.818, *D. 2007. Actu. 1590*, obs. A. Fabre ; *Dr. soc. 2007. 951*, obs. Ray ; *RTD civ. 2007. 637*, obs. R. Perrot ; *JCP 2007. I. 200*, obs. Amrani Mekki ; *ibid. S 2007. 1537*, note Béal et Ferreira ; *Gaz. Pal. 31 mai 2007, p. 15*, et la note ; *Procédures 2007, n° 159*, note Perrot ; *Dr. et pr. 2007. 277*, note Hugon ; *Dr. et patr., janv. 2008, p. 107*, obs. Amrani Mekki.

fournis par l'entreprise, le contrôle de l'employeur porte également désormais sur le salarié lui-même.

§2 : Au contrôle du salarié par le numérique

286. Outre le contrôle du travail et de l'utilisation des outils mis à la disposition du salarié, les moyens techniques ont offert la possibilité à l'employeur de surveiller non seulement le travail, mais aussi la personne même du salarié. Un élargissement de l'objet du contrôle qui manifeste l'extension du pouvoir de contrôle à l'ère numérique. Par ailleurs, la surveillance des salariés a connu une certaine diversification : biométrie, vidéosurveillance, contrôle de la présence, badgeage, ou encore géolocalisation¹⁴⁸⁰. La numérisation et la traçabilité des actions et des données du salarié viennent à la place de la surveillance du contremaitre¹⁴⁸¹. Ces modes de surveillance, bien connus, permettent de contrôler le salarié aussi bien au sein des locaux de l'entreprise qu'en dehors (A). Ils font néanmoins l'objet de certaines exigences de validité auxquelles l'employeur doit répondre. À cet égard, l'encadrement des mesures de contrôle du salarié renouvelle l'appréciation de la rationalisation de l'action de l'employeur (B).

A- L'extension du contrôle du salarié

287. En principe, selon l'expression consacrée de Jean Rivero, « *au contrat, le salarié met à la disposition de l'employeur sa force de travail, mais non sa personne* »¹⁴⁸². Cependant, l'employeur dispose désormais de moyens techniques qui lui permettent d'exercer un contrôle qui peut être quasi omniprésent. Le basculement vers un contrôle numérique du salarié se manifeste tant dans l'entreprise (1), qu'en dehors de celle-ci (2).

¹⁴⁸⁰ F. FAVENNEC-HÉRY, « Vie professionnelle, vie personnelle du salarié et droit probatoire », *Dr. soc.*, 2004, p. 48 ; J.-E. RAY, « Droit du travail et TIC (I) », *op. cit.* ; P.-H. MOUSSERON, « Le lieu de travail, territoire de l'entreprise », *Dr. soc.*, 2007, p. 1110.

¹⁴⁸¹ A. SUPIOT, « Travail, droit et technique », *op. cit.*

¹⁴⁸² J. RIVERO, « Les libertés publiques dans l'entreprise », *op. cit.*

1- Le contrôle numérique dans l'entreprise

288. Lieu d'exercice des pouvoirs de l'employeur, découlant du lien de subordination, les locaux de l'entreprise représentent l'espace privilégié de l'exercice du pouvoir de contrôle de l'employeur. Divers moyens de surveillance peuvent être mis en place pour contrôler tant les déplacements des salariés (b), que l'accès même aux bâtiments de l'entreprise (a).

a) Un contrôle de l'accès à l'entreprise

289. Le contrôle de l'accès aux locaux. Pour contrôler l'accès à l'entreprise, un système d'accès aux locaux peut être tout d'abord mis en place. Il s'agit communément d'une pointeuse ou d'une badgeuse¹⁴⁸³. Par ce système, l'accès aux bâtiments de l'entreprise ou au poste de travail peut être conditionné par la présentation d'un badge. Il peut en être de même pour des zones identifiées de l'entreprise, nécessitant par exemple une habilitation particulière en raison de leur caractère dangereux. Le pouvoir de contrôle de l'employeur va ainsi s'exprimer au travers de ce système.

290. L'étendue du dispositif doit être cependant limitée. La CNIL s'est opposée à la mise en place d'une badgeuse prenant en photo systématiquement les salariés¹⁴⁸⁴. Elle a ainsi mis en demeure les entreprises y ayant recours, considérant un tel usage comme étant excessif. Par conséquent, la mise en œuvre d'une badgeuse devra se limiter à l'usage de badge ou de carte d'accès et ne peut s'étendre à un fonctionnement se rapprochant d'un système biométrique, par l'utilisation de photo ou de puce informatique¹⁴⁸⁵. En ce sens, pour l'utilisation d'un contrôle biométrique, par les empreintes digitales ou le visage, la CNIL exige un « *fort impératif de sécurité* »¹⁴⁸⁶, concernant ainsi les seules entreprises homologuées « *confidentiel-défense* »¹⁴⁸⁷.

¹⁴⁸³ Cass. soc., 6 avril 2004, n° 01-45.227, D. 2004. 2736.

¹⁴⁸⁴ Une badgeuse photographiant le salarié à chaque pointage conduit à une collecte excessive de données personnelles au regard de l'objectif de contrôle de la durée du travail. <https://www.cnil.fr/fr/badgeuses-photo-mise-en-demeure-de-plusieurs-employeurs-pour-collecte-excessive-de-donnees> [consulté le 12 juillet 2023].

¹⁴⁸⁵ P. SIRINELLI et S. PRÉVOST, « Souriez, vous êtes photographiés ! », *Dalloz IP/IT*, 2020, p. 457.

¹⁴⁸⁶ Délib. CNIL, n° 2019-001 du 10 janvier 2019 portant règlement type relatif à la mise en œuvre de dispositifs ayant pour finalité le contrôle d'accès par authentification biométrique aux locaux, aux appareils et aux applications informatiques sur les lieux de travail.

¹⁴⁸⁷ Délib. CNIL, n° 2008-360 du 2 octobre 2008 refusant la mise en œuvre par le Commissariat général des expositions et salons du groupement des industries françaises de défense terrestre (COGES) d'un traitement de

Autrement dit, la mise en œuvre d'un tel dispositif uniquement pour des raisons pratiques de sécurisation de l'accès aux bâtiments serait illicite.

291. Le contrôle du temps de travail. Outre la sécurité de l'accès, un système de badgeuse peut être utilisé pour enregistrer automatiquement les heures de travail des salariés¹⁴⁸⁸. L'employeur devra cependant être vigilant à son emplacement en cas de comptabilisation des horaires par l'outil. L'éloignement de la badgeuse, des vestiaires ou d'une salle de repos a pour conséquence de devoir considérer, pour l'employeur, comme temps de travail effectif, les déplacements des salariés des vestiaires à la badgeuse et de la badgeuse à la salle de repos¹⁴⁸⁹.

292. Le recours à un système informatique de décompte du temps de travail permet d'en assurer le suivi et la preuve. Il incombe également à l'employeur d'établir les documents nécessaires au décompte¹⁴⁹⁰ et au contrôle de la durée du travail : l'employeur a « *l'obligation de mettre en place un système objectif, fiable et accessible permettant de mesurer la durée du temps de travail journaliser effectué par chaque travailleur* »¹⁴⁹¹. À cet effet, le système d'enregistrement doit être fiable et infalsifiable¹⁴⁹². La production par l'employeur d'un relevé de pointage issu d'un système de suivi informatique permet de limiter les risques de contestation sur le *quantum* des heures effectuées¹⁴⁹³. En cela, il constitue un support de contrôle privilégié du contrôle de l'employeur.

293. Cependant, l'employeur doit assurer un contrôle des heures enregistrées, car la subordination du paiement des heures supplémentaires à son accord préalable ne suffit pas à exclure leur paiement¹⁴⁹⁴. À ce sujet, il a été jugé que l'enregistrement dans un logiciel mis à la

données à caractère personnel reposant sur la reconnaissance des empreintes digitales et ayant pour finalité le contrôle de l'accès aux locaux (autorisation n°1303825) ; V. également sur le sujet, M. DEMOULAIN, *Nouvelles technologies et droit des relations de travail*, op. cit., p. 343.

¹⁴⁸⁸ Art. L. 3171-4 C. trav.

¹⁴⁸⁹ Cass. soc., 13 juillet 2004, n° 02-15.142, *RJS 2004*, n° 1052.

¹⁴⁹⁰ Le décompte a pu être défini comme étant prendre « *en compte quotidiennement le nombre d'heures de travail accomplies afin d'assurer un enregistrement du temps de travail effectif réalisé* », CAA Nantes, 31 mai 2022, n° 21NT00309 ; F. MOREL, « Quelle compatibilité entre la déclaration par anticipation du temps de travail et les règles de contrôle du temps de travail ? », *BJT*, n° 7-8, 2022, p. 6.

¹⁴⁹¹ Art. D. 3171-1 et 3171-8 C. trav. ; « *les États membres doivent imposer aux employeurs l'obligation de mettre en place un système objectif, fiable et accessible permettant de mesurer la durée du temps de travail journalier effectué par chaque travailleur* », CJUE, 14 mai 2019, aff. C-55/18, *RJS 2019*, p. 601, obs. E. Lafuma ; *RDT 2019*, 491, note M. Miné.

¹⁴⁹² Art. L. 3171-4 C. trav.

¹⁴⁹³ M.-N. ROUSPIDE-KATCHADOURIAN, « Heures supplémentaires enregistrées dans un logiciel de pointage informatique et accord implicite de l'employeur », *JCP S*, n° 40, 2020, 3030.

¹⁴⁹⁴ Cass. soc., 2 juin 2010, n° 08-40.628, *JCP S 2010*, 1241, note G. Loiseau ; *Dr. soc. 2010*, p. 992, obs. J. Mouly ; Le salarié peut prétendre au paiement des heures supplémentaires accomplies, soit avec l'accord de l'employeur, soit s'il est établi que la réalisation de telles heures a été rendue nécessaire par les tâches qui lui ont été confiées. Cass. soc., 14 novembre 2018, n° 17-16.959 et n° 17-20.659, *RDT 2019*, p. 18, obs. M. Véricel.

disposition de l'employeur d'heures supplémentaires doit être considéré comme étant couvert par un accord implicite de l'employeur, car ce dernier était informé de ces heures¹⁴⁹⁵. Le dispositif de pointage étant mis à disposition par l'employeur, il devient un support de l'expression de son pouvoir de contrôle, qui conduit à considérer qu'il est présumé avoir connaissance des heures enregistrées au sein du logiciel¹⁴⁹⁶. Véritable extension de l'œil de l'employeur, l'enregistrement d'heures au sein d'un dispositif informatique est considéré comme étant porté à sa connaissance. Ce qui peut induire un risque de condamnation au titre de travail dissimulé qui plus est si l'intentionnalité est démontrée¹⁴⁹⁷. Cependant, il convient de préciser que l'enregistrement d'heures supplémentaires par un tel dispositif ne conduit pas systématiquement à leur paiement¹⁴⁹⁸. L'employeur peut s'opposer à la réalisation d'heures supplémentaires et donc à leur paiement, sauf si le salarié apporte la preuve qu'elles ont été rendues nécessaires à la réalisation des tâches confiées au salarié¹⁴⁹⁹. Il ne devra néanmoins pas demeurer silencieux pour s'opposer à leur paiement, car sa connaissance peut donc être considérée comme étant présumée par la mise en place d'un dispositif de badgeuse. Outre l'accès aux locaux, la surveillance de l'employeur s'exerce bien évidemment au sein de l'entreprise.

b) Un contrôle étendu des déplacements au sein de l'entreprise

294. La mise en œuvre de la vidéosurveillance. Dans le cadre du contrôle des salariés au sein de l'entreprise, la vidéosurveillance est l'un des outils les plus répandus. Il s'agit d'un outil technique, organisationnel et social de contrôle. Elle permet de visualiser des images par

¹⁴⁹⁵ Cass. soc., 8 juillet 2020, n° 18-23.366, *JCP S 2020. 3030, note M.-N. Rouspide-Katchadourian*.

¹⁴⁹⁶ « *La pointeuse, ou un de ses avatars modernisés et informatisés, semble être pour l'employeur le seul système viable de contrôle effectif du temps de travail* », N. LEGER, « La preuve du temps effectivement travaillé », *Dr. soc.*, 2022, p. 27.

¹⁴⁹⁷ V. notamment, Cass. soc., 4 mars 2003, n° 00-46.906, *Dr. soc. 2003. 528, obs. Radé* ; Cass. soc., 20 juin 2013, n° 10-20.507, *D. actu. 12 juill. 2013, obs. Fraisse* ; *RJS 10/2013, n° 715* ; *JSL, n° 349-6, obs. Tourreil* ; En revanche, la dissimulation d'emploi salarié n'est pas caractérisée si le nombre d'heures indiqué résulte d'une erreur de rédaction. Cass. soc., 29 octobre 2003, n° 01-44.940, *D. 2003. IR 2933* ; *RJS 2004. 74, n° 89* ; V. par exemple, l'élément intentionnel a pu être caractérisé dès lors que « *l'employeur était informé de ce que les horaires de travail de la salariée étaient supérieurs aux temps pré-quantifiés et avait interdit à celle-ci de mentionner sur ses feuilles de route les heures qu'elle avait réellement accomplies* », Cass. crim., 5 juin 2019, n° 17-23.228, *D. 2019. Actu. 1232* ; *RJS 8-9/2019, n° 515* ; *JCP S 2019. 1257, obs. Aubert-Monpeyssen*.

¹⁴⁹⁸ M.-N. ROUSPIDE-KATCHADOURIAN, « Heures supplémentaires enregistrées dans un logiciel de pointage informatique et accord implicite de l'employeur », *op. cit.*

¹⁴⁹⁹ M. VÉRICEL, « Paiement des heures supplémentaires effectuées sans l'accord de l'employeur », *RDT*, 2019, p. 198.

l'intermédiaire de caméras¹⁵⁰⁰. En principe, la mise en œuvre d'un système de vidéosurveillance est subordonnée à l'information auprès des salariés et du CSE et l'employeur doit justifier d'une finalité autorisée¹⁵⁰¹. Cependant, dès lors que le dispositif de vidéosurveillance n'a pas pour objet de contrôler l'activité des salariés, l'employeur n'est tenu à aucune obligation de transparence. Il a ainsi été considéré comme étant licite la vidéosurveillance qui avait été mise en place dans le but de sécuriser une zone de stockage non ouverte au public et le couloir y donnant accès¹⁵⁰².

295. Le détournement de finalité anciennement possible. Jusqu'à un arrêt du 10 novembre 2021¹⁵⁰³, la finalité annoncée par l'employeur pouvait être détournée. L'employeur avait la possibilité, en effet, d'opposer les preuves recueillies par les systèmes de surveillance des locaux auxquels les salariés n'avaient pas accès ou qui n'avaient pas pour objet le contrôle de l'activité des salariés, dans le cadre d'une procédure disciplinaire¹⁵⁰⁴. La vidéosurveillance, qui avait pour but affiché de répondre à un impératif de sécurité, pouvait servir subsidiairement, comme outil de contrôle des agissements des salariés au soutien d'une éventuelle procédure disciplinaire¹⁵⁰⁵. L'acceptation de la vidéosurveillance, comme preuve dans le cadre d'une procédure disciplinaire, initialement mise en place dans un but sécuritaire, avait pour effet d'étendre incidemment l'exercice du pouvoir de contrôle. Désormais, l'employeur doit informer les salariés et consulter le CSE sur l'utilisation d'un dispositif permettant, outre la protection et la sécurité des biens et des personnes dans les locaux de l'entreprise, de contrôler et de surveiller l'activité des salariés. Cette position plus rigoureuse implique ainsi la nécessité de régulariser les dispositifs de surveillance, si l'employeur souhaite se réserver la possibilité d'utiliser les enregistrements à des fins de contrôle¹⁵⁰⁶.

296. La surveillance qui s'étend à celle du salarié au sein des locaux de l'entreprise illustre néanmoins l'extension des modalités de contrôle de l'employeur. Ce double contrôle de l'accès

¹⁵⁰⁰ E. BAUDOIN, M. BENABID, K. CHERIF et C. DIARD, *Transformation digitale de la fonction RH*, *op. cit.*, p. 155.

¹⁵⁰¹ V. *infra*, n° 319 et s.

¹⁵⁰² Cass. soc., 22 septembre 2021, n° 20-10.843, *JCP S* 2021. 1284, *obs. Allix et Palin*.

¹⁵⁰³ Cass. soc., 10 novembre 2021, n° 20-12.263, *D. actu.* 29 nov. 2021, *obs. Couëdel* ; *D.* 2021. 2093 ; *RJS* 2/2022, n° 43 ; *JSL* 2021, n° 531-532-3, *obs. Hautefort* ; *JCP S* 2021. 1305, *note Loiseau* ; *ibid.* 1323, *obs. Leborgne-Ingelaere*.

¹⁵⁰⁴ Cass. soc., 19 avril 2005, n° 02-46.295, *D.* 2005. IR 1248, *obs. Chevrier*.

¹⁵⁰⁵ Un enregistrement vidéo était opposable au salarié, même s'il n'avait pas été informé de son existence, dès lors que le système de vidéosurveillance n'avait pas été utilisé pour contrôler son activité. Cass. soc., 11 décembre 2019, n° 17-24.179 ; V. à ce sujet, B. BOSSU, « Surveillance au travail », *op. cit.*, p. 170 et s.

¹⁵⁰⁶ V. à ce sujet, G. LOISEAU, « L'apprentissage du droit des données à caractère personnel », *JCP S*, n° 49, 2021, 1305 ; V. également, *infra*, n° 431.

à l'entreprise et des déplacements des salariés au sein des locaux donne une impression d'omniprésence de l'employeur. Par ailleurs, ce contrôle va également pouvoir avoir cours hors de l'entreprise.

2- Le contrôle numérique hors de l'entreprise

297. Les évolutions, liées à l'organisation du travail, issues du développement de l'informatique, ont conduit à la dispersion des activités dans d'autres lieux que ceux des locaux de l'entreprise. L'architecture des espaces de travail a parallèlement évolué au contact des formes de contrôle mis en place¹⁵⁰⁷. La surveillance de l'employeur s'étend ainsi au-delà des seuls locaux de l'entreprise, pour suivre le salarié d'une part lors de ses déplacements (a) et d'autre part lors de ses connexions (b). La surveillance dépasse ainsi les murs de l'entreprise pour aller jusqu'à l'espace virtuel du salarié.

a) *Une surveillance physique encadrée du salarié*

298. La surveillance physique, le cas de la géolocalisation. L'outil privilégié pour surveiller les déplacements est la géolocalisation¹⁵⁰⁸. Outre la localisation spatiale, ce dispositif permet également un suivi temporel. Elle offre l'opportunité à l'employeur de suivre le salarié en dehors des murs de l'entreprise. Une telle technique conduit à dépasser les limites géographiques ou temporelles initiales de l'entreprise. L'usage de la géolocalisation peut concerner tout aussi bien le véhicule mis à la disposition du salarié, que tout objet connecté comme le téléphone portable, conduisant à une « télé-localisation »¹⁵⁰⁹. Le contrôle de l'employeur suit ainsi le salarié hors des murs de l'entreprise. Cependant à l'aune de la très

¹⁵⁰⁷ V. à ce sujet, « Espace », A. BEVORT, A. JOBERT, M. LALLEMENT et A. MIAS, *Dictionnaire du travail*, *op. cit.*, p. 290-291.

¹⁵⁰⁸ V. sur la géolocalisation, M. DEMOULAIN, *Nouvelles technologies et droit des relations de travail*, *op. cit.*, p. 347 et s. ; V. également, B. BOSSU, « Surveillance au travail », *op. cit.*, p. 173 et s.

¹⁵⁰⁹ J.-E. RAY, « De la géo-localisation à la télé-localisation », *Dr. soc.*, 2012, p. 61.

grande intrusion dont fait preuve la géolocalisation, son usage a été encadré et n'est pas totalement à la libre disposition de l'employeur, qui doit en justifier le recours¹⁵¹⁰.

299. Un usage restreint. Son usage a été admis pour assurer le contrôle de la durée du travail, néanmoins son recours a été particulièrement restreint¹⁵¹¹. Tout d'abord, une distinction a été opérée entre les salariés autonomes et ceux qui ne le sont pas. À cet égard, l'utilisation de la géolocalisation « *n'est pas justifiée lorsque le salarié dispose d'une liberté dans l'organisation de son travail* »¹⁵¹². Il y aurait là une incompatibilité de principe qui s'opposerait à leur géolocalisation. Pour les autres, son utilisation a été circonscrite à la condition qu'aucun autre moyen de contrôle ne soit possible¹⁵¹³. Or, un moyen alternatif est souvent envisageable, comme l'auto-déclaration par le salarié de ses heures de travail. En ce sens, le Conseil d'État a ajouté la précision selon laquelle : fut-ce le moyen alternatif moins efficace que la géolocalisation¹⁵¹⁴. Cette précision, confirmée par la chambre sociale¹⁵¹⁵, implique que dès lors qu'un autre moyen de suivi du temps de travail est possible, il doit être privilégié par rapport à l'utilisation de la géolocalisation. Ce qui a eu pour effet de réduire considérablement l'utilisation possible d'un système de géolocalisation.

300. Ensuite, une seconde distinction doit être opérée en fonction de la nature de l'usage du véhicule par le salarié. À ce sujet, la CNIL a déclaré que : « *la mise sous surveillance permanente des déplacements des salariés est disproportionnée lorsque la tâche à accomplir ne réside pas dans le déplacement lui-même, mais dans la réalisation d'une prestation pouvant elle-même faire l'objet d'une vérification* »¹⁵¹⁶. Enfin, en cas de mise en œuvre à des fins de sécurité ou s'il s'agit d'un véhicule de fonction qui peut donc être utilisé en dehors du temps de travail, il conviendra de prévoir un mécanisme qui permettra la déconnexion du système, aux

¹⁵¹⁰ V. sur le régime des mesures de contrôles, *infra*, n° 306 et s.

¹⁵¹¹ Cass. soc., 3 novembre 2011, n° 10-18.036, *D. actu.* 14 nov. 2011, obs. Astaix ; *D.* 2011. *Actu.* 2803 ; *RDT* 2012. 156, obs. Bossu et Morgenroth ; *Dr. soc.* 2012. 61, note Ray ; *SSL* 2011, n° 1518, p. 7, note Flores ; *JSL* 2011, n° 311-312-4, obs. Hautefort ; *JCP S* 2012. 1054, obs. Loiseau ; Cass. soc., 17 décembre 2014, n° 13-23.645, *RJS* 3/2015, n° 171.

¹⁵¹² Cass. soc., 3 novembre 2011, n° 10-18.036, *D. actu.* 14 nov. 2011, obs. Astaix ; *D.* 2011. *Actu.* 2803 ; *RDT* 2012. 156, obs. Bossu et Morgenroth ; *Dr. soc.* 2012. 61, note Ray ; *SSL* 2011, n° 1518, p. 7, note Flores ; *JSL* 2011, n° 311-312-4, obs. Hautefort ; *JCP S* 2012. 1054, obs. Loiseau, *op. cit.*

¹⁵¹³ « *Le traitement peut avoir pour finalité accessoire le suivi du temps de travail, lorsque ce suivi ne peut être réalisé par un autre moyen* », Délib. CNIL, n° 2015-165 du 4 juin 2015.

¹⁵¹⁴ CE, 15 décembre 2017, n° 403776, *AJDA* 2018. 402, concl. Bretonneau ; *ibid.* 2017. 2501 ; *RJS* 3/2018, n° 158 ; *SSL* 2018, n° 1800, p. 16, obs. Caro ; *JSL* 2018, n° 403776, obs. Pacotte et Leroy.

¹⁵¹⁵ Cass. soc., 19 décembre 2018, n° 17-14.631, *D.* 2019. *Actu.* 21 ; *RJS* 3/2019, n° 146 ; *JSL* 2019, n° 470-2, obs. Nisol ; *JCP S* 2019. 1038, obs. Bossu.

¹⁵¹⁶ Délib. CNIL, n° 2006-066 du 16 mars 2006.

fins de sauvegarder la vie privée du salarié¹⁵¹⁷. Autant d'éléments qui permettent de coller à la finalité annoncée du recours à la géolocalisation et de limiter son recours¹⁵¹⁸. La Cour de cassation, contrairement à la vidéosurveillance, n'admet pas qu'un système de géolocalisation soit détourné de sa finalité. Elle a, en effet, décidé qu'« un système de géolocalisation ne peut pas être utilisé par l'employeur pour d'autres finalités que celles qui ont été déclarées auprès de la Commission nationale de l'informatique et des libertés, et portées à la connaissance des salariés »¹⁵¹⁹. Si la géolocalisation n'est pas interdite par principe, « il semblerait que les obstacles à sa mise en place dans l'entreprise soient, en pratique, nombreux et difficiles à contourner »¹⁵²⁰.

301. La géolocalisation permet un contrôle particulièrement prégnant de l'employeur. La Cour de cassation ainsi que la CNIL se sont heureusement saisies du sujet pour opérer un contrôle particulièrement rigoureux¹⁵²¹, afin d'éviter une surveillance permanente au nom de la protection des intérêts légitimes de l'entreprise¹⁵²². L'utilisation de la surveillance physique par la géolocalisation a ainsi été strictement encadrée pour éviter un contrôle permanent des salariés par la machine¹⁵²³. Néanmoins, l'employeur peut également opérer une surveillance en ligne du salarié.

¹⁵¹⁷ Il a été jugé que « la mise en place du traitement de géolocalisation des véhicules de la société avait permis un contrôle permanent du salarié, en collectant des données relatives à la localisation de son véhicule en dehors de ses horaires et de ses jours de travail, de sorte que cette atteinte importante à son droit à une vie personnelle était disproportionnée par rapport au but poursuivi », Cass. soc., 22 mars 2023, n° 21-22.852.

¹⁵¹⁸ V. *infra*, n° 319 et s.

¹⁵¹⁹ Dans cette affaire, sans en informer les salariés, l'employeur utilisait un système de géolocalisation pour contrôler le temps de travail des salariés, alors qu'il avait indiqué que le système avait pour but de réaliser une étude a posteriori des déplacements effectués par les commerciaux itinérants, afin d'optimiser les visites effectuées. Cass. soc., 3 novembre 2011, n° 10-18.036, *D. actu.* 14 nov. 2011, *obs. Astaix* ; *D. 2011. Actu.* 2803 ; *RDT 2012. 156, obs. Bossu et Morgenroth* ; *Dr. soc. 2012. 61, note Ray* ; *SSL 2011, n° 1518, p. 7, note Flores* ; *JSL 2011, n° 311-312-4, obs. Hautefort* ; *JCP S 2012. 1054, obs. Loiseau, op. cit.* V. également, B. BOSSU, « Surveillance au travail », *op. cit.*, p. 161.

¹⁵²⁰ L. DE MONTVALON, « Géolocalisation et contrôle de la durée du travail », *Les Cahiers Lamy du CSE*, n° 189, 2019, p. 28.

¹⁵²¹ « On imagine facilement les dérives que permet la confrontation de telles données avec celles d'un logiciel d'assistance à la navigation, permettant de reprocher au salarié le choix d'un trajet légèrement plus embouteillé qu'un autre à l'heure où il l'a emprunté, voire de lui signaler, puisque les données sont disponibles en temps réel, un trajet alternatif à celui qu'il entreprend de suivre, bref, une immixtion constante et débilatante dans tout ce qui relève de la responsabilité de l'employé », A. BRETONNEAU, « Contrôle du temps de travail : l'illicéité de la géolocalisation », *AJDA*, 2018, p. 402.

¹⁵²² B. BOSSU et A. BAREGE, « Les TIC et le contrôle de l'activité du salarié », *op. cit.*

¹⁵²³ J. ICARD, « Caractère disproportionné d'un système de géolocalisation permettant le contrôle du temps de travail pour des salariés non libres dans leur organisation du temps de travail », *BJT*, n° 2, 2019, p. 15.

b) *Une surveillance en ligne possible du salarié*

302. L'existence possible d'une surveillance en ligne. L'employeur peut également surveiller le salarié en ligne. Il lui est possible de contrôler et de limiter l'utilisation d'internet *via* le réseau de l'entreprise par la mise en place de dispositifs de filtrage de site internet, ainsi que de la messagerie de l'entreprise, par des outils de mesure de la fréquence des envois par exemple. Ce contrôle peut avoir pour double objectif d'assurer la sécurité des réseaux informatiques ainsi que de limiter les risques d'abus d'un usage personnel de la part des salariés¹⁵²⁴. Autrement dit, il y a d'une part un impératif de sécurité informatique pour l'employeur et d'autre part une volonté de contrôler l'usage des outils informatiques par le salarié.

303. La mise en œuvre d'une charte informatique. Les restrictions de l'usage des outils informatiques mis à la disposition du salarié peuvent être inscrites au sein d'une charte informatique¹⁵²⁵. La charte d'entreprise est un document élaboré par l'employeur ayant pour but « *d'établir les valeurs qui inspirent son action, d'afficher ses bonnes intentions dans les domaines liés à son activité et aussi les « engagements » éthiques qu'elle prend à l'égard de ses différents « partenaires »* »¹⁵²⁶. Le recours aux chartes s'est particulièrement développé¹⁵²⁷, donnant lieu à des contenus hétérogènes et de valeur contraignante variable. À cet égard, il convient de distinguer celles qui relèvent du règlement intérieur, et les autres¹⁵²⁸. Dès lors que certaines de leurs dispositions relèvent du domaine du règlement intérieur¹⁵²⁹, elles sont alors considérées comme « *intégrée[s] au règlement intérieur* »¹⁵³⁰, sous réserve que l'employeur ait

¹⁵²⁴ V. par exemple, « *mais attendu que la cour d'appel, qui a constaté que la salariée s'était connectée pendant son temps de travail à de très nombreuses reprises à de nombreux sites extraprofessionnels tels que des sites de voyage ou de tourisme, de comparaison de prix, de marques de prêt-à-porter, de sorties et événements régionaux ainsi qu'à des réseaux sociaux et à un site de magazine féminin et que ces connexions s'établissaient, exclusion faite de celles susceptibles de présenter un caractère professionnel, à plus de 10 000 sur la période du 15 au 28 décembre 2008 et du 8 janvier au 11 janvier 2009 a pu décider, malgré l'absence de définition précise du poste de la salariée, qu'une telle utilisation d'internet par celle-ci pendant son temps de travail présentait un caractère particulièrement abusif et constitutif d'une faute grave* », Cass. soc., 26 février 2013, n° 11-27.372.

¹⁵²⁵ V. également, Y.-M. LARHER, *Les relations numériques de travail*, op. cit., p. 241 et s.

¹⁵²⁶ D. BERRA, « Les chartes d'entreprise et le droit du travail », dans *Mélanges dédiés au Président Michel Despax*, PUSS, 2002, p. 123.

¹⁵²⁷ V. en ce sens, B. PEREIRA, « Chartes et codes de conduite : le paradoxe éthique », *La Revue des Sciences de Gestion*, n° 230, février 2008, p. 25.

¹⁵²⁸ V. par exemple la distinction qui peut être faite avec les chartes qui ne sont pas « *dans l'esprit du règlement intérieur, de fixer des règles d'ordres disciplinaires, mais de prescrire des règles ayant vocation à s'appliquer en l'absence d'accord collectif qui les déterminerait* », G. LOISEAU, « Le pouvoir normatif de l'employeur », dans *Mélanges en l'honneur de Bernard Teyssié*, Lexis Nexis, 2019, p. 233.

¹⁵²⁹ Une lettre comportant l'énoncé d'une règle de comportement générale et permanente sous peine de sanction constitue nécessairement une adjonction au règlement intérieur. CE, 27 juillet 2005, n° 254600.

¹⁵³⁰ Cass. soc., 15 décembre 2010, n° 09-42.691, *Légipresse 2011*, p. 79.

respecté les conditions de validité afférentes¹⁵³¹. Annexée au règlement intérieur, la charte informatique peut prévoir des restrictions de l'usage des outils, mettre en œuvre des règles de sécurité, et prévoir des sanctions disciplinaires. Au même titre que le règlement intérieur, la charte ainsi adjointe peut faire l'objet d'un contrôle de légalité¹⁵³². À défaut d'avoir respecté les différentes consultations obligatoires, la charte ne pourra être opposable au salarié¹⁵³³. En fonction, sa méconnaissance par le salarié pourrait faire l'objet d'une sanction disciplinaire.

304. La mise en œuvre d'une surveillance en ligne avec le travail à distance. La surveillance en ligne s'est particulièrement développée dans le cadre du télétravail¹⁵³⁴. Le contexte du télétravail intéresse, en effet, doublement la surveillance en ligne : tant par l'exécution du travail en dehors des murs de l'entreprise, que par l'utilisation des outils numériques pour ce faire. À distance, le premier objet du contrôle de l'employeur concerne généralement celui du temps de travail. Pour ce faire, il peut être mis en œuvre des systèmes autodéclaratifs avec des logiciels de gestion pour que les salariés y inscrivent leurs horaires de travail. Il a, cependant, été constaté que le contrôle du temps de travail n'était pas la priorité au sein des accords d'entreprise, alors que la question de son suivi est particulièrement importante, tant concernant la prévention de la santé que pour des raisons probatoires en cas de contentieux¹⁵³⁵. Il peut néanmoins y avoir des moyens détournés pour l'employeur de connaître et de suivre les temps de connexion de ses salariés, par l'usage des messageries électroniques et d'outils comme *Microsoft Teams*, particulièrement plébiscité pendant la pandémie de covid-19¹⁵³⁶, qui indique la connexion ou l'absence des salariés, permettant ainsi d'observer en temps réel la connexion des salariés. En outre, n'étant pas en tant que tel un outil de surveillance, l'employeur n'a pas à répondre aux obligations relatives à la mise en place de mesures de contrôle¹⁵³⁷. En revanche, l'installation

¹⁵³¹ Art. L. 1321-4 et s. C. trav. ; Le respect des règles relatives à la procédure d'élaboration rend opposable aux salariés en qualité de règlement intérieur, toute norme qui traite de l'objet des règlements intérieur, quelle que soit sa dénomination. Cass. soc., 3 juillet 2001, n° 99-43.387.

¹⁵³² V. par exemple, a été considérée comme étant contraire à l'article L. 3251-4 du Code du travail sur les retenues de salaires les dispositions d'une charte d'utilisation des téléphones portables à la SNCF qui prévoyait une retenue en cas de dépassement du forfait de communications. Cass. soc., 18 février 2003, n° 00-45.931, *Dr. soc.* 2003. 459, note Radé.

¹⁵³³ V. par exemple, Cass. soc., 9 mai 2012, n° 11-13.687, *D. actu.* 7 juin 2012, obs. Fleuriot ; *D.* 2012. Actu. 1340 ; *RDT* 2012. 564, obs. Pontif ; *Dr. soc.* 2012. 1027, obs. Ray ; *RJS* 2012. 544, n° 633 ; *Dr. ouvrier* 2013. 26, obs. Varin.

¹⁵³⁴ V. sur le télétravail, *infra*, n° 356 et s.

¹⁵³⁵ C. TEYSSIER, « Télétravail au domicile : une approche juridique des mutations en cours », *Dr. soc.*, 2023, p. 38.

¹⁵³⁶ J.-E. RAY, « Contrôler de la durée du travail ... chez soi ? », *Dr. soc.*, 2022, p. 21.

¹⁵³⁷ V. *infra*, n° 306 et s.

d'un *keylogger*¹⁵³⁸ qui enregistrerait l'ensemble des actions effectuées par le salarié sur son ordinateur sur un système numérique est en principe interdite « *sauf circonstance exceptionnelle liée à un fort impératif de sécurité* »¹⁵³⁹. L'ensemble des outils qui conduiraient à une surveillance permanente du salarié sont en principe, en effet, considérés comme étant disproportionnés par la nature particulièrement intrusive de ces systèmes¹⁵⁴⁰. Dans le cadre du télétravail, l'ANI du 26 novembre 2020 recommande plutôt que « *les managers soient, dès leur prise de poste, formés aux modalités du management à distance* »¹⁵⁴¹, pour mettre en œuvre une organisation davantage fondée sur la confiance que sur la surveillance. Face cependant à un certain devoir de contrôle de l'employeur¹⁵⁴², ainsi que certaines exigences probatoires, notamment sur le suivi du temps de travail¹⁵⁴³, il faut donc trouver un équilibre.

305. La recherche d'un équilibre. L'ensemble de ces techniques de surveillance résulte de l'évolution des techniques et appelle à la vigilance quant à leur usage, eu égard à leur caractère particulièrement intrusif. L'employeur peut ainsi contrôler ses salariés en dehors de l'entreprise. La difficulté spatiale de contrôle de l'employeur est surmontée par les possibilités qu'offrent les outils numériques et montre les évolutions du contrôle de l'employeur vers une certaine omniprésence. Un équilibre doit être trouvé, comme pour tout pouvoir, entre le contrôle de l'employeur, légitimé par l'intérêt de l'entreprise¹⁵⁴⁴ et le respect des droits attachés à la personne humaine qu'est le salarié¹⁵⁴⁵. Le pouvoir de contrôle de l'employeur est encadré et certaines obligations, notamment de loyauté et de transparence, lui incombent préalablement à la mise en œuvre de certaines modalités de surveillance¹⁵⁴⁶.

¹⁵³⁸ Il s'agit par exemple d'un enregistreur de frappe ou logiciel espion ou un périphérique qui espionne l'utilisateur. V. à ce sujet, G29, « Avis 2/2017 sur le traitement des données sur le lieu de travail », adopté le 8 juin 2017, spé. p. 16.

¹⁵³⁹ https://www.cnil.fr/sites/cnil/files/attachment_341_96.pdf [consulté le 16 août 2023].

¹⁵⁴⁰ V. également, A. GOUTTENOIRE, « Le régime du contrôle du télétravailleur par la donnée », *op. cit.*

¹⁵⁴¹ Accord national interprofessionnel du 26 novembre 2020 relatif à la mise en œuvre réussie du télétravail, art. 4.2.

¹⁵⁴² V. *infra*, n° 371 et s.

¹⁵⁴³ V. *infra*, n° 409 et s.

¹⁵⁴⁴ V. sur la notion d'intérêt de l'entreprise, *supra*, n° 79 et s.

¹⁵⁴⁵ B. BOSSU et A. BAREGE, « Les TIC et le contrôle de l'activité du salarié », *op. cit.*

¹⁵⁴⁶ V. *infra*, n° 372.

B- L'encadrement perfectible des mesures de contrôle de l'employeur

306. Une obligation de loyauté ainsi qu'un contrôle de proportionnalité encadrent le pouvoir de contrôle de l'employeur. Un tel contrôle s'explique par la finalité du pouvoir. À ce sujet, Emmanuel Gaillard distinguait droit subjectif et pouvoir selon leur finalité et indiquait concernant le pouvoir qu'il « *se caractérise, au contraire [du droit subjectif], par le fait qu'il est confié à son titulaire dans un intérêt au moins partiellement distinct du sien* »¹⁵⁴⁷. C'est ce qui justifie le régime du pouvoir de l'employeur¹⁵⁴⁸ et l'exigence de justification qui pèse sur lui¹⁵⁴⁹. Il y a une rationalisation du pouvoir¹⁵⁵⁰ de contrôle de l'employeur par une obligation de transparence et de proportionnalité de ses actions.

307. Avant l'adoption du RGPD¹⁵⁵¹, il existait une exigence de transparence administrative. Tout système de surveillance de l'activité des salariés comportant l'enregistrement de données personnelles devait faire l'objet d'une déclaration préalable auprès de la CNIL¹⁵⁵². Cette déclaration préalable, aujourd'hui remplacée par l'inscription au registre des traitements¹⁵⁵³, servait à exposer à la CNIL la finalité du traitement, les catégories de données à caractère personnel traitées, leur origine, les catégories de personnes concernées par le traitement ainsi que leur durée de conservation¹⁵⁵⁴.

308. Une double exigence entoure l'exercice du pouvoir de contrôle de l'employeur : celle de transparence (1) et de finalité (2). Face à la surveillance numérique, leur intérêt s'est renforcé et leur mise en œuvre a été renouvelée.

¹⁵⁴⁷ E. GAILLARD, *Le pouvoir en droit privé*, op. cit., p. 21.

¹⁵⁴⁸ V. également en ce sens, P.-E. BERTHIER, *La récompense en droit du travail*, op. cit., p. 38.

¹⁵⁴⁹ V. sur ce sujet, F. GUIOMARD, *La justification des mesures de gestion du personnel, essai sur le contrôle du pouvoir de l'employeur*, op. cit.

¹⁵⁵⁰ A. FABRE, *Le régime du pouvoir de l'employeur*, op. cit., p. 111 et s.

¹⁵⁵¹ Règlement n° 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, op. cit.

¹⁵⁵² Cass. soc., 8 octobre 2014, n° 13-14.991, *D. 2015. Chron. C. cass. 104, note Sabotier* ; *ibid.* 2016. 167, obs. J. A. Aynès.

¹⁵⁵³ V. L. CHABAUD et A.-L. COTTIN, « L'essentiel à savoir sur le RGPD », *Les Cahiers Lamy du DRH*, n° 260, 2019, p. 16-21.

¹⁵⁵⁴ Loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, op. cit., art. 30.

1- L'exigence de transparence à renforcer

309. Pour protéger le salarié, une obligation de transparence s'est peu à peu imposée à l'employeur : l'obligation d'information¹⁵⁵⁵. De façon analogue au droit civil, l'obligation d'information peut avoir pour finalité d'encadrer le consentement ou l'exécution du contrat¹⁵⁵⁶ ; comme elle peut être le préalable à une décision, ou permettre un contrôle des pouvoirs de l'employeur¹⁵⁵⁷. L'obligation d'information s'est imposée en droit du travail comme garantie incontournable des droits des salariés, notamment renforcée récemment par la directive européenne du 20 juin 2019¹⁵⁵⁸. L'obligation d'information se présente comme une véritable garantie de transparence pour les salariés, ce, d'autant face à l'accroissement des méthodes de contrôle *via* les nouvelles possibilités qu'offrent le numérique, mais également par les nouvelles méthodes de direction algorithmiques des ressources humaines¹⁵⁵⁹. À défaut d'un réel recueil de la volonté du salarié, en raison notamment de son état de subordination, une transparence accrue est exigée. Il convient d'ores et déjà de préciser qu'au-delà d'une seule formalité d'information préalable, évinçant le consentement du salarié, certains voient dans cette obligation « *un moyen d'intégrer les salariés au processus décisionnel de l'employeur* »¹⁵⁶⁰, qui pourrait encore être renforcé. Une double transparence est ainsi exigée : individuelle (a) et collective (b).

a) *L'indispensable transparence individuelle*

310. Transparence individuelle. En principe, aucune information concernant personnellement un salarié ne peut être collectée par un dispositif qui n'a pas été préalablement porté à sa

¹⁵⁵⁵ V. à ce sujet, B. DABOSVILLE, *L'information du salarié : contribution à l'étude de l'obligation d'informer*, Dalloz, coll. « Nouvelle bibliothèque de thèses », 2013.

¹⁵⁵⁶ M. FABRE-MAGNAN, *De l'obligation d'information dans les contrats : essai d'une théorie*, LGDJ, 2015, p. 3.

¹⁵⁵⁷ A. LEPAGE, *Recherche sur la connaissance du fait en droit*, thèse, Paris XI, 1998, p. 266 et s.

¹⁵⁵⁸ Directive 2019/1152 du 20 juin 2019 relative à des conditions de travail transparentes et prévisibles dans l'Union européenne, *op. cit.* Cette directive, qui, non seulement, augmente les droits des travailleurs et en réduit les délais, mais qui, également agrandit largement son champ d'application qui va jusqu'à englober les travailleurs des plateformes, dès lors qu'ils sont subordonnés, ainsi que les contrats anglo-saxon « *zéro heures* ». Cette promotion de l'information est allée de pair avec l'utilisation croissante des technologies de l'information et de la communication.

¹⁵⁵⁹ V. *supra*, n° 129.

¹⁵⁶⁰ A. FABRE, *Le régime du pouvoir de l'employeur*, *op. cit.*, p. 171.

connaissance¹⁵⁶¹. Il a, par exemple, été considéré comme un mode de preuve illicite, l'enregistrement issu d'une caméra dissimulée à proximité de la caisse d'une vendeuse. Le célèbre arrêt *Néocel*¹⁵⁶² a posé le principe selon lequel « *si l'employeur a le droit de contrôler et de surveiller l'activité de ses salariés pendant le temps de travail, tout enregistrement, quels qu'en soient les motifs, d'images ou de paroles à leur insu, constitue un mode de preuve illicite* ». Il convient d'informer les salariés, même s'ils ne peuvent prétendre sérieusement ignorer l'existence de caméras vidéo par exemple¹⁵⁶³. Il est ainsi interdit, sous peine d'illicéité de la preuve, pour l'employeur de mettre en œuvre un dispositif de surveillance clandestin¹⁵⁶⁴, d'un stratagème¹⁵⁶⁵, comme l'organisation d'une filature¹⁵⁶⁶, le recours à un détective privé¹⁵⁶⁷ ou à une société de surveillance extérieure¹⁵⁶⁸.

311. Sur l'obligation d'information des salariés, la CEDH¹⁵⁶⁹ a pu cependant susciter le trouble dans une décision, en reléguant l'obligation d'information au rang de simple élément de contrôle de la proportionnalité¹⁵⁷⁰, en estimant que « *l'information donnée à la personne faisant l'objet d'une vidéosurveillance et son ampleur ne sont que l'un des critères à prendre en compte pour apprécier la proportionnalité d'une telle mesure dans un cas donné* ». Une telle conception de la garantie procédurale, que représente l'information préalable, a engendré de vives réactions chez une partie de la doctrine, qui a souligné l'importance d'un examen

¹⁵⁶¹ Art. L. 1222-4 C. trav.

¹⁵⁶² Cass. soc., 20 novembre 1991, n° 88-43.120, *D.* 1992. 73, *concl. Y. Chauvy* ; *Dr. soc.* 1992. 28, *rapp. P. Waquet* ; *RTD civ.* 1992. 365, *obs. J. Hauser* ; *ibid.* 418, *obs. P.-Y. Gautier* ; *RJS* 1/1992, n° 1., *op. cit.*

¹⁵⁶³ Cass. soc., 7 juin 2006, n° 04-43.866, *D.* 2006. IR 1704 ; *RJS* 2006. 853, n° 1143 ; *JSL* 2006, n° 194-3 ; *JCP S* 2006. 1614, *obs. Corrignan-Carsin*.

¹⁵⁶⁴ Cass. soc., 18 mars 2008, n° 06-45.093, *D.* 2008. AJ 992, *obs. Ines* ; *JCP* 2008. *Actu.* 234 ; Constitue un stratagème rendant illicite le moyen de preuve ainsi obtenu l'utilisation de lettres piégées à l'insu du personnel, Cass. soc., 4 juillet 2012, n° 11-30.266, *D. actu.* 26 juill. 2012, *obs. Astaix* ; *D.* 2012. *Actu.* 1894 ; *ibid.* 2826, *obs. Delebecque, Bretzner et Darret-Courgeon* ; *Dr. soc.* 2012. 1027, *obs. Ray*.

¹⁵⁶⁵ Cass. soc., 19 novembre 2014, n° 13-18.749, *D.* 2015. Pan. 834, *obs. Porta* ; *Dr. soc.* 2015. 83, *note Boulmier* ; *RJS* 2/2015, n° 77.

¹⁵⁶⁶ « *La filature organisée par l'employeur pour contrôler l'activité d'un salarié constitue un moyen de preuve illicite dès lors qu'elle implique nécessairement une atteinte à la vie privée de ce dernier, insusceptible d'être justifiée, eu égard à son caractère disproportionné, par les intérêts légitimes de l'employeur* », Cass. soc., 26 novembre 2002, n° 00-42.401, *R.*, p. 359 ; *D.* 2003. 1858, *note Bruguière* ; *ibid.* *Somm.* 394, *obs. Fabre* ; *ibid.* 1536, *obs. A. Lepage* ; *ibid.* *Chron.* 1305, *par Ravanais* ; *JCP* 2003. I. 156, n° 5, *obs. Cesaro* ; *RTD civ.* 2003. 58, *obs. Hauser*.

¹⁵⁶⁷ Cass. soc., 22 mai 1995, n° 93-44.078, *RTD civ.* 1995. 862, *obs. Hauser* ; *ibid.* 1996. 197, *obs. Gautier*.

¹⁵⁶⁸ Cass. soc., 15 mai 2001, n° 99-42.219, *D.* 2001. IR 1771 ; *RJS* 2001. 578, n° 830.

¹⁵⁶⁹ CEDH, 17 octobre 2019, n° 1874/13 et 8567/13, *Lopez Ribalda e.a. c/ Espagne*, *AJDA* 2020. 160, *chron. L. Burgogue-Larsen* ; *D.* 2019. 2039, *et les obs.* ; *ibid.* 2021. 207, *obs. J.-D. Bretzner et A. Aynès* ; *AJ pénal* 2019. 604, *obs. P. Buffon* ; *Dr. soc.* 2021. 503, *étude J.-P. Marguénaud et J. Mouly* ; *RDT* 2020. 122, *obs. B. Dabosville* ; *Légipresse* 2020. 64, *étude G. Loiseau* ; *RTD civ.* 2019. 815, *obs. J.-P. Marguénaud*.

¹⁵⁷⁰ P. ADAM, « *La vidéosurveillance du salarié sous contrôle judiciaire* », *Dr. soc.*, 2021, p. 843.

indépendant de celui du test de proportionnalité¹⁵⁷¹ pour les garanties procédurales¹⁵⁷². Cependant, la jurisprudence française a semblé se saisir de cette ouverture pour réduire elle aussi l'exigence d'information du salarié à un « *simple élément du test de proportionnalité* » qui doit être opéré entre l'atteinte à une liberté fondamentale et le droit à la preuve¹⁵⁷³.

312. Les modalités d'information. À tout le moins, le salarié doit avoir connaissance du dispositif collectant des informations le concernant personnellement¹⁵⁷⁴. Aucune forme n'est requise pour l'information des salariés. Il est ainsi possible de considérer qu'un simple affichage sur le lieu de travail peut suffire¹⁵⁷⁵. Néanmoins, un simple autocollant comportant le pictogramme d'une caméra et la mention « *vidéo* » est « *notoirement insuffisant* »¹⁵⁷⁶. Bien que la transparence individuelle permette d'éviter une surveillance déloyale, elle n'altère pas nécessairement le pouvoir de l'employeur, à cet égard il a pu être souligné qu'« *une surveillance est en effet d'autant plus efficace qu'elle est visible et permanente même si elle est discontinuée dans son action* »¹⁵⁷⁷.

313. Enfin, au titre de la réglementation de la protection des données personnelles¹⁵⁷⁸, la collecte des données personnelles, qui est inévitable dans le cadre du contrôle de l'activité des salariés, implique un traitement transparent et loyal¹⁵⁷⁹. La collecte peut être directe par l'usage de caméra¹⁵⁸⁰, ou indirecte par la collecte faite depuis la navigation internet¹⁵⁸¹. Quelle que soit la nature de la collecte, des informations concernant celles-ci doivent être fournies aux candidats ou aux salariés concernés. La finalité du traitement, ainsi que l'ensemble des droits afférents à leurs données personnelles doivent leur être, en principe, communiqués¹⁵⁸². À défaut d'information sur l'existence du procédé, le moyen de preuve sera jugé comme étant illicite sur le fondement de l'article 9 du Code de procédure civile. Ce raisonnement a été étendu à l'aveu

¹⁵⁷¹ V. *infra*, n° 323.

¹⁵⁷² B. DABOSVILLE, « Vidéosurveillance cachée sur les lieux de travail : l'aveuglement de la Cour européenne des droits de l'homme », *RDT*, 2020, p. 122.

¹⁵⁷³ V. *infra*, n° 409 et s. ; P. ADAM, « Sur la recevabilité d'un moyen de preuve illicite - Nouvelle variation sur le droit à la preuve », *Dr. soc.*, 2022, p. 81.

¹⁵⁷⁴ Art. L. 1222-4 C. trav.

¹⁵⁷⁵ A. FABRE, « Contrat de travail à durée indéterminée : rupture », *op. cit.*, § 224.

¹⁵⁷⁶ Délib. CNIL, n° 2010-112, 22 avril 2010.

¹⁵⁷⁷ F. MARCHADIER, « La surveillance du salarié sur les temps et lieux de travail », *op. cit.*, p. 259.

¹⁵⁷⁸ Loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, *op. cit.*

¹⁵⁷⁹ B. BOSSU, « Gestion par algorithme du personnel et exigence de loyauté et de transparence », *op. cit.*, p. 124.

¹⁵⁸⁰ M. BOURGEOIS, *Droit de la donnée*, *op. cit.*, n° 591.

¹⁵⁸¹ *Ibid.*, n° 648.

¹⁵⁸² Règlement n° 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, art. 13 et 14.

obtenu d'un salarié sur la base d'enregistrements clandestins, qui a été jugé irrecevable¹⁵⁸³. Par ailleurs, une transparence collective doit être observée, en effet, les représentants du personnel doivent également être informés de l'introduction de technologies numériques.

b) La consolidation nécessaire de la transparence collective

314. L'introduction de techniques de contrôle. Les représentants du personnel sont amenés à se saisir des technologies au sein des entreprises d'au moins cinquante salariés, lors des consultations récurrentes où l'usage et les conséquences du numérique viennent alimenter notamment les systèmes de contrôle des salariés de l'entreprise¹⁵⁸⁴. En outre, le CSE est amené à se prononcer lors de consultation ponctuelle pour la mise en œuvre de moyen de contrôle numérique. Selon l'article L. 2312-38 du Code du travail, le CSE « *est informé et consulté, préalablement à la décision de mise en œuvre dans l'entreprise, sur les moyens ou les techniques permettant un contrôle de l'activité des salariés. Il est aussi informé, préalablement à leur introduction dans l'entreprise, sur les traitements automatisés de gestion du personnel et sur toute modification de ceux-ci* ». Il a ainsi été jugé que, lors de la mise en place d'un outil de traçabilité d'un établissement bancaire, destiné au contrôle des opérations et procédures internes, à la surveillance et à la maîtrise des risques, qui permettait également de restituer l'ensemble des consultations effectuées par un employé et qui était utilisé par l'employeur afin de vérifier si le salarié procédait à des consultations autres, que celles des clients de son portefeuille, l'employeur devait informer et consulter les représentants du personnel sur l'utilisation de ce dispositif. À défaut d'une telle consultation, tout document résultant de ce moyen constitue une preuve illicite¹⁵⁸⁵. Il n'est en revanche pas nécessaire d'informer et de

¹⁵⁸³ Cass. soc., 20 septembre 2018, n° 16-26.482, *RDT* 2020. 122, *obs. B. Dabosville*.

¹⁵⁸⁴ Art. L. 2312-17 C. trav. ; V. notamment, C. MARIANO, « Outil numérique et dialogue social », dans *Droit du travail et technologies de l'information et de la communication*, LexisNexis, coll.« Planète social », 2022, p. 272 et s. ; F. HÉAS, « Santé au travail », dans *Droit du travail et technologies de l'information et de la communication*, LexisNexis, coll.« Planète social », 2022, p. 187.

¹⁵⁸⁵ Cass. soc., 11 décembre 2019, n° 18-11.792, *D. 2020. 22* ; *RJS* 2/2020. 71 ; *JCP E* 2020. 1181, *obs. Cesaro* ; *Gaz. Pal. 21 juill. 2020, p. 68, obs. Orif* ; V. également dans le même sens, Cass. soc., 7 juin 2006, n° 04-43.866, *D. 2006. IR 1704* ; *RJS* 2006. 853, n° 1143 ; *JSL* 2006, n° 194-3 ; *JCP S* 2006. 1614, *obs. Corrignan-Carsin, op. cit.*

consulter le CSE avant la mise en œuvre d'un audit destiné à analyser l'organisation du travail, en vue de faire des propositions d'amélioration du service sous forme de recommandations¹⁵⁸⁶.

315. L'introduction de nouvelles technologies. Il convient également de consulter le CSE dès lors qu'un projet de l'employeur modifie les conditions de travail ou les conditions de santé et de sécurité des travailleurs¹⁵⁸⁷. Il doit, en effet, être consulté annuellement sur la politique sociale de l'entreprise, les conditions de travail et l'emploi et ponctuellement sur tout projet « *d'introduction de nouvelles technologies* »¹⁵⁸⁸. Une telle introduction est, par exemple, constituée par la mise en œuvre d'un nouveau système informatique nécessitant une formation particulière¹⁵⁸⁹. Le caractère nouveau est entendu largement, il « *recouvre aussi l'introduction d'une technologie différente dans l'entreprise ou l'établissement, même si celle-ci est largement répandue dans le secteur d'activité ou le reste de l'économie* »¹⁵⁹⁰. Autrement dit, doit être comprise comme nouvelle toute technologie qui n'existait pas dans l'entreprise, ou même dans le service concerné. Une approche pragmatique, qui prend en compte les conditions concrètes des salariés dans l'entreprise.

316. Cependant, dans une affaire, la Cour de cassation a pu décider que l'introduction d'un programme qui aide des chargés de clientèle d'une entreprise à traiter les nombreux courriels qu'ils reçoivent, n'ayant que des effets limités sur les conditions de travail des salariés dont les tâches s'en trouvent facilitées, ne justifiait pas le recours à un expert par le CHSCT¹⁵⁹¹. Il a été estimé que l'utilisation de l'intelligence artificielle *Watson*¹⁵⁹² « *se traduit [...] en termes de conséquences mineures dans les conditions de travail directes des salariés dont les tâches vont*

¹⁵⁸⁶ Cass. soc., 12 juillet 2010, n° 09-66.339, *D. 2010. Actu. 1948* ; *D. actu. 30 août 2010, obs. Ines* ; *D. 2011. Pan. 840, obs. Amalric* ; *Dr. soc. 2010. 1008, obs. Pécaut-Rivolier* ; *RJS 2010 664, n° 719* ; *JSL 2010, n° 285-2, obs. Hautefort* ; *JCP S 2010. 1457, obs. Barège*.

¹⁵⁸⁷ Art. L. 2312-37 C. trav.

¹⁵⁸⁸ Art. L. 2312-8, 4°, C. trav.

¹⁵⁸⁹ Cass. soc., 9 juillet 1997, n° 95-20.294, *RJS 1997. 772, n° 1252* ; *TPS 1997, n° 264, obs. Teyssié* ; V. également, dans le même sens, Cass. crim., 13 décembre 1994, n° 93-85.092, *D. 1995. IR 53* ; *RJS 1995. 179, n° 252* ; *Gaz. Pal. 1996. 1. 43, note Berenguer-Guillon*.

¹⁵⁹⁰ Circ. DRT n° 1984-12 du 30 novembre 1984 ; V. également, C. MARIANO, « Outil numérique et dialogue social », *op. cit.*, p. 279.

¹⁵⁹¹ Comité d'hygiène, de santé et des conditions de travail, qui est réuni avec les délégués du personnel et le conseil d'entreprise au sein du CSE depuis l'ordonnance n° 2017-1386 du 22 septembre 2017 ; Cass. soc., 12 avril 2018, n° 16-27.866, *Dalloz IP/IT 2018. 437, obs. Loiseau*, 2018.

¹⁵⁹² « *L'introduction du programme informatique Watson va aider les chargés de clientèle à traiter les abondants courriels qu'ils reçoivent soit en les réorientant à partir des mots clés qu'ils contiennent vers le guichet où ils pourront être directement traités en raison des compétences préalablement définies par le chef d'agence au vu de la demande, soit en les traitant par ordre de priorité en raison de l'urgence qu'ils présentent et qui leur sera signalée, soit encore à y répondre d'une manière appropriée en proposant une déclinaison de situations permettant d'adapter sans oublier la réponse à la question posée* », Cass. soc., 12 avril 2018, n° 16-27.866, *Dalloz IP/IT 2018. 437, obs. Loiseau*, 2018.

se trouver facilitées », dès lors il n'était pas nécessaire de consulter les instances représentatives du personnel¹⁵⁹³. Or, il y a ici une sous-estimation des juges quant aux conséquences possibles de l'introduction d'une telle technologie sur les conditions de travail des salariés. Cette appréciation conduit à une confusion entre l'appréciation de la modification des conditions de travail et celle du caractère profitable de l'outil¹⁵⁹⁴. En outre, l'introduction de nouvelles technologies peut être tout aussi bien vécue comme étant une aide que comme étant source d'une intensification du travail¹⁵⁹⁵, voire, si l'outil n'a pas été suffisamment bien programmé ou n'est pas compatible avec d'autres technologies existantes dans l'entreprise, cela peut entraîner l'ajout de tâches répétitives, comme la double saisie de données par exemple. Cette affaire souligne l'importance pour le CSE de pouvoir intervenir lors de la mise en place d'une nouvelle technologie. Une nécessité qui est toute particulière face à un développement croissant des techniques numériques et de l'intelligence artificielle¹⁵⁹⁶. Le CSE doit, en effet, pouvoir pleinement jouer son rôle de rationalisation de l'action de l'employeur¹⁵⁹⁷. En ce sens, la consultation du CSE vient renforcer la transparence face à l'introduction de nouveaux outils numériques. En étant consulté en amont de la mise en œuvre d'une technologie numérique, le CSE va avoir l'opportunité de, le cas échéant, corriger ou modifier tant l'objet du contrôle de l'outil, que son introduction auprès des salariés, son fonctionnement, que son suivi. Ce dialogue est indispensable et le CSE doit avoir les moyens de le mener.

317. La fourniture d'informations. Dans le cadre de ses fonctions consultatives, le CSE doit disposer « *d'informations précises et écrites* » de la part de l'employeur¹⁵⁹⁸. À ce sujet, il a par exemple été jugé qu'un groupe, engagé dans un mouvement de numérisation, qui souhaite

¹⁵⁹³ « *Les juges apprécient davantage le degré de nouveauté et d'apport, que les modalités matérielles, concrètes et organisationnelles induites par l'application d'intelligence artificielle* », F. HÉAS, « Négociation collective et numérisation du travail. L'exemple du télétravail et de la déconnexion », dans *La numérisation du travail. Enjeux juridiques et sociaux en santé au travail*, L'Harmattan, coll.« Psych-Logiques », 2021, p. 92.

¹⁵⁹⁴ V. en ce sens, « *ce n'est pas à l'employeur, et pas davantage au juge, de dire ce qui est bénéfique et ce qui ne l'est pas en termes de conditions de travail et de sélectionner en conséquence les projets susceptibles d'être soumis à la consultation du comité. C'est à ce dernier de l'apprécier avec, éventuellement, l'éclairage d'une expertise et de rendre, le cas échéant, un avis favorable au projet si celui-ci est vraiment bénéfique* », G. LOISEAU, « Intelligence artificielle et conditions de travail des salariés : un impact à prendre au sérieux », *Daloz IP/IT*, n° 7-8, 2018, p. 437-439.

¹⁵⁹⁵ « *Les technologies numériques, leurs usages et les cadres dans lesquels ils s'inscrivent peuvent se révéler des vecteurs de contraintes, accroissant les charges cognitives (instantanéité, simultanéité, interruptions, dispersion, perte de contrôle sur l'activité), psychiques et émotionnelles (sentiment d'impuissance, de dépassement, de débordement, tensions, etc.), physiques (sédentarité, torsions, étirements, etc.) de leurs utilisateurs* », V. MANDINAUD, « La transition numérique, promesses et menaces pour "l'expérience travailleur" », *Anact, Explo QVT*, 2018, p. 3.

¹⁵⁹⁶ P.-Y. VERKINDT, « Intelligence artificielle, travail et droit du travail », *op. cit.*, p. 306.

¹⁵⁹⁷ V. sur la rationalisation interne de l'action de l'employeur, A. FABRE, *Le régime du pouvoir de l'employeur*, *op. cit.*, p. 171 et s.

¹⁵⁹⁸ Art. L. 2312-15, al. 2, C. trav.

lancer la mise en place d'un SIRH commun à toutes ses entités, doit préalablement consulter le CSE lorsque ce projet comprend notamment un outil informatique, destiné à « *faire converger les processus et les règles RH, [...] [dans la mesure où ces nouveaux outils] ont vocation à encadrer la gestion administrative, la paie, la gestion des temps et des activités, et le portail RH de chacune des entités du groupe* »¹⁵⁹⁹. Dès lors, l'employeur devra fournir l'ensemble des informations relatives à la mise en œuvre de ce projet. Les représentants du personnel vont alors jouer un rôle particulièrement important en veillant notamment à la pertinence des données collectées¹⁶⁰⁰. Pour ce faire, la consultation du CSE nécessite ensuite l'émission d'un avis. Celui-ci ne peut résulter d'une simple appréciation qui serait formulée à la suite d'une communication faite en réunion par l'employeur sans transmission préalable d'informations écrites¹⁶⁰¹.

318. Un rôle à renforcer. Il serait néanmoins souhaitable que le rôle du CSE soit renforcé, avec une consultation plus récurrente, spécifiquement lorsqu'il s'agit de dispositifs d'intelligence artificielle¹⁶⁰². Pour ce faire, il conviendrait tout d'abord que les élus soient davantage formés sur ces sujets pour pouvoir comprendre pleinement les enjeux et le fonctionnement des nouveaux outils numériques. En outre, le recours à un expert semble inévitable en fonction de la complexité des systèmes mis en œuvre. Et même, Monsieur Patrice Adam propose d'intégrer dans le champ des consultations récurrentes du CSE « *la politique de l'entreprise en matière de gestion numérique du personnel* »¹⁶⁰³. Une proposition qui mérite d'être pleinement approuvée. Le dialogue social est, en effet, encore à parfaire et doit prendre toute sa place dans ces nouveaux enjeux, comme garde-fou du pouvoir de contrôle de l'employeur par le numérique. À ce sujet, un accord-cadre européen du 22 juin 2020 sur la numérisation¹⁶⁰⁴ souligne les enjeux d'un « *processus circulaire dynamique* », dont il en identifie quatre : les compétences numériques et la sécurisation de l'emploi, les modalités de connexion et de déconnexion, l'intelligence artificielle et le principe du contrôle humain, le

¹⁵⁹⁹ TGI Nanterre, 5 septembre 2018, n° 18/01721.

¹⁶⁰⁰ M.-F. MAZARS, « La protection des données personnelles des salariés : le changement c'est maintenant ! », *RDT*, 2018, p. 500.

¹⁶⁰¹ Cass. crim., 27 mars 2012, n° 11-80.565, *D. actu.* 18 avr. 2012, *obs. Siro* ; *RJS* 2012. 547, n° 638 ; *SSL* 2012, n° 1547, p. 8, *obs. Cœuret et Duquesne*.

¹⁶⁰² M.-C. AMAUGER-LATTES, « Le dialogue social : outil de régulation de l'intelligence artificielle dans l'entreprise », *Dr. soc.*, 2021, p. 146 ; P. ADAM, « Intelligence artificielle et droit du travail », *op. cit.*, p. 379.

¹⁶⁰³ P. ADAM, « Intelligence artificielle et droit du travail », *op. cit.*, p. 380.

¹⁶⁰⁴ L'accord a été signé par BusinessEurope Association des employeurs d'entreprises privées, CEEP Centre européen des employeurs et entreprises fournissant des services publics et des services d'intérêt général, SMEunited Association européenne de l'artisanat et des petites et moyennes entreprises et CES Confédération européenne des syndicats (et le comité de liaison EUROCADRES/CEC).

respect de la dignité humaine et la surveillance¹⁶⁰⁵. Pour répondre aux objectifs de transparence et de protection des travailleurs, l'accord-cadre propose une méthodologie en cinq étapes, qui permettrait d'offrir une amélioration des conditions de travail des salariés par le numérique¹⁶⁰⁶, dont l'exigence de finalité se jumèle à celle de transparence.

2- L'exigence de finalité

319. La mise en œuvre de tout dispositif technique de surveillance des salariés implique également un devoir de loyauté couplé à une obligation de proportionnalité pour l'employeur. Les données qui seront collectées devront répondre à une finalité autorisée (a) et ne devront pas apporter de restriction injustifiée et disproportionnée aux droits des salariés (b)¹⁶⁰⁷.

a) Une finalité autorisée

320. La nécessité d'une finalité. Conformément aux dispositions de l'article 4 de la loi informatique et liberté¹⁶⁰⁸ et de l'article L. 1121-1 du Code du travail, la proportionnalité de la mise en œuvre d'un dispositif de surveillance sera observée en fonction de finalité recherchée. Une telle lecture rejoint une approche finaliste de la proportionnalité¹⁶⁰⁹. L'employeur doit

¹⁶⁰⁵ « Ainsi, la démarche proposée vise à établir un dialogue social global et permanent indispensable pour saisir les opportunités et prévenir ou réduire tous les risques de la transformation numérique », M.-C. AMAUGER-LATTES, « Le dialogue social : outil de régulation de l'intelligence artificielle dans l'entreprise », *Dr. soc.*, 2021, p. 146.

¹⁶⁰⁶ V. également, L. LEROUGE, « Un accord-cadre des partenaires sociaux européens sur le numérique : quel encadrement pour la protection de la santé au travail ? », *SSL*, n° 1927, 2020, p. 6-9.

¹⁶⁰⁷ Art. L. 1121-1 C. trav.

¹⁶⁰⁸ « Les données à caractère personnel doivent être : [...] 2° Collectées pour des finalités déterminées, explicites et légitimes, et ne pas être traitées ultérieurement d'une manière incompatible avec ces finalités. Toutefois, un traitement ultérieur de données à des fins archivistiques dans l'intérêt public, à des fins de recherche scientifique ou historique, ou à des fins statistiques est considéré comme compatible avec les finalités initiales de la collecte des données, s'il est réalisé dans le respect des dispositions du règlement (UE) 2016/679 du 27 avril 2016 et de la présente loi, applicables à de tels traitements et s'il n'est pas utilisé pour prendre des décisions à l'égard des personnes concernées ; 3° Adéquates, pertinentes et, au regard des finalités pour lesquelles elles sont traitées, limitées à ce qui est nécessaire ou, pour les traitements relevant des titres III et IV, non excessives », loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, art. 4.

¹⁶⁰⁹ La proportionnalité se définit comme étant « une approche en trois temps : la proportionnalité implique 1- un rapport d'aptitude à atteindre l'objectif poursuivi ; 2- un rapport de la nécessité au regard de ce but ; 3- un rapport de mesure des moyens employés mettant en balance la gravité des effets et le résultat escompté », I. CORNESSE, *La proportionnalité en droit du travail*, Litec, coll.« Bibliothèque de droit de l'entreprise », 2001, p. 72.

pouvoir justifier d'un intérêt légitime pour mettre en place une quelconque technique de surveillance, que ce soit de la vidéosurveillance dans les locaux de l'entreprise ou de la géolocalisation sur les véhicules mis à la disposition du salarié par l'employeur.

321. La détermination de la finalité. Il a, par exemple, été reconnu comme intérêt légitime l'existence de risques particuliers de vol ou encore la surveillance d'un poste de travail dangereux¹⁶¹⁰. La chambre sociale de la Cour de cassation a déjà admis la mise en place, après information des salariés, d'un système de vidéosurveillance¹⁶¹¹ fonctionnant en permanence dès lors que, d'une part, ce système était imposé par la réglementation et, d'autre part, les enregistrements ne portaient pas atteinte à la vie privée du salarié¹⁶¹². Une surveillance continue peut-être admise « *que s'il est justifié par une situation particulière ou un risque particulier auxquels sont exposées les personnes objets de la surveillance* »¹⁶¹³. En revanche, une société ne peut invoquer la finalité de sécurité des personnes et des biens et la confidentialité de ses missions pour justifier du caractère proportionné de la vidéosurveillance du poste de travail d'un salarié alors que ces préoccupations de sécurité ne sont étayées par aucun élément hormis sa volonté de lutter contre des vols de ses propres salariés¹⁶¹⁴. En somme, la jurisprudence a admis des finalités qui touchent principalement à des questions de sécurité, tant des biens de l'entreprise, que celle des salariés exposés à des risques.

322. Enfin, le juge va contrôler la réalité de la finalité annoncée par l'employeur. Une fois la finalité fixée, le juge peut opérer un contrôle d'adéquation. Autrement dit, au-delà de la seule fixation d'une finalité déterminée, il convient de vérifier que ses actions y répondent bel et bien par un contrôle de proportionnalité¹⁶¹⁵.

¹⁶¹⁰ « *Le placement sous surveillance continue des postes de travail des salariés n'est possible que s'il est justifié par une situation particulière ou un risque particulier auxquels sont exposées les personnes objets de la surveillance* », Délib. CNIL, n° 2014-307 du 17 juillet 2014.

¹⁶¹¹ V. sur la vidéosurveillance, M. DEMOULAIN, *Nouvelles technologies et droit des relations de travail*, op. cit., p. 324 et s.

¹⁶¹² Cass. soc., 2 février 2011, n° 10-14.263, D. 2012. 901.

¹⁶¹³ V. par exemple, Délib. CNIL, n° 2009-201 du 16 avril 2009, RDT 2010. 108, note L. Marino ; Délib. CNIL, n° 2012-475 du 3 janvier 2013.

¹⁶¹⁴ CE, 18 novembre 2015, n° 371196, RJS 2/2016, p. 11, obs. Wolton ; *ibid.* 2/2016, n° 94 ; JCPS 2016. 1023, obs. Pagnerre.

¹⁶¹⁵ A. FABRE, *Le régime du pouvoir de l'employeur*, op. cit., p. 153.

b) *Un contrôle de proportionnalité limité*

323. La notion de proportionnalité. La proportionnalité peut se définir comme étant « l'établissement d'un ratio entre deux termes »¹⁶¹⁶. Selon les éléments qui sont mis en rapport, le concept de proportionnalité est double : d'une part, il représente l'équilibre entre un ou plusieurs paramètres¹⁶¹⁷ ; d'autre part, la proportionnalité mesure l'adéquation entre les moyens déployés et la finalité poursuivie¹⁶¹⁸. Autrement dit, la proportionnalité recouvrerait à la fois celle de la mesure entre deux choses de même nature, par la recherche de l'équilibre, et celle de l'adéquation à la finalité poursuivie d'une action¹⁶¹⁹.

324. La définition du contrôle de proportionnalité. Le contrôle de proportionnalité est connu depuis longtemps lors de l'opposition entre deux libertés fondamentales¹⁶²⁰. Cependant, son appréhension a pu susciter la controverse¹⁶²¹ lors d'un arrêt du 4 décembre 2013, rendu par la Cour de cassation¹⁶²², qui a relevé d'office un moyen tiré de la violation d'un droit garanti par la CEDH pour casser, ce, alors qu'un autre droit issu de la Convention lui était proposé. L'arrêt n'a pas manqué de faire réagir la doctrine¹⁶²³, jusqu'à motiver la publication, par la Cour de cassation, en décembre 2018, d'un memento sur le contrôle de la conventionnalité au regard de

¹⁶¹⁶ *Ibid.*, p. 152.

¹⁶¹⁷ X. PHILIPPE, *Le contrôle de proportionnalité dans les jurisprudences constitutionnelle et administrative*, Economica, 1990, p. 8.

¹⁶¹⁸ V. à ce sujet, S. PECH- LE GAC, *La proportionnalité en droit privé des contrats*, LGDJ, coll.« Bibliothèque de droit privé », 2000.

¹⁶¹⁹ V. sur la proportionnalité en droit du travail, I. CORNESSE, *La proportionnalité en droit du travail*, *op. cit.*, p. 159 ; B. GÉNIAUT, *La proportionnalité dans les relations du travail : de l'exigence au principe*, Dalloz, coll.« Nouvelle bibliothèque de thèses », 2009, vol.86, p. 252 et s. ; F. BOUSEZ, « La proportionnalité en droit du travail », dans *Standards, principes et méthodes en droit du travail*, Economica, coll.« Collection Études juridiques », n° 35, 2010, p. 121-139.

¹⁶²⁰ V. particulièrement concernant la liberté de la presse avec l'arrêt *Ekin*, CE, 9 juillet 1997, n° 151064, *RFD adm.* 1997. 1286, *concl. M. Denis-Linton et note B. Pacteau* ; *D.* 1998. 317, *note E. Dreyer* ; *JCP* 1998.I.125, n° 22, *obs. S. Petit* ; *AJDA* 1998. 374, *note M.-F. Verdier*.

¹⁶²¹ V. notamment à ce sujet, S. GUINCHARD, « L'instrumentalisation du contrôle de proportionnalité dans le débat sur la place de l'autorité judiciaire dans nos institutions », dans *Mélanges en l'honneur de Bernard Teyssié*, LexisNexis, 2019, p. 609-621.

¹⁶²² Cass. 1re civ., 4 décembre 2013, n° 12-26.066, *D.* 2013. 2914, *obs. de la Cour* ; *ibid.* 2014. 179, *note Chénéde* ; *ibid.* 153, *obs. Fulchiron* ; *AJ fam.* 2013. 663, *obs. Chénéde* ; *ibid.* 2014. 124, *obs. Thouret*, *RTD civ.* 2014. 88, *obs. Hauser* ; *ibid.* 307, *obs. Marguénaud* ; *JCP* 2014, no 93, *note Lamarche* ; *Gaz. Pal.* 2014. 264, *obs. Viganotti* ; *Deffrénois* 2014. 140, *note Bahurel* ; *Dr. fam.* 2014, n° 1, *obs. Binet* ; *RLDC* 2014/112, n° 5308, *obs. Dekeuwer-Défossez*.

¹⁶²³ « Dès lors, on ne manquera pas de s'inquiéter des dangers d'une justice rendue en équité, au risque de mettre en péril la force de la règle et la sécurité du droit. Est-il bon de laisser ainsi au juge le pouvoir d'appliquer ou non une règle claire et précise, en se fondant sur une appréciation, qui aura nécessairement sa part de subjectivité, des intérêts individuels en présence ? Appartient-il à la Cour de cassation de se comporter en juge des droits de l'homme ? Autant de questions, bien réelles, qui ne manqueront pas de susciter les débats », H. FULCHIRON, « La Cour de cassation, juge des droits de l'homme ? », *D.*, 2014, p. 153.

la CEDH¹⁶²⁴. Néanmoins, dans le cadre de notre étude, nous limiterons l'appréhension du contrôle de proportionnalité comme « *la nécessité et l'adéquation d'une mesure (norme, décision et modalités d'exécution) lorsque sont mis en concurrence des libertés ou le droit des personnes* »¹⁶²⁵.

325. La méthodologie du contrôle de proportionnalité. Le contrôle de proportionnalité semble suivre certaines étapes¹⁶²⁶, qui supposent de « *vérifier que la règle portant atteinte au droit fondamental résulte de la loi, qu'elle poursuit un but légitime, qu'elle constitue un moyen nécessaire et adéquat pour l'atteindre, et que le bénéfice obtenu ne soit pas disproportionné par rapport à l'atteinte infligée* »¹⁶²⁷. La méthode peut varier¹⁶²⁸, entre contrôle *in concreto* et *in abstracto*. Le contrôle *in abstracto* correspond à un contrôle de légalité qui permet, par la généralité de la règle de droit, d'appréhender la multiplicité des faits. Là où le contrôle *in concreto* suppose l'exposition de l'ensemble des données avec une mise en balance des intérêts par le juge. Il ne peut y avoir de réelle unicité, dans ce dernier cas, la solution étant dépendante de l'espèce¹⁶²⁹. Il n'y a cependant aucune méthode précisée en droit positif français, ce qui laisse au juge une large marge d'appréciation¹⁶³⁰ et une certaine part de subjectivité. Néanmoins, l'incertitude qui entoure l'exercice du contrôle de proportionnalité peut présenter l'avantage d'imposer la pondération en cas de restriction d'une liberté, qu'il conviendra alors de justifier¹⁶³¹. En droit du travail, la proportionnalité façonne l'articulation entre les pouvoirs de l'employeur et les droits et libertés du salarié, elle modère à la fois la protection et les restrictions des libertés du salarié¹⁶³².

¹⁶²⁴ *Memento du contrôle de conventionnalité au regard de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, Cour de cassation, 2018. Il a également été publié un rapport sur le contrôle de conventionnalité, *Groupe de travail sur le contrôle de conventionnalité*, Cour de cassation, 2020.

¹⁶²⁵ A. BUGADA, « Réflexions sur le contrôle judiciaire de proportionnalité en droit du travail », dans *Le juge judiciaire face au contrôle de proportionnalité*, PUAM, coll.« Droits, pouvoirs et sociétés », 2018, p. 133.

¹⁶²⁶ Classiquement, le contrôle doit résulter d'une analyse en trois temps, consistant en « *l'adaptation de l'agissement critiqué, ensuite sa nécessité, et en fin sa proportionnalité* », bien que l'auteur souligne que souvent « *la proportionnalité absorbe les deux premiers éléments* », *Ibid.*, p. 135.

¹⁶²⁷ A. ETIENNEY-DE SAINTE MARIE, « L'enseignement du contrôle de proportionnalité », dans *Mélanges en l'honneur du doyen Didier Guével. Une approche renouvelée des Humanités*, LGDJ, 2021, p. 163.

¹⁶²⁸ V. sur les différents types de contrôle de proportionnalité, *Rapport de la Commission de réflexion sur la réforme de la Cour de cassation*, Cour de cassation, 2017, p. 158 et s.

¹⁶²⁹ A. ETIENNEY-DE SAINTE MARIE, « L'enseignement du contrôle de proportionnalité », *op. cit.*, p. 165.

¹⁶³⁰ H. FULCHIRON, « Le contrôle de proportionnalité : questions de méthode », *D.*, 2017, p. 656.

¹⁶³¹ V. en ce sens, A. BUGADA, « Réflexions sur le contrôle judiciaire de proportionnalité en droit du travail », *op. cit.*, p. 138.

¹⁶³² F. BOUSEZ, « La proportionnalité en droit du travail », *op. cit.*, p. 123.

326. La chambre sociale de la Cour de cassation reste à la frontière entre le contrôle *in concreto* et *in abstracto*¹⁶³³. Concernant la vidéosurveillance par exemple, il va être pris en compte des éléments de faits et, à cet effet, il va être observé les lieux d'installation des caméras pour vérifier qu'il n'y a aucun détournement de la finalité annoncée¹⁶³⁴. Outre un éventuel détournement, le contrôle va porter sur la proportionnalité du but allégué. Ainsi la sécurité des personnes et des biens ne peut justifier la surveillance constante d'un salarié, qui a pu être considérée comme étant disproportionnée¹⁶³⁵. De même, l'ampleur de la surveillance peut être prise en compte pour en contrôler la proportion. À ce titre, il a été jugé comme étant disproportionné la mise en place de 240 caméras qui avait pour effet une surveillance permanente de l'employeur sur ses salariés¹⁶³⁶. Une atteinte à une liberté des salariés peut être considérée comme étant légitime que si elle est justifiée par la nature de la tâche à accomplir et proportionnée au but recherché. Le test de proportionnalité sera ainsi guidé par l'étendue de la surveillance, la finalité de celle-ci ainsi que la mise en œuvre du contrôle en fonction de la finalité poursuivie¹⁶³⁷. Cependant, il convient que la mesure qui a été prise n'excède pas ce qui est strictement nécessaire pour atteindre l'objectif fixé¹⁶³⁸. Il y a là un contrôle de nécessité¹⁶³⁹.

327. Le rôle limité du test de proportionnalité. Cependant, la réalisation d'un tel test de proportionnalité joue un rôle limité, en amont de la mise en œuvre de la surveillance, au sein de la législation française. De plus, il suppose l'atteinte à une liberté fondamentale, comme la vie personnelle, du salarié¹⁶⁴⁰. En l'absence d'un tel constat, le pouvoir de contrôle de

¹⁶³³ V. l'entretien avec Monsieur Emmanuel Jeuland, F. CHAMPEAUX, « La Cour de cassation réduit le contrôle de proportionnalité en matière de droit à la preuve », *SSL*, n° 1937, 2021, p. 10-12.

¹⁶³⁴ « *La collecte systématique des images des salariés dans ou aux abords immédiats des lieux de repos de l'établissement, des sanitaires ou encore des vestiaires ne peut être regardée comme proportionnée à la seule finalité de protection des biens et personnes qu'en présence de justification précise* », Délib. CNIL, n° 2014-307 du 17 juillet 2014.

¹⁶³⁵ Cass. soc., 23 juin 2021, n° 19-13.856, *D. actu.* 9 juill. 2021, obs. Couëdel ; *D.* 2021. 1290 ; *Dr. soc.* 2021. 843, obs. Adam ; *RJS* 10/2021, n° 521 ; *JSL* 2021, no 526-3, obs. Hautefort ; *JCP S* 2021. 1215, obs. Bossu ; *Gaz. Pal.* 2 nov. 2021, p. 56 note Orif.

¹⁶³⁶ « *Par leur nombre et leurs emplacements ces caméras permettent de couvrir la quasi-totalité des locaux de l'entreprise, ce qui conduit à mettre sous surveillance permanente les salariés. A cet égard, l'installation de caméras dans les couloirs de la partie administrative de l'établissement permet de connaître toutes les allées et venues des employés du magasin dans cette zone, alors même que lesdits couloirs sont dénués de biens à protéger et qu'ils ne sont accessibles qu'au personnel du centre commercial et après passage devant l'employé du standard* », Délib. CNIL, n° 2013-029 du 12 juillet 2013.

¹⁶³⁷ E. DAOUD et G. PERONNE, « Contrôle de la messagerie électronique du salarié : quel est l'état du droit ? », *Dalloz IP/IT*, 2018, p. 53.

¹⁶³⁸ B. BOSSU, « Un système de vidéosurveillance doit être proportionné au but recherché », *JCP S*, n° 36, 2021, 1215.

¹⁶³⁹ Ce contrôle « *s'inscrit dans le règlement des tensions entre deux droits, ou valeurs d'égale autorité, règlement qui tend à restreindre, autant que possible la lésion subie par l'un(e) sous l'effet de l'action ou la situation qui se réclame de l'autre* », A. LYON-CAEN, « Note sur le pouvoir de direction et son contrôle », dans *Mélanges dédiés au Président Michel Despax*, PUSS, 2002, p. 104.

¹⁶⁴⁰ V. à ce sujet, *infra*, n° 403.

l'employeur peut s'exercer pleinement sans contrainte¹⁶⁴¹. Néanmoins, la portée générale de l'article L. 1121-1 du Code du travail¹⁶⁴², qui a pu être qualifié d'« *explosif* »¹⁶⁴³, impose le respect des droits fondamentaux de la personne du salarié, en tout lieu, même lors de l'exécution de sa prestation de travail¹⁶⁴⁴.

328. Conclusion de section. Le pouvoir de contrôle de l'employeur peut s'exercer de nombreuses façons et a vu son objet s'étendre par l'utilisation des outils numériques. Le contrôle de l'employeur peut s'exercer tant dans les locaux de l'entreprise qu'en dehors, et s'est étendu du travail vers la personne même du salarié, tant physiquement qu'en ligne. L'analyse des techniques numériques de contrôle a montré qu'ils contribuaient à étendre le périmètre de l'objet du contrôle de l'employeur. Les mesures de contrôle sont néanmoins encadrées. À cet égard, les représentants du personnel, en amont, et les juges, en aval, jouent un rôle de contrôle de l'adéquation de l'action de l'employeur. En ce sens, la jurisprudence opère un contrôle de proportionnalité pour garantir une surveillance raisonnable. Néanmoins, le rôle du CSE serait à renforcer pour garantir un véritable dialogue social lors de la mise en place d'outils numériques de contrôle, tout particulièrement lorsqu'il s'agit d'intelligence artificielle. Le caractère présumé bénéfique de la mise en œuvre d'un système numérique ne doit pas écarter l'exigence d'une transparence collective pour prévenir des risques liés à l'utilisation de ce nouveau système par les salariés. Bien que le régime du pouvoir de contrôle de l'employeur présente des garanties de transparence et de finalité pour les salariés, il convient néanmoins de constater son extension qui suit les évolutions techniques et qui ne manquera pas de continuer à alimenter les contentieux, appelant ainsi à la plus grande prudence dans l'arbitrage entre les intérêts de l'entreprise et les libertés fondamentales des salariés. Outre modifier l'étendue du pouvoir de contrôle, le numérique a également su renouveler ses moyens.

¹⁶⁴¹ B. DABOSVILLE, « La protection de la vie privée des salariés face au pouvoir d'investigation de l'employeur », *RDT*, 2020, p. 491.

¹⁶⁴² « *Nul ne peut apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives de restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché* », art. L. 1121-1 C. trav.

¹⁶⁴³ J.-E. RAY, « Droit de critique et obligation de réserve d'un cadre dirigeant », *Dr. soc.*, 2000, p. 165.

¹⁶⁴⁴ P. ADAM, *L'individualisation du droit du travail*, *op. cit.*, p. 81.

Section 2 : L'expansion du périmètre des moyens de contrôle

329. Selon Monsieur Alain Supiot, « *la révolution numérique pourrait permettre de nous libérer de toutes les tâches fondées sur le calcul et de retrouver une maîtrise plus grande du sens et du contenu de notre travail. À condition toutefois de ne pas penser le travail humain sur le modèle de celui des ordinateurs* »¹⁶⁴⁵. Le numérique peut en effet libérer, du moins en partie, les travailleurs de certaines tâches répétitives et les faire gagner en autonomie. Il semblerait que ce soit le cas pour les travailleurs dits « *du savoir* », qui, grâce à la révolution numérique, se rapprocheraient même de la figure de l'indépendant. Cependant, il convient par ailleurs de constater qu'un certain fossé a pu se creuser avec une autre partie des salariés, qui n'ont pas gagné en autonomie, mais qui ont vu les systèmes de surveillance se multiplier, allant jusqu'à la mise en œuvre d'une « *sur-subordination* »¹⁶⁴⁶ (§1). Une dualité dont il conviendra de se départir à l'aune de l'existence d'une surveillance nécessaire par l'exercice d'un devoir de contrôle, dont l'approche est renouvelée par le numérique (§2).

§1 : L'opposition entre une « *sur-subordination* » et une « *autonomie contrôlée* » des salariés par le numérique

330. À l'ère numérique, il existe une certaine polarisation entre « *déqualification* » et « *surqualification* »¹⁶⁴⁷ où s'opposent l'Ancien et le Nouveau Monde. Le premier révèle qu'une partie des salariés n'a pas gagné en autonomie, mais uniquement en contrôle avec le numérique. Il est alors source d'intensification du travail et d'extension de la surveillance de l'employeur, menant à une « *sur-subordination* » porteuse de risque pour leur santé et leur sécurité (A). Le second montre qu'une autre partie des salariés se rapprocherait de la figure de l'indépendant, avec l'exécution d'un travail à distance, en autonomie, disposant d'une telle indépendance technique qu'elle interroge sur le rapport à la subordination et au moyen de contrôle de l'employeur (B).

¹⁶⁴⁵ A. SUPIOT, « Notre système économique repose sur l'idée que l'être humain serait la première des marchandises. Propos recueillis par Anne Rodier », *Le Monde hors-série*, 2021, p. 6.

¹⁶⁴⁶ J.-E. RAY, « Travail et droit du travail de demain. Autonomie, sur-subordination, sub-organisation », *France Stratégie*, 2017, p. 7.

¹⁶⁴⁷ Y. FERGUSON, « Des travailleurs diminués dans des organisations augmentées ? », *op. cit.*

*A- L'extension du contrôle de l'employeur, source de
« sur-subordination »*

331. Pour une partie des salariés, le numérique n'a pas été l'occasion d'un gain d'autonomie, mais d'une extension des moyens de surveillance. Cette surveillance numérique accrue peut être qualifiée de « *sur-subordination* »¹⁶⁴⁸ dès lors qu'elle étend significativement le pouvoir de contrôle de l'employeur (1). Or, une telle organisation est porteuse de risques, notamment sur la santé des salariés (2).

1- L'existence d'une possible « *sur-subordination* » par le
contrôle numérique

332. La fiction de « l'Homme-machine ». Les salariés, évoluant principalement dans les secteurs du primaire¹⁶⁴⁹ et du secondaire¹⁶⁵⁰, sont amenés à travailler avec des systèmes automatiques de production où l'imaginaire de « *l'Homme-machine* »¹⁶⁵¹ y est encore particulièrement présent. Cette vision de l'Homme a débuté dans les sciences où le corps humain était appréhendé comme une machine dans le célèbre ouvrage, intitulé « *l'Homme-machine* », de Julien Offray de La Mettrie publié en 1748¹⁶⁵². Cette fiction¹⁶⁵³ s'est développée à partir de la division du travail¹⁶⁵⁴ et des doctrines d'organisation scientifique du travail, qui

¹⁶⁴⁸ Certains auteurs ont pu utiliser aussi la notion de « *super-contrôle* », C. FELIO et L. LEROUGE, *Les cadres face aux TIC. Enjeux et risques psychosociaux au travail*, l'Harmattan, 2015, p. 24.

¹⁶⁴⁹ Selon l'Insee, « *le secteur primaire regroupe l'ensemble des activités dont la finalité consiste en une exploitation des ressources naturelles : agriculture, pêche, forêts, mines, gisements* », <https://www.insee.fr/fr/metadonnees/definition/c1736> [consulté le 12 juillet 2023].

¹⁶⁵⁰ Selon l'Insee, « *le secteur secondaire regroupe l'ensemble des activités consistant en une transformation plus ou moins élaborée des matières premières (industries manufacturières, construction)* », [https://www.insee.fr/fr/metadonnees/definition/c1428#:~:text=Le%20secteur%20secondaire%20regroupe%20l.\(i ndustries%20manufacturi%C3%A8res%2C%20construction\)](https://www.insee.fr/fr/metadonnees/definition/c1428#:~:text=Le%20secteur%20secondaire%20regroupe%20l.(i ndustries%20manufacturi%C3%A8res%2C%20construction)) [consulté le 12 juillet 2023].

¹⁶⁵¹ V. à ce sujet, notamment, A. SUPIOT, *La gouvernance par les nombres*, *op. cit.*, p. 35 et s. ; P. GOMEZ, « Le sens du travail à l'ère numérique », *Revue Projet*, n° 361, juin 2017, p. 38 ; H. JORDA, « Le travail de l'Homme-machine et les promesses d'abondance », *op. cit.*, p. 28.

¹⁶⁵² J.O. de LA METTRIE, *L'Homme Machine*, *op. cit.* ; V. également à ce sujet, P. MUSSO, « L'imaginaire occidental du travail industriel : cinq figures symboliques », *op. cit.*, p. 271-273.

¹⁶⁵³ Les écrits portant « *l'homme-machine* », ou « *l'ouvrier-machine* » sont assez limités avant le XIXe siècle, bien que certains auteurs s'en soient malgré tout emparés. V. à ce sujet, Y. FONTENEAU, *Développement précoce du concept de travail mécanique (fin XVIIe-début XVIIIe siècles), quantification, optimisation et profit de l'effet des agents producteurs*, thèse, Université Lyon 1, 2011 ; F. JARRIGE, « L'invention de "l'ouvrier-machine" : esclave aliéné ou pure intelligence au début de l'ère industrielle ? », *L'Homme & la Société*, vol. 205, n° 3, 2017, p. 28-31.

¹⁶⁵⁴ V. « Division du travail », A. BEVORT, A. JOBERT, M. LALLEMENT et A. MIAS, *Dictionnaire du travail*, *op. cit.*, p. 190-196.

ont conduit à une production chronométrée en chaîne : « *l'Homme-machine est l'ouvrier idéal, parfaitement adapté à son poste, servant de la machine, le corps entier engagé dans la production, oubliant son humanité le temps du travail* »¹⁶⁵⁵. Des auteurs ont montré que c'est le publiciste Pierre-Edouard Lemontey qui est le premier à utiliser et à diffuser l'expression de l'« *ouvrier-machine* »¹⁶⁵⁶. Une expression qui n'a pas manqué de susciter des réactions et qui a pu être dénoncée¹⁶⁵⁷. À ce sujet, Pierre-Joseph Proudhon a pu souligner l'avilissement du travail par la machine, tout en dessinant cependant une perspective vers un développement du bien à être, à terme, avec les machines par la rupture avec la division du travail¹⁶⁵⁸. Il soutenait que la machine était « *une manière de réunir diverses particules de travail que la division avait séparées* », ainsi elle permettrait la « *restauration du travailleur parcellaire, [ainsi que la] diminution de peine pour l'ouvrier, [une] baisse de prix sur le produit, [un] mouvement dans le rapport des valeurs, [des] progrès vers de nouvelles découvertes, [et un] accroissement du bien-être général* »¹⁶⁵⁹.

333. Cependant, il convient de relever que le recours à cette expression a également servi comme un instrument politique lors de l'industrialisation¹⁶⁶⁰. Elle a, par exemple, été reprise par Karl Marx qui considérait que l'ouvrier devenait, avec l'industrie moderne, « *un accessoire de la machine* » et qu'il en était asservi par elle¹⁶⁶¹, ce, pour dénoncer l'extension du machinisme et plus largement de la division du travail¹⁶⁶². Cette représentation n'a de cesse de

¹⁶⁵⁵ H. JORDA, « Le travail de l'Homme-machine et les promesses d'abondance », *op. cit.*, p. 30.

¹⁶⁵⁶ T. PILLON et F. VATIN, *Traité de sociologie du travail*, *op. cit.*, p. 240.

¹⁶⁵⁷ V. notamment, la réédition du texte de Monsieur Pierre-Edouard Lemontey, P.-É. LEMONTEY, « Influence morale de la division du travail, considérée sous le rapport de la conservation du gouvernement et de la stabilité des institutions sociales », *Revue du MAUSS*, vol. 27, n° 1, 2006, p. 384-397 ; V. également, le sociologue Georges Friedmann qui a dénoncé les méfaits d'une hyperspécialisation, du caractère répétitif, astreignant et autoritaire de l'organisation « *scientifique* » du travail, G. FRIEDMANN, *Le travail en miettes*, *op. cit.*, spé. p. 32 et s.

¹⁶⁵⁸ P.-J. PROUDHON, *Système des contradictions économiques ou Philosophie de la misère.*, t. 1, Garnier Frères, 1846, p. 131 et s.

¹⁶⁵⁹ *Ibid.*, p. 135.

¹⁶⁶⁰ V. en ce sens, F. JARRIGE, « L'invention de "l'ouvrier-machine" : esclave aliéné ou pure intelligence au début de l'ère industrielle ? », *L'Homme & la Société*, vol. 205, n° 3, 2017, p. 47 ; Monsieur Alain Supiot parle même de fascination pour « *la rationalisation technique du travail* », A. SUPIOT, *La gouvernance par les nombres*, *op. cit.*, p. 42.

¹⁶⁶¹ « *L'extension du machinisme et la division du travail ont fait perdre au travail des prolétaires tout caractère indépendant et par suite tout attrait pour l'ouvrier. Celui-ci n'est plus qu'un accessoire de la machine et l'on n'exige de lui que le geste le plus simple, le plus monotone, le plus facile à apprendre* », K. MARX et F. ENGELS, *Manifeste du parti communiste*, Flammarion, 1998, p. 82 ; V. également, K. MARX, *Le capital*, Éditeurs Maurice Lachatre et Cie, 1872, p. 161 et s.

¹⁶⁶² V. également, « *les choses jouent le rôle des hommes, les hommes jouent le rôle des choses ; c'est la racine du mal* », S. WEIL, *Conditions premières d'un travail non servile*, L'Herne, coll.« Carnets », 2014, p. 53.

revenir, car elle retranscrit assez bien, il faut l'avouer, l'automatisation des tâches et des processus, qui se poursuit avec le numérique tendant vers un « *ordre technologique* »¹⁶⁶³.

334. L'émergence d'un « *ordre technologique* ». L'existence d'un « *ordre technologique* » a été décrite par Gérard Lyon-Caen dès 1992¹⁶⁶⁴, où l'évolution des technologies numériques donne lieu à une « *cyber-surveillance* » grâce à un « *contremaitre virtuel* ». Un mouvement qui s'est poursuivi, c'est ainsi qu'en 2019, la presse américaine a relaté le recours à des systèmes automatisés pour contrôler, en temps réel, l'activité des salariés au sein des entrepôts d'*Amazon*. Si un salarié n'atteignait pas le taux de productivité attendu, une procédure disciplinaire automatisée était alors prévue, conduisant à partir de six avertissements à une fin du contrat de travail¹⁶⁶⁵. Un tel système automatisé du contrôle est source d'une « *sur-subordination* » par une omniprésence de l'employeur, à l'aide des outils numériques, créant une surveillance particulièrement prégnante. Sans aller jusqu'à l'automatisation de décisions disciplinaires, pour l'instant, des systèmes d'automatisation du travail ont néanmoins pu être mis en œuvre depuis plusieurs années en France¹⁶⁶⁶.

335. L'exemple du recours à la commande vocale. En ce sens, l'utilisation de la commande vocale s'est développée depuis de nombreuses années dans le secteur de la logistique¹⁶⁶⁷, et a pour effet d'intensifier tant le travail des salariés que la surveillance par l'employeur. Dans le cadre d'une mise en œuvre de la commande vocale, le préparateur de commande dialogue avec le système vocal, à l'aide d'un casque audio équipé d'un micro, pour effectuer sa prestation de travail¹⁶⁶⁸. L'ensemble des données issues du système de guidage vocal seront transmises au logiciel de gestion SIRH¹⁶⁶⁹. La productivité du salarié est ainsi mesurée et donne lieu, éventuellement, à l'octroi de primes indexées sur celle-ci. Le salarié peut même suivre, en temps réel, ses propres indicateurs, par l'intermédiaire du logiciel : une véritable quantification

¹⁶⁶³ V. sur la volonté de rationalisation de la décision, *supra*, n° 105.

¹⁶⁶⁴ G. LYON-CAEN, *Les libertés publiques et l'emploi*, *op. cit.*

¹⁶⁶⁵ F. G'SELL, « Les décisions algorithmiques », *op. cit.*, p. 87.

¹⁶⁶⁶ V. notamment, D. GABORIEAU, « Quand l'ouvrier devient robot. Représentations et pratiques ouvrières face aux stigmates de la déqualification », *L'Homme & la Société*, vol. 205, n° 3, 2017, p. 245-268.

¹⁶⁶⁷ Déjà en 2007, cette méthode représenterait 70% des modes de préparation dans le secteur de la grande distribution, Enquête PERIFEM/INRS, *La préparation de commande dans les plateformes logistiques de la grande distribution française*, 2007.

¹⁶⁶⁸ « Le préparateur reçoit les informations une à une et oralement par l'intermédiaire d'un casque audio. Il doit confirmer verbalement chaque information reçue, par l'intermédiaire d'un microphone. Ces confirmations permettent au système d'authentifier l'emplacement de prélèvement du produit et de valider le nombre d'articles prélevés », V. GOVAERE, « La préparation de commandes en logistique. Mutations technologiques et évolutions des risques professionnels », *INRS - Hygiène et sécurité du travail*, n° 214, 2009, p. 4 ; V. également, D. GABORIEAU, « Le nez dans le micro ». Répercussions du travail sous commande vocale dans les entrepôts de la grande distribution alimentaire », *La Nouvelle Revue du Travail*, décembre 2012, § 9-10.

¹⁶⁶⁹ Sur le SIRH, V. *supra*, n° 123 et s.

de soi-même¹⁶⁷⁰. Ce dispositif a pour effet d'accélérer l'exécution du travail – et par voie de conséquence la charge de travail¹⁶⁷¹ – par rapport à l'utilisation d'une liste papier. Il isole davantage le travailleur, car celui-ci va limiter très fortement ses interactions sociales avec ses collègues : « *si un préparateur prononce un mot que le système ne reconnaît pas, comme « Bonjour », la voix numérique lui signale en prononçant immédiatement : « répétez, ce terme est inconnu ». [...] Les préparateurs ont pourtant la possibilité d'éteindre l'outil pour discuter. Mais cela implique de cesser son travail le temps de la discussion [...], il faut désormais faire le choix de suspendre le travail en cours pour communiquer avec autrui* »¹⁶⁷². De plus, le recours à la commande vocale limite l'autonomie du salarié qui ne peut plus concevoir sa tâche, et qui ressent une certaine pression par cette gestion automatisée. Nombreuses sont les études¹⁶⁷³ qui ont décrit l'ensemble des risques liés au recours à la commande vocale sur les salariés. Le ressenti d'une omniprésence de l'employeur au travers de la commande vocale est source de « *sur-subordination* » par le contrôle, où la pression du temps et de la rentabilité sont au cœur de la direction et du contrôle du travail. L'outil permet de prescrire les tâches à effectuer et limite la marge de manœuvre du salarié, par la mise en place de procédures à suivre. L'Homme devient l'outil au service de la machine, qui organise son activité, constituant alors une forme d'« *asservissement mécanique* »¹⁶⁷⁴.

336. La perte d'autonomie par le « *process* ». Plus largement, la mise en œuvre de « *process* », autrement dit de procédures de réalisation de la prestation de travail, pour contrôler la bonne exécution par le salarié, réduit l'autonomie. Le numérique permet de poursuivre la rationalisation du travail¹⁶⁷⁵, en renforçant la capacité de contrôle en temps réel, voire de façon automatique. Le numérique permet, en effet, une traçabilité de l'exécution de la prestation de travail. Le travailleur n'a alors qu'à « *se focaliser sur la réalisation de sa tâche, et non sur les*

¹⁶⁷⁰ V. à ce sujet, É. DAGIRAL, C. LICOPPE, O. MARTIN et A.-S. PHARABOD, « Le Quantified Self en question(s). Un état des lieux des travaux de sciences sociales consacrés à l'automatisation des individus », *Réseaux*, n° 216, 2019, p. 17-54.

¹⁶⁷¹ V. sur le sujet, *infra*, n° 383 et s.

¹⁶⁷² D. GABORIEAU, « « Le nez dans le micro ». Répercussions du travail sous commande vocale dans les entrepôts de la grande distribution alimentaire », *op. cit.*, § 16-17.

¹⁶⁷³ V. notamment, V. GOVAERE, « La préparation de commandes en logistique. Mutations technologiques et évolutions des risques professionnels », *op. cit.* ; D. GABORIEAU, « « Le nez dans le micro ». Répercussions du travail sous commande vocale dans les entrepôts de la grande distribution alimentaire », *op. cit.* ; A. LEFEUVRE-HALFSTERMEYER, V. GOVAERE, J.-Y. ANTOINE, W. ALLEGRE, S. POUPLIN, J.-P. DEPARTE, S. SLIMANI et A. SPAGNULO, « Typologie des risques pour une analyse éthique de l'impact des technologies du TAL », *Revue TAL*, 57 (2), 2016, p. 47-71.

¹⁶⁷⁴ A. ROUVROY et T. BERNIS, « Gouvernamentalité algorithmique et perspectives d'émancipation. Le disparate comme condition d'individuation par la relation ? », *Réseaux*, n° 177, 2013, p. 163.

¹⁶⁷⁵ V. déjà à ce sujet, S. WEIL, *La condition ouvrière*, Gallimard, coll. « idées », n° 52, 1951, p. 182 et s.

modalités d'exécution de celle-ci, prises en charge par l'outil »¹⁶⁷⁶, qui a été programmé pour suivre une procédure. Et au-delà de prescrire, par l'élaboration de procédures, le numérique va valider la bonne réalisation de la prestation de travail. Un tel contrôle restreint nécessairement la capacité du salarié à prendre des initiatives et à développer son « *savoir-faire* »¹⁶⁷⁷. Il perd ainsi son autonomie en obéissant uniquement aux ordres du système pour correspondre à la procédure attendue¹⁶⁷⁸. Ce qui peut entraîner une déshumanisation¹⁶⁷⁹.

2- Les risques de la « *sur-subordination* »

337. Les risques psychosociaux¹⁶⁸⁰ de la « *sur-subordination* ». Le contrôle numérique, aussi appelé monitoring électronique¹⁶⁸¹, peut consister en l'élaboration d'une procédure à respecter, la collecte de données pendant la réalisation de la prestation de travail pour mettre en place, le cas échéant, des ajustements de la performance des salariés après l'action¹⁶⁸². Les outils numériques ont permis une forte optimisation en délivrant les instructions, ce, en permanence, ce qui a pour effet de réduire considérablement les temps d'inactivité des salariés, intensifiant

¹⁶⁷⁶ M.-É. BOBILLIER CHAUMON, « Du rôle des TIC dans la transformation digitale de l'activité et de la santé au travail », *La Revue des conditions de travail*, n° 6, 2017, p. 21.

¹⁶⁷⁷ V. *supra*, n° 170.

¹⁶⁷⁸ V. par exemple une étude sur les systèmes informatiques embarqués (SIE) dans le métier des conducteurs routiers. L'étude révèle qu'« *en la supervisant, en organisant le travail à faire, en évaluant et en prescrivant aussi le style de conduite, les SIE ne sont pas perçus comme des partenaires du conducteur. Ils incarnent et représentent physiquement l'entreprise dans l'espace de travail. En restreignant les marges de manœuvre et en délimitant les capacités d'action et d'initiatives, le système est perçu comme une menace pour l'autonomie du chauffeur* ». T. GAMKRELIDZE et M.-É. BOBILLIER CHAUMON, « L'intégration des technologies embarquées dans l'activité des conducteurs routiers : une étude de cas », *La Revue des conditions de travail*, n° 6, 2017, p. 194.

¹⁶⁷⁹ « *L'enfermement des travailleurs dans des process et des procédures, sans aucune possibilité de négociation ou de discussions, par des algorithmes entraîne une déshumanisation qui ferait sans doute de la bureaucratie décrite par Kafka un véritable paradis terrestre* », P.-Y. VERKINDT, « Intelligence artificielle, travail et droit du travail », dans *Droit de l'intelligence artificielle*, 1^{re} éd., LGDJ, coll.« Les Intégrales », 2019, p. 302 ; V. également, L. GAMET, « Le travailleur et (les deux visages de) l'algorithme », *Dr. soc.*, 2022, p. 775.

¹⁶⁸⁰ V. notamment, N. TARHOUNY, *Les risques psychosociaux au travail : droit et prévention d'une problématique de santé publique*, L'Harmattan, coll.« Le Droit aujourd'hui », 2018 ; C. SERRAND-MITON, *Le traitement juridique des risques psychosociaux*, LexisNexis, 2018 ; V. sur la santé mentale, L. LEROUGE, *La reconnaissance d'un droit à la protection de la santé mentale au travail*, t. 40, LGDJ, coll.« Bibliothèque de droit social », 2005.

¹⁶⁸¹ Tout comme l'auteur, nous retiendrons une définition large du monitoring comme une « *collecte continue, analyse et gestion de l'information portant sur le rendement au travail et de l'utilisation des équipements* », intégrant également le processus de « *reporting* ». L. BEN FEKIH AISSI, « Monitoring électronique des performances : sources de stress », *Management & Avenir*, n° 37, 2010, p. 307.

¹⁶⁸² *Ibid.*, p. 308.

ainsi le travail¹⁶⁸³. Ce rythme de travail est source de stress et de risques psychiques multiples : « *les systèmes de prescription et de contrôle permanent de l'activité via les TIC, vont par exemple avoir tendance à placer les opérateurs en situation de stress chronique, tout en réduisant leurs marges de manœuvre et en augmentant leurs objectifs de productivité* »¹⁶⁸⁴. Le risque est, en effet, que le salarié devienne accessoire de la machine, lui retirant ainsi toute capacité d'initiative¹⁶⁸⁵.

338. Face à la « *sur-subordination* » ou au « *super-contrôle* »¹⁶⁸⁶, il existe un double risque : celui de la perte de sens du travail par l'optimisation numérique et celui des risques psychiques liés à la surveillance. Tout d'abord, l'utilisation des outils numériques peut constituer un sentiment de « *dépossession* »¹⁶⁸⁷ par la perte d'autonomie. Or, dès lors que le salarié ne peut plus exprimer son « *savoir-faire* », il ne possède plus de marge de manœuvre pour réaliser sa prestation de travail, perdant une partie du sens de son travail¹⁶⁸⁸. Il convient qu'il y ait un équilibre entre l'outil et le travailleur pour que ce dernier retrouve la maîtrise. À défaut de trouver un compromis, le salarié sera exposé à des risques psychosociaux¹⁶⁸⁹ tels que le « *bore-out* »¹⁶⁹⁰, le « *brown-out* »¹⁶⁹¹ – dans le cas où il y a une perte de sens du travail – ou le « *burn-out* »¹⁶⁹² – dès lors que la cadence ainsi que la surveillance sont particulièrement

¹⁶⁸³ V. par exemple, dans un centre d'appel l'exercice d'un « *contrôle permanent* » de l'activité des salariés « *au moyen de la gestion informatisée du centre d'appels, un bandeau d'affichage placé en hauteur diffusant l'état du flux des appels et la disponibilité des salariés présents* », Cass. soc., 7 décembre 2016, n° 15-16.769.

¹⁶⁸⁴ M. MALENFER, V. GOVAERE, A. BINGEN et M.C. TRIONFETTI, « Impacts des outils numériques sur les conditions de travail : l'exemple du commerce en ligne », *Hygiène et sécurité au travail*, n° 258, mars 2020, p. 109.

¹⁶⁸⁵ P. ADAM, « Intelligence artificielle et santé au travail. Marche de nuit », *op. cit.*, p. 9.

¹⁶⁸⁶ C. FELIO et L. LEROUGE, *Les cadres face aux TIC*, *op. cit.*, p. 24.

¹⁶⁸⁷ Y. FERGUSON, « Des travailleurs diminués dans des organisations augmentées ? », *op. cit.*

¹⁶⁸⁸ P. GOMEZ, « Le sens du travail à l'ère numérique », *op. cit.*, p. 37 et s.

¹⁶⁸⁹ Les risques psychosociaux peuvent se définir comme étant « *les risques pour la santé mentale, physique et sociale, engendrés par les conditions d'emploi et les facteurs organisationnels et relationnels susceptibles d'interagir avec le fonctionnement mental* », *Mesurer les facteurs psychosociaux de risque au travail pour les maîtriser*, Rapport du Collège d'expertise sur le suivi des risques psychosociaux au travail, faisant suite à la demande du Ministère du travail, 2011, p. 13.

¹⁶⁹⁰ Le « *bore-out* » correspond à « *l'absence de stimulations et [d']ennui au travail* ». P. LEGERON, « Qualité de vie au travail et santé mentale », dans *Assurer le bien-être psychique*, Dunod, coll.« Psychothérapies », 2018, p. 97 ; V. également à ce sujet, P. ADAM, « L'ennui en procès. A propos du "bore-out" », *SSL*, n° 1917, 2020, p. 11-14.

¹⁶⁹¹ Le « *brown-out* » correspond à « *l'épuisement professionnel par perte ou absence de sens du travail* », F. CHAPELLE, « Bore out, blur out, brown out », dans *Risques psychosociaux et Qualité de Vie au Travail. En 36 notions*, Dunod, coll.« Aide-Mémoire », 2018, p. 31.

¹⁶⁹² Le « *burn-out* » correspond à un état d'épuisement à la suite de l'accumulation de facteurs de stress professionnels, P. LEGERON, « Burn out », dans *Risques psychosociaux et Qualité de Vie au Travail. En 36 notions*, Dunod, coll.« Aide-Mémoire », 2018, p. 16 ; Autrement dit, de « *travail insoutenable* », P. GOMEZ, « Le sens du travail à l'ère numérique », *op. cit.*, p. 39 ; Ou le « *dépassement d'une limite* », C. SERRAND-MITON, *Le traitement juridique des risques psychosociaux*, *op. cit.*, p. 7 ; V. également à ce sujet, Y. CENSI et G. SEBAOUN, *Rapport d'information en conclusion des travaux de la mission d'information relative au syndrome*

intenses – nécessitant une mise en œuvre maîtrisée des outils numériques. Une forte surveillance peut être, en effet, source de risques psychosociaux comme du stress pour le salarié¹⁶⁹³. À ce sujet, l'OIT soulignait que « *l'exercice de la gestion, de la surveillance et du contrôle algorithmiques, au moyen de capteurs, d'accessoires connectés et d'autres formes de surveillance, doit être réglementé pour protéger la dignité des travailleurs. Le travail n'est pas une marchandise et les travailleurs ne sont pas des robots* »¹⁶⁹⁴. Autant de risques, issus d'une « *sur-subordination* », qui constituent un risque pour la santé, et qui doivent faire l'objet d'une prévention¹⁶⁹⁵. Celle-ci pourrait également être considérée comme étant constitutive d'un harcèlement moral de la part de l'employeur.

339. « Sur-subordination » et harcèlement moral. Le contentieux relatif à une surveillance excessive par l'employeur peut trouver son fondement auprès de la qualification de harcèlement moral¹⁶⁹⁶. En droit du travail, le harcèlement moral¹⁶⁹⁷ consiste en des agissements « *qui ont pour objet ou pour effet une dégradation de ses conditions de travail susceptible de porter atteinte à ses droits et à sa dignité, d'altérer sa santé physique ou mentale ou de compromettre son avenir professionnel* »¹⁶⁹⁸. Contrairement au droit pénal¹⁶⁹⁹, la caractérisation de

d'épuisement professionnel (ou burn out), Assemblée nationale, Commission des affaires sociales, 2017 ; L. LEROUGE, *La reconnaissance d'un droit à la protection de la santé mentale au travail*, *op. cit.*, p. 150-152.

¹⁶⁹³ « *Un état de stress au travail survient chez un individu lorsqu'il y a un déséquilibre entre les contraintes que lui impose son environnement de travail et les ressources organisationnelles dont il dispose pour y faire face* », N. TARHOUNY, *Les risques psychosociaux au travail : droit et prévention d'une problématique de santé publique*, L'Harmattan, coll.« Le Droit aujourd'hui », 2018, p. 104 ; V. sur la prise en compte du stress au travail, *Ibid.*, p. 102 et s. ; C. SERRAND-MITON, *Le traitement juridique des risques psychosociaux*, *op. cit.*, p. 68 et s. ; V. également sur les origines de la notion, V. « Risques psychosociaux », A. BEVORT, A. JOBERT, M. LALLEMENT et A. MIAS, *Dictionnaire du travail*, *op. cit.*, p. 696 ; Le stress a pu être considéré comme la « *pierre angulaire des risques psychosociaux* », V. en ce sens, G. HAMELIN, *Agir sur le stress et les violences au travail*, Dunod, 2012, p. 10.

¹⁶⁹⁴ OIT, *Travailler pour bâtir un avenir meilleur*, *op. cit.*, p. 45 ; V. également, L. GAMET, « Le travailleur et (les deux visages de) l'algorithme », *op. cit.*

¹⁶⁹⁵ V. pour des propositions d'une prise en compte accrue de la santé mentale par les organisations de travail, F. HÉAS, « Pour une mobilisation renforcée des exigences générales de prévention en matière de santé au travail », dans *Santé mentale et organisation du travail. Approche juridique et regards croisés*, Dalloz, coll.« Thèmes & commentaires », 2022, p. 329-338, spé. p. 137-138.

¹⁶⁹⁶ V. notamment à ce sujet, P. ADAM, *Harcèlements moral et sexuel en droit du travail*, 1^{re} éd., Dalloz, coll.« Dalloz Corpus », 2020 ; V. également, sur le contrôle de l'activité et le harcèlement, P. ADAM, « Harcèlement moral », dans *Répertoire de droit du travail*, Dalloz, 2019, n° 216.

¹⁶⁹⁷ La notion de harcèlement en France va naître dans le contexte de la parution de l'ouvrage en 1998 de la célèbre psychanalyste Marie-France Hirigoyen, qui désigne le harcèlement moral comme étant « *toute conduite abusive (geste, paroles, comportement, attitude...) qui porte atteinte, par sa répétition ou sa systématisation, à la dignité ou à l'intégrité physique ou psychique d'une personne, mettant en péril l'emploi de celle-ci, dégradant le climat de travail* », M.-F. HIRIGOYEN, *Le harcèlement moral au travail*, 2^e éd., puf, coll.« Que sais-je ? », 2017, p. 10 et s. ; V. également, M.-F. HIRIGOYEN, *Le harcèlement moral*, Syros, 1998 ; M.-F. HIRIGOYEN, « La genèse du harcèlement moral et sa traduction en droit », *JCP S*, n° 30-34, 2022, 1205.

¹⁶⁹⁸ Art. L. 1152-1 C. trav.

¹⁶⁹⁹ Art. 222-33-2 C. pén. La chambre criminelle demande que le prévenu ait réalisé consciemment les actes coupables en pleine connaissance de leurs conséquences possibles, pour retenir l'intentionnalité. Cass. crim., 14 janvier 2014, n° 12-84.354.

l'intentionnalité n'est pas nécessaire en droit du travail¹⁷⁰⁰. Il convient que les agissements soient répétés¹⁷⁰¹, sans qu'il soit nécessaire que les actes soient de même nature, ou encore, que les faits se déroulent sur une période plus ou moins longue¹⁷⁰². De plus, le harcèlement moral suppose une dégradation des conditions de travail susceptible d'avoir des répercussions sur la santé, la dignité ou l'évolution de la carrière du salarié harcelé¹⁷⁰³. Les risques psychosociaux causés par une surveillance excessive peuvent tout à fait correspondre à cette exigence¹⁷⁰⁴. Tout comportement ayant pour objet de cause des contraintes considérées comme étant inutiles ou vexatoires peut être constitutif d'un harcèlement moral¹⁷⁰⁵.

340. C'est la caractérisation d'un abus des pouvoirs tirés de la subordination qui peut donc caractériser un harcèlement. C'est ainsi que des détournements de l'évaluation, au profit d'un sur-contrôle, ont pu parfois être constatés et caractériser un harcèlement moral. À cet égard, l'évaluation ne doit pas être instrumentalisée au service d'une « *mécanique harcelante* »¹⁷⁰⁶, par une baisse de la notation d'une salariée alors que ses notes étaient jusqu'alors excellentes par exemple¹⁷⁰⁷. C'est ainsi qu'il a également été jugé qu'une entreprise qui met en place un nouveau système d'évaluation des salariés doit nécessairement consulter les représentants du personnel. Les modalités et les enjeux de l'entretien étaient manifestement de nature à générer une pression psychologique entraînant des répercussions sur les conditions de travail¹⁷⁰⁸. Cet arrêt relève en filigrane les risques liés à certaines méthodes d'évaluation qui peuvent conduire

¹⁷⁰⁰ Cass. soc., 10 novembre 2009, n° 08-41.497, *R.*, p. 346 ; *D.* 2009. *AJ* 2866, *obs. Maillard* ; *ibid.* 2010. *Pan.* 672, *obs. Pasquier* ; *RJS* 2010. 16, n° 7 ; *Dr. ouvrier* 2010. 117, *note Adam* ; *JCP S* 2010. 1125, *note Leborgne-Ingelaere* ; *Dr. soc.* 2010. 111, *obs. Radé* ; *JSL* 2010, n° 269-4, *obs. Tourreil*.

¹⁷⁰¹ Art. L. 1151-2 C. trav. ; *V. a contrario*, ne peut s'analyser en agissements répétés constitutifs de harcèlement moral, une décision de l'employeur de rétrograder un salarié, peu important que, répondant aux protestations réitérées de celui-ci, il ait maintenu par divers actes sa décision. Cass. soc., 9 décembre 2009, n° 07-45.521, *D.* 2010. *AJ* 95, *obs. Perrin* ; *RJS* 2010. 123, n° 148 ; *JSL* 2010, n° 272-5. *V.* sur ce point, G. YILDIRIM, « Regards sur le critère de répétition des agissements de harcèlement moral », *JCP S*, n° 30-34, 2022, 1207.

¹⁷⁰² Cass. Soc., 26 mai 2010, n° 08-43.152, *D.* 2010. 1988, *note Dedessus-Le Moustier* ; *D. actu.* 15 juin 2010, *obs. Dechristé* ; *RJS* 2010. 580, n° 640 ; *JCP S* 2010. 1330, *obs. Leborgne-Ingelaere* ; *JSL* 2010, n° 281-282-5, *obs. Julien-Paturle* ; *SSL* 2010, n° 1449, p. 8, *obs. Pelletier* ; *V.* également, Cass. Soc., 26 janvier 2005, n° 02-47.296.

¹⁷⁰³ *V.* par exemple, Cass. Soc., 19 février 2014, n° 12-23.708, *op. cit.*

¹⁷⁰⁴ Ils viennent nourrir le harcèlement moral, en effet, « *s'il n'appartient pas à la juridiction de remettre en cause le pouvoir de direction de l'employeur ni de s'immiscer dans la gestion de l'entreprise, le harcèlement moral peut néanmoins provenir d'un mode d'organisation ou d'un management qui méconnaît l'obligation de sécurité de résultat incombant à l'employeur en matière de protection de la santé et de la sécurité des travailleurs dans l'entreprise* », Cass. crim., 8 septembre 2015, n° 14-83.869 ; Un tel lien a été vivement critiqué par Monsieur Patrice Adam qui considère que « *si le harcèlement moral se confond avec l'obligation de sécurité de résultat, il pourrait trouver à s'y dissoudre* », P. ADAM, *Harcèlements moral et sexuel en droit du travail*, 1^{re} éd., Dalloz, coll. « Dalloz Corpus », 2020, p. 55.

¹⁷⁰⁵ Cass. soc., 11 juin 2014, n° 12-28.309.

¹⁷⁰⁶ P. ADAM, « Harcèlement moral », dans *Répertoire de droit du travail*, Dalloz, 2019, n° 234.

¹⁷⁰⁷ Cass. soc., 13 décembre 2011, n° 10-23.260.

¹⁷⁰⁸ Cass. soc., 28 novembre 2007, n° 06-21.964, *RDT* 2008. 112, *obs. Lerouge* ; *ibid.* 180, *obs. Adam* ; *RJS* 2007. 109, n° 135 ; *JSL* 2007, n° 224-2.

à l'organisation d'une pression pouvant aller jusqu'au harcèlement des salariés, par ce sur-contrôle au travers de leur évaluation. Ces évolutions ont obligé le juge à prendre en compte ces dérives possibles. En revanche, il convient de préciser que l'exercice normal du pouvoir ne peut suffire à caractériser des faits de harcèlement¹⁷⁰⁹.

341. Harcèlement moral et obligation de sécurité. Il existe ainsi une imbrication certaine entre le harcèlement moral et l'obligation de sécurité de l'employeur où l'obligation de prévention du harcèlement moral participe de l'obligation de sécurité¹⁷¹⁰. Il est désormais difficile de tracer une frontière nette entre le stress au travail et le harcèlement moral. Une surveillance excessive relevant d'un management par « *la terreur* » peut tout aussi bien relever d'un manquement à l'obligation de sécurité de l'employeur, qu'être constitutif d'un harcèlement managérial¹⁷¹¹. Cette porosité est liée, selon Monsieur Patrice Adam, à l'absence d'exigence de l'intentionnalité par la chambre sociale¹⁷¹². Le harcèlement moral issu d'une « *sur-subordination* » revêtirait ainsi une dimension collective, qui a été reconnue par la Cour de cassation.

342. La reconnaissance du harcèlement managérial. Le contentieux relatif au harcèlement moral illustre, en effet, l'évolution de la prise en compte du pouvoir de contrôle, avec l'existence et sa reconnaissance par le droit d'un pouvoir managérial¹⁷¹³. La Cour de cassation a reconnu l'existence d'un « *harcèlement managérial* », dès lors qu'il ne dépend pas du fait d'un individu identifié, mais celui d'une organisation au sens général, par une surcharge de travail, ou encore des méthodes de gestion délétère¹⁷¹⁴. Il a ainsi été jugé, pour la première fois, le 10 novembre 2009, que « *les méthodes de gestion mises en œuvre par un supérieur hiérarchique peuvent caractériser un harcèlement moral dès lors qu'elles se manifestent pour un salarié déterminé par des agissements répétés ayant pour objet pour effet d'entraîner une dégradation des conditions de travail susceptible de porter atteinte à ses droits et à sa dignité,*

¹⁷⁰⁹ V. par exemple, Cass. soc., 17 janvier 2013, n° 11-24.604 ; Cass. soc., 18 février 2015, n° 13-19.991.

¹⁷¹⁰ V. en ce sens, P. ADAM, « Cosmologie du harcèlement moral », *JCP S*, n° 30-34, 2022, 1206 ; Cass. soc., 1er décembre 2021, n° 19-25.715, *D. actu. 3 janv. 2022, obs. Couëdel* ; *D. 2021. 2235* ; *Dr. soc. 2022. 146, note Adam* ; *ibid. 414, note Kapp et Keim-Bagot* ; *RJS 2/2022, n° 82* ; *SSL 2022, n° 1983, obs. Champeaux* ; *JSL 2022, n° 534-3, obs. Nasom-Tissandier* ; *JCP S 2021. 1323, obs. Leborgne-Ingelaere*.

¹⁷¹¹ V. pour une étude sur le contrôle par la jurisprudence du management au regard de la santé mentale des salariés, F. HÉAS, « Le management, un déterminant des liens entre organisation du travail et santé mentale en jurisprudence », *RFAS*, n° 4, 2022, p. 149-166.

¹⁷¹² P. ADAM, *Harcèlements moral et sexuel en droit du travail*, *op. cit.*, p. 54-55.

¹⁷¹³ V. notamment sur la répartition des responsabilités avec le cas d'une immunité managériale par la connaissance et l'encouragement de méthodes managériales délétères par les supérieurs hiérarchiques, F. HÉAS, « Quand le management délétère n'est pas fautif ! », *Dr. soc.*, 2022, p. 942.

¹⁷¹⁴ P. LOKIEC et J. ROCHFELD, « Nouvelle surveillance, nouvelle subordination ? », *op. cit.*, p. 559.

d'altérer sa santé physique ou mentale ou de compromettre un avenir professionnel »¹⁷¹⁵. Cette décision, qui sera confirmée et précisée par la suite¹⁷¹⁶, marque une double caractéristique du harcèlement managérial : d'une part, il est constitué par des méthodes de gestion qui s'appliquent aux salariés, ou à une catégorie d'entre eux, et d'autre part, les effets doivent pouvoir être identifiées sur un salarié « *déterminé* ». La reconnaissance d'un harcèlement managérial intéresse tout particulièrement la mise en œuvre d'un contrôle numérique, dès lors qu'il entraînerait une dégradation des conditions de travail. La prise en compte des méthodes de gestion du personnel a même conduit les juges à reconnaître une nouvelle catégorie de harcèlement, fondé sur une politique généralisée de l'entreprise : le harcèlement « *institutionnel* ».

343. Jusqu'au harcèlement « *institutionnel* ». Consacré, lors de la médiatique affaire *France Télécom*, par le tribunal de grande instance de Paris¹⁷¹⁷, et confirmé par la cour d'appel de Paris¹⁷¹⁸, le harcèlement moral « *institutionnel* » trouve son originalité dans sa caractérisation de l'existence d'une « *politique d'entreprise* » harcelante. Dans cette affaire, l'entreprise avait mis en œuvre, entre 2007 et 2010, une politique de transformation dont le but était d'inciter les salariés à changer de poste, de métier ou de quitter l'entreprise. L'objectif était d'atteindre, en trois ans, le départ de 22 000 salariés et d'obtenir, sous la pression, la mobilité de 10 000 autres, sur un effectif de 120 000 salariés. Durant cette période, on dénombre une soixantaine de suicides de salariés, dont certains ont indiqué explicitement que la raison de leur geste était liée à leur emploi au sein de *France Télécom*. La société, ainsi que ses trois principaux dirigeants ont été mis en examen pour harcèlement moral, ainsi que trois cadres de l'entreprise pour complicité. La 31^e chambre du tribunal correctionnel de Paris a condamné les six prévenus pour harcèlement moral et complicité¹⁷¹⁹. Pour la première fois, un tribunal a retenu la notion de

¹⁷¹⁵ Cass. soc., 10 novembre 2009, n° 07-45.321, *D.* 2009. *AJ* 2857, *obs. Maillard* ; *ibid.* 2010. *Pan.* 672, *obs. Pasquier* ; *RJS* 2010. 17, n° 8 ; *RDT* 2009. 109, *obs. Radé* ; *Dr. ouvrier* 2010. 117, *note Adam* ; *JCP S* 2010. 1125, *note Leborgne-Ingelaere* ; *JSL* 2009, n° 267-268-3.

¹⁷¹⁶ V. Cass. soc., 1er mars 2011, n° 09-69.616, *Dr. soc.* 2011. 594, *note Radé* ; *RJS* 5/2011, n° 390 ; *JCP E* 2011. 1566, *obs. Fadeuilhe* ; *PA* 9 nov. 2011, p. 17, *obs. Le Blan-Delanno, op. cit.* ; Cass. soc, 22 octobre 2014, n° 13-18.862, *D.* 2014. *Actu.* 2179 ; *RJS* 1/2015, n° 5 ; *JSL* 2015, n° 379-5, *obs. Lhernould* ; *Dr. soc.* 2015. 85, *note Antonmattéi* ; Cass. soc., 3 mars 2021, n° 19-24.232 ; V. pour une analyse des différentes décisions sur le sujet, A. CARILLON, « Le harcèlement moral managérial et le harcèlement moral institutionnel », *JCP S*, n° 30-34, 2022, 1208.

¹⁷¹⁷ TGI Paris, 31e ch., 2e sect., 13 décembre 2019, n° 0935790257.

¹⁷¹⁸ CA Paris, 30 septembre 2022, n° 20/05346, *RDT.* 2022. 713, *obs. Miné* ; *BJT.* 2022, n° 12, *note Casado*.

¹⁷¹⁹ V. notamment, A. BLOCH, « Procès en appel France Télécom : « Ils ne mouraient pas tous, mais tous étaient frappés » », *Dalloz actualité*, 20 juin 2022.

« harcèlement institutionnel ». Il a été considéré que les méthodes employées ont abouti « à déstabiliser les salariés et à créer un climat professionnel anxigène ».

344. La politique de l'entreprise avait été matérialisée par plusieurs documents, que le tribunal a qualifiés de « *politique de déflation des effectifs à marche forcée, jusqu'au-boutiste, ayant pour objet la dégradation des conditions de travail de la collectivité des agents de France Télécom pour les forcer à quitter définitivement l'entreprise ou à être mobiles* ». Le harcèlement moral institutionnel se distinguerait du harcèlement moral managérial par l'existence d'une « *politique de l'entreprise* » qui consiste « *à la différence d'une pratique pouvant relever des agissements erratiques de quelques managers ou d'une méthode isolée et parfois mal appliquée, [en] un mode ou une politique de management harcelante [qui] se présente comme un ensemble rationnel et cohérent* »¹⁷²⁰. Autrement dit, elle est organisée par les dirigeants pour être appliquée par les « *managers de proximité* » sur les salariés¹⁷²¹. Le juge a ainsi pu s'immiscer dans les choix de contrôle de l'employeur pour assurer la santé et la dignité des salariés, car « *ils ne mouraient pas tous, mais tous étaient frappés* »¹⁷²².

345. La nécessaire garantie de la dignité des salariés. L'utilisation d'outils numériques pour parvenir à une organisation similaire, avec le recours au chiffre ou à l'automatisation, destinée à par exemple forcer les salariés à quitter l'entreprise, serait sans incidence quant aux conditions de reconnaissance du harcèlement, mais pourrait avoir pour effet de systématiser les processus, tout en dissimulant la volonté humaine derrière une telle mise en œuvre. Ces évolutions de l'appréhension du harcèlement moral ont au moins pour effet une meilleure prise en compte des cas de « *sur-subordination* » qui portent atteinte à la santé et à la dignité des salariés¹⁷²³. La

¹⁷²⁰ L. JUBERT, F. AGGERI et B. SEGRESTIN, « Controverse : Quel contrôle judiciaire des modes de management ? », *RDT*, 2020, p. 157 ; V. également, A. CARILLON, « Le harcèlement moral managérial et le harcèlement moral institutionnel », *op. cit.*

¹⁷²¹ « *Dans le cas du harcèlement moral institutionnel, le stress est à la fois la conséquence d'agissements harcelants et le terrain sur lequel ils prospèrent. Ils participent des méthodes mises en œuvre en vertu d'une politique décidée au sommet de l'entreprise* », P. ADAM, « Harcèlement moral institutionnel : l'autre théorie du ruissellement », *SSL*, n° 2017, 2022, p. 10.

¹⁷²² Selon l'expression de Madame Marie Pezé, M. PEZE, *Ils ne mouraient pas tous mais tous étaient frappés. Journal de la consultation « Souffrance et travail » 1997-2008*, Flammarion, coll.« Champs actuel », 2010.

¹⁷²³ V. sur cette notion, notamment, B. VAN-ROMPU, *La dignité de la personne humaine dans les relations de travail*, thèse, Université de Lille 2, 2006 ; T. REVET (dir.) et M.-L. PAVIA (dir.), *La dignité de la personne humaine*, Economica, coll.« Etudes juridiques », 1999 ; P. PEDROT (dir.), *Éthique, droit et dignité de la personne. Mélanges Christian Bolze*, Economica, 1999 ; P. ADAM, « La "dignité du salarié" et le droit du travail (Première partie) », *RDT*, 2014, p. 168 ; P. ADAM, « La dignité du salarié (Deuxième partie) », *RDT*, 2014, p. 244 ; F. HÉAS, « Observations sur le concept de dignité appliqué aux relations de travail », *Dr. ouvr.*, 2010, p. 461-468 ; C. DUPRÉ, « Le respect de la dignité humaine : principe essentiel du droit du travail », *RDT*, 2016, p. 670.

notion de dignité a des sources¹⁷²⁴ tant supranationales¹⁷²⁵ qu'internes¹⁷²⁶, qui s'appliquent nécessairement aux travailleurs¹⁷²⁷. Et c'est cette recherche de la dignité au travail, comme limite à l'exercice d'une « *sur-subordination* » qui semble se dessiner autour du contentieux relatif au harcèlement moral. En outre, la dignité a été « *repensée* »¹⁷²⁸ en droit du travail au travers de la notion du « *travail décent* »¹⁷²⁹, qui doit, outre servir de boussole à l'exercice des pouvoirs de l'employeur, prendre toute sa place, particulièrement à l'ère numérique¹⁷³⁰. Le recours à la notion de dignité a pu être observé dans certains contentieux en droit du travail. Un employeur a pu être condamné pénalement pour violences volontaires après avoir soumis les salariés à un harcèlement constituant en un comportement humiliant et une surveillance excessive. Il interdisait aux salariés « *de lever la tête, de parler et même de sourire* », leur imposant des cadences et des conditions de travail qui a été considéré comme « *le prolongement d'une machine-outil* », et jugé comme incompatible avec la dignité¹⁷³¹. Cet exemple montre toute l'importance d'une garantie de la dignité du salarié, pour offrir un « *régime de travail réellement humain* »¹⁷³². Afin de faire obstacle à la déshumanisation, le concept de dignité de la personne humaine est considéré comme « *l'arme dogmatique la plus puissante entre les mains du juriste* »¹⁷³³.

346. L'existence d'une dichotomie entre les salariés. Parallèlement à l'existence d'une « *sur-subordination* » à l'ère numérique, avec un retour, si ce n'est un maintien, de la figure de

¹⁷²⁴ Bien que la dignité ne figure pas dans les premiers textes fondateurs déclarant les droits de l'Homme, il fait figure de principe axiomatique de l'ordre juridique, V. en ce sens, F. BORELLA, « Le concept de dignité de la personne humaine », dans *Éthique, droit et dignité de la personne. Mélanges Christian Bolze*, Economica, 1999, p. 30 et s. V. sur sa consécration juridique, C. NEIRINCK, « La dignité humaine ou le mauvais usage juridique d'une notion philosophique », dans *Éthique, droit et dignité de la personne. Mélanges Christian Bolze*, Economica, 1999, p. 41-45.

¹⁷²⁵ Préambule et art. 1 de la Charte des Nations Unies du 26 juin 1945.

¹⁷²⁶ Art. 6 DDHC. Consacrée lors de la célèbre affaire du lancer de nain, CE, 27 octobre 1995, n° 136727, *Cne de Morsang-sur-Orge*. GAJA, 22e éd., n° 89 ; GADLF, 2e éd., n° 55 ; RFDA 1995. 1204, concl. Frydman ; D. 1996. 177, note Lebreton ; AJDA 1995. 878, chron. Stahl et Chauvaux ; JCP 1996. 22630, note Hamon ; RD publ. 1996. 536, note Gros et Froment ; RTDH 1996. 657, concl. Frydman, note Deffains.

¹⁷²⁷ V. notamment à ce sujet, F. HÉAS, « Observations sur le concept de dignité appliqué aux relations de travail », *op. cit.*

¹⁷²⁸ P. ADAM, « La dignité du salarié (Deuxième partie) », *op. cit.*

¹⁷²⁹ Défini depuis 1999 comme « but fondamental » concernant l'action de l'OIT, « comme une dimension essentielle d'une mondialisation juste, de la lutte contre la pauvreté et un moyen d'instaurer un développement équitable, solidaire et durable », V. à ce sujet, M. BONNECHÈRE, « L'optique du travail décent », Dr. ouvr., 2007, p. 57-74.

¹⁷³⁰ V. cependant sur le risque « *de se contenter d'en appeler au respect du principe de dignité de la personne humaine comme sorte de mantra dont il n'est tiré aucune interdiction spécifiquement identifiée* », G. LOISEAU, « Intelligence artificielle et droit des personnes », *op. cit.*, p. 46 et s.

¹⁷³¹ Cass. crim., 4 mars 2003, n° 02-82.194, D. 2004. 181 ; Rev. science crim. 2003, p. 561, obs. Y. Mayaud ; RTD com. 2003, p. 578, obs. B. Bouloc.

¹⁷³² V. en ce sens, A. SUPIOT (dir.) et P. MUSSO (dir.), *Qu'est-ce qu'un régime de travail réellement humain ?*, Hermann, 2018.

¹⁷³³ P. ADAM, « Intelligence artificielle et droit du travail », *op. cit.*, p. 372.

l'« *Homme-machine* », *a contrario*, des salariés autonomes, qualifiés de « *travailleurs du savoir* », ont émergé et se sont développés, interrogeant l'approche du pouvoir de contrôle de l'employeur.

*B- Le renouvellement du pouvoir de contrôle par
l'« autonomie contrôlée »*

347. La révolution numérique a permis le développement du secteur du tertiaire¹⁷³⁴, qui a eu pour conséquence l'accroissement des « *travailleurs du savoir* »¹⁷³⁵. Pour certains auteurs, les « *travailleurs du savoir* » seraient libres de leurs temps et lieu de travail, la seule exigence serait celle de la bonne réalisation de leur mission dans le temps imparti¹⁷³⁶. Certains vont même jusqu'à parler de « *civilisation du savoir* »¹⁷³⁷ où l'organisation du travail traditionnel serait remise en cause par l'existence d'une autonomie des travailleurs. L'existence d'une autonomie dans le travail fait l'objet de certaines controverses¹⁷³⁸, car se heurtant à la subordination, inhérente au salariat.

348. Le concept d'« *autonomie contrôlée* », soutenue par certains auteurs¹⁷³⁹, permet de désigner ce paradoxe, et permettrait une meilleure prise en compte de l'autonomie dans la subordination afin de dépasser le modèle hiérarchique classique au profit d'un modèle de « *l'autonomie organisée* », avec un « *nouveau rapport aux subordonnées, à l'autorité et au contrôle de son univers* »¹⁷⁴⁰. Cette expression permettrait de retranscrire, selon ses défenseurs, « *la subordination aux configurations nouvelles du travail mais aussi parce que les jeunes d'aujourd'hui, qu'on le veuille ou non, sont pour beaucoup rebutés par l'idée même d'être*

¹⁷³⁴ Selon l'Insee, « *le secteur tertiaire recouvre un vaste champ d'activités qui s'étend du commerce à l'administration, en passant par les transports, les activités financières et immobilières, les services aux entreprises et services aux particuliers, l'éducation, la santé et l'action sociale* », <https://www.insee.fr/fr/metadonnees/definition/c1584#:~:text=Le%20secteur%20tertiaire%20recouvre%20un%20C3%A9%20et%20l'action%20sociale> [consulté le 12 juillet 2023].

¹⁷³⁵ V. sur le travail intellectuel, L. DRAI, *Le droit du travail intellectuel*, *op. cit.*

¹⁷³⁶ P. LOKIEC et J. ROCHFELD, « Nouvelle surveillance, nouvelle subordination ? », *op. cit.*, p. 564.

¹⁷³⁷ J. BARTHÉLÉMY, « Numérique, civilisation du savoir et définition du temps de travail », *Dr. soc.*, 2018, p. 372.

¹⁷³⁸ V. notamment, V. « Autonomie », A. BEVORT, A. JOBERT, M. LALLEMENT et A. MIAS, *Dictionnaire du travail*, *op. cit.*, p. 51.

¹⁷³⁹ P. LOKIEC, « De la subordination au contrôle », *op. cit.* ; P. LOKIEC et J. ROCHFELD, « Nouvelle surveillance, nouvelle subordination ? », *op. cit.*

¹⁷⁴⁰ I. FRANCFORT, F. OSTY, R. SAINSAULIEU et M. UHALDE, *Les mondes sociaux de l'entreprise*, Desclée, 1995, p. 154.

subordonnés »¹⁷⁴¹. Un tel concept souligne, à tout le moins, l'existence possible d'une autonomie contrôlée par l'employeur, qui a su devenir un critère pour l'application de certaines modalités d'organisation du travail (1).

349. Cependant, le recours au concept d'« *autonomie contrôlée* » interroge. Il convient, en effet, de savoir si cette autonomie ne conduit finalement pas à une forme d'allégeance par un renouvellement du pouvoir de contrôle. Selon Monsieur Alain Supiot, « *le lien d'allégeance implique [...] un engagement plus grand de la personne du salarié, qui ne doit plus se contenter d'obéir mécaniquement à des ordres pendant un temps et dans des lieux fixés à l'avance, mais se mobiliser totalement dans la réalisation des objectifs qui lui sont assignés et se soumettre à des procédures d'évaluation de ses performances* »¹⁷⁴². L'auteur ajoute qu'« *il ne s'agit plus pour le salarié de donner une part mesurée de son temps et d'obéir mécaniquement aux ordres en contrepartie d'un salaire, il s'agit de donner « le meilleur de soi-même » pour maximiser ses revenus. Autrement dit, il s'agit de se comporter « comme si » l'on était indépendant.* »¹⁷⁴³. Il serait ainsi institué une « *fiction d'un salarié à son compte* »¹⁷⁴⁴ questionnant la réalité d'une « *autonomie contrôlée* » (2).

1- L'existence d'une autonomie requise dans la subordination

350. La notion d'autonomie¹⁷⁴⁵ peut se définir comme étant la capacité de se gouverner selon ses propres règles, autrement dit, « *qui ne dépend que de soi* » ou « *ce dont on peut disposer* »¹⁷⁴⁶. *A priori* incompatible avec le droit du travail, par l'existence du lien de subordination¹⁷⁴⁷, l'autonomie a su malgré tout se faire une place au sein du droit du travail. Plus encore, l'autonomie est devenue « *requis* »¹⁷⁴⁸ lorsqu'elle est considérée comme un critère de mise en œuvre de certaines conditions d'exécution du travail. L'accès à l'application

¹⁷⁴¹ P. LOKIEC, « De la subordination au contrôle », *op. cit.*

¹⁷⁴² A. SUPLOT, *La gouvernance par les nombres*, *op. cit.*, p. 391.

¹⁷⁴³ A. SUPLOT, *Homo juridicus*, *op. cit.*, p. 256.

¹⁷⁴⁴ *Ibid.*

¹⁷⁴⁵ V. à ce sujet, A. LAMPERT, *L'autonomie du travailleur*, *op. cit.*

¹⁷⁴⁶ V. « Autonomie », A. BEVORT, A. JOBERT, M. LALLEMENT et A. MIAS, *Dictionnaire du travail*, *op. cit.*, p. 47.

¹⁷⁴⁷ M. FOUCAULT, *Surveiller et punir*, *op. cit.* ; P. BOURDIEU, « La double vérité du travail », *Actes de la recherche en sciences sociales*, vol. 114, septembre 1996, p. 89-90 ; A. SUPLOT, *Critique du droit du travail*, *op. cit.*, p. 160.

¹⁷⁴⁸ V. « Autonomie », A. BEVORT, A. JOBERT, M. LALLEMENT et A. MIAS, *Dictionnaire du travail*, *op. cit.*, p. 49.

d'une convention de forfait, dérogeant à la durée classique du travail, a été conditionné aux capacités d'autonomie du salarié (a). Et, il en fut de même pour l'accès au télétravail (b).

a) *Un critère de la convention de forfait*

351. L'autonomie et la durée du travail. La prise en compte de l'autonomie au sein du droit de la durée du travail avait déjà pu être observée lors de l'adoption de l'horaire individualisé¹⁷⁴⁹. Ce mouvement a ainsi perduré avec l'avènement du décompte forfaitaire de la durée du travail où le temps de travail serait « *choisi* »¹⁷⁵⁰. La convention de forfait correspond à un accord contractuel au sein duquel l'employeur et le salarié conviennent d'une rémunération forfaitaire globale qui couvre l'ensemble d'heures ou de jours de travail à effectuer, autrement dit, la durée du travail est forfaitisée en heures ou en jours¹⁷⁵¹, selon les dispositions prévues au sein du Code du travail¹⁷⁵². Là où le forfait en heures correspond à une forfaitisation du temps de travail, en ce qu'il consiste « *à fixer globalement le nombre d'heures de travail que le salarié doit effectuer chaque semaine, ou chaque mois sans fixer de répartition hebdomadaire ou mensuelle de ces horaires* »¹⁷⁵³, le forfait en jours, lui, « *consiste à décompter le temps de travail en jours ou en demi-journées et non plus en heures. Il fixe le nombre de jours que le salarié doit s'engager à effectuer chaque année* »¹⁷⁵⁴.

352. Cadre et autonomie. Initialement, ces conventions ne concernaient que les « *cadres autonomes* »¹⁷⁵⁵. La notion de « *cadre* » renvoie à des origines militaires qui désignent « *l'ensemble des officiers ou sous-officiers inscrits dans le tableau – le cadre – des emplois de service* »¹⁷⁵⁶. Progressivement, la notion s'est imposée en droit du travail, jusqu'à constituer une catégorie professionnelle¹⁷⁵⁷. Il est possible de définir le cadre comme un « *salarié*

¹⁷⁴⁹ Loi n° 73-1195 du 27 décembre 1973 relative à l'amélioration des conditions de travail.

¹⁷⁵⁰ F. FAVENNEC-HÉRY, « Le temps vraiment choisi », *Dr. soc.*, 2000, p. 295 ; A. TEISSIER, « Le droit de la durée du travail des cadres au forfait en jours », *JCP E*, n° 47, 2002, 1684.

¹⁷⁵¹ G. AUZERO, D. BAUGARD et E. DOCKÈS, *Droit du travail, op. cit.*, p. 1138 et s.

¹⁷⁵² Art. L. 3121-53 et s. C. trav.

¹⁷⁵³ A. DUPAY (dir.), *Le lamy social*, 2023, n° 3447.

¹⁷⁵⁴ *Ibid.*, n° 3470.

¹⁷⁵⁵ Loi n° 2000-37 du 19 janvier 2000 relative à la réduction négociée du temps de travail.

¹⁷⁵⁶ V. « Cadres », A. BEVORT, A. JOBERT, M. LALLEMENT et A. MIAS, *Dictionnaire du travail, op. cit.*, p. 61. V. également, A. LE BAYON, *Notion et statut juridique des cadres de l'entreprise privée*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, coll. « Bibliothèque d'ouvrages de droit social », n° 13, 1971.

¹⁷⁵⁷ V. sur la prise en compte de la notion de cadre en droit du travail, S. TAHTAH, *Les cadres et le droit du travail*, thèse, Université de Bordeaux, 2017 ; P. CAILLAUD, « Qualification professionnelle », dans *Répertoire de droit du travail*, Dalloz, 2022, n° 217-226.

occupant un poste de responsabilité et chargé de mettre en œuvre, dans son service, la politique générale arrêtée par la direction »¹⁷⁵⁸. Cette catégorie présente une certaine diversité¹⁷⁵⁹, mais les cadres ont, en principe, en commun l'autonomie, une marge d'initiative avec des fonctions qui comportent des responsabilités qui peuvent consister en un encadrement d'autres salariés, ou une expertise, une étude particulière ou une activité de conseil¹⁷⁶⁰. La jurisprudence a, d'ailleurs, considéré que la qualité de cadre « est une fonction de direction et de surveillance sur un personnel subordonné ou une fonction exigeant la mise en œuvre d'une technicité qui laisse à l'intéressé une marge d'initiative et de responsabilité »¹⁷⁶¹.

353. La notion de « cadre autonome » semble ainsi relever du pléonisme¹⁷⁶². Par cette expression, le législateur a souhaité, avec une définition négative¹⁷⁶³, distinguer différents cas de figure au sein des cadres. Il convient, en effet, de préciser au préalable que la qualité de cadre ne suffit pas à exclure le droit au paiement des heures supplémentaires, dès lors qu'il n'est pas constaté l'existence d'un salaire forfaitaire comprenant le dépassement d'horaire résultant des impératifs de la fonction exercée¹⁷⁶⁴. De plus, par un « ni-ni », excluant les dirigeants et les « intégrés »¹⁷⁶⁵, les cadres concernés seraient aujourd'hui ceux qui, pour le forfait en jours, disposent d'une « autonomie dans l'organisation de leur emploi du temps »¹⁷⁶⁶. Initialement réservé aux cadres, le forfait s'est élargi aux non-cadres¹⁷⁶⁷, se fondant désormais particulièrement sur le critère de l'autonomie dans l'organisation du travail¹⁷⁶⁸.

¹⁷⁵⁸ V. « Cadre », G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, op. cit., p. 142. La définition distingue ensuite les cadres subalternes, les cadres supérieurs et les cadres de direction.

¹⁷⁵⁹ S. TAHTAH, *Les cadres et le droit du travail*, op. cit., p. 35 et s.

¹⁷⁶⁰ *Ibid.*, p. 132, n° 298 ; « L'expression de l'autonomie devient alors synonyme d'une liberté dans le travail offrant la possibilité de l'aménager et d'en maîtriser les contraintes. En ce sens, l'autonomie est autant l'affirmation d'un état qu'une réalité », O. COUSIN, « Travail et autonomie », dans *Les cadres au travail*, La Découverte, coll. « Entreprise & société », 2004, p. 28.

¹⁷⁶¹ Cass. soc., 6 octobre 1977, n° 76-40.868.

¹⁷⁶² J.-E. RAY, « Temps de travail des cadres : acte IV, scène 2. Vers la loi Aubry II », *Dr. soc.*, 2001, p. 244, spé. p. 247.

¹⁷⁶³ V. S. TAHTAH, *Les cadres et le droit du travail*, op. cit., p. 120 et s.

¹⁷⁶⁴ Cass. soc., 14 juin 1990, n° 88-42.783, *D. 1990. IR 202* ; *RJS 1990. 526, n° 775* ; Cass. soc., 23 juin 1994, n° 91-41.395, *Dr. soc. 1994. 798* ; *RJS 1994. 588, n° 996*.

¹⁷⁶⁵ A. MARTINON, « Le forfait jours : du cadre ou non-cadre », *JCP S*, n° 14, 2005, 1202.

¹⁷⁶⁶ Art. L. 3121-58

¹⁷⁶⁷ Néanmoins, en 2015, 47% des cadres sont concernés par le forfait en jours, seuls 3% des non-cadres le sont. C. LETROUBLON, « Les salariés au forfait annuel en jours. Une durée du travail et une rémunération plus importantes », *DARES Analyses*, n° 48, juillet 2015, p. 1.

¹⁷⁶⁸ « L'idée est simple : il ne s'agit plus de rémunérer un temps – celui passé à la disposition de l'employeur pour la réalisation d'une tâche par lui prescrite – mais la réalisation par le salarié – de plus en plus autonome et responsable – d'un objectif, d'une mission », P. ADAM, *L'individualisation du droit du travail. Essai sur la réhabilitation juridique du salarié-individu*, op. cit., p. 244. À l'exception de la convention de forfait en heures sur la semaine ou le mois qui, elle, est ouverte à « tout salarié », selon les dispositions de l'art. L. 3121-56 C. trav.

354. L'autonomie comme critère du forfait. Inspiré du droit européen¹⁷⁶⁹, l'autonomie a permis de justifier le recours au modèle du forfait. L'autonomie est devenue une exigence de la licéité de la convention de forfait. C'est ainsi que la Cour de cassation en 2007 a indiqué que pour être considéré comme étant autonome, le salarié doit bénéficier d'une « *grande liberté d'action dans l'organisation de son travail à l'intérieur de son forfait en jours* »¹⁷⁷⁰. Le juge doit ainsi vérifier de la réalité de l'autonomie du salarié, et ce, indépendamment de la taille et de l'organisation de l'entreprise, mais aussi l'employeur doit être en mesure de justifier compte tenu de la nature de l'emploi, les raisons empêchant le respect de l'horaire collectif¹⁷⁷¹. Il convient également que l'employeur se restreigne dans l'exercice de son pouvoir de direction et de contrôle, surtout en ce qui concerne l'établissement de l'emploi du temps du salarié. Il a, par exemple, été jugé qu'un salarié soumis à une obligation de pointage, donnant lieu à des relevés informatiques qui reprennent le nombre d'heures travaillées chaque jour, et qui doit effectuer six heures de travail pour que sa journée de travail soit validée, ne dispose pas d'une réelle autonomie dans l'organisation de son emploi du temps. Par conséquent, la Cour de cassation a conclu à l'inéligibilité du salarié à une convention de forfait en jours¹⁷⁷². Pour autant, il est entendu que « *la liberté d'organisation de l'emploi du temps du cadre au forfait jours ne peut être illimitée* »¹⁷⁷³, les pouvoirs de l'employeur demeurent donc¹⁷⁷⁴.

355. Il peut être difficile de trouver le juste équilibre entre autonomie et exercice des pouvoirs de l'employeur, néanmoins, l'autonomie a su devenir un critère de la convention de forfait, avec la recherche de sa réalité par les juges¹⁷⁷⁵. Cependant, l'autonomie ne signifie pas l'absence de

¹⁷⁶⁹ V. directive n° 93/104/CE du 23 novembre 1993, concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail ; directive n° 2003/88/CE du 4 novembre 2003 concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail. V. également à ce sujet, A. LAMPERT, *L'autonomie du travailleur*, op. cit., p. 74.

¹⁷⁷⁰ Cass. soc., 31 octobre 2007, n° 06-43.876, D. 2007. AJ 2876, obs. Perrin ; RJS 2008. 443, note Bugada.

¹⁷⁷¹ Cass. soc., 25 janvier 2023, n° 21-16.825 ; V. notamment pour une analyse de la décision, M. MORAND, « Le cadre en forfait jours : conditions d'éligibilité », *JCP S*, n° 8, 2023, 1052 ; J.-P. LHERNOULD, « Forfait jours : il faut caractériser de manière concrète l'autonomie du salarié », *JSL*, n° 560, 2023, p. 15-17.

¹⁷⁷² Cass. soc., 7 juin 2023, n° 22-10.196.

¹⁷⁷³ CA Toulouse, 13 juillet 2018, n° 16/00835, *BJT*. 2018. n°1, note Caron ; V. également, « une convention individuelle de forfait annuel en heures n'instaure pas au profit du salarié un droit à la libre fixation de ses horaires de travail indépendamment de toute contrainte liée à l'horaire collectif fixé par l'employeur dans l'exercice de son pouvoir de direction », Cass. soc., 2 juillet 2014, n° 13-11.904, D. 2014. 1550.

¹⁷⁷⁴ « Une convention individuelle de forfait annuel en jours n'instaure pas au profit du salarié un droit à la libre fixation de ses horaires de travail indépendamment de toute contrainte liée à l'organisation du travail par l'employeur dans l'exercice de son pouvoir de direction », Cass. soc., 2 février 2022, n° 20-15.744.

¹⁷⁷⁵ L'art. L. 3121-58 C. trav. évoque la nécessité d'une « réelle autonomie ». V. par exemple, Cass. soc., 27 mars 2019, n° 17-31.715, *SSL 2019*, n° 1861, p. 15, obs. Morand. ; Cass. soc., 10 février 2021, n° 19-13.454. Par ailleurs, il a pu être noté la similitude des termes utilisés, par l'emploi de « réelle autonomie », qui traduirait un rapprochement entre les cadres et non-cadres, qui pourrait être en faveur d'une unité de régime dans la délimitation du champ d'application. V. en ce sens, J. ICARD, « Pas de forfaits en jours sans une autonomie réelle des salariés dans l'organisation du travail », *BJT*, n° 5, 2019, p. 18.

subordination dont l'exercice d'un pouvoir de contrôle par l'employeur, qui parfois peut être rendu nécessaire¹⁷⁷⁶, mais ce dernier doit exercer ses pouvoirs avec une « *plus grande retenue, notamment en ce qui concerne la gestion des emplois du temps* »¹⁷⁷⁷. L'autonomie a fait sa place dans la subordination pour aménager des conditions de travail, de plus en plus plébiscité à l'ère numérique, comme ce fut le cas pour l'accès au télétravail.

b) *Un critère d'accès au télétravail*

356. Le télétravail. La loi « Warsmann II » désignait le télétravail comme « *toute forme d'organisation du travail dans laquelle un travail qui aurait également pu être exécuté dans les locaux de l'employeur est effectué par un salarié hors de ces locaux de façon régulière et volontaire en utilisant les technologies de l'information et de la communication dans le cadre d'un contrat de travail ou d'un avenant à celui-ci* »¹⁷⁷⁸. Depuis, le critère de régularité a été supprimé de la définition du télétravail¹⁷⁷⁹. Le télétravail se caractérise ainsi par l'utilisation des technologies de l'information et de la communication – excluant les travailleurs à domicile – ainsi que par sa réalisation en dehors des locaux de l'entreprise, pouvant être le domicile du salarié (résidence principale, comme secondaire, sauf dispositions contraires) comme un espace collectif en dehors de l'entreprise (télécentres ou espaces de *coworking*)¹⁷⁸⁰.

357. Les conditions d'accès au télétravail. Le télétravail peut être mis en œuvre soit dans le cadre d'un accord collectif, soit dans le cadre d'une charte, soit par la formalisation d'un accord avec le salarié concerné. L'accord collectif ou la charte doit comporter des éléments de mise en œuvre du télétravail, dont « *les conditions de passage en télétravail* »¹⁷⁸¹. Le Code du travail laisse le soin de définir quels sont les postes éligibles au télétravail. En théorie, le télétravail

¹⁷⁷⁶ V. sur le devoir de contrôle, *infra*, n° 372 et s.

¹⁷⁷⁷ A. LAMPERT, *L'autonomie du travailleur*, *op. cit.*, p. 81.

¹⁷⁷⁸ Loi n° 2012-387 du 22 mars 2012 relative à la simplification du droit et à l'allégement des démarches administratives, art. 46. Auparavant, le télétravail avait fait l'objet d'un accord-cadre européen du 16 juillet 2002 qui a été transposé par l'ANI du 19 juillet 2005, étendu par arrêté du 30 mai 2006 (JO du 9 juin 2006).

¹⁷⁷⁹ Ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017 relative à la prévisibilité et la sécurisation des relations de travail, *op. cit.* ; Il est ainsi prévu que : « *le télétravail désigne toute forme d'organisation du travail dans laquelle un travail qui aurait également pu être exécuté dans les locaux de l'employeur est effectué par un salarié hors de ces locaux de façon volontaire en utilisant les technologies de l'information et de la communication* », art. L. 1222-9, I, C. trav.

¹⁷⁸⁰ V. sur les risques, N. GUILLEMY, « La santé et la sécurité au travail à l'épreuve de la transformation numérique : enjeux juridiques », dans *La numérisation du travail. Enjeux juridiques et sociaux en santé au travail*, L'Harmattan, coll.« Psych-Logiques », 2021, p. 25-28.

¹⁷⁸¹ Art L. 1222-9, II, 1°, C. trav.

pourrait ainsi être ouvert à l'ensemble des salariés. Néanmoins, l'accord ou la charte fixe des critères d'éligibilité au télétravail, qui doivent reposer sur des éléments objectifs et justifiés par les conditions d'exercice du travail liées au télétravail. Le télétravail peut être par exemple conditionné à une certaine ancienneté, aux seuls salariés en contrat à durée indéterminée, la nature du travail, ou encore l'autonomie du salarié¹⁷⁸². L'employeur a tout intérêt à accorder une certaine vigilance lors de l'élaboration de ces critères, car il devra motiver son refus à l'accès au télétravail d'un salarié qui correspondrait aux critères d'éligibilité¹⁷⁸³.

358. L'autonomie comme critère d'éligibilité au télétravail. L'autonomie semble inhérente à la pratique du télétravail par la distance géographique entre le salarié et l'entreprise. Elle est un critère *requis* de l'accès au télétravail¹⁷⁸⁴. Elle semble même être, pour certains auteurs, le premier critère à vérifier pour la bonne exécution du contrat en télétravail¹⁷⁸⁵. Sur ce point, il convient de noter qu'il est possible de prévoir, lors de la mise en place du télétravail, une période dite « *d'adaptation* »¹⁷⁸⁶, durant laquelle l'employeur pourra vérifier si le salarié a les aptitudes, tant personnelles que professionnelles, pour travailler à distance et si l'absence du salarié dans les locaux de l'entreprise ne perturbe pas le fonctionnement de son service. Au cours, ou à l'issue, de cette période, l'employeur comme le salarié peuvent décider, unilatéralement, de mettre fin à la situation de télétravail, moyennant un délai de prévenance. Une période qui prend toute son importance pour l'évaluation de l'autonomie du travailleur. La nécessité de l'autonomie du télétravailleur a été soulignée à nouveau lors de l'ANI de 2020¹⁷⁸⁷, surtout après l'expérience de la pandémie de covid-19 qui avait contraint de nombreuses entreprises à recourir au télétravail, sans avoir pu anticiper cette nouvelle organisation de travail¹⁷⁸⁸. Or, en

¹⁷⁸² V. pour des exemples d'accords collectifs concernant les critères d'éligibilité, B. BOSSU, « Télétravail », *op. cit.*, p. 71.

¹⁷⁸³ « L'employeur qui refuse d'accorder le bénéfice du télétravail à un salarié qui occupe un poste éligible à un mode d'organisation en télétravail dans les conditions prévues par accord collectif ou, à défaut, par la charte, motive sa réponse », art. L. 1222-9, III, C. trav.

¹⁷⁸⁴ Selon un auteur, il conviendrait que le salarié dispose d'une « *triple aptitude à l'autonomie, proche de celle de la profession libérale ou du travailleur indépendant* : - *autonomie professionnelle concernant l'exercice du métier*, - *autonomie technique concernant l'utilisation permanente des TNIC*, - *aptitude à gérer ses propres horaires de travail et de repos* », J.-E. RAY, « Légaliser le télétravail : une bonne idée ? », *Dr. soc.*, 2012, p. 443.

¹⁷⁸⁵ H. GUYOT, « Numérique et droit du travail », *op. cit.*

¹⁷⁸⁶ Une période qui était déjà prévue lors de l'ANI du 19 juillet 2005 relatif au télétravail. Cette période est prévue à l'art. 2.3.4, ANI du 26 novembre 2020 pour une mise en œuvre réussie du télétravail.

¹⁷⁸⁷ « *Il en ressort que le télétravail repose sur le postulat fondamental – la relation de confiance entre un responsable et chaque salarié en télétravail – et deux aptitudes complémentaires – l'autonomie et la responsabilité nécessaires au télétravail* », ANI du 26 novembre 2020 pour une mise en œuvre réussie du télétravail, art. 4.1 ; V. également, M. VÉRICEL, « L'accord sur le télétravail : un accord de compromis qui reste à la marge du normatif », *RDT*, 2021, p. 59.

¹⁷⁸⁸ ANI du 26 novembre 2020 pour une mise en œuvre réussie du télétravail, art. 7.1.

l'absence d'une réelle évaluation de l'autonomie du salarié, une pratique du télétravail à temps complet a pu se révéler poser des difficultés pour bon nombre de salariés¹⁷⁸⁹.

359. Autonomie et subordination. L'autonomie a donc pu devenir un critère de la mise en œuvre de modalités particulières d'organisation du travail, comme le télétravail, ou de durée du travail, comme la convention de forfait. Ce recours à la notion d'autonomie souligne l'existence possible d'une autonomie du salarié dans la subordination, sans nécessairement remettre en question la réalité de l'existence d'un lien de subordination¹⁷⁹⁰. Malgré ce gain d'autonomie, celle-ci ne doit pas se confondre avec l'indépendance¹⁷⁹¹, dès lors que les pouvoirs de l'employeur continuent à s'exercer. À distance, le pouvoir de contrôle à l'ère numérique a su se renouveler pour fixer un cadre dans laquelle l'autonomie du salarié va pouvoir exister. Mais il convient de savoir si ces nouvelles modalités conduisent à constater une réelle autonomie contrôlée.

2- Vers une réelle autonomie contrôlée ?

360. Il y a bien une croissance de l'autonomie, et plus encore, une volonté d'autonomie, qui rapprocherait la figure du salarié à celle de l'indépendant¹⁷⁹², jusqu'à pouvoir constater « *un réel mimétisme entre le profil du salarié et celui de l'indépendant dans un mixte de subordination et d'autonomie augmentée* »¹⁷⁹³. Cette aspiration de l'autonomie au travail a conduit à l'élaboration de nouveaux modèles de gestion des entreprises, dont celui de « *l'entreprise libérée* »¹⁷⁹⁴. Ce modèle promeut l'auto-organisation du personnel, où

¹⁷⁸⁹ D. CASTEL, « Social - Conditions de travail - Télétravail et Covid-19 », *JA*, n° 618, 2020, p. 40 ; V. également à ce sujet, B. GÉNIAUT, « Covid-19 et télétravail », *Dr. soc.*, 2020, p. 607.

¹⁷⁹⁰ V. en ce sens, un auteur soulignait déjà que « *la notion de subordination juridique est suffisamment souple pour englober des professions où les salariés jouissent d'une très grande marge de liberté [...] si les technologies de l'information et de la communication mettent en évidence l'autonomisation croissante des travailleurs [...], elles ne remettent pas en cause la prééminence du contrat de travail fondé sur le critère de subordination juridique* », C. RADE, « Nouvelles technologies de l'information et de la communication et nouvelles formes de subordination », *Dr. soc.*, 2002, p. 26 ; V. pour avis contraire, E. BARBARA, « Quid du salarié du XXI^e siècle ? », *Dr. soc.*, 2018, p. 84.

¹⁷⁹¹ V. *infra*, n° 633 et s.

¹⁷⁹² J. LE GOFF, L. BERGER et P. WAQUET, *Du silence à la parole*, *op. cit.*, p. 620.

¹⁷⁹³ *Ibid.*, p. 626.

¹⁷⁹⁴ « *On parle d'entreprise libérée « lorsque la majorité des salariés disposent de la liberté et de l'entière responsabilité d'entreprendre toute action qu'eux-mêmes estiment comme étant la meilleure pour la vision de l'entreprise* », P. LOKIEC, « Prendre en compte l'autonomie au travail », dans *Paix et libertés en droit social*, Dalloz, coll. « Thèmes & commentaires », 2021, p. 51.

l'entreprise devrait s'adapter aux aspirations des salariés pour garantir leur autonomie¹⁷⁹⁵. Il convient néanmoins de ne pas confondre l'autonomie et l'indépendance, sachant que l'indépendance technique n'exclut pas l'existence d'un lien de subordination¹⁷⁹⁶.

361. Le travail à distance, avec le recours au télétravail, renforce ce mimétisme entre salarié et indépendant. La déterritorialisation du travail offre l'impression au salarié de ne plus être en état de subordination, par l'autonomie qui lui est offerte¹⁷⁹⁷. Il convient cependant de ne pas confondre l'autonomie avec la flexibilité, certains auteurs proposent ainsi de rapprocher l'autonomie de la notion de discrétion, c'est ainsi que Monsieur Bruno Maggi définit cette notion comme « *l'espace d'action où l'acteur peut choisir entre des alternatives, mais dans un milieu de dépendance* »¹⁷⁹⁸. La référence à l'environnement de travail révèle l'existence malgré tout d'un cadre dans lequel s'exerce cette autonomie, à savoir, le lien de subordination et tout particulièrement sous la surveillance de l'employeur¹⁷⁹⁹. L'autonomie contrôlée suppose d'y « *incorporer des limitations et orientations* »¹⁸⁰⁰. L'autonomie est ainsi accordée au salarié, mais dans un cadre et doit ainsi « *coexister* » avec les procédures de contrôle mises en œuvre dans l'entreprise¹⁸⁰¹. Ce contrôle porte davantage sur les résultats du travail, selon un contrôle par objectif (a), cependant, l'existence d'un contrôle numérique limite encore largement cette aspiration à l'autonomie des travailleurs (b).

¹⁷⁹⁵ M. GREGOIRE, « Évolution et diversité des situations de travail : une analyse à travers les notions de “travail autonome” et de “travail au projet” », @GRH, vol. 28, n° 3, 2018, p. 40.

¹⁷⁹⁶ V. *infra*, n° 633 et s. ; Cass. soc., 19 novembre 1986, n° 84-15.629 ; A. DONNETTE-BOISSIERE, « L'autonomie du travailleur subordonné », BJT, n° 7-8, 2021, p. 49.

¹⁷⁹⁷ « *Il ne faut pas ignorer la dimension d'appartenance que marque cette frontière pour ses ressortissants. De même que la clôture de l'église favorise le recueillement, celle du lieu de travail facilite la démarche psychologique par laquelle le salarié endosse sa condition productive... et subordonnée* », P.-H. MOUSSERON, « Le lieu de travail, territoire de l'entreprise », Dr. soc., 2007, p. 1110 ; V. également en ce sens, A. LAMPERT, *L'autonomie du travailleur*, LexisNexis, 2020, p. 101.

¹⁷⁹⁸ B. MAGGI, *De l'Agir organisationnel. Un point de vue sur le travail, le bien-être et l'apprentissage*, Octares, 2003, p. 123.

¹⁷⁹⁹ Bien qu'il soit possible d'imaginer un partage de la capacité de décision ainsi qu'une participation des salariés à la définition de leur travail, P. LOKIEC, « Les contours récents du pouvoir de direction », dans *Mélanges en l'honneur de Pierre-Yves Verkindt*, LGDJ, 2022, p. 304-305.

¹⁸⁰⁰ A. BEVORT, A. JOBERT, M. LALLEMENT et A. MIAS, *Dictionnaire du travail*, *op. cit.*, p. 51.

¹⁸⁰¹ M. PONTIER, « Télétravail indépendant ou télétravail salarié : quelles modalités de contrôle et quel degré d'autonomie », *op. cit.*, p. 33.

a) *Le contrôle par objectif*

362. La direction masquée par le contrôle par objectif. Nombreux sont les salariés qui ont gagné en autonomie, grâce notamment à la convention de forfait et au télétravail. Ils seraient ainsi libres de leur organisation et de la manière de réaliser leur travail, mais dirigés et contrôlés par la fixation d'objectifs¹⁸⁰². Le contrôle par objectif¹⁸⁰³ aurait *a priori* le mérite de donner une plus grande marge de manœuvre aux salariés, en réduisant « *le degré de prescription individuelle mais [qui] nécessite une étude de ces objectifs au regard des moyens mis à la disposition des salariés* »¹⁸⁰⁴.

363. La responsabilisation du salarié. L'autonomie a ainsi pu laisser émerger de nouvelles formes d'organisation du travail, comme le travail « *en mode projet* », qui correspond à une « *activité structurée autour de missions uniques, non répétitives, caractérisées par des contraintes de temps, de budget et de ressources* »¹⁸⁰⁵. Il peut être rapproché du modèle de l'autonome responsable qui avait été développé par Andrew Friedman¹⁸⁰⁶ qui visait à « *maintenir l'autorité en incitant les ouvriers à s'identifier aux objectifs de compétitivité de l'entreprise* »¹⁸⁰⁷. Les nouvelles modalités du travail à l'ère numérique tentent de masquer l'existence de l'exercice des pouvoirs de l'employeur par la mise en valeur de l'autonomie du salarié, sur le modèle de l'indépendant, ce qui a pour effet de responsabiliser le salarié. Ce modèle a pu faire l'objet de critiques¹⁸⁰⁸ quant aux risques liés à une « *hyper-responsabilisation* » du salarié¹⁸⁰⁹, ce, notamment lorsque l'employeur utilise l'absence d'atteinte des objectifs comme motif de licenciement¹⁸¹⁰. Malgré la tentative

¹⁸⁰² Le déplacement du contrôle vers le résultat atteint a été constaté depuis longtemps, J.-E. RAY, « De Germinal à Internet : une nécessaire évolution du critère du contrat de travail », *Dr. soc.*, 1995, p. 634 ; A. SUPIOT, « Les nouveaux visages de la subordination », *op. cit.*, p. 134.

¹⁸⁰³ V. *supra*, n° 275 et s. ; V. également, M.-A. DUJARIER, *Le management désincarné. Enquête sur les nouveaux cadres du travail*, *op. cit.*, p. 15 et s.

¹⁸⁰⁴ L. DE MONTVALON, *La charge de travail : pour une approche renouvelée du droit de la santé du travail*, t. 79, LGDJ, coll.« Bibliothèque de droit social », 2021, p. 298-299.

¹⁸⁰⁵ M. GREGOIRE, « Évolution et diversité des situations de travail : une analyse à travers les notions de “travail autonome” et de “travail au projet” », *op. cit.*, p. 42.

¹⁸⁰⁶ A. L. FRIEDMAN, *Industry and labour*, Macmilan, 1977.

¹⁸⁰⁷ B. APPAY, *La dictature du succès. Le paradoxe de l'autonomie contrôlée et de la précarisation*, L'Harmattan, coll.« Logiques sociales », 2005, p. 52.

¹⁸⁰⁸ V. sur les évolutions du transfert du risque économique lors de la rupture du contrat sur les résultats du salarié, T. PASQUIER, *L'économie du contrat de travail : conception et destin d'un type contractuel*, *op. cit.*, p. 331 et s. ; V. également sur la responsabilisation du salarié, M.-C. ESCANDE-VARNIOL et J.-F. PAULIN, « La performance du salarié confronté au droit du travail », *op. cit.*, spé. p. 96.

¹⁸⁰⁹ M. GREGOIRE, « Évolution et diversité des situations de travail : une analyse à travers les notions de “travail autonome” et de “travail au projet” », *op. cit.*, p. 60.

¹⁸¹⁰ V. *supra*, n° 239 et 275.

d'effacement de la direction par la fixation d'objectif, les pouvoirs de l'employeur s'exercent effectivement, notamment par un renouvellement du contrôle.

364. La redécouverte de la direction par le contrôle. La mise en valeur de l'autonomie par la gestion par objectif masque le pouvoir de direction, mais l'exercice du contrôle le révèle. Le contrôle s'exerce, car une directive a été fixée. L'autonomie a ainsi été circonscrite par un processus ainsi que par un objectif à atteindre et la fourniture des moyens pour ce faire. Certes, le salarié peut faire preuve d'initiative, voire celle-ci peut être encouragée par l'entreprise, néanmoins dans le cadre de la relation salariée, l'employeur devra fournir l'ensemble des moyens nécessaires à la bonne réalisation du travail et le contrôler¹⁸¹¹.

365. Le pouvoir de direction de l'employeur demeure, bien qu'il ne s'exprime pas de la même manière¹⁸¹². Le contrôle par la quantification du travail pourra être assuré en partie par les outils numériques et les entretiens annuels d'évaluation qui deviennent alors le métronome des salariés. À cet égard, il a pu être souligné qu'« *il s'agit, selon la doxa de la gestion des ressources humaines, d'y fixer les objectifs quantifiés dans un simulacre de négociation pour l'année qui vient et de vérifier, pour l'année qui s'est écoulée, que les objectifs précédemment fixés ont bien été atteints. Toutefois, à côté de cette apparente rationalité implacable du chiffre, l'entretien porte ou repose le plus souvent sur une appréciation purement subjective, très précisément pour assujettir dans sa totalité le salarié, y compris au-delà du travail* »¹⁸¹³. L'objectif a, en effet, tendance à se confondre avec les indicateurs mesurant la performance¹⁸¹⁴, renforçant finalement l'assujettissement du salarié, par la prégnance du contrôle, accru à l'ère numérique.

366. Une autonomie faussée ? Le contrôle par objectif, surtout par une direction « *métrique* »¹⁸¹⁵, peut aboutir à une autonomie « *faussée* ». La volonté de réalisation de l'objectif, qui conditionne l'autonomie peut conduire tout d'abord à « *vicier l'action* » du salarié : « *dès qu'une action est soumise à un contrôle, le but profond de celui qui agit n'est plus l'action même, mais il conçoit d'abord la prévision du contrôle, la mise en échec des*

¹⁸¹¹ Sur le devoir de contrôle, V. *infra*, n° 371 et s.

¹⁸¹² V. *supra*, 54 et s.

¹⁸¹³ J. DECHOZ, « Les rapports de travail : du lien de subordination au lien d'assujettissement », *Dr. ouvr.*, 2014, p. 14.

¹⁸¹⁴ A. SUPIOT, *La gouvernance par les nombres*, *op. cit.*, p. 223.

¹⁸¹⁵ V. *supra*, n° 147 et s.

moyens de contrôle »¹⁸¹⁶. Ensuite, la perspective de la réalisation de l'objectif chiffré nuit également au sens du travail où le chiffre devient l'unique but à atteindre¹⁸¹⁷. L'autonomie serait ainsi limitée par un contrôle par objectif, qui peut être source d'intensification du travail par une approche quantitative¹⁸¹⁸. En outre, l'autonomie est diminuée par un contrôle numérique qui peut conduire à une influence des comportements, en effet, « *cela ne signifie pas que l'on assiste à un effritement du pouvoir de l'employeur : au lieu de subordination nuancé et à l'autorité distancée de l'employeur, se substitue, un rapport de pouvoir, l'évaluation des résultats des salariés étant l'une de ses manifestations* »¹⁸¹⁹. L'existence d'une autonomie n'exclut en rien l'existence d'un lien de subordination, particulièrement par l'exercice du pouvoir de contrôle, notablement étendu et renforcé par le numérique.

b) *Le numérique comme limite à l'autonomie*

367. Contrôle du travail à distance. Outre le contrôle sur le résultat, un contrôle à distance¹⁸²⁰ peut s'exercer pendant la réalisation de la prestation de travail. Mais ce contrôle est plus insidieux et indirect que peut l'être celui des travailleurs « *sur-subordonnés* ». L'utilisation des outils de messagerie, avec par exemple certaines applications de *Microsoft*¹⁸²¹, qui se sont particulièrement démocratisés durant la pandémie de covid-19, proposent de connaître « *l'état de présence des utilisateurs* » des salariés en temps réel (disponible, occupé, ne pas déranger ou absent), présentent un moyen de contrôle de la connexion du salarié, qui se rapproche donc

¹⁸¹⁶ P. VALERY, « Le bilan de l'intelligence », dans *Œuvres*, t. 1, Gallimard, coll. « Bibliothèque de la Pléiade », 1957, p. 1076, cité dans A. SUPIOT, *La gouvernance par les nombres*, *op. cit.*, p. 260-261.

¹⁸¹⁷ V. en ce sens, M.-A. DUJARIER, « Ne travailler que pour les chiffres ? Le sens du travail à l'épreuve du management contemporain », *op. cit.*

¹⁸¹⁸ « *L'intensification empêche le travailleur d'adapter son travail à ses particularités individuelles et devient un facteur de fragilisation de son état de santé* », L. LEROUGE, *La reconnaissance d'un droit à la protection de la santé mentale au travail*, t. 40, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit social », 2005, p. 136 ; « *il est donc nécessaire d'abandonner une vision purement quantitative de l'intensification pour prêter attention aux changements qualitatifs. Il apparaît alors que les nouvelles méthodes d'organisation du travail sont susceptibles d'entraîner une dégradation de la qualité du service, du produit et, plus globalement, du travail* », P. DAVEZIES, « Les coûts de l'intensification du travail », *Santé & travail*, n° 57, octobre 2006.

¹⁸¹⁹ B. PEREIRA, « Mutation du rapport de subordination : le salarié "autonomie" ou l'indépendant "subordonné" en France », *op. cit.*, p. 45.

¹⁸²⁰ V. *supra*, n° 302 et s. ; V. également l'étude de Madame Marie-Anne Dujarier sur les « *planneurs* » qui ont pour mandat d'« *accroître la performance telle qu'elle est définie quantitativement par leur employeur, pour son bénéfice, en agissant à distance sur l'activité d'autrui, par la mise en place de dispositifs* », M.-A. DUJARIER, *Le management désincarné. Enquête sur les nouveaux cadres du travail*, *op. cit.*, p. 161.

¹⁸²¹ <https://www.microsoft.com/fr-fr/microsoft-teams/group-chat-software> [consulté le 24 juillet 2023].

de système de contrôle du temps de travail¹⁸²². Plus encore, la messagerie est devenue un support de gestion et de contrôle de l'activité des salariés autonomes. Une part non négligeable du temps par jour est consacré désormais au traitement de la messagerie, or, ce recours peut avoir pour effet d'introduire une certaine pression par la réactivité induite par la messagerie¹⁸²³.

368. L'autonomie comporterait ainsi deux faces. Une première qui renvoie « *aux conditions de travail à la gestion de son travail et de son temps [...] [Une autre qui] indique la nature du travail et ses contraintes* »¹⁸²⁴. Plus l'exercice du pouvoir de contrôle est fort, plus l'autonomie devient ainsi relative. En outre, ce contrôle porte de plus en plus sur les aspects subjectifs du salarié, comme son comportement et sa mobilisation au sein de l'entreprise.

369. L'influence du comportement du salarié. En principe, l'accomplissement d'un travail, qui mobilise l'intelligence et l'esprit d'initiative ne pourrait être contrôlé qu'*a posteriori*¹⁸²⁵, mais de plus en plus, le contrôle numérique tend à prédire et tente d'orienter le comportement des salariés¹⁸²⁶. L'octroi de l'autonomie aurait ainsi pour contrepartie un contrôle, qui irait jusqu'à l'influence du comportement¹⁸²⁷. En échange de l'autonomie, il est attendu une certaine mobilisation de ces travailleurs autonome : « *la capacité de réagir en temps réel aux signaux qui leur parviennent pour réaliser les objectifs assignés par le programme* »¹⁸²⁸. Il y a ainsi une implication personnelle supplémentaire qui est attendue, en raison de la liberté accordée dans la subordination.

370. Contradictions. Il y a ainsi un mouvement contradictoire quant à l'appréhension des « *travailleurs du savoir* ». D'une part, ils peuvent gagner en autonomie par la flexibilité de l'organisation du travail et la décharge ou l'aide dans la réalisation d'une partie des tâches par les outils numériques. D'autre part, ils perdent en autonomie par un accroissement du contrôle avec la mise en œuvre de compte rendu, *reporting*, ou la centralisation au sein de logiciel qui

¹⁸²² V. *supra*, n° 302 et s. ; A. GOUTTENOIRE, « Le régime du contrôle du télétravailleur par la donnée », *op. cit.*

¹⁸²³ S. BRETESCHE, F. DE CORBIERE et B. GEFFROY, « La messagerie électronique, principal métronome des activités de cadre », *op. cit.*

¹⁸²⁴ O. COUSIN, « Travail et autonomie », *op. cit.*, p. 30.

¹⁸²⁵ J. ICARD, « L'impact des NTIC au sein des entreprises post-industrielles », *op. cit.*

¹⁸²⁶ V. également en ce sens, notamment sur les *HR Analytics*, *supra*, n° 186.

¹⁸²⁷ « *C'est un pouvoir qui excelle dans le contrôle indirect [...] Il vie le résultat des actions plutôt que la subordination des individus, car il a besoin de leur autonomie, de leur coopération et de leur adhésion qu'il sait manipuler* », B. APPAY, *La dictature du succès. Le paradoxe de l'autonomie contrôlée et de la précarisation*, L'Harmattan, coll.« Logiques sociales », 2005, p. 77. L'auteur souligne que le numérique l'un des facteurs de l'autonomie contrôlée comme « *outil essentiel du pouvoir stratégique, tout en ouvrant de nouvelles possibilités d'autonomie individuelle et collective* », *ibid.*, p. 87.

¹⁸²⁸ A. SUPIOT, *La gouvernance par les nombres*, *op. cit.*, p. 355. Selon l'auteur, la disponibilité et la réactivité seraient les deux faces de la « *mobilisation totale des personnes* », *Ibid.*, p. 356.

impose le respect d'une certaine procédure¹⁸²⁹. Mais face à la volonté d'autonomie des salariés, voire d'indépendance, les pouvoirs de l'employeur tentent de se dissimuler¹⁸³⁰. Il y a ainsi un basculement du contrôle vers l'influence surveillée qui a pu se faire, permettant de dissimuler l'employeur, mais également parfois sous prétexte de garantir la santé des salariés, dans le cadre du devoir de contrôle de l'employeur.

§2 : Vers un contrôle numérique nécessaire

371. Outre un pouvoir de contrôle, dont on a pu observer qu'il a été étendu par le numérique, il existe un devoir de contrôle qui incombe à l'employeur, qui renforce l'intérêt de mettre en œuvre des systèmes de surveillance (A). Ce devoir rend l'exercice du pouvoir de contrôle nécessaire. Il implique de rechercher un équilibre entre la mise en œuvre de système de contrôle et les libertés du salarié. À l'ère numérique, le devoir de contrôle a vu son approche être renouvelée et implique, dans son exercice, d'élargir les éléments à prendre en compte pour assurer la santé et la sécurité des salariés, dont tout particulièrement la charge de travail des salariés (B).

A- L'existence d'un devoir de contrôle en quête d'équilibre

372. La subordination du salarié « implique en contrepartie pour l'employeur le devoir de veiller sur les ressources physiques et mentales et la capacité professionnelle du travailleur, afin de préserver son « employabilité » sur le marché du travail »¹⁸³¹. Le devoir de contrôle se trouve donc au service de la santé et de la sécurité des salariés (1). Mais les limites du devoir de contrôle, toujours repoussées grâce aux techniques numériques, peuvent interroger (2).

¹⁸²⁹ C. FELIO et L. LEROUGE, *Les cadres face aux TIC*, op. cit., p. 54.

¹⁸³⁰ Or, « à l'instar de l'obéissance dans le régime taylorien, l'autonomie est devenue une condition d'efficacité du système, un vecteur d'« employabilité », et donc un objet d'évaluation et de contrôle », T. HELLER, « Autonomie », dans *Les nouveaux mots du pouvoir. Abécédaire critique*, Aden, 2007, p. 29.

¹⁸³¹ A. SUPLOT, *La gouvernance par les nombres*, op. cit., p. 391.

1- Le devoir de contrôle au service de la santé et de la sécurité des salariés renouvelé à l'ère numérique

373. Le devoir de contrôle et obligation de santé et de sécurité. Jumelé à l'obligation de sécurité¹⁸³² et de prévention¹⁸³³, le pouvoir de contrôle devient un devoir pour l'employeur. Les outils numériques permettent une extension du pouvoir de contrôle, mais dans le cadre du devoir de contrôle, ils deviennent également les outils privilégiés pour assurer la surveillance nécessaire des salariés. Conformément à son obligation de prévention, l'employeur contrôle en amont de l'exécution de la prestation de travail. Pour ce faire, il peut avoir recours à la collecte de données *via* le SIRH pour alimenter en données chiffrées sa politique de prévention des risques¹⁸³⁴, qu'il inscrira dans le document unique d'évaluation des risques¹⁸³⁵. L'élaboration d'un tableau de bord peut être une aide pour identifier les postes à étudier en priorité ou pour élaborer un système d'alerte. Bien que le simple « *reporting* » ne suffise évidemment pas à construire une véritable politique de prévention des risques, l'outil numérique devient ainsi tout à fait structurant dans l'exercice du contrôle patronal. Dans le cadre du télétravail, l'employeur doit ainsi veiller à ce que le logement soit adapté au travail à distance, et peut ainsi prévoir, lors de sa mise en œuvre, une visite pour s'en assurer ou à tout le moins, en pratique, il peut demander la remise d'une attestation d'assurance habitation. Un contrôle rendu d'autant plus nécessaire, depuis que la présomption d'accident du travail a été étendue au cas du télétravail¹⁸³⁶, bien que les juges du fond semblent en faire, pour l'instant, une application plutôt stricte en exigeant la preuve d'un lien avec l'activité professionnelle¹⁸³⁷. L'employeur doit également contrôler en aval de la prestation de travail, notamment concernant la durée du travail des salariés¹⁸³⁸.

¹⁸³² Art. L. 4121-1 C. trav. ; Cass. soc., 28 février 2002, n° 99-18.389, *Sté Eternit, D. 2002. IR 1009 ; RJS 2002, n° 618 ; Dr. soc. 2002. 445, note Ar. Lyon-Caen, ccl Benmakhlouf ; RJS 2002, n° 626, obs. Morvan ; Dr. ouvrier 2002. 166, obs. Meyer ; D. 2002. 2696, obs. Prétot ; RPDS 2002. 91, obs. Millet ; Dr. ouvrier 2003. 41, obs. Saint-Jours., op. cit. ; Cass. soc., 25 novembre 2015, n° 14-24.444, D. 2015. Actu. 2507 ; Dr. soc. 2016. 457, note Antonmattéi ; RJS 2/2016, p. 99, obs. Gardin ; JSL 2016, n° 401-1, obs. Dejean de la Bâtie, op. cit.*

¹⁸³³ Art. L. 4121-2 C. trav.

¹⁸³⁴ « Il permet en effet de collecter un volume important de données (absentéisme, sinistralité...), de les croiser, de les agréger et de les « transformer » en indicateurs de mesure sur la base desquels l'entreprise s'appuiera pour piloter sa politique de prévention », M. DEL SOL, « Esquisse d'une cartographie de la mobilisation des outils numériques dans le champ de la santé-travail », *Dr. soc.*, 2021, p. 920.

¹⁸³⁵ Art. L. 4121-3 et R. 4121-1 et s. C. trav.

¹⁸³⁶ Art. L. 1222-9 C. trav.

¹⁸³⁷ CA La Réunion, 4 mai 2023, n° 22/00884 ; CA Amiens, 15 juin 2023, n° 22/00474.

¹⁸³⁸ V. notamment, M.-N. ROUSPIDE-KATCHADOURIAN, « L'aménagement de la charge de la preuve et la durée du travail », *Lexbase Social*, n° 945, 2023.

374. Devoir de contrôle et durée du travail. Le respect des temps de repos ainsi que des durées maximales reposent également sur l'employeur¹⁸³⁹. Il a ainsi le devoir de mettre en œuvre les outils lui permettant de contrôler le temps de travail journalier effectué par ses salariés¹⁸⁴⁰. De plus, la validité d'une convention individuelle de forfait en jours suppose la mise en place d'un suivi effectif et régulier permettant à l'employeur de remédier en temps utile à une charge de travail¹⁸⁴¹ éventuellement incompatible avec une durée raisonnable de travail¹⁸⁴². Il existe ainsi un devoir de contrôle de la durée du travail des salariés. Sachant que, le télétravail ne dispense pas l'employeur de ses obligations en matière de décompte des horaires hebdomadaires de travail¹⁸⁴³. L'employeur doit donc veiller à ce que les salariés en forfaits-jours bénéficient de leur temps de repos quotidien et hebdomadaire,¹⁸⁴⁴ mais également que l'amplitude de la journée de travail demeure raisonnable¹⁸⁴⁵. L'employeur doit ainsi contrôler, même pour les salariés autonomes, les jours de présence au travail du salarié¹⁸⁴⁶.

375. Par ailleurs, ce devoir de contrôle a pu susciter des interrogations quant à son contour avec les déménagements notamment liés à la pandémie de covid-19. Pour illustration, dans une affaire, un salarié avait déménagé en Bretagne alors qu'il était contractuellement affecté à une agence en région parisienne. L'employeur avait donné au salarié un délai de quatre mois pour se rapprocher de son lieu d'activité professionnelle. Face à son refus, le salarié a été licencié, au motif que son domicile était trop éloigné de son lieu de travail. La cour d'appel de Versailles a jugé que le licenciement était licite en raison de l'obligation de santé et de sécurité qui

¹⁸³⁹ V. notamment, Cass. soc., 17 octobre 2012, n° 10-17.370, *D. 2012. Actu. 2525, obs. Siro* ; *D. 2013. Pan. 1026, obs. Lokiec* ; *RDT 2012. 707, obs. Véricel* ; *RJS 2013. 44, n° 36* ; *JSL 2012, n° 333-334-4, obs. Lhernould* ; *JCP S 2013. 1031, obs. Andréo*.

¹⁸⁴⁰ V. en ce sens, CJUE, 14 mai 2019, aff. C-55/18, *RJS 2019, p. 601, obs. E. Lafuma* ; *RDT 2019. 491, note M. Miné, op. cit.* ; V. également, N. LÉGER, « La preuve du temps effectivement travaillé », *op. cit.*

¹⁸⁴¹ V. sur la charge de travail, *infra*, n° 383 et s.

¹⁸⁴² « Toute convention de forfait-jours doit être prévue par un accord collectif dont les stipulations assurent la garantie du respect des durées maximales de travail, ainsi que des repos, journaliers et hebdomadaires ; l'observation des stipulations de l'accord collectif, dont le respect est de nature à assurer la protection de la sécurité et de la santé du salarié soumis au régime du forfait en jours, prive d'effet la convention de forfait et ouvre ainsi droit pour le salarié au paiement d'heures supplémentaires dont le juge doit vérifier l'existence et le nombre », Cass. soc., 29 juin 2011, n° 09-71.107, *D. actu. 19 juill. 2011, obs. Perrin* ; *D. 2011. Actu. 1830* ; *RDT 2011. 481, note Mazars, Laulom et Dejours* ; *JSL 2011, n° 304-2, obs. Hautefort* ; *JCP S 2011. 1332, entretien Akandji-Kombé* ; *ibid. 1333, note Morvan* ; *RJS 2011. 587, chron. Favennec-Héry* ; *ibid. 636, no 696* ; *SSL 2011, n° 1499, p. 11, note Mazars et Florès* ; *Dr. ouvrier 2011. 723, obs. Richard* ; *ibid. 2012.171, obs. A. Lyon-Caen*. V. par exemple, Cass. soc., 13 octobre 2021, n° 19-20.561 ; Cass. soc., 2 mars 2022, n° 20-16.683, *D. 2022. 463* ; *RJS 5/2022, n° 254* ; *JCP S 2022. 1138, obs. Dumont*.

¹⁸⁴³ En l'espèce, n'effectuant aucun contrôle, l'employeur se satisfaisait des heures faites par la salariée et acceptait implicitement la réalisation d'heures supplémentaires, CA Chambéry, 9 décembre 2021, n° 20/00862 ; V. également à ce sujet, H. GUYOT, « Télétravail et preuve du temps de travail », *JCP S*, n° 5, 2023, 1031.

¹⁸⁴⁴ Art. L. 3121-62 C. trav.

¹⁸⁴⁵ CJUE, 14 mai 2019, aff. C-55/18, *RJS 2019, p. 601, obs. E. Lafuma* ; *RDT 2019. 491, note M. Miné, op. cit.*

¹⁸⁴⁶ V. notamment à ce sujet, M. MORAND, « Salariés en forfait-jours : quand les moyens justifient la fin », *JCP S*, n° 41, 2022, 1264.

incombe à l'employeur. À cet égard, elle a souligné que « *l'employeur est tenu de veiller au repos quotidien de son salarié et à l'équilibre entre sa vie familiale et sa vie professionnelle dans le cadre de la convention de forfait en jours à laquelle il était soumis* », par conséquent, « *cette distance excessive ne pouvait être acceptée par l'employeur compte tenu de son obligation de sécurité* »¹⁸⁴⁷. Considéré comme un garde-fou à la flexibilisation et à l'instauration du télétravail¹⁸⁴⁸, on peut y voir aussi le premier coup d'arrêt, sous l'égide du devoir de contrôle, de la liberté du salarié qui doit donc pouvoir se rendre dans un temps raisonnable sur le lieu de travail.

376. La mise en œuvre délicate du droit à la déconnexion. Dans la continuité de la nécessaire surveillance de l'employeur, un contrôle de la connexion et de l'utilisation des outils numériques a été développé pour garantir la santé des salariés : le droit à la déconnexion. La jurisprudence avait posé les prémisses d'un droit à la déconnexion dès 2001, en jugeant que « *le salarié n'est ni tenu d'accepter de travailler à son domicile, ni obligé d'y transporter ses dossiers et ses instruments de travail* »¹⁸⁴⁹. Promu lors de l'ANI de 2013¹⁸⁵⁰, il fallut attendre 2016 pour qu'il soit consacré dans le Code du travail¹⁸⁵¹. Le droit à la déconnexion a pour objet la « *garantie* » de droits déjà existants, il concerne, en effet, le droit au repos, le droit au respect de la vie personnelle et familiale ainsi que la préservation de la santé des salariés¹⁸⁵². Ce droit a été laissé à la négociation collective pour qu'il soit adapté aux spécificités de chaque organisation¹⁸⁵³. Certains ont pu regretter que le législateur ne soit pas allé plus loin pour en faire un véritable devoir de déconnexion, tant pour l'employeur que pour le salarié, sur le modèle de l'obligation de sécurité¹⁸⁵⁴. Néanmoins, l'employeur peut faire le choix de prévoir

¹⁸⁴⁷ CA Versailles, 10 mars 2022, n° 20/02208.

¹⁸⁴⁸ C. LEUCHER, « L'obligation de sécurité justifie le licenciement d'un salarié ayant refusé de se rapprocher de son lieu de travail », *BJT*, n° 5, 2022, p. 11.

¹⁸⁴⁹ Cass. soc., 2 octobre 2001, n° 99-42.727, *D.* 2002. 768, *obs. Mercat-Bruns* ; *JCP* 2002. II. 10035, *note Corrigan-Carsin* ; *Dr. soc.* 2001. 920, *obs. Ray* ; *GADT*, 4e éd., n° 70.

¹⁸⁵⁰ Accord national interprofessionnel du 19 juin 2013 sur la qualité de vie au travail. Quelques pistes avaient été lancées au titre de la promotion « *intelligence des technologies de l'information et de la communication au service de la compétitivité des entreprises, respectueuse de la vie privée des salariés* ». V. H. GUYOT, « L'adaptation du droit du travail à l'ère numérique », *JCP S*, n° 37, 2016, 1310.

¹⁸⁵¹ Loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels, *op. cit.* ; Art. L. 2242-17. 7°, L. 3121-64. II. 3° et L. 3121-65 C. trav.

¹⁸⁵² G. AUZERO, D. BAUGARD et E. DOCKÈS, *Droit du travail*, *op. cit.*, p. 1140-1141.

¹⁸⁵³ V. pour une analyse des accords relatifs au télétravail et au droit à la déconnexion, F. HÉAS, « Négociation collective et numérisation du travail. L'exemple du télétravail et de la déconnexion », *op. cit.*, p. 89-112. L'auteur en conclut que « *les dispositions conventionnelles de mise en œuvre du télétravail et de la déconnexion prennent dans l'ensemble peu en compte la dimension « santé au travail ». [...] [Elles appréhendent une] dimension principalement technique et matérielle, voire organisationnelle* », *Ibid*, p. 108.

¹⁸⁵⁴ V. en ce sens, B. METTLING, *Transformation numérique et vie au travail*, *op. cit.*, p. 21 ; H. GUYOT, « L'adaptation du droit du travail à l'ère numérique », *JCP S*, n° 37, 2016, 1310 ; Bien que d'autres auteurs y

des sanctions disciplinaires, en cas de non-respect des consignes de déconnexion, en donnant une valeur de règlement intérieur, respectant les obligations afférentes, à une charte relative au droit à la déconnexion par exemple. Le droit à la déconnexion deviendrait dans ce cas un devoir. Cependant, l'essentiel est finalement là, dans la mesure où l'effectivité du droit à la déconnexion incombe à l'employeur¹⁸⁵⁵. Il a le devoir de se saisir du sujet, à défaut d'accord, il est tenu d'élaborer une charte qui définit les modalités de l'exercice du droit à la déconnexion et qui prévoit la mise en œuvre, à destination des salariés et du personnel d'encadrement et de direction, des actions de formation et de sensibilisation à un usage raisonnable des outils numériques¹⁸⁵⁶.

377. Pour lutter contre l'hyper-connexion¹⁸⁵⁷ l'employeur doit contrôler la connexion. Pour respecter ce droit à la déconnexion, dans le cadre du télétravail, l'employeur doit fixer des plages horaires durant lesquelles le salarié devra être joignable. On comprend qu'*a contrario* en dehors de ces plages horaires, le salarié pourra ne pas répondre aux sollicitations, pour fixer un cadre lors du travail à distance. Le droit à la déconnexion a eu le mérite de poursuivre cette démarche au-delà du travail à distance et d'inciter les entreprises à s'interroger sur leurs pratiques¹⁸⁵⁸. C'est ainsi que des organisations comme *Price Minister* proposent des « *journées sans e-mail* » pour inciter les salariés à modérer leur usage de la messagerie électronique¹⁸⁵⁹. Le risque consiste, en effet, à ce que le salarié soit placé dans un état de tension et d'urgence

préfère « *plutôt que la déconnexion forcée, encourager la connexion choisie* », L. DE MONTVALON, « Droit à la déconnexion : l'arbre qui cache la forêt ? », *SSL*, n° 1743, 2016, p. 20 ; V. également en ce sens, G. LOISEAU, « La déconnexion. Observations sur la régulation du travail dans le nouvel espace-temps des entreprises connectées », *Dr. soc.*, 2017, p. 463 ; V. également, pour une « *connexion maîtrisée* », C. FELIO et L. LEROUGE, *Les cadres face aux TIC. Enjeux et risques psychosociaux au travail*, *op. cit.*, p. 43 ; V. pour une analyse critique du droit à la déconnexion, S. TOURNAUX, « Hyperconnexion et charge excessive de travail. Des maux à résoudre par une approche renouvelée du temps de travail », dans *La numérisation du travail. Enjeux juridiques et sociaux en santé au travail*, L'Harmattan, coll. « Psych-Logiques », 2021, p. 74-79.

¹⁸⁵⁵ C. MATHIEU, M.-M. PERETIE et A. PICAULT, « Le droit à la déconnexion : une chimère ? », *RDT*, 2016, p. 592.

¹⁸⁵⁶ Art. L. 2242-8. 7° C. trav. ; M.-B. BOURGEOIS, L. TOURANCHET et X. ALAS-LUQUETAS, « Le droit à la déconnexion », *JCP S*, n° 24, 2017, 1199 ; Certains auteurs regrettent néanmoins, « *la superposition des cadres de négociation [qui] incite à croire que le droit à la déconnexion pourrait être à géométrie variable selon la catégorie professionnelle des salariés* », L. GRATTON, « Révolution numérique et négociation collective », *Dr. soc.*, 2016, p. 1050.

¹⁸⁵⁷ M. PROST et M. ZOUINAR, « De l'hyper-connexion à la déconnexion : quand les entreprises tentent de réguler l'usage professionnel des e-mails », *Perspectives interdisciplinaires sur le travail et la santé*, 2015, p. 1-25, spé. p. 1-2.

¹⁸⁵⁸ V. pour des exemples de mesures prises par des entreprises, M.-B. BOURGEOIS, L. TOURANCHET et X. ALAS-LUQUETAS, « Le droit à la déconnexion », *op. cit.*

¹⁸⁵⁹ B. METTLING, *Transformation numérique et vie au travail*, *op. cit.*, p. 32.

quasi permanentes, qui peut causer une « *infobésité* », autrement dit, une « *surcharge* » informationnelle et communicationnelle¹⁸⁶⁰, nourrissant la charge excessive de travail¹⁸⁶¹.

378. Le renouvellement du devoir de contrôle à l'ère numérique. L'obligation de prévention et de sécurité impose ainsi à l'employeur d'exercer son pouvoir de contrôle. Le numérique a introduit à la fois de nouvelles techniques de surveillance et de nouveaux risques qui alimentent conjointement le devoir de contrôle de l'employeur. Les limites du contrôle de l'employeur ne cessent de se renouveler à l'ère numérique et interrogent encore face à l'évolution des pratiques en entreprise.

2- Jusqu'où surveiller ?

379. La surveillance au service d'une « *sur-humanisation managériale* ». L'excès de surveillance peut cependant conduire à une « *sur-subordination* »¹⁸⁶² d'une partie des salariés, dont une « *sur-humanisation managériale* », qui semble aller de pair avec le mouvement d'« *autonomie contrôlée* », qui pourrait également mener à un contrôle excessif du comportement ou de l'humeur supposée des travailleurs. Nombreux sont ceux qui s'accordent pour soutenir qu'il convient de remettre l'humain au cœur de l'organisation du travail¹⁸⁶³ face à la révolution numérique¹⁸⁶⁴ qui peut tendre vers une déshumanisation par l'automatisation. Il s'agit d'un vœu qu'il convient pleinement d'approuver, mais jusqu'où introduire cette ré-humanisation ? S'il est vrai que nous avons pu constater un important recours au calcul¹⁸⁶⁵ et à la mesure¹⁸⁶⁶ dans le cadre de l'expression du pouvoir de direction de l'employeur, il est, en revanche, important d'interroger les conditions dans lesquelles « *l'humain* » est appréhendé dans ces nouvelles organisations du travail. Après avoir rejeté la part d'humanité du salarié, par

¹⁸⁶⁰ M. PROST et M. ZOUINAR, « De l'hyper-connexion à la déconnexion : quand les entreprises tentent de réguler l'usage professionnel des e-mails », *op. cit.*, p. 3.

¹⁸⁶¹ V. sur la charge de travail, *infra*, n° 383.

¹⁸⁶² V. *supra*, n° 332 et s.

¹⁸⁶³ Conformément aux dispositions de l'article L. 4121-2 du Code du travail qui prévoit que l'employeur doit « *adapter le travail à l'homme, en particulier en ce qui concerne la conception des postes de travail ainsi que le choix des équipements de travail et des méthodes de travail et de production, en vue notamment de limiter le travail monotone et le travail cadencé et de réduire les effets de ceux-ci sur la santé* ».

¹⁸⁶⁴ V. notamment en ce sens, A. SUPIOT, « De la juste division du travail », *op. cit.* ; M. MEKKI, « Du numérisme juridique à l'humanisme numérique », *op. cit.*

¹⁸⁶⁵ V. *supra*, n° 85 et s.

¹⁸⁶⁶ V. *supra*, n° 114 et s.

la figure de l'« *Homme-machine* »¹⁸⁶⁷, elle est désormais prise en compte dans la stratégie de certaines entreprises, mais, dans un objectif de surveillance, et même de prescription des comportements pour conduire à une mobilisation personnelle du salarié.

380. Du contrôle à l'influence : le *nudge*. Sur le modèle du *nudge*¹⁸⁶⁸, avec un retour à un certain paternalisme par le contrôle, l'employeur peut adopter une surveillance qui se mue en tentative d'influence des comportements. Le *nudge* correspond à un « *coup de pouce* », autrement dit, un encouragement – qui se veut sympathique et bienveillant – à bien se comporter¹⁸⁶⁹, ou du moins, à avoir le comportement attendu. Le *nudge* correspond donc à une incitation¹⁸⁷⁰. Sur ce point, il n'y a pas de nouveauté¹⁸⁷¹, la gouvernance par incitation existait avant le numérique. Mais la spécificité de la notion de *nudge* est de concevoir un « *environnement comportement incitateur* », où l'on donne « *le pouvoir à un architecte du comportement de créer un environnement comportemental incitateur offrant un contexte propice à l'adoption d'un comportement déterminé sans contrainte apparente* »¹⁸⁷². Cette méthode a connu un certain succès et a été utilisée dans le cadre de politique publique¹⁸⁷³.

381. Bien que le *nudge* ait déjà démontré ses limites¹⁸⁷⁴, il n'en demeure pas moins que ce recours révèle la tendance de l'influence du comportement, par l'économie comportementale qui s'est transposée en partie auprès des salariés. L'influence de l'employeur peut aller sur un terrain éthique, en essayant d'inciter les salariés à adopter un comportement en lien par exemple avec la protection de l'environnement. Pour ce faire, l'employeur peut mettre en œuvre des campagnes de sensibilisation jusqu'à adopter des codes de bonne conduite¹⁸⁷⁵ ou même des

¹⁸⁶⁷ V. *supra*, n° 224.

¹⁸⁶⁸ Les « *nudges* » sont des « *objets normatifs non identifiés qui prolifèrent aujourd'hui, et qui, à l'instar d'un coup de coude, incitent « en douceur » à adopter le comportement souhaité* », F. OST, *A quoi sert le droit ?*, Bruylant, 2016, p. 3-4.

¹⁸⁶⁹ A. FLÜCKIGER, « Gouverner par des « coups de pouce » (*nudges*) : instrumentaliser nos biais cognitifs au lieu de légiférer ? », *Les Cahiers du droit*, vol. 59, n° 1, 2018, p. 212.

¹⁸⁷⁰ V. également sur le management incitatif, *infra*, n° 699 et s.

¹⁸⁷¹ V. déjà, l'organisation panoptique, M. FOUCAULT, *Surveiller et punir*, *op. cit.*

¹⁸⁷² A. FLÜCKIGER, « Gouverner par des « coups de pouce » (*nudges*) : instrumentaliser nos biais cognitifs au lieu de légiférer ? », *op. cit.*, p. 214.

¹⁸⁷³ « *Quelques nudges célèbres : [...] la facture d'électricité qui indique où se situe le foyer par rapport à la moyenne de consommation du quartier ou encore les escaliers en forme de touches de piano qui donnent envie de monter les marches plutôt que d'emprunter l'escalier mécanique à côté. Le principe est toujours le même : de « petits » instruments aux effets présentés comme spectaculaires, qui jouent sur l'inertie des comportements, l'aspect ludique ou encore les « normes sociales »* », H. BERGERON, P. CASTEL, S. DUBUISSON-QUELLIER, J. LAZARUS, E. NOUGUEZ et O. PILMIS, « Comportement correct exigé. Économie comportementale et gouvernement des conduites », *La vie des idées*, 20 novembre 2018, p. 5.

¹⁸⁷⁴ *Ibid.*

¹⁸⁷⁵ M.-P. BLIN-FRANCHOMME et I. DESBARATS, « Environnement et travail », dans *JCI Environnement et Développement durable*, fasc. 2330, 2021, n° 163 ; C. CASSE, V. PUEYO et P. BEGUIN, « Responsabilité sociale des entreprises, développement durable et travail », *RDT*, 2022, p. 371.

applications numériques, sur la base du volontariat, mais dont la participation du salarié est très grandement encouragée, pour suivre l'adoption des comportements des salariés qui auront indiqué des actions en faveur de l'environnement¹⁸⁷⁶. L'influence peut également aller sur un terrain étranger à l'éthique, mais correspondant à la mise en œuvre d'une « *culture d'entreprise* »¹⁸⁷⁷, portée par exemple sur la convivialité. À ce sujet, une décision récente a jugé qu'il n'était pas possible d'imposer à un salarié de participer à des « *apéros* » réguliers dans le cadre d'une culture d'entreprise « *fun & pro* »¹⁸⁷⁸. En ce sens, il existe, en effet, une tendance où l'entreprise doit désormais, parallèlement, répondre aux aspirations du salarié, elle doit lui offrir des services, jusqu'à contribuer à son épanouissement personnel.

382. L'injonction du bonheur au travail. Désormais, l'employeur, sous l'égide du devoir de contrôle et d'une politique de gestion des ressources humaines et de prévention des risques, va jusqu'à vouloir garantir le bonheur au travail¹⁸⁷⁹. Il y a une mobilisation de la subjectivité des salariés où au sein de « *l'entreprise managériale, le désir est exalté par un Idéal du Moi exigeant et gratifiant. Elle devient le lieu d'accomplissement de soi-même* »¹⁸⁸⁰. Outre la difficulté d'objectivation d'une telle démarche¹⁸⁸¹, ce contrôle du bonheur au travail présente un double risque : celle de l'intrusion toujours plus prégnante de l'employeur dans la vie personnelle du salarié¹⁸⁸² et celle de la volonté de prescription des comportements par l'injonction au bonheur, contrôlée par l'employeur. À cet égard, il a pu être souligné que « *le monde du travail qui vient est un hybride social : une sorte de néofordisme se met en place, montée sur un coussin compassionnel. La pression productiviste se dote d'amortisseurs psychologiques* »¹⁸⁸³. Outre la difficulté d'objectivité d'un contrôle fondé sur l'enthousiasme du salarié¹⁸⁸⁴, c'est la finalité d'une telle mesure qui doit interroger. Bien que l'effort de la

¹⁸⁷⁶ V. par exemple, la plateforme Mão boa qui propose d'impliquer les salariés dans une démarche RSE par la mise en place d'une application numérique, sur laquelle l'employeur pourra faire « *des appels à action pour activer [ses] collaborateurs dans [la] démarche RSE* » de l'entreprise et dont il pourra suivre en temps réel la participation des salariés. <https://www.maoboa.co/> [consulté le 24 juillet 2023].

¹⁸⁷⁷ Concernant le concept de « *culture d'entreprise* », « *le but des diverses tentatives en la matière fut bien de consolider une fidélité à l'entreprise par le biais d'une sociabilité empreinte de valeurs communément partagées, et rendant effectif un processus d'identification de la personne à un ensemble* », J.-P. NEVEU et M. THÉVENET, *L'implication au travail*, op. cit., p. 34.

¹⁸⁷⁸ V. à ce sujet également, *infra*, n° 398 ; Cass. soc., 9 novembre 2022, n° 21-15.208, RDT 2022. 419, obs. Peyronnet ; JA 2023, n° 677, p. 40, note Fadeuilhe ; JCP S 2022. 1323, note Theallier et Tanguy.

¹⁸⁷⁹ V. à ce sujet, M. GUILLEMIN, « Le bonheur au travail : qu'en disent les scientifiques ? », op. cit.

¹⁸⁸⁰ V. DE GAULEJAC, *La Société malade de la gestion. Idéologie gestionnaire, pouvoir managérial et harcèlement social*, Seuil, coll. « Économie humaine », 2005, p. 185.

¹⁸⁸¹ V. sur les difficultés de mesure des comportements, *supra*, n° 136.

¹⁸⁸² V. *infra*, n° 403 et s.

¹⁸⁸³ Y. CLOT, *Le travail à cœur : pour en finir avec les risques psychosociaux*, La Découverte, 2015, p. 145.

¹⁸⁸⁴ Bien que des pistes de la mesure du bonheur collectif aient été introduites notamment à la lumière de l'indice du bonheur national brut (BNB) utilisé par le Bhoutan. V. à ce sujet, M. GUILLEMIN, « Le bonheur au travail : qu'en disent les scientifiques ? », op. cit., p. 493.

démarche puisse être louable, car elle pousse l'employeur à garantir de bonnes conditions d'exécution du travail, les risques liés à l'intrusion de l'employeur et à l'organisation d'activité dépassant le cadre de la bonne réalisation du travail ne doivent pas être négligés¹⁸⁸⁵. L'autonomie contrôlée pourrait ainsi basculer en « *sur-subordination* » ou « *super-contrôle* ». Une surveillance de la charge de travail semble davantage adaptée, que celle des comportements ou de l'enthousiasme supposé, pour répondre aux enjeux de la santé au travail.

B- La prise en compte nécessaire de la charge de travail : de la charge de travail à la surcharge numérique

383. La notion de charge de travail. La notion de charge de travail¹⁸⁸⁶ a été introduite par la loi Aubry II¹⁸⁸⁷. Elle n'a cependant pas été définie par la loi. La charge de travail peut être déterminée « *par la mise en concurrence des contraintes induites par le travail et des ressources à la disposition de ceux qui l'exécutent* »¹⁸⁸⁸. Autrement dit, la charge de travail correspond à la traduction des écarts entre le travail prescrit, réel et vécu, la notion viserait ainsi à révéler la perception du salarié de son travail¹⁸⁸⁹. La difficulté réside dans l'identification de la charge de travail qui est constituée tant par des facteurs objectifs que subjectifs¹⁸⁹⁰. Sa prise en compte s'est imposée progressivement¹⁸⁹¹ à l'employeur au travers de la convention de forfait et du télétravail.

384. Charge de travail et forfait-jours. Le bon suivi de la charge de travail est, en effet, un critère de validité du forfait-jour¹⁸⁹². L'employeur doit prévoir au sein de l'accord collectif les

¹⁸⁸⁵ V. pour une vision contraire, M. GUILLEMIN, « Le bonheur au travail : risques et opportunités », *Sciences & Bonheur*, 4 (1), 2020, p. 11-29.

¹⁸⁸⁶ V. pour une étude sur le sujet, L. DE MONTVALON, *La charge de travail*, *op. cit.*

¹⁸⁸⁷ Loi n° 2000-37 du 19 janvier 2000 relative à la réduction négociée du temps de travail, *op. cit.*

¹⁸⁸⁸ L. DE MONTVALON, *La charge de travail*, *op. cit.*, p. 33.

¹⁸⁸⁹ S. GARNIER, *Droit du travail et prévention : contribution à l'étude d'un nouveau paradigme*, t. 77, LGDJ, coll.« Bibliothèque de droit social », 2019, p. 170.

¹⁸⁹⁰ J.-E. RAY et P.-Y. VERKINDT, « Nouveaux risques, nouveau droit de la santé au travail », *op. cit.*, p. 838.

¹⁸⁹¹ V. déjà sur la charge de travail et le temps de travail, M.-A. MOREAU, « Temps de travail et charge de travail », *Dr. soc.*, 2000, p. 263.

¹⁸⁹² Art. L. 3121-60 C. trav. ; Cass. soc., 29 juin 2011, n° 09-71.107, *D. actu. 19 juill. 2011, obs. Perrin ; D. 2011. Actu. 1830 ; RDT 2011. 481, note Mazars, Laulom et Dejours ; JSL 2011, n° 304-2, obs. Hautefort ; JCP S 2011. 1332, entretien Akandji-Kombé ; ibid. 1333, note Morvan ; RJS 2011. 587, chron. Favennec-Héry ; ibid. 636, no 696 ; SSL 2011, n° 1499, p. 11, note Mazars et Florès ; *Dr. ouvrier 2011. 723, obs. Richard ; ibid. 2012.171, obs. A. Lyon-Caen, op. cit. ; V. également, Cass. soc., 13 octobre 2021, n° 19-20.561. ; Cass. soc., 9 février 2022, n° 20-18.602.**

modalités de suivi effectif de la charge de travail¹⁸⁹³. Il convient que les dispositions soient de « *nature à garantir que l'amplitude et la charge de travail restent raisonnables et assurent une bonne répartition, dans le temps, du travail* » des salariés pour assurer la protection de leur sécurité et santé¹⁸⁹⁴. En outre, l'employeur doit tenir un entretien annuel pour les salariés ayant conclu une convention de forfait qui porte spécifiquement sur la charge de travail du salarié, l'organisation de son travail dans l'entreprise, l'articulation entre son activité professionnelle et sa vie personnelle et familiale ainsi que sa rémunération¹⁸⁹⁵. Le suivi de la charge de travail s'impose ainsi comme un garde-fou des conventions de forfait¹⁸⁹⁶.

385. Charge de travail et télétravail. En cas de recours au télétravail, l'employeur doit également prévoir au sein de l'accord ou de la charte « *les modalités de contrôle du temps de travail ou de régulation de la charge de travail* »¹⁸⁹⁷ ainsi qu'« *organiser chaque année un entretien qui porte notamment sur les conditions d'activité du salarié et sa charge de travail* »¹⁸⁹⁸. L'obligation qui incombe à l'employeur est similaire à celle qui existe pour le forfait-jours. Ce contrôle reste encore particulièrement lié au temps de travail, bien que depuis les ordonnances du 22 septembre 2017¹⁸⁹⁹, la régulation de la charge de travail est devenue une alternative au contrôle du temps de travail¹⁹⁰⁰. À tout le moins, l'employeur doit s'assurer que le télétravailleur bénéficie des outils nécessaires pour que la réalisation de son travail à distance ne soit pas source d'une surcharge de travail¹⁹⁰¹.

386. L'existence d'une surcharge numérique. Le numérique peut générer une augmentation de la charge de travail par le nombre de courriels, de données, de fichiers à traiter qui peut induire une « *surcharge communicationnelle* » ou une « *surcharge informationnelle* », appelée également « *infobésité* »¹⁹⁰². Il y a même parfois un encouragement des salariés à être

¹⁸⁹³ Art. L. 3121-64 C. trav.

¹⁸⁹⁴ Cass. soc., 24 avril 2013, n° 11-28.398, D. 2013. 1143 ; D. 2014. 1115.

¹⁸⁹⁵ Art. L. 3121-65 C. trav.

¹⁸⁹⁶ V. à ce sujet, L. DE MONTVALON, *La charge de travail*, op. cit., p. 103 et s.

¹⁸⁹⁷ Art. L. 1222-9 C. trav.

¹⁸⁹⁸ Art. L. 1222-10 C. trav.

¹⁸⁹⁹ Ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017 relative à la prévisibilité et la sécurisation des relations de travail, op. cit.

¹⁹⁰⁰ Art. L. 1222-9 C. trav. ; V. en ce sens, L. DE MONTVALON, *La charge de travail*, op. cit., p. 110-111.

¹⁹⁰¹ L'article 9 de l'ANI du 19 juillet 2005 prévoit que : « *la charge de travail, les normes de production et les critères de résultats exigés du télétravailleur doivent être équivalents à ceux des salariés en situation comparable travaillant dans les locaux de l'employeur. Des points de repères moyens identiques à ceux utilisés dans l'entreprise sont donnés au télétravailleur. La charge de travail et les délais d'exécution, évalués suivant les mêmes méthodes que celles utilisées pour les travaux exécutés dans les locaux de l'entreprise, doivent, en particulier, permettre au télétravailleur de respecter la législation relative à la durée du travail et tout spécialement la durée maximale du travail et les temps de repos.* » ; V. également, M. BABIN, « Télétravail et santé : le risque à distance ? », JCP S, n° 38, septembre 2020, 3018.

¹⁹⁰² C. FELIO et L. LEROUGE, *Les cadres face aux TIC*, op. cit., p. 25.

disponible, qui peut conduire à une « *hyperconnexion* »¹⁹⁰³. Autant d'éléments qui accroissent chez les salariés le travail réel et vécu. La messagerie électronique a pu être qualifiée, à ce titre, de « *métronome* » de l'activité des salariés¹⁹⁰⁴. Elle peut augmenter la pression ressentie, par l'instantanéité et la réactivité attendue, par conséquent accroître la charge de travail ressentie¹⁹⁰⁵. L'usage du numérique implique un meilleur contrôle de la charge de travail des salariés, pour prendre en compte les conditions, dont l'environnement, dans lesquelles est réalisé le travail.

387. De même, que l'utilisation d'un dispositif de commande vocale¹⁹⁰⁶ ou encore le recours à un système numérique d'aide à la décision transforment les conditions de réalisation de la prestation de travail¹⁹⁰⁷, le recours prolongé aux outils numériques peut être source de risques. Le travail sur écran a ainsi été prévu dans la partie réglementaire du Code du travail¹⁹⁰⁸. L'usage croissant des outils numériques, tant dans les locaux de l'entreprise, qu'en cas de télétravail, nécessite une vigilance particulière, car au-delà du temps passé sur l'écran, l'évaluation des risques doit prendre en compte la charge informationnelle¹⁹⁰⁹. Un contexte qui démontre, s'il fallait s'en convaincre, de la nécessité de se saisir de la notion de charge de travail.

388. Vers une charge de travail raisonnable. Dans sa thèse, Monsieur Luc de Montvalon a souligné que le droit du travail s'intéressait aux risques liés à une charge de travail excessive, mais dans une approche trop restrictive, selon lui. Il propose d'aller au-delà d'une prévention, pour éviter une surcharge de travail, pour évoluer vers « *l'exigence d'une charge de travail raisonnable qui pourrait favoriser le basculement d'une logique de protection de la santé contre les risques liés au travail vers une logique de promotion de la santé par le travail* »¹⁹¹⁰. Une telle proposition mérite d'être pleinement approuvée, en ce qu'elle permettrait d'orienter le devoir de contrôle vers une promotion de la santé au travail. Les objectifs du salarié seraient

¹⁹⁰³ C. FELIO, « Par-delà les pratiques individuelles : l'idéologie managériale comme armature de l'autodiscipline des cadres équipés de TIC », *Travailler*, n° 35, 2016, p. 191-212, spé. p. 207.

¹⁹⁰⁴ S. BRETESCHE, F. DE CORBIERE et B. GEFFROY, « La messagerie électronique, principal métronome des activités de cadre », *op. cit.*

¹⁹⁰⁵ É. DOSE, P. DESRUMAUX et M. REKIK, « Télépression au travail, relation entre l'utilisation de la messagerie électronique au travail et les échanges leader-membres : rôles de la reconnaissance et de la charge de travail », *Le travail humain*, vol. 82, n° 2, juin 2019, p. 151-181.

¹⁹⁰⁶ V. *supra*, n° 335.

¹⁹⁰⁷ M. MICHALLETZ, « Pour une approche objective de la charge de travail », *JCP S*, n° 49, 2018, 1395.

¹⁹⁰⁸ Art. R. 4542-4 C. trav.

¹⁹⁰⁹ V. également, directive n° 90/270/CEE du 29 mai 1990 concernant les prescriptions minimales de sécurité et de santé relatives au travail sur des équipements à écran de visualisation.

¹⁹¹⁰ L. DE MONTVALON, *La charge de travail*, *op. cit.*, p. 228.

ainsi construits en prenant en compte l'exigence d'une charge de travail raisonnable et non pas uniquement sur la performance à atteindre¹⁹¹¹.

389. Cette approche permettait également de sortir de la vision quantitative du travail qui a eu tendance à être adoptée. Nous rejoignons le souhait selon lequel l'exigence d'une charge de travail raisonnable doit concerner l'ensemble des salariés¹⁹¹², et non pas seulement ceux ayant conclu une convention de forfait. Le recours au « *raisonnable* » permet de poser un standard suffisamment flexible et correspondant à une approche qualitative pour être adaptable à chaque salarié, pour prendre en compte la charge de travail ressenti, tout en présentant des garanties d'objectivité¹⁹¹³. Adapter le travail à l'Homme implique ainsi de passer d'une approche quantitative à une approche qualitative¹⁹¹⁴.

390. Conclusion de section. Le numérique a renouvelé les moyens du pouvoir de contrôle, conduisant à une dichotomie entre les salariés. D'une part, il existe des salariés sur lesquels s'exerce une « *sur-subordination* » par un contrôle numérique particulièrement intrusif. Or, une telle intensité de la subordination, par une organisation quantitative du travail, doit être limitée pour éviter que le travailleur ne devienne qu'un accessoire de la machine. D'autre part, une autre partie des salariés – les travailleurs « *du savoir* » particulièrement – ont gagné en autonomie dans la subordination. Il a même pu être soutenu que ces travailleurs se rapprochaient de la figure de l'indépendant, voire, appelait à un changement de grammaire face à une subordination vieillissante et un renouvellement de l'expression du pouvoir de contrôle de l'employeur. Cependant, la surveillance de ces travailleurs autonomes peut s'exercer certes indirectement, mais elle n'en réduit pas moins le pouvoir de contrôle, ni même le pouvoir de direction. Et même, la surveillance de l'employeur peut en devenir plus prégnante encore, dès lors qu'elle cherche à influencer le comportement des salariés, car la contrepartie de ce gain de liberté est celle d'une attente plus forte envers ces salariés. Le concept

¹⁹¹¹ V. pour une étude de la prescription et de la régulation de la charge de travail dans trois entreprises de service Y.-F. LIVIAN, C. BARET et C. FALCOZ, « La gestion de la charge de travail dans les activités de services », *Revue française de gestion*, vol. 150, n° 3, 2004, p. 87-103.

¹⁹¹² L. DE MONTVALON, *La charge de travail*, *op. cit.*, p. 401.

¹⁹¹³ V. à ce sujet, G. KHAIRALLAH, « Le "raisonnable" en droit privé français », *RDT Civ.*, 1984, p. 439 ; L. DE MONTVALON, *La charge de travail*, *op. cit.*, p. 326.

¹⁹¹⁴ P. LOKIEC, « La mesure du travail. Du quantitatif au qualitatif », *Dr. soc.*, 2011, p. 771 ; V. également en ce sens, N. GUILLEMY, « La santé et la sécurité au travail à l'épreuve de la transformation numérique : enjeux juridiques », *op. cit.*, p. 25.

d'« *autonomie contrôlée* » a néanmoins l'avantage de mettre en lumière les changements d'organisation du travail, pour autant, il ne semble pas opportun de le préférer à la notion de subordination, dont la pertinence de la définition ne semble pas affectée, malgré l'existence de transformations du pouvoir à l'ère numérique. Dans ce contexte, le devoir de contrôle se renouvelle face aux nouveaux risques issus de la révolution numérique. Pour répondre aux nouvelles formes d'organisation du travail, les enjeux de la santé et de la sécurité au travail ont largement évolué : une meilleure prise en compte de la charge de travail face aux problématiques liées à la sur-connexion s'avère nécessaire. Pour ce faire, une approche davantage qualitative que quantitative doit être adoptée, dans le cadre de l'exercice du devoir de contrôle, pour répondre au mieux à ces nouveaux enjeux.

391. Conclusion de chapitre. Le pouvoir de contrôle de l'employeur à l'ère numérique s'est donc largement étendu, tant dans son objet que dans ses moyens. Le numérique offre l'opportunité de contrôler le salarié tant dans l'espace de l'entreprise qu'en dehors, ce qui nécessite un encadrement transparent et proportionné. Grâce au numérique, l'employeur peut être omniprésent, que ce soit directement – conduisant ainsi à une « *sur-subordination* » – ou plus indirectement – par l'influence des comportements et une « *autonomie contrôlée* » – ce qui appelle nécessairement à un régime plus strict lors de son exercice. Tout particulièrement, les représentants du personnel doivent pouvoir exercer un rôle plus important avant toute mise en œuvre d'un système numérique, pour prévenir des risques possibles sur la santé et la sécurité des salariés. Le contrôle numérique conduit, en effet, à une approche quantitative, ce qui peut entraîner une intensification du travail et une certaine déshumanisation. Dans ce cadre, le gain d'autonomie des salariés à l'ère numérique peut être limité par un contrôle par objectif chiffré. Or, une telle approche quantitative doit être certainement encadrée dans le cadre de l'exercice du pouvoir de contrôle. Si la révolution numérique peut être source d'extension du contrôle patronal, elle peut également être l'occasion d'améliorer les conditions de travail. Monsieur Alain Supiot soulignait l'opportunité qu'offrent les outils numériques, « *à condition de les domestiquer, au lieu de nous y identifier, ces dernières pourraient permettre de concentrer le travail humain sur l'incalculable et l'inprogrammable, c'est-à-dire la part proprement poétique du travail, celle qui suppose une liberté, une créativité ou une attention à autrui, dont*

aucune machine n'est capable »¹⁹¹⁵. La promotion d'une charge de travail raisonnable, avec l'adoption d'une approche qualitative, pourrait permettre d'orienter le devoir de contrôle vers une meilleure prise en compte de l'Homme au travail, ce, pour limiter la tendance à un contrôle numérique qui peut être trop étendu.

¹⁹¹⁵ A. SUPLOT, *Le travail n'est pas une marchandise : Contenu et sens du travail au XXIe siècle*, op. cit., p. 18-19.

Chapitre 2 : L'extension du pouvoir disciplinaire à l'ère numérique

392. Une fois que l'employeur a exercé son pouvoir de contrôle, il possède celui de sanctionner un comportement qu'il estimerait fautif émanant de l'un de ses salariés. Un tel pouvoir a pu être considéré comme inhérent à sa qualité d'employeur¹⁹¹⁶. L'extension de la surveillance numérique, au travers du pouvoir de contrôle, a nécessairement atteint, comme par capillarité, l'exercice du pouvoir disciplinaire de l'employeur. En premier lieu, le numérique a apporté des évolutions concernant la justification du pouvoir disciplinaire. Les outils numériques constituent, en effet, de nouvelles sources de preuve possibles, renouvelant ainsi les questions liées au droit à la preuve, tant pour l'employeur que le salarié. Le numérique intéresse, en effet, particulièrement l'exercice des libertés fondamentales du salarié face au droit à la preuve, qui a connu, à cette occasion, une extension remarquable (**Section 1**). La rationalisation de la direction du personnel¹⁹¹⁷ et l'exercice d'un contrôle numérique étendu¹⁹¹⁸ par le numérique influencent l'exercice du pouvoir disciplinaire de l'employeur. La mise en balance des intérêts face à l'usage des réseaux sociaux suscite, par ailleurs, un contentieux fourni, sur lequel il conviendra d'avoir un regard critique à l'aune de la nécessaire protection des libertés fondamentales. En second lieu, la porosité du temps du travail résultant de l'usage du numérique

¹⁹¹⁶ Cass. soc., 16 juin 1945, *Ets Poliet et Chausson c/ Vialard*. *Dr. soc.* 1946. 427, note P. Durand, *op. cit.* À cet égard, « l'employeur, au sens de [l'article L. 1331-1 du Code du travail], s'entend non seulement du titulaire du pouvoir disciplinaire mais également du supérieur hiérarchique du salarié, même non titulaire de ce pouvoir ». Le supérieur hiérarchique qui a connaissance des faits fautifs d'un salarié doit être considéré comme l'employeur même s'il n'est pas titulaire du pouvoir disciplinaire, que ce soit pour le point de départ du délai d'engagement de la procédure disciplinaire ou concernant la possibilité de sanctionner des faits antérieurs à une précédente sanction. Cass. soc., 23 juin 2021, n° 19-24.020 et 20-13.762, *D. actu.* 7 juill. 2021, *obs. EFL* ; *D.* 2021. 1290 ; *Dr. soc.* 2021. 958, *obs. Adam* ; *RJS* 10/2021, n° 520 ; *JSL* 2021, n° 525-2, *obs. Lhernould* ; Avant, Cass. soc., 30 avril 1997, n° 94-41.320, *D.* 1998. 53, note Puigelier ; *Dr. soc.* 1998. 25, note Cœuret ; *CSB* 1997. 205, A. 40.

¹⁹¹⁷ V. *supra*, n° 146 et s.

¹⁹¹⁸ V. *supra*, n° 265 et s.

a renouvelé la question de l'exercice possible du pouvoir disciplinaire, qui, en principe, s'exerce au temps de la subordination. Cependant, le numérique a conduit à une mise en œuvre du pouvoir disciplinaire qui peut, de plus en plus, s'affranchir de la limite qui avait été fixée entre le temps privé et celui de la subordination (**Section 2**). Ce contexte appelle donc à un renouvellement de l'approche du temps de travail pour protéger la santé et la sécurité des salariés à l'ère numérique.

Section 1 : Le renouveau de la justification du pouvoir disciplinaire par le numérique

393. Le numérique a étendu les moyens de contrôle de l'employeur. Face à ce contexte de surveillance accrue, la question de la protection des libertés fondamentales du salarié a été renouvelée (§1). La mise en balance entre les intérêts de l'entreprise et ceux du salarié sont mis à l'épreuve par le numérique. La multiplication des canaux de communication¹⁹¹⁹ – comme la messagerie électronique ou les réseaux sociaux – est autant de sources de conflits possibles entre le salarié et l'employeur où les questions liées à la liberté d'expression et la vie personnelle du salarié se heurtent à l'exercice possible du pouvoir disciplinaire par l'employeur. L'usage du numérique a posé, en effet, de nouvelles difficultés, renouvelant ainsi le contentieux à ce sujet. À cet égard, l'extension de la surveillance a conduit parallèlement à une transformation du droit à la preuve avec le numérique, comme justification des décisions de l'employeur (§2). Le numérique constitue, en effet, une source supplémentaire de preuve, tant pour l'employeur que pour le salarié, renouvelant ainsi le contentieux relatif à l'exercice du droit à la preuve.

¹⁹¹⁹ V. *supra*, n° 34 et s.

§1 : Le renouvellement de la confrontation entre le pouvoir disciplinaire et les libertés du salarié avec le numérique

394. La sanction relève du pouvoir disciplinaire de l'employeur et se distingue d'une décision prise dans le cadre du pouvoir de direction¹⁹²⁰. Elle est définie par l'article L. 1331-1 du Code du travail comme étant « *toute mesure, autre que les observations verbales, prise par l'employeur à la suite d'un agissement du salarié considéré par l'employeur comme fautif, que cette mesure soit de nature à affecter immédiatement ou non la présence du salarié dans l'entreprise, sa fonction, sa carrière ou sa rémunération* ». Le domaine disciplinaire de l'employeur se définit par la sanction, et non par le fait incriminé¹⁹²¹ ou la faute commise¹⁹²². Le pouvoir disciplinaire manifeste ainsi de la volonté de l'employeur de sanctionner un comportement du salarié, qu'il estime comme étant fautif¹⁹²³. Dans le cadre de cette approche subjective de la sanction, la qualification de sanction est « *indépendante de l'existence, en réalité, d'une faute du salarié* »¹⁹²⁴, ou à la forme de la mesure¹⁹²⁵. L'objectivité et la réalité de la faute du salarié vont conditionner la légitimité de la sanction prise par l'employeur, en revanche, elle est indifférente pour qualifier de sanction la mesure prise par l'employeur¹⁹²⁶. Cependant, en cas de contentieux, l'employeur va devoir justifier de la réalité de la faute reprochée.

395. L'utilisation des outils numériques et des réseaux sociaux a fait apparaître de nouveaux comportements et de nouvelles problématiques. Cette évolution trouve sa source avec la prise

¹⁹²⁰ Cass. soc., 10 avril 1991, n° 87-42.633, *D. 1991. IR 139* ; *RJS 1991. 376, n° 704*. V. également sur la notion de sanction disciplinaire, X. AUMERAN, « Les frontières du droit disciplinaire », *BJT*, n° 5, 2022, p. 40.

¹⁹²¹ P. WAQUET, « Sanction disciplinaire et mesure de gestion. Une position peu orthodoxe. », *SSL*, n° 1550, 2012, p. 151-154 ; V. à ce sujet, Cass. ass. plén., 6 janvier 2012, n° 10-14.688, *D. 2012. 156* ; *SSL 2012, n° 1513*, note Ph. Waquet ; *JSL 2012, n° 315*, note M. Hautefort ; *RDT 2012. 145*, étude P. Lokiec.

¹⁹²² V. à ce sujet, J. PÉLISSIER, « Les ambiguïtés du droit disciplinaire dans les relations de travail », dans *Les orientations sociales du droit contemporain : écrits en l'honneur du professeur Jean Savatier*, PUF, 1992, p. 367-381.

¹⁹²³ Est ainsi considérée comme une sanction, la lettre par laquelle l'employeur adresse divers reproches au salarié et le met en demeure d'apporter un maximum de soin à l'exécution de son travail. Cass. soc., 13 octobre 1993, n° 92-40.955, *CSB 1993. 261, A. 57* ; *RJS 1994. 120, n° 152* ; Cass. soc., 4 juin 2009, n° 07-44.838, *RDT 2010. 109, obs. Varin*. Il en est de même pour un message électronique adressé par l'employeur à un salarié dans lequel il lui fait part de divers reproches et l'invite de façon impérative à un changement radical avec une mise au point ultérieure. Cass. soc., 26 mai 2010, n° 08-42.893, *RDT 2011. 378, obs. de Quénaudon*.

¹⁹²⁴ G. AUZERO, D. BAUGARD et E. DOCKÈS, *Droit du travail, op. cit.*, p. 1034, n° 823.

¹⁹²⁵ A. FABRE, *Le régime du pouvoir de l'employeur, op. cit.*, p. 63.

¹⁹²⁶ V. à ce sujet, J. MOULY, « Droit disciplinaire », dans *Répertoire de droit du travail*, Dalloz, 2023, n° 131 et s. ; « Ajoutons que, en visant « toute » mesure, le texte ne distingue pas entre les mesures positives ou négatives. Une mesure peut être qualifiée de « sanction » même si elle constitue une promotion par exemple, pourvu qu'elle satisfasse aux autres éléments de la définition », E. PESKINE et C. WOLMARK, *Droit du travail, op. cit.*, p. 174 ; V. Cass. soc., 14 décembre 2005, n° 03-46.547, *Dr. soc. 2006. 460, obs. Ph. Waquet*.

en compte croissante des droits de l'Homme au sein du droit du travail¹⁹²⁷. Deux principales libertés du salarié se confrontent ainsi au pouvoir disciplinaire de l'employeur à l'ère numérique : la liberté d'expression et la vie personnelle du salarié. L'émergence des réseaux sociaux a conduit le juge à devoir renouveler son approche pour établir un équilibre entre le pouvoir disciplinaire de l'employeur et la protection de la liberté d'expression du salarié (A). De même, la vie personnelle du salarié doit être prise en compte et s'oppose en principe au pouvoir de sanction de l'employeur (B).

A- Le pouvoir disciplinaire face à la liberté d'expression du salarié

396. Le lien de subordination peut continuer à s'exercer même hors des murs de l'entreprise, mais s'oppose nécessairement aux libertés fondamentales du salarié. La question de la liberté d'expression du salarié face au pouvoir disciplinaire de l'employeur n'est pas une question nouvelle (1). Avec cependant l'usage du numérique, particulièrement au travers des réseaux sociaux, la question n'a cessé de se renouveler, appelant les juges à faire preuve de finesse dans l'arbitrage entre discipline et liberté (2).

1- Les contours de la liberté d'expression du salarié

397. La liberté d'expression du salarié. La liberté d'expression est prévue par de nombreux textes internationaux relatifs aux droits de l'Homme¹⁹²⁸. Elle est également visée au sein de la DDHC de 1789¹⁹²⁹. La question de la liberté d'expression du salarié n'est pas nouvelle en droit du travail. Elle s'était déjà posée lors de la tenue d'interview par un salarié auprès d'un journaliste sur ses conditions de travail. La Cour de cassation avait ainsi jugé que « *l'exercice du droit d'expression dans l'entreprise étant, en principe, dépourvu de sanction, il ne pouvait*

¹⁹²⁷ B. BOSSU, « Droits de l'homme et pouvoirs du chef d'entreprise : vers un nouvel équilibre », *Dr. soc.*, 1994, p. 747. V. également en ce sens, A. LYON-CAEN et I. VACARIE, « Droits fondamentaux et droit du travail », dans *Droit syndical et droits de l'homme à l'aube du XXI^e siècle : mélanges en l'honneur de Jean-Maurice Verdier*, Dalloz, 2001, p. 424 et s.

¹⁹²⁸ Art. 10 CESDH ; art. 11 Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne ; Art. 19 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques.

¹⁹²⁹ Art. 11 DDHC.

en être autrement hors de l'entreprise, où il exerce, sauf abus, dans toute sa plénitude »¹⁹³⁰. En principe, la liberté d'expression du salarié est détachée du droit d'expression¹⁹³¹ issu de l'article L. 2281-1 du Code du travail, qui prévoit que « le salarié jouit [ainsi] dans l'entreprise et en dehors d'elle de sa liberté d'expression et il ne peut être apporté à celle-ci que des restrictions justifiées par la nature de la tâche à accomplir et proportionnées au but recherché »¹⁹³². Dans un premier temps protégée en dehors de l'entreprise, comme échappant à la subordination de l'employeur¹⁹³³, la liberté d'expression du salarié est désormais également reconnue au sein de l'entreprise¹⁹³⁴. La jurisprudence rappelle régulièrement la formule selon laquelle « le salarié jouit, dans l'entreprise et en dehors de celle-ci, de sa liberté d'expression »¹⁹³⁵. La liberté d'expression concerne néanmoins un domaine bien plus large. Là où la liberté d'expression intéresse toute parole pendant ou en dehors du temps de travail, qui concerne ou non l'entreprise, le droit d'expression dans l'entreprise porte en revanche sur le contenu, les conditions d'exercice et l'organisation du travail¹⁹³⁶.

398. L'abus. Seul l'abus constitue la limite de l'exercice de la liberté d'expression par le salarié¹⁹³⁷. L'injure¹⁹³⁸, la diffamation¹⁹³⁹ et les « *propos excessifs* »¹⁹⁴⁰ sont considérés comme des figures d'abus de la liberté d'expression par la jurisprudence. Lors de l'appréciation du caractère abusif des propos tenus, le contexte sera pris en compte. Il conduit à observer tout d'abord les fonctions exercées par le salarié¹⁹⁴¹, son ancienneté¹⁹⁴², l'environnement de travail

¹⁹³⁰ Cass. soc., 28 avril 1988, n° 87-41.804, *D. 1988. 437, note Wagner ; Dr. soc. 1988. 428, concl. Écoutin, note Couturier.*

¹⁹³¹ V. à ce sujet, P. ADAM, « Droit d'expression des salariés », dans *Répertoire de droit du travail*, Dalloz, 2021, p., n° 15-61.

¹⁹³² Cass. soc., 2 mai 2001, n° 98-45.532, *Dr. soc. 2001. 1003, obs. Gauriau ; RJS 2001. 579, n° 832 ; JSL 2001, n° 82-5 ; Cass. soc., 28 avril 2011, n° 10-30.107, D. 2011. Actu. 1228, obs. Astaix ; RJS 2011. 533, n° 577 ; JCP S 2011. 1374, obs. Bossu ; Cass. soc., 27 mars 2013, n° 11-19.734, D. 2013. Actu. 925 ; RDT 2013. 491, obs. Pontif ; Dr. soc. 2013. 453, obs. Dabosville ; JSL 2013, n° 343-3, obs. Hautefort.*

¹⁹³³ Cass. soc., 28 avril 1988, n° 87-41.804, *D. 1988. 437, note Wagner ; Dr. soc. 1988. 428, concl. Écoutin, note Couturier, op. cit. ; Cass. soc., 12 novembre 1996, n° 94-43.859, D. 1996. IR 266.*

¹⁹³⁴ Cass. soc., 14 décembre 1999, n° 97-41.995, *GADT, 4e éd., n° 13 ; D. 2000. IR 40 ; Dr. soc. 2000. 163, concl. Duplat, note Ray ; Cass. soc., 2 mai 2001, n° 98-45.532, Dr. soc. 2001. 1003, obs. Gauriau ; RJS 2001. 579, n° 832 ; JSL 2001, n° 82-5, op. cit.*

¹⁹³⁵ E. DOCKÈS, « La liberté d'expression au travail », *Dr. ouvr.*, 2011, p. 56.

¹⁹³⁶ P. WAQUET, « La vie personnelle du salarié », dans *Droit syndical et droits de l'homme à l'aube du XXIe siècle : mélanges en l'honneur de Jean-Maurice Verdier*, Dalloz, 2001, p. 517.

¹⁹³⁷ V. notamment, Cass. soc., 4 février 1997, n° 96-40.678, *D. 1997. IR 78 ; Dr. soc. 1997. 413, obs. Savatier ; RJS 1997. 168, n° 252 ; JSL 2004, n° 148-5 ; Cass. soc., 15 janvier 2020, n° 18-14.177.*

¹⁹³⁸ Cass. soc., 15 décembre 2009, n° 07-44.264, *D. 2010. AJ 156 ; JSL 2010, n° 270-3.*

¹⁹³⁹ V. par exemple, Cass. soc., 4 novembre 2015, n° 14-19.140 ; Cass. Ire civ., 13 juin 2006, n° 03-47.580, *D. 2006. IR 2053 ; RJS 2006. 776, n° 1040.*

¹⁹⁴⁰ V. notamment, Cass. soc., 15 octobre 1996, n° 94-42.911, *D. 1996. IR 239 ; RJS 1996. 750, n° 1158 ; CSB 1997. 15, A. 15.*

¹⁹⁴¹ Cass. soc., 10 décembre 2008, n° 07-41.820, *D. 2009. AJ 105 ; RDT 2009. 168, obs. de Quenaudon ; RJS 2009. 143, n° 163 ; JCP S 2009. 1083, obs. Caron ; Cass. soc., 12 juin 2019, n° 17-19.299.*

¹⁹⁴² Cass. soc., 20 novembre 2001, n° 99-44.035 ; Cass. soc., 17 juin 2009, n° 07-43.236.

du salarié¹⁹⁴³, ou encore la répétition du comportement¹⁹⁴⁴. L'ensemble de ces éléments de contexte est alors confronté à l'intérêt de l'entreprise¹⁹⁴⁵, pour définir s'il s'agit d'un exercice abusif¹⁹⁴⁶. Les nombreuses décisions sur le sujet semblent révéler un droit à la critique¹⁹⁴⁷, avec cependant une réticence de la jurisprudence – qui a pu être considérée comme regrettable¹⁹⁴⁸ – à admettre l'humour ou l'« insolence »¹⁹⁴⁹, même de la part de membres d'un syndicat¹⁹⁵⁰. En revanche, la Cour de cassation a refusé de voir un abus dans l'exercice de la liberté d'expression, le refus et le désaccord d'un salarié « *sur les méthodes de management des associés et les critiques de leur décision* » relative à une culture d'entreprise « *fun and pro* » qui se traduisait « *par la nécessaire participation aux séminaires et aux pots de fin de semaine générant fréquemment une alcoolisation excessive de tous les participants, encouragée par les associés* »¹⁹⁵¹. En d'autres termes, l'absence d'adhésion d'un salarié à, et même son comportement critique envers, la « *culture d'entreprise* », relève donc de la liberté d'expression, dès lors qu'il existe une disproportion dans le comportement attendu¹⁹⁵². Ce, d'autant plus, lorsque cette culture d'entreprise conduit à la consommation excessive d'alcool organisée et encouragée par l'employeur. En outre, à l'ère numérique l'appréhension de la liberté d'expression du salarié a été renouvelée et la jurisprudence a dû délimiter de nouvelles limites.

¹⁹⁴³ Le salarié qui exprime un ressentiment légitime au regard du véritable harcèlement dont il avait été victime durant les dernières semaines de la part de ses supérieurs hiérarchiques ne constitue pas un comportement fautif. Cass. soc., 4 juillet 2007, n° 06-41.071, *D. 2007. 3033* ; « *la correspondance adressée par le salarié au président, constatant objectivement son isolement et son remplacement avant qu'il ne soit licencié, répondait aux propos extrêmement sévères de ce dernier à son égard, et que les termes utilisés, s'ils mettaient en cause celui-ci en lui reprochant de vouloir obtenir son départ au moindre coût, ne présentaient pas de caractère injurieux, diffamatoire ou excessif au regard de la situation dans laquelle il se trouvait et des propres termes employés par le président ; qu'en l'état de ces constatations, la cour d'appel a pu décider que le salarié n'avait pas abusé de sa liberté d'expression ; que le moyen n'est pas fondé* », Cass. soc., 16 décembre 2009, n° 08-44.830.

¹⁹⁴⁴ « *La cour d'appel a relevé que le salarié avait manifesté publiquement au sein de l'entreprise et de manière systématique son désaccord avec les décisions prises par le gérant et délibérément adopté une attitude négative et d'opposition ; qu'elle a estimé dans l'exercice des pouvoirs qu'elle tient de l'article L. 1235-1 du Code du travail que le licenciement procédait d'une cause réelle et sérieuse* », Cass. soc., 11 février 2009, n° 07-44.127 ; V. position contraire, où un salarié a « *multiplié les accusations, les contestations, les polémiques et les sous-entendus* », mais la Cour de cassation a estimé que l'abus n'était pas caractérisé. Cass. soc., 19 octobre 2010, n° 09-42.180.

¹⁹⁴⁵ V. sur l'intérêt de l'entreprise, *supra*, n° 79.

¹⁹⁴⁶ V. notamment, M. DEMOULAIN, *Nouvelles technologies et droit des relations de travail*, *op. cit.*, p. 131.

¹⁹⁴⁷ V. notamment, Cass. soc., 21 septembre 2022, n° 21-13.045.

¹⁹⁴⁸ G. AUZERO, D. BAUGARD et E. DOCKÈS, *Droit du travail*, *op. cit.*, p. 924.

¹⁹⁴⁹ V. Cass. soc., 21 avril 2010, n° 09-40.848 ; Cass. soc., 26 mai 2010, n° 09-40.419.

¹⁹⁵⁰ CEDH, 12 septembre 2011, n° 28955/06, 28957/06, 28959/06, 28964/06, *Palmo Sanchez. D. actu. 29 sept. 2011, obs. Perrin ; RJS 2012. 83, note Lafuma ; JSL 2011, n° 308-4, obs. Tourreil ; SSL 2011, n° 1510, p. 13.*

¹⁹⁵¹ Cass. soc., 9 novembre 2022, n° 21-15.208, *RDT 2022. 419, obs. Peyronnet ; JA 2023, n° 677, p. 40, note Fadeuilhe ; JCP S 2022. 1323, note Theallier et Tanguy, op. cit.*

¹⁹⁵² Il a pu être évoqué l'existence d'une « *sociabilité forcée* », M. PEYRONNET, « *Fun & Pro : quand la sociabilité forcée se heurte au droit du travail* », *RDT*, 2023, p. 419.

2- L'expression discutée du salarié sur les réseaux sociaux

399. Liberté d'expression sur les réseaux sociaux. L'usage du numérique, avec particulièrement les réseaux sociaux, a renouvelé les contentieux relatifs à la conciliation entre le pouvoir disciplinaire et la liberté d'expression des salariés. Le numérique a, en effet, permis de tenir des propos en ligne, en dehors des locaux de l'entreprise, sur de multiples supports : *Facebook*, *Instagram*, *Tik tok*, etc. La difficulté naît, en outre, de l'absence de frontière nette entre la nature privée et publique des messages publiés sur les réseaux¹⁹⁵³. L'étude de la jurisprudence conduit à constater un renouvellement du test de proportionnalité¹⁹⁵⁴ entre intérêt de l'entreprise et liberté d'expression des salariés par la diversification de leur expression. De nouveaux paramètres ont, en effet, dû être pris en compte dans le test de proportionnalité.

400. La sanction du « J'aime » sur Facebook. En ce sens, la CEDH a eu à se prononcer sur la possibilité de sanctionner la manifestation d'un « J'aime » sur *Facebook*. Dans une décision rendue le 15 juin 2021, elle a conclu à la violation de la liberté d'expression d'une salariée contractuelle du service public qui a été licenciée pour avoir manifesté son adhésion à certains contenus publiés sur *Facebook* en cliquant sur l'icône « J'aime »¹⁹⁵⁵. La Cour a considéré que « l'emploi des mentions « J'aime » sur les réseaux sociaux, qui pourrait être considéré comme un moyen d'afficher un intérêt ou une approbation pour un contenu, constitue bien, en tant que tel, une forme courante et populaire d'exercice de la liberté d'expression en ligne ». La CEDH a ainsi pris en compte l'intensité de l'activité sur le réseau social. Selon elle, l'action d'aimer un contenu est différente de celle de le partager, où ici, il était exprimé une « sympathie » envers le contenu, là où le partage révèle une « volonté active de sa diffusion »¹⁹⁵⁶. L'action d'aimer un contenu est finalement une action presque passive, contrairement à celle de partager du contenu, qui implique d'en faire la promotion. Pour autant, nous pouvons nous interroger si la décision serait différente dans le cas où la salariée aurait partagé les contenus. Tout comme l'intensité de la critique, celle de l'audience du contenu pourrait être prise en compte pour caractériser l'abus dans l'exercice de la liberté d'expression du salarié. En outre, le partage du

¹⁹⁵³ V. sur l'évolution de la distinction sur *Facebook*, *infra*, n° 426.

¹⁹⁵⁴ V. à ce sujet, *supra*, n° 324.

¹⁹⁵⁵ CEDH, 15 juin 2021, n° 35786/19, *Melike c/ Turquie*.

¹⁹⁵⁶ La Cour indique que l'acte « J'aime » « ne peut être considéré comme portant le même poids d'un partage de contenu sur les réseaux sociaux, dans la mesure où une mention « J'aime » exprime seulement une sympathie à l'égard du contenu publié, et non pas une volonté active de sa diffusion », pt. 51 ; S. DAGUERRE et P. PACOTTE, « «Like» Facebook et droit à la liberté d'expression d'un salarié », *JSL*, n° 529, 2021, p. 23.

contenu ne signifie pas toujours son adhésion, cela peut simplement manifester l'intérêt estimé par l'utilisateur du contenu et sa volonté d'en faire part aux autres utilisateurs.

401. À tout le moins, la décision de la CEDH réaffirme la liberté d'expression qui existe pour les salariés sur les réseaux sociaux. À cet effet, elle a effectué un contrôle de proportionnalité afin d'évaluer si les contenus litigieux étaient susceptibles de causer un trouble au sein de l'établissement où travaillait la salariée. Même si un tel contenu était contraire aux intérêts de l'employeur, les contenus concernés s'inscrivaient dans un débat d'intérêt général et la salariée ne disposait que d'une notoriété et représentativité limitée sur son lieu de travail¹⁹⁵⁷. La mention « *J'aime* » doit ainsi impliquer une triple appréhension : la licéité du contenu, sa résonance en fonction du paramétrage du compte de l'utilisateur et le trouble qu'il peut causer¹⁹⁵⁸. Autant d'éléments qui viennent affiner l'appréhension de la liberté d'expression du salarié sur les réseaux sociaux.

402. Liberté d'expression *versus* réputation de l'entreprise. À l'ère numérique, les entreprises revendiquent un droit à la protection de leur réputation¹⁹⁵⁹, et même à leur « *e-réputation* »¹⁹⁶⁰. La CEDH l'a d'ailleurs reconnu, tout en soulignant qu'il « *y a une différence entre une atteinte à la réputation d'une personne physique, qui peut avoir des répercussions sur la dignité de celle-ci, et une atteinte à la réputation commerciale d'une société, laquelle n'a pas de dimension morale* »¹⁹⁶¹. Néanmoins, la réputation de l'entreprise relève de son intérêt¹⁹⁶², ce, d'autant plus à l'ère numérique, l'« *e-réputation* » traduit l'image et l'identité numérique de l'entreprise directement en corrélation avec sa position dans un environnement concurrentiel. Elle est un facteur de confiance et de crédibilité¹⁹⁶³. Dès lors, le salarié « *connecté* » se trouve tiraillé entre un lien de subordination qui lui impose une obligation de loyauté envers son employeur¹⁹⁶⁴ et les réseaux sociaux qui lui offrent la possibilité d'échanger librement¹⁹⁶⁵ avec l'ensemble des utilisateurs, sous réserve d'abus. Or,

¹⁹⁵⁷ La Cour indique « *que, compte tenu de la nature de sa fonction, la requérante ne pouvait disposer que d'une notoriété et d'une représentativité limitée dans son lieu de travail et que ses activités sur Facebook ne pouvaient pas avoir un impact significatif sur les élèves, les parents d'élèves, les professeurs et d'autres employés* », pt. 51.

¹⁹⁵⁸ G. LOISEAU, « La portée d'un « *J'aime* » sur les réseaux sociaux », *Légipresse*, 2021, p. 424.

¹⁹⁵⁹ G. LOISEAU, « L'image de l'entreprise et les réseaux sociaux », *SSL*, n° 1979, 2021, p. 5.

¹⁹⁶⁰ « *L'image que les internautes peuvent se faire de celle-ci (l'entreprise) ou de ses produits et services, à partir des informations trouvées sur Internet, et notamment sur les blogs et réseaux sociaux* », A. FIÉVÉE et C. MARTIN, « L'« *e-réputation* » : la gestion juridique de l'image de l'entreprise sur internet », *RLDI*, n° 72, 2011.

¹⁹⁶¹ CEDH, 19 juillet 2011, req. n° 23954/10, *Aff. UJ c/ Hongrie*.

¹⁹⁶² V. sur la notion d'intérêt de l'entreprise, *supra*, n° 79 et s.

¹⁹⁶³ B. PEREIRA, « Entreprises : loyauté et liberté d'expression des salariés sur les réseaux sociaux numériques », *Annales des Mines - Gérer et comprendre*, vol. 130, n° 4, 2017, p. 68.

¹⁹⁶⁴ V. sur l'obligation de loyauté, *infra*, n° 454.

¹⁹⁶⁵ G. DE MALAFOSSE, « Liberté d'expression du salarié connecté », *Juris associations*, n° 498, 2014, p. 21.

les salariés restent soumis sur les réseaux sociaux aux obligations qui découlent de leur contrat de travail¹⁹⁶⁶. En ce sens, le pouvoir disciplinaire à l'ère numérique se heurte parallèlement à la protection de la vie personnelle du salarié.

B- Une prise en compte nécessaire du droit de la vie personnelle du salarié

403. La protection de la vie personnelle du salarié. Depuis l'apparition des nouvelles technologies, il est unanimement constaté, par la doctrine, un brouillage de la vie personnelle et de la vie professionnelle¹⁹⁶⁷. D'un côté, le salarié a le droit à une vie personnelle sur son lieu de travail, de l'autre, il peut s'exprimer dans sa vie personnelle sur sa vie professionnelle sur les réseaux sociaux. Dans ce contexte, le droit doit nécessairement assurer la protection de la vie personnelle du salarié. En principe, il existe une immunité disciplinaire du salarié, pour des faits issus de sa vie personnelle, néanmoins cette frontière a largement été rendue étanche¹⁹⁶⁸.

404. Dès 1997,¹⁹⁶⁹ la chambre sociale fait appel à la notion de vie personnelle¹⁹⁷⁰, qui est plus large que celle de vie privée et qui permet ainsi au salarié de conserver une part d'autonomie que ce soit en dehors du temps de travail ou sur le lieu de travail¹⁹⁷¹. Il s'agit d'une notion propre au droit du travail qui permet de mettre en lumière l'autonomie du salarié vis-à-vis de son employeur¹⁹⁷². Si un fait relève de sa vie personnelle alors il sera en principe hors de la subordination juridique, autrement dit, elle « *permet d'envisager quelle résistance les droits et libertés du salarié offrent aux effets du contrat de travail, et plus précisément du lien de*

¹⁹⁶⁶ B. ALLIX et M. PALIN, « Équilibre entre vie privée du salarié et pouvoir disciplinaire de l'employeur : lorsque la publication d'un salarié sur un réseau social justifie son licenciement pour faute », *BJT*, n° 5, 2022, p. 6.

¹⁹⁶⁷ A. SUPIOT, « Les nouveaux visages de la subordination », *op. cit.* ; V. notamment, J.-E. RAY, « Naissance et avis de décès du droit à la déconnexion, le droit à la vie privée du XXIème siècle », *Dr. soc.*, 2002, p. 939 ; F. BOUSEZ, « Télétravail et vie privée », *Les Cahiers Sociaux*, n° 308, 2018, p. 317 ; S. TOURNAUX, « Droit du travail et numérique : de quelques aspects relatifs aux relations individuelles de travail », *op. cit.*, p. 69 ; P. ADAM, « Droit (de l'employeur) à la preuve et vie privée (du salarié) », *Daloz IP/IT*, n° 04, 2016, p. 211 ; B. DABOSVILLE, « La protection de la vie privée des salariés face au pouvoir d'investigation de l'employeur », *op. cit.* ; C. RADÉ, « L'entreprise et la vie privée du salarié », *Dr. soc.*, 2021, p. 4.

¹⁹⁶⁸ V. *infra*, n° 423, 452 et 464.

¹⁹⁶⁹ Cass. soc., 16 décembre 1997, n° 95-41.326, *JCP 1998. II. 10101*, note Escande-Varniol ; *Deffrénois 1998. 890*, obs. Quétant.

¹⁹⁷⁰ V. notamment, A. LYON-CAEN, « Vie privée et entreprise », *Justice et Cassation*, 2018, p. 75.

¹⁹⁷¹ Dès les années 1960, Michel Despax évoquait une distinction entre la vie professionnelle et « *la vie extra-professionnelle* », M. DESPAX, « La vie extra-professionnelle du salarié et son incidence sur le contrat de travail », *JCP G*, 1963, 1776.

¹⁹⁷² A. LEPAGE, « Droits de la personnalité », dans *Répertoire de droit civil*, Dalloz, n° 95.

subordination, que l'intéressé soit au travail ou qu'il soit hors de l'entreprise »¹⁹⁷³. La notion de vie personnelle inclut la vie privée du salarié, mais également sa vie publique qui comprend ses engagements politiques ou ses pratiques sportives¹⁹⁷⁴. En principe « *ce n'est pas la personne qui est l'objet du contrat mais son activité* »¹⁹⁷⁵, bien que l'usage croissant du numérique tend peu à peu à effiler ce principe¹⁹⁷⁶. Il a ainsi été jugé qu'un salarié est libre d'acheter les biens, produits ou marchandises de son choix et d'acheter un produit concurrent de l'employeur comme l'achat d'un véhicule d'une marque autre que celle du concessionnaire automobile chez qui il est employé¹⁹⁷⁷. Dès lors, la seule relation de travail ne peut justifier l'interdiction par l'employeur d'exercer une liberté collective en dehors du temps de travail par exemple¹⁹⁷⁸, ou plus largement, de vivre comme bon lui semble lors de son temps personnel.

405. La prise en compte de la vie personnelle face aux clauses contractuelles. De même, la vie personnelle du salarié a pu mettre en échec certaines clauses contractuelles. Tout particulièrement, les clauses de mobilité¹⁹⁷⁹ ont été confrontées à la prise en compte de la vie personnelle du salarié. La mise en œuvre d'une clause de mobilité, malgré sa licéité ou l'intérêt de l'entreprise, doit être respectueuse de la vie personnelle et familiale « *normale* »¹⁹⁸⁰ du salarié. À cet égard, il a été jugé que « *l'employeur, tenu d'exécuter de bonne foi le contrat de travail, fait un usage abusif de cette clause en imposant au salarié, qui se trouvait dans une situation familiale critique, un déplacement immédiat dans un poste qui pouvait être pourvu par d'autres salariés* ». Les juges sont tenus de vérifier si l'atteinte à la vie personnelle issue de la clause de mobilité est justifiée par la nature de la tâche à accomplir et proportionnée au but recherché¹⁹⁸¹. Il y a ainsi une prise en compte de chaque cas pour évaluer l'incidence de la

¹⁹⁷³ P. WAQUET, « La vie personnelle du salarié », *op. cit.*, p. 514-515.

¹⁹⁷⁴ G. LOISEAU, « La preuve par Facebook », *JCP S*, n° 41, 2020, 3042.

¹⁹⁷⁵ B. BOSSU, « L'ascension du droit au respect de la vie personnelle », *JCP S*, n° 26, 2015, 1241.

¹⁹⁷⁶ V. *supra*, n° 286.

¹⁹⁷⁷ Cass. soc., 22 janvier 1992, n° 90-42.517, *D. 1992. IR 60* ; *Dr. soc. 1992. 329, note Savatier* ; *RJS 1992. 156, n° 245*.

¹⁹⁷⁸ Cass. soc., 23 mai 2007, n° 05-41.374, *D. 2007. 3037, obs. C. Mathieu-Géniaut* ; *RDT 2007. 586, obs. T. Aubert-Monpeyssen*.

¹⁹⁷⁹ Sur la validité de la clause, V. notamment, Cass. soc., 28 mars 2006, n° 04-41.016, *D. 2006. IR 1063* ; *RJS 2006. 479, n° 690* ; *JSL 2006, n° 1885*.

¹⁹⁸⁰ S. MAILLARD-PINON, « Contrat de travail : modification », dans *Répertoire de droit du travail*, Dalloz, 2021, n° 149.

¹⁹⁸¹ V. sur le contrôle de proportionnalité, *supra*, n° 324. Cass. soc., 14 octobre 2008, n° 07-40.523, *D. 2008. 2672, obs. Perrin* ; *D. 2009. 1427, chron. Lokiec* ; *RDT 2008. 731, obs. Auzero*.

mutation en fonction de la situation personnelle et familiale qui peut s'opposer à la mise en œuvre de la clause de mobilité¹⁹⁸².

406. L'admission de la vie personnelle au travail. De plus, l'arrêt *Nikon*¹⁹⁸³ a consacré le respect de la vie personnelle du salarié même sur son temps et sur son lieu de travail. L'employeur ne peut, sans violer la liberté fondamentale du respect de l'intimité de la vie privée du salarié, prendre connaissance des messages personnels émis par le salarié et reçus par lui grâce à un outil informatique mis à sa disposition pour son travail, et ceci même au cas où l'utilisation non professionnelle de l'ordinateur aurait été interdite¹⁹⁸⁴. À l'inverse, il existe une présomption du caractère professionnel des fichiers et courriels en l'absence d'indications particulières, qui peuvent donc être ouverts par l'employeur¹⁹⁸⁵. Ce, à moins que le courriel ou le fichier soit indiqué expressément comme étant personnel – par la mention « *Perso* » ou « *Privé* » – même s'il est stocké sur un outil appartenant et mis à disposition par l'entreprise¹⁹⁸⁶, il relèvera alors de la vie personnelle du salarié ainsi que du secret des correspondances¹⁹⁸⁷. À la suite de cette jurisprudence, il s'en est suivi une série de précisions¹⁹⁸⁸. C'est ainsi qu'il a été jugé que des courriels et fichiers intégrés dans le disque dur de l'ordinateur mis à disposition du salarié par l'employeur ne sont pas identifiés comme personnels du seul fait qu'ils émanent initialement de la messagerie électronique personnelle du salarié¹⁹⁸⁹. Sur le fondement de l'article L. 1121-1 du Code du travail, une proportionnalité doit accompagner toute restriction aux libertés fondamentales, dont la protection de la vie personnelle du salarié.

407. La tolérance d'un usage à des fins privées. Il existe même une certaine tolérance de l'usage à titre privé des outils fournis dans le cadre du travail¹⁹⁹⁰. Un tel usage doit néanmoins rester proportionné et exceptionnel. À ce sujet, il a été admis le licenciement pour faute grave

¹⁹⁸² V. par exemple, Cass. soc., 2 juillet 2003, n° 01-42.046, *RJS* 2003. 769, n° 1120 ; *JSL* 2003, n° 130-6. La recherche relative à la vie personnelle et familiale du salarié s'impose même si la clause est conforme à l'intérêt de l'entreprise ainsi qu'aux fonctions du salarié. V. en ce sens, Cass. soc., 21 janvier 2015, n° 13-26.011.

¹⁹⁸³ Cass. soc., 2 octobre 2001, n° 99-42.942, *D.* 2001. IR 2944 ; *Dr. soc.* 2001. 920, obs. Ray ; *JCP E* 2001. 1918, note Puigelier ; *RJS* 2001. 948, n° 1394 ; *CSB* 2001, A. 40, obs. Jez ; *JSL* 2001, n° 88-2 ; *SSL* 2001, n° 1045, p. 6, concl. Kehrig, op. cit., p. 942.

¹⁹⁸⁴ V. également en ce sens, CEDH, 28 novembre 2017, n° 70838/13.

¹⁹⁸⁵ V. *supra*, n° 281 et s.

¹⁹⁸⁶ Cass. soc., 18 octobre 2006, n° 04-48.025, *RDT* 2006. 395, obs. de Quenaudon ; *D.* 2007. Pan. 691, obs. F. Guiomard ; *RJS* 2006. 32, n° 7 ; *SSL* 2006, n° 1279, p. 10, op. cit.

¹⁹⁸⁷ V. sur le secret des correspondances, L. CASTEX, « Du secret des correspondances à l'ère du courrier électronique », dans *Mélanges en l'honneur du doyen Didier Guével. Une approche renouvelée des Humanités*, LGDJ, 2021, p. 85-96, spé. p. 90.

¹⁹⁸⁸ V. sur ce contrôle, *supra*, n° 266 et s.

¹⁹⁸⁹ Cass. soc., 19 juin 2013, n° 12-12.138, *D.* 2013. Actu. 1629 ; *RDT* 2013. 708, note Nord-Wagner ; *RJS* 10/2013, n° 650 ; *JCP S* 2013. 1360, note Bossu.

¹⁹⁹⁰ Cass. soc., 29 octobre 2014, n° 13-18.173, *CCE* 2015, n° 1, comm. 8, note É.-A. Caprioli.

d'un salarié qui « avait usé de la connexion internet de l'entreprise, à des fins non professionnelles, pour une durée totale d'environ 41 heures durant le mois de décembre 2004 »¹⁹⁹¹. De même, le salarié qui se livre à des jeux, tels des paris sportifs, avec le matériel de l'entreprise a pu être licencié pour faute grave¹⁹⁹².

408. Libertés versus droit à la preuve. Malgré l'existence de protection des libertés fondamentales du salarié, tout particulièrement de sa liberté d'expression et de sa vie personnelle, les éléments recueillis par le contrôle¹⁹⁹³ de l'employeur peuvent justifier une sanction disciplinaire¹⁹⁹⁴. Dès lors que ces éléments se heurtent à la liberté d'expression ou la vie personnelle du salarié, la question de leur admission au titre du droit de la preuve va être posée. Un rééquilibrage a eu lieu de la part de la jurisprudence¹⁹⁹⁵, conduisant à un certain élargissement du droit de la preuve.

§2 : L'évolution du droit à la preuve et le numérique

409. Au soutien de sa décision de sanctionner, l'employeur doit justifier la faute qu'il reproche au salarié. En ce sens, le motif du licenciement doit être précis, et pour justifier de la véracité de celui-ci l'employeur devra apporter toutes les preuves nécessaires. Il existe ainsi un droit à la preuve. Or, le numérique, par le développement des outils de contrôle et des réseaux sociaux, a renouvelé l'appréhension de ce droit. Après avoir fixé de premières limites, la jurisprudence s'est en effet assouplie pour étendre le droit à la preuve à l'ère numérique. Pour comprendre le regain que connaît le droit à la preuve¹⁹⁹⁶, et ce, tant pour l'employeur (B) que pour le salarié (C)

¹⁹⁹¹ Cass. soc., 18 mars 2009, n° 07-44.247, *D. actu.* 6 avr. 2009, obs. C. Dechristé ; *Dr. soc.* 2010. 267, obs. J.-E. Ray ; *CCE* 2009, n° 5, comm. 50, p. 43, note É.-A. Caprioli ; *RLDI* 2009/06, n° 50, note Saint-Martin, *op. cit.*

¹⁹⁹² Cass. soc., 14 mars 2000, n° 98-42.090, *Gaz. Pal.* 28 oct. 2000, n° 302, p. 34, note J. Berenguer-Guillon et L. Guignot ; *JCP* 7 févr. 2001, n° 6, p. 325, note C. Puigelier ; *LPA* 11 juill. 2000, n° 137, p. 5, note G. Picca et A. Sauret ; *RTD civ.* 2000. 801, obs. J. Hauser.

¹⁹⁹³ V. sur le contrôle de l'employeur, *supra*, n° 287 et s.

¹⁹⁹⁴ V. également à ce sujet, F. MARCHADIER, « La surveillance du salarié sur les temps et lieux de travail », *op. cit.*

¹⁹⁹⁵ « Après des décennies à considérer la vie privée des salariés comme un sanctuaire qu'il conviendrait de protéger de l'emprise patronale, le vent a tourné et souvent cette vie privée apparaît comme une menace inquiétante pour l'entreprise qui a le droit de défendre l'intégrité de la sphère professionnelle », C. RADE, « L'entreprise et la vie privée du salarié », *Dr. soc.*, 2021, p. 4.

¹⁹⁹⁶ V. sur le droit à la preuve, D. BOULMIER, *Preuve et instance prud'homale*, LGDJ, 2002 ; A. BERGEAUD, *Le droit à la preuve*, LGDJ, coll.« Bibliothèque de droit privé », 2010 ; E. VERGES, G. VIAL et O. LECLERC, *Droit de la preuve*, 2^e éd., PUF, coll.« Thémis », 2022 ; P. MALINVAUD et N. BALAT, *Introduction à l'étude du droit*, 22^e éd., LexisNexis, 2022, p. 507 et s.

par le numérique, il convient de revenir au préalable sur la place que connaît le droit à la preuve dans le cadre du pouvoir disciplinaire (A).

A- La place du droit à la preuve dans le cadre du pouvoir disciplinaire

410. Bien qu'il existe un principe de liberté de la preuve¹⁹⁹⁷, y compris en matière prud'homale¹⁹⁹⁸, un véritable droit à la preuve¹⁹⁹⁹ a su trouver sa place dans le cadre de l'exercice du pouvoir disciplinaire de l'employeur²⁰⁰⁰ (1). La preuve doit cependant avoir été obtenue loyalement pour pouvoir être prise en compte (2).

1- L'affirmation d'un droit à la preuve

411. Définition du droit à la preuve. Le droit à la preuve serait issu d'un arrêt de la CEDH²⁰⁰¹, dont la Cour de cassation a fait désormais application²⁰⁰², dont désormais la chambre sociale²⁰⁰³. Ce droit subjectif présente deux versants. D'une part, il prévoit le droit d'obtenir des éléments de preuve, et d'autre part, celui de les produire²⁰⁰⁴. Ce droit correspond à un prolongement du principe du procès équitable, garanti par la CEDH²⁰⁰⁵. Il convient de préciser que l'existence d'un droit à la preuve était déjà évoquée lors de la mise en place du nouveau Code de procédure

¹⁹⁹⁷ Art. 1358 C. civ.

¹⁹⁹⁸ Cass. soc., 10 novembre 2010, n° 09-40.967.

¹⁹⁹⁹ G. LARDEUX, « Du droit de la preuve au droit à la preuve », *D.*, 2012, p. 1596.

²⁰⁰⁰ P. LANOY, « Le pouvoir disciplinaire et la vie personnelle du salarié », *BJT*, n° 5, 2022, p. 47.

²⁰⁰¹ CEDH, 10 octobre 2006, n° 7508/02, *L.L. c/ France. D. 2006. IR 2692 ; RTD civ. 2007. 95, obs. Hauser.*

²⁰⁰² Cass. 1re civ., 5 avril 2012, n° 11-14.177, *D. 2012. 1596, note Lardeux ; ibid. Pan. 2826, obs. Delebecque, Bretzner et Darret-Courgeon ; ibid. Pan. 2013. 269, obs. Fricero ; ibid. 457, obs. E. Dreyer ; RTD civ. 2012. 506, obs. Hauser ; CCE 2012, n° 83, note Lepage ; V. l'entretien avec Monsieur Emmanuel Jeuland, F. CHAMPEAUX, « La Cour de cassation réduit le contrôle de proportionnalité en matière de droit à la preuve », *op. cit.**

²⁰⁰³ Cass. soc., 9 novembre 2016, n° 15-10.203, *D. actu. 25 nov. 2016, obs. Roussel ; D. 2017. 37, obs. N. explicative de la Cass., note G. Lardeux ; ibid. 2018. 259, obs. Bretzner et Aynès ; Just. & cass. 2017. 170, rapp. David ; ibid. 188, avis Liffra ; Dr. soc. 2017. 89, obs. Mouly ; RDT 2017. 134, obs. Géniaut ; RTD civ. 2017. 96, obs. Hauser ; JCP 2016. 1281, obs. Dedessus-Le-Moustier ; ibid. 2017. 585, obs. Mayer.*

²⁰⁰⁴ G. GOUBEAUX, « Le droit à la preuve », dans *La preuve en droit*, Bruylant, coll. « Travaux du Centre national », 1981, p. 281.

²⁰⁰⁵ Art. 6 CEDH ; Le droit à la preuve est également prévu aux articles 10 C. civ et 11 et 145 CPC ; V. notamment à ce sujet, l'entretien avec Monsieur Emmanuel Jeuland, F. CHAMPEAUX, « La Cour de cassation réduit le contrôle de proportionnalité en matière de droit à la preuve », *op. cit.*

civile par la doctrine²⁰⁰⁶. Le droit à la preuve trouverait sa source en droit français dans l'article 10 du Code civil ainsi que dans l'article 145 du Code de procédure civile qui a établi un « *droit à la pré-constitution de la preuve* »²⁰⁰⁷. Un droit particulièrement stratégique dans le cadre d'une contestation de la justification de l'exercice du pouvoir disciplinaire de l'employeur.

412. L'essor des mesures *in futurum*. À cet égard, l'article 145 du Code de procédure civile a vu son utilisation croître dans les contentieux prud'homaux²⁰⁰⁸. Il a retrouvé ces derniers temps une vigueur nouvelle liée à son intérêt stratégique. Il remplit « *un rôle essentiel dans l'effectivité du droit à la preuve, en permettant l'obtention de preuves par anticipation* »²⁰⁰⁹. Il prévoit que « *s'il existe un motif légitime de conserver ou d'établir avant tout procès la preuve de faits dont pourrait dépendre la solution d'un litige, les mesures d'instruction légalement admissibles peuvent être ordonnées à la demande de tout intéressé, sur requête ou en référé* ». La mesure demandée peut donc concerner la conservation de preuve ou encore l'obtention de communication de documents²⁰¹⁰. Les données issues du SIRH, au travers notamment du registre du personnel ou de la paie, sont particulièrement plébiscitées dans ce cadre²⁰¹¹. Il ne peut en revanche pas être demandé au juge une investigation générale, la demande doit être circonscrite « *dans le temps et dans leur objet* »²⁰¹². Rien ne s'oppose cependant à ce que la demande concerne de nombreux documents, mais le juge pourra, au besoin, cantonner le périmètre de la production de pièces sollicitées²⁰¹³.

²⁰⁰⁶ « *Tels sont, en effet, actuellement, les deux aspects que présente le droit à la preuve dans le système juridique positif français : c'est un droit d'obtenir des éléments de preuve, qui s'exerce à l'égard de l'adversaire ou des tiers ; c'est un droit de produire les preuves, qui s'adresse, cette fois, au juge* », G. GOUBEAUX, « Le droit à la preuve », *op. cit.*, p. 281.

²⁰⁰⁷ *Ibid.*, p. 283.

²⁰⁰⁸ En atteste les très nombreuses études récentes sur le sujet, V. notamment, P. ADAM, « Mesure d'instruction *in futurum*, vie personnelle et droit à la preuve - Géométrie d'un triangle juridique », *Dr. soc.*, 2021, p. 645 ; P. ADAM, « L'article 145 du Code de procédure civile et le droit du travail », *BJT*, n° 5, 2023, p. 39 ; J. NOZIERE, « Les limites de la mise en œuvre, par le juge prud'homal, de l'article 145 au conseil de prud'hommes », *BJT*, n° 5, 2023, p. 46 ; C. PIAT, « De l'utilité de l'article 145 du Code de procédure civile aux actions menées en matière de discrimination », *BJT*, n° 5, 2023, p. 47 ; B. ALLIX, « L'article 145 et le motif légitime », *BJT*, n° 5, 2023, p. 50 ; G. LOISEAU, « L'article 145 et le droit à la protection des données à caractère personnel », *BJT*, n° 5, 2023, p. 52 ; V. ORIF, « La richesse des mesures d'instruction *in futurum* dans le contentieux prud'homal », *Lexbase Social*, n° 945, 2023 ; R. HAÏK et K. PAGANI, « L'avocat en droit social et l'article 145 du Code de procédure civile », *JCP S*, n° 6, 2023, 1036.

²⁰⁰⁹ C. CHAINAIS, F. FERRAND, L. MAYER et S. GUINCHARD, *Procédure civile. Droit commun et spécial du procès civil, MARD et arbitrage*, 36^e éd., Dalloz, coll. « Précis », 2022, p. 1489.

²⁰¹⁰ Cass. 2^eème civ., 6 novembre 2008, n° 07-17.398.

²⁰¹¹ V. sur le SIRH, *supra*, n° 166 et s. ; V. notamment sur la méthode du panel, *infra*, n° 437.

²⁰¹² V. notamment, Cass. 2^eème civ., 21 mars 2019, n° 18-14.705.

²⁰¹³ V. en ce sens, Cass. soc., 16 décembre 2020, n° 19-17.637.

413. Initialement, le droit à la preuve a largement bénéficié à l'employeur²⁰¹⁴. La jurisprudence avait, en effet, affirmé que « *le respect de la vie personnelle du salarié ne constitue pas en lui-même un obstacle à l'application des dispositions de l'article 145 du Code de procédure civile dès lors que le juge constate que les mesures qu'il ordonne procèdent d'un motif légitime et sont nécessaires à la protection des droits de la partie qui les a sollicitées* »²⁰¹⁵. L'employeur a ainsi pu justifier l'exercice de son pouvoir disciplinaire sur des éléments issus de la vie privée²⁰¹⁶. Mais, progressivement, son recours a également été sollicité par les salariés, notamment dans les contentieux relatifs à la discrimination²⁰¹⁷. À cette occasion, la chambre sociale de la Cour de cassation a précisé que le secret des affaires ou le respect de la vie privée ne constituaient pas en soi un obstacle aux dispositions de l'article 145 du Code de procédure civile²⁰¹⁸, ouvrant ainsi une brèche vers un accès à la preuve davantage facilité. Les mesures d'instruction *in futurum* jouent désormais un rôle particulièrement stratégique dans les litiges en droit du travail²⁰¹⁹.

414. L'exigence d'un motif légitime. Il convient, cependant, de démontrer l'existence d'un motif légitime justifiant le recours à des mesures *in futurum*. L'existence du motif légitime de nature à justifier une mesure d'instruction relève du pouvoir souverain du juge²⁰²⁰. Il va apprécier l'utilité par rapport aux éléments invoqués par la demande pour juger de l'existence ou non d'un motif légitime²⁰²¹. Un aménagement de la charge de la preuve n'a en principe pas d'incidence sur l'appréciation de la légitimité de la demande de communication de pièces²⁰²². Le juge ne doit en effet pas anticiper les mérites d'une éventuelle action en justice, ni même la

²⁰¹⁴ H. BARBIER, « De l'articulation de la charge de la preuve et du droit à la preuve à la lumière du droit du travail », *RDT*, 2022, p. 95.

²⁰¹⁵ Cass. soc., 23 mai 2007, n° 05-17.818, *D.* 2007. *Actu.* 1590, *obs. A. Fabre* ; *Dr. soc.* 2007. 951, *obs. Ray* ; *RTD civ.* 2007. 637, *obs. R. Perrot* ; *JCP* 2007. I. 200, *obs. Amrani Mekki* ; *ibid.* S 2007. 1537, *note Béal et Ferreira* ; *Gaz. Pal.* 31 mai 2007, p. 15, *et la note* ; *Procédures* 2007, n° 159, *note Perrot* ; *Dr. et pr.* 2007. 277, *note Hugon* ; *Dr. et patr.*, janv. 2008, p. 107, *obs. Amrani Mekki.*, *op. cit.*

²⁰¹⁶ V. également, *infra*, n° 451 et s.

²⁰¹⁷ V. pour une analyse de l'évolution du recours à l'article 145 du Code de procédure civile dans le contentieux prud'homal, P. ADAM, « L'article 145 du Code de procédure civile et le droit du travail », *op. cit.*

²⁰¹⁸ Cass. soc., 19 décembre 2012, n° 10-20.526, *D.* 2013. 92 ; *ibid.* 1026, *obs. P. Lokiec et J. Porta* ; *ibid.* 2802, *obs. P. Delebecques, J.-D. Bretzner et I. Darret-Courgeon*, *op. cit.* ; V. également, concernant le droit à la protection des données à caractère personnel, Cass. soc., 1er juin 2023, n° 22-13.238.

²⁰¹⁹ N. BUCHE et C. PORIN, « Instruire le dossier pour établir les faits : le rôle actif du juge », *Dr. ouvr.*, 2014, p. 247-262, spé p. 248-256.

²⁰²⁰ Cass. 2ème civ., 14 mars 1984, n° 82-16.076.

²⁰²¹ V. notamment, Cass. 3ème civ., 27 mars 1991, n° 89-20.149.

²⁰²² V. par exemple, concernant un contentieux relatif à la discrimination, Cass. soc., 22 septembre 2021, n° 19-26.144, *D. actu.* 14 oct. 2021, *note Peyronnet* ; *D.* 2021. 1722 ; *JCP S* 2021. 1279, *note Blanquart* ; *Gaz. Pal.* 18 janv. 2022, p. 50, *note Hoffschir* ; *JCP* 2021. 1341, *obs. L. Mayer* ; *ibid.* 1054, *note Dedessus-le-Moustier*.

nature de la preuve qui incomberait au demandeur²⁰²³. Dès lors que les mesures d’instruction *in futurum* relèvent d’un motif légitime, et sont estimées comme étant nécessaires, notamment au regard du droit à la preuve du demandeur, le secret professionnel²⁰²⁴ ou des affaires²⁰²⁵ ou encore la vie personnelle des salariés²⁰²⁶ ne peuvent s’opposer à la production des éléments requis. À ce sujet, il a pu être jugé récemment que le droit à la protection des données ne s’opposait pas à la communication de bulletins de salaire de collègues de la salariée demandeuse quand les éléments sont légitimes et indispensables à l’exercice de la défense de ses intérêts²⁰²⁷. Il y a eu ainsi une mise en balance des intérêts ainsi qu’une exigence de minimisation des données produites aux seules données personnelles indispensables à la démonstration²⁰²⁸. Néanmoins, il a pu être remarqué que la Haute juridiction avait pu manquer d’exigence quant au principe de minimisation des données, appelant ainsi à un contrôle plus strict du périmètre de la production des pièces afin que le recours à l’article 145 du Code de procédure civile ne devienne pas le fondement de « *mesures d’investigation générale à la recherche de preuves dont le salarié demandeur n’a pas le moindre commencement* »²⁰²⁹.

415. Le renouveau du droit à la preuve. À l’ère du numérique, le droit à la preuve connaît donc un certain renouvellement, tant par le développement d’outils numériques – tels que le SIRH ou la vidéosurveillance – qui sont source de preuve, que par la confrontation de ces nouvelles sources aux garanties du droit à la preuve, telle que la loyauté pour son admissibilité lors d’un contentieux. D’une part, les outils numériques constituent de nouvelles sources de preuve, qui ont nourri tant les questions quant à leurs conditions d’admissibilité que celles relatives à leur exigibilité. D’autre part, par leur nature intrusive, les technologies numériques supposent de revoir l’équilibre entre la protection des libertés fondamentales et l’intérêt probatoire de leur recours. Ce contexte a largement nourri les récentes affaires sur le sujet, et a évolué vers un assouplissement de l’exigence de loyauté de la preuve.

²⁰²³ O. LECLERC, « Preuve dans les contentieux du travail », dans *Répertoire de droit du travail*, Dalloz, 2022, §194.

²⁰²⁴ Cass. 1re civ., 3 novembre 2016, n° 15-20.495.

²⁰²⁵ Cass. soc., 19 décembre 2012, n° 10-20.526, *D.* 2013. 92 ; *ibid.* 1026, *obs.* P. Lokiec et J. Porta ; *ibid.* 2802, *obs.* P. Delebecques, J.-D. Bretzner et I. Darret-Courgeon, *op. cit.*

²⁰²⁶ Cass. soc., 23 mai 2007, n° 05-17.818, *D.* 2007. Act. 1590, *obs.* A. Fabre ; *Dr. soc.* 2007. 951, *obs.* Ray ; *RTD civ.* 2007. 637, *obs.* R. Perrot ; *JCP* 2007. I. 200, *obs.* Amrani Mekki ; *ibid.* S 2007. 1537, *note* Béal et Ferreira ; *Gaz. Pal.* 31 mai 2007, p. 15, *et la note* ; *Procédures* 2007, n° 159, *note* Perrot ; *Dr. et pr.* 2007. 277, *note* Hugon ; *Dr. et patr., janv.* 2008, p. 107, *obs.* Amrani Mekki., *op. cit.*

²⁰²⁷ Cass. soc., 8 mars 2023, n° 21-12.492.

²⁰²⁸ V. également en ce sens concernant la production de données issues du registre du personnel, CJUE, 2 mars 2023, aff. C-268/21.

²⁰²⁹ G. LOISEAU, « L’article 145 et le droit à la protection des données à caractère personnel », *op. cit.*, p. 145.

2- L'assouplissement de l'exigence de loyauté de la preuve

416. La nécessaire motivation. Lors d'une sanction disciplinaire, l'employeur doit motiver sa décision avant même un quelconque contrôle judiciaire²⁰³⁰. Ce devoir de motivation poursuit une finalité réflexive²⁰³¹. Au-delà d'un certain formalisme, la motivation invoquée par l'employeur a une vocation informative auprès du salarié. Elle lui permet de constituer d'éventuels éléments pour contester la véracité du motif invoqué. Employeur comme salarié vont ainsi devoir constituer des preuves, au soutien pour l'un de sa décision et pour l'autre de la contestation de celle-ci.

417. La nécessaire loyauté de la preuve. Tous les moyens ne sont cependant pas bons pour prouver le comportement estimé fautif du salarié par l'employeur. En principe, aucune information concernant personnellement un salarié ne peut être collectée par un dispositif qui n'a pas été préalablement porté à sa connaissance²⁰³². Il a, par exemple, été considéré comme un mode de preuve illicite, l'enregistrement issu d'une caméra dissimulée à proximité de la caisse d'une vendeuse. L'arrêt *Néocel*²⁰³³ a, en effet, posé le principe selon lequel « *si l'employeur a le droit de contrôler et de surveiller l'activité de ses salariés pendant le temps de travail, tout enregistrement, quels qu'en soient les motifs, d'images ou de paroles à leur insu, constitue un mode de preuve illicite* ». Il est donc interdit de procéder à des surveillances clandestines. L'usage d'éléments en provenant serait considéré comme un mode de preuve illicite²⁰³⁴, car ne répondant pas à la nécessaire loyauté de la preuve.

418. Le contrôle de l'origine de la connaissance de l'employeur. Pour observer le caractère loyal de la preuve, la Cour de cassation prend en compte l'origine du document, c'est-à-dire, comment l'employeur a été informé, par exemple de la publication sur les réseaux sociaux d'un salarié²⁰³⁵. Autrement dit, les juges recherchent l'origine de la connaissance de l'employeur. La position de la jurisprudence varie si l'employeur procède à des investigations avec des

²⁰³⁰ N. HOFFSCHIR, *La charge de la preuve en droit civil*, Dalloz, coll. « Nouvelle bibliothèque de thèses », 2016, vol.153, p. 386-387.

²⁰³¹ B. DABOSVILLE, *L'information du salarié*, op. cit., p. 94-96.

²⁰³² Art. L. 1222-4 C. trav.

²⁰³³ Cass. soc., 20 novembre 1991, n° 88-43.120, *D.* 1992. 73, *concl. Y. Chauvy*; *Dr. soc.* 1992. 28, *rapp. P. Waquet*; *RTD civ.* 1992. 365, *obs. J. Hauser*; *ibid.* 418, *obs. P.-Y. Gautier*; *RJS* 1/1992, n° 1., *op. cit.*

²⁰³⁴ V. *supra*, n° 309.

²⁰³⁵ V. par exemple, Cass. soc., 30 septembre 2020, n° 19-12.058, *D. actu.* 21 oct. 2020, *obs. Peyronnet*; *D.* 2020. 2383, *note Golhen*; *ibid.* 2021. *Pan.* 209, *obs. Aynès*; *RDT* 2020. 753, *note Kahn*; *ibid.* 764, *obs. Lhomond*; *RJS* 12/2020, n° 573; *Dr. ouvrier* 2020. 793, *note Leclerc*; *JSL* 2020, n° 507-1, *obs. Mayoux*; *JCP S* 2020. 3042, *avis Berriat*, *obs. Loiseau*; *Gaz. Pal.* 26 janv. 2021, p. 68, *obs. Mayer*.

subterfuges, comme la création de faux comptes sur les réseaux sociaux pour accéder au compte personnel de la salariée, dans le but de la surveiller, ou un dispositif destiné à piéger un salarié²⁰³⁶. De telles pratiques peuvent être considérées comme des investigations déloyales et les preuves en découlant ne pourraient donc pas être admises lors du contentieux.

419. La chambre sociale de la Cour de cassation avait par exemple jugé qu'un employeur ne peut accéder, sans porter une atteinte disproportionnée et déloyale à la vie privée de sa salariée, à des informations extraites de son compte *Facebook* obtenues à partir du téléphone portable d'un autre salarié s'agissant d'informations qui étaient réservées aux personnes autorisées²⁰³⁷. Étaient ainsi mêlées la question du caractère privé des messages publiés – le compte étant restreint aux utilisateurs acceptés, relevant ainsi de la vie privée du salarié concerné – et la question de l'obtention de l'information – qui renvoie à la loyauté de la preuve²⁰³⁸ – qui constitue la principale limite au droit à la preuve. Cependant, l'exigence de loyauté de la preuve tend de plus en plus à être mise de côté au profit du droit à la preuve. Ce mouvement renvoie à d'anciens débats opposant la vérité à la loyauté²⁰³⁹.

420. Vers un assouplissement. Il convient de préciser que cette tendance n'est pas exclusive au numérique. Il a été possible de noter un assouplissement plus général du droit à la preuve avec une application par exemple dans le cadre de l'enquête interne. Dans un arrêt du 17 mars 2021²⁰⁴⁰, à la suite d'une dénonciation de faits de harcèlement, un employeur avait décidé de confier la réalisation d'un audit à un organisme extérieur spécialisé en risques psychosociaux, après accord des représentants du personnel. L'enquête a révélé l'existence d'insultes à caractère racial et discriminatoire. En conséquence, la salariée a été licenciée pour faute grave. Cette dernière reprochait qu'elle « *n'avait ni été informée de la mise en œuvre de cette enquête ni entendue dans le cadre de celle-ci, de sorte que le moyen de preuve invoqué se heurtait à l'obligation de loyauté et était illicite* ». La Cour de cassation n'a cependant pas suivi le raisonnement de la cour d'appel, et a cassé la décision, en jugeant « *qu'une enquête effectuée*

²⁰³⁶ V. par exemple, Cass. soc., 4 juillet 2012, n° 11-30.266, *D. actu.* 26 juill. 2012, obs. Astaix ; *D.* 2012. *Actu.* 1894 ; *ibid.* 2826, obs. Delebecque, Bretzner et Darret-Courgeon ; *Dr. soc.* 2012. 1027, obs. Ray, *op. cit.*

²⁰³⁷ Cass. soc., 20 décembre 2017, n° 16-19.609, *Dalloz IP/IT* 2018, p. 315, note G. Péronne et E. Daoud ; *Légipresse* 2018, p. 214, note E. Derieux.

²⁰³⁸ G. LOISEAU, « La preuve par Facebook », *op. cit.*

²⁰³⁹ V. notamment, G. VIAL, « Droit à la preuve, loyauté probatoire et vie privée dans le contentieux du travail : des articulations confuses », *RDT*, 2023, p. 156 ; C. LHOMOND, « Le droit à la preuve et la loyauté probatoire, une liaison presque dangereuse », *RDT*, 2023, p. 156 ; P. ADAM, « La loyauté vs le droit à la preuve : une descente dans le maelström », *RDT*, 2023, p. 156.

²⁰⁴⁰ Cass. soc., 17 mars 2021, n° 18-25.597, *D.* 2021. 1152, obs. Vernac et Ferkane ; *Dr. soc.* 2021. 657, obs. Mouly ; *RDT* 2021. 454, obs. Mazaud, *op. cit.*

au sein d'une entreprise à la suite de la dénonciation de faits de harcèlement moral n'est pas soumise aux dispositions de l'article L. 1222-4 du Code du travail et ne constitue pas une preuve déloyale comme issue d'un procédé clandestin de surveillance de l'activité du salarié ».

Dans cette affaire, il y a bien eu la réalisation d'une transparence collective par la consultation des représentants du personnel²⁰⁴¹, ce qui a certainement contribué à la reconnaissance du caractère loyal de l'audit. Il est ainsi possible d'imaginer qu'il y a eu une information des salariés, par sa mention au sein du procès-verbal du CSE. En revanche, l'indifférence de l'absence de transparence individuelle par une information directe des salariés, nonobstant celle du CSE, ainsi que celle de l'absence d'audition de la salariée visée, peut sembler étonnante. On note ici un assouplissement procédural, qui paraît à rebours de la tendance actuelle en faveur d'une transparence accrue comme garde de fou des différentes méthodes de contrôle de l'employeur²⁰⁴².

421. Le rôle croissant de l'enquête interne. Les récents contentieux révèlent un recours croissant à l'enquête interne en entreprise²⁰⁴³. Souvent utilisée dans le cadre d'accusation de harcèlement²⁰⁴⁴ ou de discrimination, l'enquête interne permet de répondre à l'obligation de prévention de l'employeur et à son devoir de vigilance²⁰⁴⁵, ainsi que de prouver et justifier les agissements éventuels en cas de licenciement²⁰⁴⁶. Le régime de l'enquête interne reste encore à construire et s'avère assez souple dans ses conditions de validité. Il n'est notamment « *pas nécessaire que le salarié ait accès au dossier et aux pièces recueillies, ou qu'il soit confronté aux collègues qui le mettent en cause ni qu'il soit entendu* »²⁰⁴⁷. L'enquête interne n'est pas soumise aux dispositions de l'article L. 1222-4 du Code du travail et ne constitue pas une preuve déloyale, comme un procédé clandestin de surveillance de l'activité du salarié²⁰⁴⁸. En revanche, l'employeur ne dispose pas des mêmes moyens d'investigation que les autorités judiciaires et

²⁰⁴¹ V. sur la transparence collective, *supra*, n° 314.

²⁰⁴² V. *supra*, n° 308.

²⁰⁴³ V. à ce sujet, O. LECLERC, « Preuve dans les contentieux du travail », *op. cit.*, § 166 et s. . V. également, CNB/CREA, *Guide l'avocat français et les enquêtes internes*, 2020.

²⁰⁴⁴ V. sur la coexistence entre l'enquête interne et celle consécutive à l'exercice d'un droit d'alerte par des salariés ou des représentants du personnel, P. LAGESSE et V. ARMILLEI, « Les enquêtes internes en cas de harcèlement : un nouveau défi après la loi « Sapin 2 » ? », *JCP S*, 2019, 1167.

²⁰⁴⁵ V. *supra*, n° 371 et s.

²⁰⁴⁶ « *L'employeur, qui a connaissance de faits répréhensibles, susceptibles d'être disciplinairement sanctionnés, peut procéder à une enquête interne* », Cass. crim., 28 février 2018, n° 17-81.929, *JCP S* 2018. 1246, note F. Duquesne.

²⁰⁴⁷ Cass. soc., 29 juin 2022, n° 20-22.220.

²⁰⁴⁸ Cass. soc., 17 mars 2021, n° 18-25.597, *D. 2021. 1152, obs. Vernac et Ferkane ; Dr. soc. 2021. 657, obs. Mouly ; RDT 2021. 454, obs. Mazaud, op. cit.*

doit assurer la préservation des droits individuels²⁰⁴⁹. Il convient néanmoins que les juges du fond apprécient la valeur probante du rapport d'enquête, ainsi que les investigations et les conclusions qui en ont découlé, au regard, « *le cas échéant* » des autres éléments de preuve produits par le salarié²⁰⁵⁰.

422. La tendance vers une extension du droit à la preuve. Bien que le principe de loyauté de la preuve demeure, excluant tout contrôle clandestin ou le recours à des subterfuges, une tendance se dégage vers une extension du droit à la preuve. Dans une logique conciliatrice²⁰⁵¹ jumelée à une recherche de la vérité²⁰⁵², au détriment parfois de la protection des libertés fondamentales du salarié, particulièrement dans le contexte d'une multiplication des sources de preuve issues du recours au numérique, le droit à la preuve prend une place de plus en plus importante en tant que justification du pouvoir disciplinaire.

*B- Un élargissement manifeste du droit à la preuve par le numérique
au détriment de la protection des libertés du salarié*

423. Réseaux sociaux et droit à la preuve. Jusqu'alors, les communications issues des réseaux sociaux étaient considérées comme privées ou publiques en fonction des paramétrages effectués par le salarié²⁰⁵³. Ne caractérisaient ainsi ni une faute grave, ni une cause réelle et sérieuse de licenciement, les propos tenus par un salarié, diffusés sur son compte *Facebook* qui n'étaient accessibles qu'à des personnes agréées par ce dernier et peu nombreuses, à savoir un groupe fermé composé de 14 personnes. Ces propos relevaient alors d'une conversation de nature

²⁰⁴⁹ V. sur la proportionnalité, *supra*, n° 323 et s. ; E. GOUESSE et J.-F. TRETON, « Enquête interne et droit des salariés », *AJ Pénal*, 2020, p. 559.

²⁰⁵⁰ V. par exemple, Cass. soc., 29 juin 2022, n° 21-11.437, *D.* 2022. 1266 ; V. à ce sujet, P. ADAM, « Harcèlement(s) : qualités et recevabilité de l'enquête interne », *Dr. soc.*, 2022, p. 837.

²⁰⁵¹ F. GABROY, « La proportionnalité entre droit à la preuve et autres droits fondamentaux dans les relations de travail », *Lexbase Social*, n° 945, 2023.

²⁰⁵² V. en ce sens, O. LECLERC, « Le droit à la preuve et la recherche de la vérité dans les litiges du travail », *RDT*, 2020, p. 652. L'auteur soulignait que « rien n'assure que le droit à la preuve emportera tout sur son passage pour la simple raison que le procès n'a pas pour seul objectif la découverte de la vérité et met en œuvre une pluralité de valeurs. En ce domaine, des mouvements de balancier ne sont, au demeurant, pas exclus. La promotion contemporaine de la transparence, aussi bien dans la vie publique que dans le monde du travail, pourrait bien cependant assurer au droit à la preuve une vigueur durable dans le droit du travail ».

²⁰⁵³ CA Rouen, 15 novembre 2011, n° 11/01827.

privée, ne pouvant faire l'objet d'une sanction disciplinaire par l'employeur²⁰⁵⁴. La Cour de cassation considérait qu'un paramétrage qui réservait l'accès à une page *Facebook* aux seules personnes agréées, en étant « *ami* », par l'intéressé excluait alors la qualification d'injure publique²⁰⁵⁵. À ce sujet, la chambre sociale avait également jugé qu'un employeur ne pouvait accéder, sans porter une atteinte disproportionnée et déloyale à la vie privée de la salariée, à des informations extraites de son compte *Facebook* obtenues à partir du téléphone portable d'un autre salarié, s'agissant d'informations qui étaient réservées aux personnes autorisées²⁰⁵⁶. Mais cette position, en fonction du paramétrage, a été revue depuis par la chambre sociale²⁰⁵⁷.

424. Du caractère nécessaire au caractère indispensable. Préalablement, il convient de souligner que le droit à la preuve peut justifier la production d'éléments portant atteinte à la vie personnelle d'un salarié à la condition que cette production soit, auparavant « *nécessaire* »²⁰⁵⁸, désormais « *indispensable* »²⁰⁵⁹ à l'exercice de ce droit, et que l'atteinte soit proportionnée au but recherché²⁰⁶⁰. Le droit de la preuve, conformément à la jurisprudence européenne²⁰⁶¹, est conçu comme un droit fondamental qui a la même valeur normative que le droit au respect de la vie privée²⁰⁶². Une mise en balance est ainsi faite lors d'une confrontation entre les deux parties. Pour ce faire, là où le salarié doit prouver que les éléments sont strictement nécessaires à l'exercice des droits de la défense²⁰⁶³, l'employeur, lui, doit démontrer qu'ils sont

²⁰⁵⁴ Cass. soc., 12 septembre 2018, n° 16-11.690, *D. 2018. Actu. 1812* ; *D. actu. 10 oct. 2018, obs. Ciray* ; *RDT 2019. 44, obs. Dalmasso* ; *RJS 11/2018, n° 656* ; *JSL 2018, n° 462-2, obs. Hautefort* ; *JCP 2018. 1019, obs. Corrignan-Carsin* ; *SSL 2018, n° 1830, obs. Ray* ; *JCP S 2018. 1328, obs. Loiseau* ; Cass. 1re civ., 10 avril 2013, n° 11-19.530, *D. 2013. 1004, 2050, chron. I. Darret-Courgeon, et 2713, obs. T. Garé, et 2014. 508, obs. E. Dreyer* ; *Légipresse 2013. 270, et 312, étude B. Ader*.

²⁰⁵⁵ Cass. 1re civ., 10 avril 2013, n° 11-19.530, *D. 2013. 1004, 2050, chron. I. Darret-Courgeon, et 2713, obs. T. Garé, et 2014. 508, obs. E. Dreyer* ; *Légipresse 2013. 270, et 312, étude B. Ader, op. cit.*

²⁰⁵⁶ Cass. soc., 20 décembre 2017, n° 16-19.609, *Dalloz IP/IT 2018, p. 315, note G. Péronne et E. Daoud* ; *Légipresse 2018, p. 214, note E. Derieux, op. cit.*

²⁰⁵⁷ V. *infra*, n° 426.

²⁰⁵⁸ Cass. soc., 9 novembre 2016, n° 15-10.203, *D. actu. 25 nov. 2016, obs. Roussel* ; *D. 2017. 37, obs. N. explicative de la Cass., note G. Lardeux* ; *ibid. 2018. 259, obs. Bretzner et Aynès* ; *Just. & cass. 2017. 170, rapp. David* ; *ibid. 188, avis Lifffran* ; *Dr. soc. 2017. 89, obs. Mouly* ; *RDT 2017. 134, obs. Géniaut* ; *RTD civ. 2017. 96, obs. Hauser* ; *JCP 2016. 1281, obs. Dedessus-Le-Moustier* ; *ibid. 2017. 585, obs. Mayer, op. cit.*

²⁰⁵⁹ Cass. soc., 30 septembre 2020, n° 19-12.058, *D. actu. 21 oct. 2020, obs. Peyronnet* ; *D. 2020. 2383, note Golhen* ; *ibid. 2021. Pan. 209, obs. Aynès* ; *RDT 2020. 753, note Kahn* ; *ibid. 764, obs. Lhomond* ; *RJS 12/2020, n° 573* ; *Dr. ouvrier 2020. 793, note Leclerc* ; *JSL 2020, n° 507-1, obs. Mayoux* ; *JCP S 2020. 3042, avis Berriat, obs. Loiseau* ; *Gaz. Pal. 26 janv. 2021, p. 68, obs. Mayer, op. cit.*

²⁰⁶⁰ Le caractère initialement « *nécessaire* » exigé par la chambre sociale avait pu susciter des interrogations quant à la divergence qui existait avec les autres chambres qui, elles, exigeait un caractère « *indispensable* ». V. notamment à ce sujet, G. LARDEUX, « La reconnaissance du droit à la preuve en droit du travail », *D.*, 2017, p. 37.

²⁰⁶¹ CEDH, 10 octobre 2006, n° 7508/02, *L.L. c/ France. D. 2006. IR 2692* ; *RTD civ. 2007. 95, obs. Hauser, op. cit.* ; CEDH, 13 mai 2008, n° 65097/01, *N. N. c/ Belgique. D. 2009. Pan. 2717, obs. Vasseur* ; *JCP 2008. I. 167, obs. Sudre* ; *RTD civ. 2008. 650, obs. Marguénaud*.

²⁰⁶² G. LOISEAU, « La preuve par Facebook », *op. cit.*

²⁰⁶³ Cass. soc., 31 mars 2015, n° 13-24.410, *D. actu. 24 avr. 2015, obs. Ines* ; *D. 2015. Actu. 871* ; *JSL 2015, n° 390-5, obs. Gaba* ; *RJS 6/2015, n° 433*.

indispensables. Mais ce n'est pas tant parce qu'ils sont salariés ou l'employeur, cette différence tiendrait *a priori* par la nature des documents produits. Le plus souvent, en effet, le salarié produit des documents de l'entreprise, relevant du secret professionnel, là où l'employeur produit des éléments relevant de la vie personnelle du salarié, tiré par exemple de ses communications. La seconde situation se heurte donc à une liberté fondamentale là où la première non. Le caractère nécessaire d'un élément implique que celui-ci permette d'apporter la preuve, alors que le caractère indispensable implique que seul cet élément permette d'apporter la preuve. La différence entre nécessaire et indispensable n'est pas seulement sémantique, elle implique une différence de degré d'exigence quant à la nécessité de la preuve.

425. Le caractère indispensable en cas d'atteinte à une liberté fondamentale. Le droit à la preuve peut permettre de porter atteinte à l'exercice d'une autre liberté fondamentale, telle que la vie personnelle, « *qu'à la condition que cette production soit indispensable à l'exercice de ce droit et que l'atteinte soit proportionnée au but poursuivi* »²⁰⁶⁴. Le caractère indispensable implique que l'élément produit ait un rapport direct avec le fait à établir, qu'il soit essentiel à cet établissement, et même qu'il soit le seul à pouvoir le démontrer. Autrement dit, il doit y avoir un haut degré d'importance à apporter pour démontrer du caractère indispensable. Une telle conception rejoint une vision élargie du contrôle de proportionnalité, où il ne sera pas pris en compte le « *poids juridique abstrait de chacun de ces principes juridiques – par définition équivalent – mais de l'intensité, de la durée et de l'importance concrète des atteintes subies par l'un et l'autre* »²⁰⁶⁵.

426. L'extension du droit à la preuve sur Facebook. En 2020, la Cour de cassation a opéré un revirement de jurisprudence et a élargi le droit de la preuve concernant l'utilisation des réseaux sociaux²⁰⁶⁶. Dans cette affaire, une salariée, chef de projet export au sein de la société *Petit Bateau*, a publié sur son compte privé Facebook une photographie de la nouvelle collection printemps/été 2015 qui avait été présentée exclusivement aux commerciaux de la société. L'un des « *ami* » Facebook de la salariée a informé la direction de sa publication. Après avoir fait procéder à un constat d'huissier, l'employeur a décidé de licencier la salariée pour

²⁰⁶⁴ Cass. 1^{re} civ., 25 février 2016, n° 15-12.403, *D. 2016. 884, note Saint-Pau ; AJ pénal 2016. 326, obs. Aubert ; RTD civ. 2016. 320, obs. Hauser ; ibid. 371, obs. Barbier ; JCP 2016, n° 583, note A. Aynès.*

²⁰⁶⁵ V. « Proportionnalité », D. ALLAND et S. RIALS, *Dictionnaire de la culture juridique*, op. cit., p. 1253.

²⁰⁶⁶ Cass. soc., 30 septembre 2020, n° 19-12.058, *D. actu. 21 oct. 2020, obs. Peyronnet ; D. 2020. 2383, note Golhen ; ibid. 2021. Pan. 209, obs. Aynès ; RDT 2020. 753, note Kahn ; ibid. 764, obs. Lhomond ; RJS 12/2020, n° 573 ; Dr. ouvrier 2020. 793, note Leclerc ; JSL 2020, n° 507-1, obs. Mayoux ; JCP S 2020. 3042, avis Berriat, obs. Loiseau ; Gaz. Pal. 26 janv. 2021, p. 68, obs. Mayer, op. cit.*

faute grave, notamment pour avoir manqué à son obligation contractuelle de confidentialité²⁰⁶⁷. Au soutien de sa décision, la Cour de cassation a relevé que « *l'employeur s'était borné à produire la photographie de la future collection de la société publiée par l'intéressée sur son compte Facebook et le profil professionnel de certains de ses « amis » travaillant dans le même secteur d'activité* ». Elle en a ainsi déduit que « *la production d'éléments portant atteinte à la vie privée de la salariée était indispensable à l'exercice du droit à la preuve et proportionnée au but poursuivi, soit la défense de l'intérêt légitime de l'employeur à la confidentialité de ses affaires* ». Concernant tout d'abord la loyauté de la preuve, en tant que destinataire passif, la preuve ayant été transmise par l'intermédiaire d'un salarié de l'entreprise, elle n'a pas été considérée comme étant déloyale. Un premier point qui pourrait entraîner un renouvellement des stratégies probatoires, où il est possible d'imaginer qu'un employeur sollicite l'aide de salariés²⁰⁶⁸.

427. L'exigence d'un but proportionné. Ensuite, lors de la mise en balance entre la protection de la vie privée et le droit de la preuve, un contrôle de proportionnalité a été réalisé²⁰⁶⁹. Il convient, en effet, d'observer l'exigence de proportionnalité avec le but poursuivi. Ainsi, on compare l'importance de la production de la preuve face à la finalité de l'action et la gravité de l'atteinte à la vie privée. Dans cette affaire, l'atteinte à la vie privée fut justifiée par la défense de l'intérêt légitime de l'employeur à la confidentialité de ses affaires par l'apport indispensable de la publication. Une approche pragmatique qui a pu être saluée²⁰⁷⁰ face à la conciliation d'intérêts antagonistes²⁰⁷¹. Cependant, le secret des affaires est légalement protégé certes²⁰⁷², mais n'étant pas une liberté fondamentale, cette prééminence peut être étonnante du droit de la preuve motivé par les affaires de l'entreprise sur la protection de la vie privée du salarié. En ce sens, cet « *ajustement rationnel* »²⁰⁷³ a également pu faire l'objet de vives critiques, car dans

²⁰⁶⁷ V. *infra*, n° 459.

²⁰⁶⁸ « *On peut légitimement poser la question suivante : que se passerait-il si l'intermédiaire salarié collectait des informations sur demande verbale de l'employeur ? Cette manière de mettre en œuvre le droit à la preuve laisse deviner de possibles stratégies non dénuées de danger pour les salariés, et bien peu conformes à l'idée de loyauté* », C. LHOMOND, « Le droit à la preuve et la loyauté probatoire, une liaison presque dangereuse », *RDT*, 2023, p. 156.

²⁰⁶⁹ V. *supra*, n° 324.

²⁰⁷⁰ S. MAYOUX, « La relation tumultueuse entre Facebook, la vie privée du salarié et le droit de la preuve de l'employeur », *JSL*, n° 507, 2020, p. 6.

²⁰⁷¹ T. KAHN dit COHEN, « La protection de la vie privée à l'épreuve du droit à la preuve », *RDT*, 2020, p. 753.

²⁰⁷² La loi n° 2018-670 du 30 juillet 2018 relative à la protection du secret des affaires a transposé en droit français la directive n° 2016/943/UE du 8 juin 2016 sur la protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulgués contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites (JOUE, n° L. 157, 15 juin) ; V. sur la protection du secret des affaires, J. AZEMA et J.-C. GALLOUX, *Droit de la propriété industrielle*, 8^e éd., Dalloz, coll. « Précis », 2017, p. 736 et s. ; N. BINCTIN, « Savoir-faire », dans *Répertoire de droit commercial*, Daloz, 2020, n° 127-165.

²⁰⁷³ B. GÉNIAUT, *La proportionnalité dans les relations du travail*, *op. cit.*, p. 261 et s.

cette logique il serait possible d'imaginer la recevabilité d'une filature organisée par l'employeur dès lors qu'elle aurait un lien direct avec le fait à prouver²⁰⁷⁴. Une telle vision réduirait alors très largement l'exigence de loyauté de la preuve.

428. La nécessaire minimisation des données. Enfin, un dernier point peut être notable dans cette affaire : il concerne le fait que la chambre sociale ait pris le soin de vérifier le contenu produit par l'employeur. Ce dernier a judicieusement minimisé et circonscrit les données utilisées au soutien de la justification de la faute grave. Il s'en est tenu uniquement à la divulgation de la publication litigieuse de la salariée et aux profils des « amis » uniquement dans le même secteur que l'entreprise. Il n'y avait donc aucun élément de la vie privée de la salariée qui a été produit : uniquement la publication et ses « amis » travaillant dans le même secteur d'activité. Et c'est ce qui a certainement contribué à justifier le caractère indispensable et proportionné de la production. Lors d'un éventuel contentieux, on comprend donc qu'il est possible de produire des éléments issus du compte privé d'un salarié, ce, en limitant les informations qui sont indispensables au soutien de la sanction disciplinaire.

429. La distinction de la nature de la production, entre celle qui fait apparaître des éléments de la vie personnelle, et celle dont le contenu révèle uniquement le manquement du salarié sans élément de sa vie privée, s'inscrit dans l'analyse qu'avait pu tenir la CEDH²⁰⁷⁵. Concernant la consultation par l'employeur des correspondances de sa salariée, elle avait invité les juridictions nationales à vérifier le « degré d'intrusion dans sa vie privée et sa correspondance »²⁰⁷⁶. Par conséquent, quand bien même le contenu n'est pas identifié comme étant personnel, il doit être observé s'il relève ou non de la vie personnelle du salarié. L'absence de mention du caractère personnel permet à l'employeur d'en prendre connaissance sans information préalable auprès du salarié. Cependant, un second temps doit être observé aux fins de savoir si le contenu relève ou non de la vie privée pour connaître leur invocabilité au soutien d'une procédure disciplinaire. À ce sujet, la jurisprudence française²⁰⁷⁷ avait déjà établi que les messages identifiés comme

²⁰⁷⁴ C. LHOMOND, « Le droit à la preuve et la loyauté probatoire, une liaison presque dangereuse », *op. cit.*

²⁰⁷⁵ CEDH, 5 septembre 2017, n° 61496/08, *Bărbulescu c/ Roumanie*, *AJDA* 2017. 1639 ; *D.* 2017. 1709, et les *obs.* ; *Dalloz IP/IT* 2017. 548, *obs. E. Derieux* ; *Procédures* n° 10, oct. 2017. *Comm.* 240, note A. Bugada ; *JCP S*, n° 42, 24 oct. 2017, n° 1328, note G. Loiseau.

²⁰⁷⁶ § 140.

²⁰⁷⁷ « Le salarié a droit, même au temps et au lieu du travail, au respect de l'intimité de sa vie privée ; que si l'employeur peut toujours consulter les fichiers qui n'ont pas été identifiés comme personnels par le salarié, il ne peut les utiliser pour le sanctionner s'ils s'avèrent relever de sa vie privée », *Cass. soc.*, 5 juillet 2011, n° 10-17.284, *D.* 2012. 901, *obs. P. Lokiec et J. Porta* ; *RDT* 2011. 708, *obs. M. Kocher* ; *ibid.* 2012. 545, étude H. Hasnaoui ; *JCP S* 2011. 1501, note B. Bossu ; *Cass. soc.*, 26 janvier 2016, n° 14-15.360, *D.* 2016. 320 ; *ibid.* 807, *obs. P. Lokiec et J. Porta* ; *RDT* 2016. 421, *obs. S. Michel* ; *JCP S* 2016. 1087, note B. Bossu ; *Cass. soc.*, 9 septembre 2020, n° 18-20.489, *Légipresse*. 2021. 57, *obs. G. Loiseau*.

« *personnels* » ou qui ne sont pas identifiés comme tels, mais qui s'avèrent relever dans leur contenu de la vie privée du salarié, ne pouvaient être produits en justice²⁰⁷⁸. Désormais, si la preuve issue de la vie privée du salarié se révèle être indispensable à l'exercice du droit à la preuve, et proportionnée au but poursuivi, elle pourra être produite. Et c'est sous l'impulsion de la jurisprudence de la CEDH que la jurisprudence française a même élargi le droit à la preuve aux preuves illicites.

430. L'admission d'une preuve illicite. À l'ère numérique, il est en effet possible de constater une certaine érosion de l'impératif de licéité de la preuve et du respect de la vie privée du salarié, au profit du droit à la preuve au soutien du pouvoir disciplinaire de l'employeur. En ce sens, la Cour de cassation est allée plus loin dans ce mouvement d'extension du droit à la preuve²⁰⁷⁹. Elle a estimé qu'il y avait « *lieu de juger désormais que l'illicéité d'un moyen de preuve [...] n'entraîne pas nécessairement son rejet des débats, le juge devant apprécier si l'utilisation de cette preuve a porté atteinte au caractère équitable de la procédure dans son ensemble, en mettant en balance le droit au respect de la vie personnelle du salarié et le droit à la preuve, lequel peut justifier la production d'éléments portant atteinte à la vie personnelle d'un salarié à la condition que cette production soit indispensable à l'exercice de ce droit et que l'atteinte soit strictement proportionnée au but poursuivi* »²⁰⁸⁰. Dans cette affaire, l'employeur avait produit en justice, au soutien du licenciement du salarié, des informations issues d'un traitement informatisé comprenant les adresses IP²⁰⁸¹, qui n'avait pas fait l'objet d'une déclaration préalable auprès de la CNIL conformément à la législation antérieure au RGPD²⁰⁸². Il s'agit

²⁰⁷⁸ E. DAOUD et G. PERONNE, « Contrôle de la messagerie électronique du salarié : quel est l'état du droit ? », *op. cit.*

²⁰⁷⁹ V. déjà, Cass. soc., 9 novembre 2016, n° 15-10.203, *D. actu.* 25 nov. 2016, obs. Roussel ; *D.* 2017. 37, obs. N. explicative de la Cass., note G. Lardeux ; *ibid.* 2018. 259, obs. Bretzner et Aynès ; *Just. & cass.* 2017. 170, rapp. David ; *ibid.* 188, avis Liffra ; *Dr. soc.* 2017. 89, obs. Mouly ; *RDT* 2017. 134, obs. Géniaut ; *RTD civ.* 2017. 96, obs. Hauser ; *JCP* 2016. 1281, obs. Dedessus-Le-Moustier ; *ibid.* 2017. 585, obs. Mayer., *op. cit.* Dans cette affaire, il peut être considéré que les données produites étaient illicites. V. en ce sens, « *la Cour de cassation a transformé la captation illicite de données en une preuve recevable. [...] La rédaction de l'arrêt est si brève que le déficit de motivation révèle une position d'autorité plutôt qu'une mise en œuvre orthodoxe de la proportionnalité* », A. BUGADA, « Réflexions sur le contrôle judiciaire de proportionnalité en droit du travail », *op. cit.*, p. 145.

²⁰⁸⁰ Cass. soc., 25 novembre 2020, n° 17-19.523, *Manfrini*, *D.* 2021. 117, note Loiseau ; *Dr. soc.* 2021. 21, note Trassoudaine-Vergier ; *ibid.* 170, note Salomon ; *RDT* 2021. 199, obs. Mraouahi ; *Dalloz IP/IT* 2020. 655, obs. Crichton ; *Légipresse* 2021. 8 et les obs. ; *RJS* 2/2021, n° 64 ; *JSL* 2021, n° 511-3, obs. Nassom-Tissandier ; *Gaz. Pal.* 9 mars 2021, p. 70, obs. Allouch ; *JCP S* 2021. 1032, obs. Bossu ; *Contra* antérieurement, Cass. soc., 8 octobre 2014, n° 13-14.991, *D.* 2015. *Chron. C. cass.* 104, note Sabotier ; *ibid.* 2016. 167, obs. J. A. Aynès, *op. cit.*

²⁰⁸¹ L'adresse internet permet d'identifier de manière unique votre ordinateur sur le réseau, <https://www.cnil.fr/votre-ordinateur> [consulté le 12 juillet 2023].

²⁰⁸² V. notamment, Cass. 1^{re} civ., 3 novembre 2016, n° 15-22.595, *AJDA* 2017. 23 ; *D.* 2016. 2285 ; *Dalloz IP/IT* 2017. 120, obs. G. Péronne et E. Daoud ; *Légipresse* 2016. 647 et les obs. ; *ibid.* 2017. 27, *Étude Nana Botchorichvili* ; *RTD civ.* 2017. 94, obs. J. Hauser ; *JCP* 2016. 1310, note R. Perray.

d'une nouvelle position de la jurisprudence en faveur du droit à la preuve²⁰⁸³. Bien que la preuve n'ait pas été recueillie par un moyen déloyal, dans le sens où l'employeur n'avait pas mis en œuvre ce traitement automatisé dans le but de surveiller les salariés, mais l'a utilisé *a posteriori* pour apporter la preuve de la faute du salarié. Il convient néanmoins de relever les effets d'opportunisme que cela pourrait générer. Un employeur pourrait ainsi tout à fait mettre en place une surveillance illicite pour préconstituer des preuves²⁰⁸⁴.

431. Par ailleurs, cette position de la Cour de cassation concernant l'utilisation d'enregistrements issus d'une vidéosurveillance a été confirmée ultérieurement²⁰⁸⁵. Suivant la jurisprudence de la CEDH²⁰⁸⁶, la Cour de cassation a opéré un contrôle de proportionnalité entre le manquement au principe de loyauté de la preuve – par l'absence d'information préalable des salariés – et l'atteinte au respect de la vie personnelle du salarié²⁰⁸⁷. L'information préalable est donc désormais réduite à un élément du test de proportionnalité²⁰⁸⁸. Pour clarifier sa position, la Cour de cassation a organisé une audience thématique sur le droit à la preuve en regroupant plusieurs affaires²⁰⁸⁹. Il ressort de cette série d'arrêts une nouvelle méthodologie en présence d'un moyen de preuve illicite, qui s'inspirerait du modèle allemand²⁰⁹⁰. Tout d'abord, il est confirmé que « *l'illicéité d'un moyen de preuve n'entraîne pas nécessairement son rejet des débats* », au visa des articles 6 et 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales. Le principe demeure donc l'irrecevabilité de la preuve illicite, mais par exception il est admis que le juge puisse ne pas l'écarter des débats²⁰⁹¹. À cet égard, cette

²⁰⁸³ V. antérieurement, Cass. soc., 8 octobre 2014, n° 13-14.991, *D. 2015. Chron. C. cass. 104, note Sabotier* ; *ibid.* 2016. 167, obs. J. A. Aynès, *op. cit.*

²⁰⁸⁴ H. BARBIER, « L'admissibilité de la preuve illicite », *RTD Civ.*, 2021, p. 413.

²⁰⁸⁵ « *L'illicéité d'un moyen de preuve, au regard des dispositions susvisées, n'entraîne pas nécessairement son rejet des débats, le juge devant apprécier si l'utilisation de cette preuve a porté atteinte au caractère équitable de la procédure dans son ensemble, en mettant en balance le droit au respect de la vie personnelle du salarié et le droit à la preuve, lequel peut justifier la production d'éléments portant atteinte à la vie personnelle d'un salarié à la condition que cette production soit indispensable à l'exercice de ce droit et que l'atteinte soit strictement proportionnée au but poursuivi* », Cass. soc., 10 novembre 2021, n° 20-12.263, *op. cit.*

²⁰⁸⁶ CEDH, 17 octobre 2019, n° 1874/13 et 8567/13, *Lopez Ribalda e.a. c/ Espagne*, *AJDA 2020. 160, chron. L. Burgorgue-Larsen* ; *D. 2019. 2039, et les obs.* ; *ibid.* 2021. 207, obs. J.-D. Bretzner et A. Aynès ; *AJ pénal 2019. 604, obs. P. Buffon* ; *Dr. soc. 2021. 503, étude J.-P. Marguénaud et J. Mouly* ; *RDT 2020. 122, obs. B. Dabosville* ; *Légipresse 2020. 64, étude G. Loiseau* ; *RTD civ. 2019. 815, obs. J.-P. Marguénaud, op. cit.*

²⁰⁸⁷ P. ADAM, « Sur la recevabilité d'un moyen de preuve illicite - Nouvelle variation sur le droit à la preuve », *op. cit.*

²⁰⁸⁸ V. *supra*, n° 310.

²⁰⁸⁹ Cass. soc., 8 mars 2023, n° 21-12.492, *op. cit.* ; Cass. soc., 8 mars 2023, n° 20-21.848 ; Cass. soc., 8 mars 2023, n° 21-20.798 ; Cass. soc., 8 mars 2023, n° 21-17.802 ; V. à ce sujet, G. LOISEAU, « Le droit de la preuve illicite », *JCP S*, n° 14, 2023, 1095 ; S. MARIETTE, « Dernières jurisprudences sur le droit à la preuve », *SSL*, n° 2048, 2023, p. 5-8.

²⁰⁹⁰ F. GABROY, « La proportionnalité entre droit à la preuve et autres droits fondamentaux dans les relations de travail », *op. cit.*

²⁰⁹¹ G. LOISEAU, « Le droit de la preuve illicite », *op. cit.*

série d'arrêts vient préciser les conditions d'une telle admission. Le juge doit tout d'abord apprécier « *si l'utilisation de cette preuve a porté atteinte au caractère équitable de la procédure dans son ensemble* », pour ce faire, il doit mettre « *en balance le droit au respect de la vie personnelle du salarié et le droit à la preuve* ». L'atteinte à la vie personnelle du salarié n'est possible que si la production de la preuve illicite est « *indispensable* » à l'exercice du droit à la preuve et que l'atteinte est « *strictement proportionnée au but poursuivi* ». La Cour de cassation a précisé que face à une preuve illicite, le juge doit « *s'interroger sur la légitimité du contrôle opéré par l'employeur et vérifier s'il existait des raisons concrètes qui justifiaient le recours à la surveillance et l'ampleur de celle-ci* ». Ensuite, il convient que le juge recherche « *si l'employeur ne pouvait pas atteindre un résultat identique en utilisant d'autres moyens plus respectueux de la vie personnelle du salarié* ». Il y a donc un double contrôle, dans le cadre de l'appréciation *in concreto* du juge : un contrôle de légitimité et de la mesure²⁰⁹². La chambre sociale vient ici réduire la liberté d'appréciation des juges du fond par l'élaboration d'une méthodologie à suivre²⁰⁹³. Face à cette extension du domaine du droit de la preuve illicite, il convient de noter que cette série d'arrêts semble porter un regard relativement strict sur le caractère indispensable que doit recouvrir la preuve apportée²⁰⁹⁴. Il est néanmoins mis fin à la logique binaire où était systématiquement écarté tout moyen de preuve illicite. Bien que cette nouvelle position puisse susciter de l'inquiétude quant à la place qui est donnée au droit à la preuve, lors de sa mise en balance face aux autres libertés fondamentales, il est possible de saluer les précisions qui ont été apportées par la Cour de cassation et qui sont appelées à se poursuivre²⁰⁹⁵. L'exigence de recherche de la légitimité de la mesure de contrôle ainsi que de l'existence de moyen moins intrusif sont autant de garanties qui permettent de réduire

²⁰⁹² S. RANC, « Le caractère indispensable de la preuve illicite », *BJT*, n° 4, 2023, p. 13.

²⁰⁹³ « *Le coup est double. La chambre sociale réduit ainsi la liberté d'appréciation des juges du fond en les obligeant à se prononcer sur les conditions d'emploi du dispositif de surveillance et à motiver davantage leur décision qui se fonderait, in fine, sur le moyen de preuve illicite. Et elle renforce, corrélativement, l'emprise in fine de son contrôle sur les décisions qui ne respecteraient pas ses prescriptions. D'un bout à l'autre, elle peut alors mieux maîtriser l'application de sa jurisprudence et impulser les orientations qu'elle souhaite lui voir prendre* », G. LOISEAU, « Le droit de la preuve illicite », *op. cit.*

²⁰⁹⁴ C'est ainsi que les enregistrements issus d'une vidéosurveillance n'ont pas été considérés comme étant indispensable car l'employeur disposait d'un autre moyen de preuve. Il avait, en effet, mentionné la réalisation d'un audit dans la lettre de licenciement, qu'il n'avait cependant pas versé aux débats. Cass. soc., 8 mars 2023, n° 21-17.802, *op. cit.* ; À cet égard, un auteur avait soulevé que si l'audit n'avait pas été mentionné dans la lettre de licenciement, la solution aurait pu être tout autre. S. RANC, « Le caractère indispensable de la preuve illicite », *op. cit.*

²⁰⁹⁵ Une audience en Assemblée plénière est prévue à la Cour de cassation le 24 novembre 2023, s'agissant du droit à la preuve, dont il peut être attendu de nouvelles précisions quant à sa position sur le sujet. Le délibéré est fixé au 22 décembre 2023.

l'admissibilité des preuves illicites²⁰⁹⁶. Parallèlement, le droit de la défense du salarié connaît lui aussi un certain assouplissement dans le contexte du numérique.

C- Un élargissement parallèle du droit de la défense pour les salariés

432. En cas de contentieux entre employeur et salarié, chacun sait qu'il existe un déséquilibre. Bon nombre de preuves au soutien de la défense du salarié étant détenues par l'entreprise, il s'ajoute comme difficulté supplémentaire pour le salarié le fait que leur utilisation peut se heurter au droit de la propriété de l'entreprise²⁰⁹⁷, au droit des données personnelles²⁰⁹⁸, voire engager la responsabilité pénale du salarié pour vol²⁰⁹⁹. Toutefois, au nom du droit à la preuve²¹⁰⁰, le salarié peut parfois soustraire à l'entreprise des documents utiles à sa défense. Ce droit ne peut s'exercer que dans le cadre d'un litige qui l'oppose à son employeur. Autrement dit, en dehors de tout litige prud'homal, un tel exercice n'est plus possible et le salarié ne pourra se prémunir des droits de la défense pour avoir dérobé des documents de l'entreprise. À l'exception de ce contexte, la production de documents de l'entreprise peut donner lieu à des condamnations pour vol ou abus de confiance²¹⁰¹. Un double contrôle de l'origine (1) et du contenu (2) de la preuve est alors opéré. Néanmoins, le renouvellement des questions du droit à la preuve face au numérique a conduit à un assouplissement des conditions de ce contrôle également pour le salarié.

²⁰⁹⁶ G. LOISEAU, « Le droit de la preuve illicite », *op. cit.*

²⁰⁹⁷ V. notamment, Cass. soc., 31 mars 2015, n° 13-24.410, *D. actu. 24 avr. 2015, obs. Ines ; D. 2015. Actu. 871 ; JSL 2015, n° 390-5, obs. Gaba ; RJS 6/2015, n° 433, op. cit.*

²⁰⁹⁸ V. par exemple, Cass. soc., 1er juin 2023, n° 22-13.238, *op. cit.* ; V. à ce sujet, M. HAUTEFORT, « Le RGPD à l'épreuve du droit de la preuve », *JSL*, n° 567, 2023, p. 10-13.

²⁰⁹⁹ V. par exemple, Cass. crim., 24 janvier 2018, n° 16-86.597, *AJ pénal 2018. 150, obs. Beaussonie.*

²¹⁰⁰ V. notamment, F. FAVENNEC-HÉRY, *La preuve en droit du travail*, thèse, Université Paris Nanterre, 1983 ; X. LAGARDE, *Réflexion critique sur le droit de la preuve*, LGDJ, 1994 ; M.-P. COUPILLAUD, *La preuve en droit du travail*, ANRT, 2005 ; A. BERGEAUD, *Le droit à la preuve, op. cit.* ; N. HOFFSCHIR, *La charge de la preuve en droit civil, op. cit.*

²¹⁰¹ C. TETARD-BLANQUART, « La responsabilisation du salarié face à la preuve dans le procès prud'homal », *JCP S*, n° 42, 2013, 1404.

1- Le contrôle souple de l'origine de la preuve par le juge

433. Le contrôle de l'origine de la preuve. Lors de la production d'une preuve par le salarié, le juge va tout d'abord vérifier l'origine de l'élément ou du document produit. À cet égard, il est de jurisprudence constante que le salarié doit avoir eu connaissance du document « à l'occasion de l'exercice de ses fonctions »²¹⁰². Autrement dit, il ne doit avoir mené ni investigations ni actions particulières aux fins d'obtenir ledit document²¹⁰³. L'accès au document doit correspondre à celui du cadre normal des tâches du salarié. La subtilisation n'est pas considérée comme étant déloyale, dès lors que ces éléments faisaient partie des « informations dont les membres du personnel pouvaient avoir normalement connaissance »²¹⁰⁴. Ainsi le mode d'appréhension, que ce soit une copie, une sauvegarde informatique, ou l'envoi sur une boîte informatique semble sans importance. Le terme « connaissance » révèle déjà la faible exigence du lien entre les fonctions exercées et les éléments de preuve versés aux débats²¹⁰⁵. Il est possible d'imaginer en revanche que la limite serait celle du recours, par le salarié, à un système de traitement automatisé de données²¹⁰⁶. Plus largement, il serait exclu, tout élément issu d'une fouille des dossiers, autrement dit, hors du cadre normal de l'exercice des fonctions du salarié.

434. Le contrôle du fait justificatif. En outre, le principe de loyauté de la preuve s'applique également au salarié. Le salarié est lui aussi soumis à une exigence de loyauté de la preuve, avec un principe de « responsabilisation »²¹⁰⁷. Cependant, tout comme pour l'employeur, ce principe a pu être écarté en faveur du droit à la preuve, où un salarié a pu produire des documents, dont il a eu connaissance à l'occasion de ses fonctions dès lors qu'ils étaient strictement nécessaires à l'exercice des droits de sa défense dans le litige l'opposant à son

²¹⁰² Cass. soc., 2 décembre 1998, n° 96-44.258, *RJS* 1999. 26, n° 17 ; *D.* 1999. 431, note Gaba ; *ibid.* 2000. *Somm.* 87, obs. Frossard ; *JCP* 1999. II. 10166, note Bouretz. ; Cass. soc., 30 juin 2004, n° 02-41.720, *D.* 2004. IR 2194 ; *RJS* 2004. 697, n° 1009 ; *JSL* 2004, n° 149-2. ; V. déc. antérieure, Cass. Crim., 8 janvier 1979, *Bull. crim.* 1979, n° 13 ; *D.* 1979, *Jur. p.* 509, note P. Corlay.

²¹⁰³ C. TETARD-BLANQUART, « La responsabilisation du salarié face à la preuve dans le procès prud'homal », *op. cit.*

²¹⁰⁴ Cass. soc., 2 décembre 1998, n° 96-44.258, *RJS* 1999. 26, n° 17 ; *D.* 1999. 431, note Gaba ; *ibid.* 2000. *Somm.* 87, obs. Frossard ; *JCP* 1999. II. 10166, note Bouretz., *op. cit.*

²¹⁰⁵ R. MARIE, « Note », *Dr. ouvr.*, 2004, p. 561.

²¹⁰⁶ *Ibid.* ; A. LUCAS, J. DEVEZE et J. FRAYSSINET, *Droit de l'informatique et de l'Internet*, PUF, 2001, p. 679 et s.

²¹⁰⁷ C. TETARD-BLANQUART, « La responsabilisation du salarié face à la preuve dans le procès prud'homal », *op. cit.*

employeur. La qualification de vol a ainsi été écartée par la chambre criminelle²¹⁰⁸. Par conséquent, l'exercice du droit à la preuve peut constituer un fait justificatif en droit pénal²¹⁰⁹. Le droit de la défense revêt ainsi une dimension justificative. Dans ce cas, il est admis que le salarié produise des documents qu'il a volés²¹¹⁰, ou couverts par le secret professionnel. Le salarié doit cependant apporter la preuve qu'il n'a pas d'autres moyens que de soustraire à son employeur certains documents de l'entreprise²¹¹¹.

435. En application de l'ancien article 1315 du Code civil²¹¹², la jurisprudence a établi qu'un salarié ne pouvait s'approprier des documents appartenant à l'entreprise que s'ils sont strictement nécessaires à l'exercice des droits de sa défense dans un litige l'opposant à son employeur, ce qui lui appartenait de démontrer²¹¹³. À défaut d'un tel contexte, le salarié peut être déclaré coupable de vol²¹¹⁴. Ce n'est donc, en principe, pas à l'employeur de démontrer que le salarié veut en faire une autre utilisation que celle pour sa seule défense. Une telle preuve appartient donc au salarié. À cet égard, le juge procèdera à une évaluation du contenu de la preuve.

²¹⁰⁸ Cass. crim., 11 mai 2004, n° 03-85.521, *Dr. soc.* 2004. 938, note Duquesne ; *ibid.* 1042, obs. Mouly ; *RJS* 2004. 608, n° 887.

²¹⁰⁹ V. à ce sujet, A. CERF-HOLLENDER, « Droit pénal du travail », dans *Répertoire de droit du travail*, Dalloz, 2018, n° 282.

²¹¹⁰ Cass. crim., 16 juin 2011, n°10-85.079, *D. actu.* 6 juill. 2011, obs. Ines ; *D.* 2011. *Actu.* 1768 ; *RDT* 2011. 507, obs. Gallois ; *Dr. soc.* 2011. 1039, note Duquesne ; *RJS* 2011. 609, n° 658 ; *JCP S* 2011. 1450, obs. Detraz. ; Cass. soc., 30 juin 2004, n° 02-41.720, *D.* 2004. *IR* 2194 ; *RJS* 2004. 697, n° 1009 ; *JSL* 2004, n° 149-2, *op. cit.*

²¹¹¹ Cass. soc., 2 décembre 1998, n° 96-44.258, *RJS* 1999. 26, n° 17 ; *D.* 1999. 431, note Gaba ; *ibid.* 2000. *Somm.* 87, obs. Frossard ; *JCP* 1999. *II.* 10166, note Bouretz., *op. cit.* ; Cass. soc., 5 juillet 2011, n° 09-42.959 ; V. également à ce sujet, B. BOSSU et H. TOURNIQUET, « Quel(s) droit(s) du salarié sur les documents de l'entreprise qui le concernent ? », *RDT*, 2016, p. 74.

²¹¹² Dans sa rédaction antérieure au 1^{er} octobre 2016, date d'entrée en vigueur de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général de la preuve des obligations, qui posait le principe selon lequel la charge de la preuve pèse sur le demandeur. Un principe qui a été repris depuis l'entrée en vigueur de cette ordonnance à l'article 1353 nouveau du Code civil.

²¹¹³ Cass. soc., 31 mars 2015, n° 13-24.410, *D. actu.* 24 avr. 2015, obs. Ines ; *D.* 2015. *Actu.* 871 ; *JSL* 2015, n° 390-5, obs. Gaba ; *RJS* 6/2015, n° 433, *op. cit.*

²¹¹⁴ Cass. crim., 9 juin 2009, n° 08-86.843, *D.* 2009. *Pan.* 1721, obs. Degorce ; *ibid.* 2827, obs. Roujou de Boubée ; *ibid.* 2010. 306, obs. Kobina Gaba ; *Dr. pénal* 2009. 127, obs. Véron ; *Gaz. Pal.* 2009. 2, p. 2613, note Detraz ; *RJS* 2010. 18, n° 9.

2- L'évaluation du contenu de la preuve par le juge : une jurisprudence en construction face à la multiplicité des sources de preuve à l'ère numérique

436. Un contenu « nécessaire ». Pour être admis, le salarié doit prouver que les documents de l'entreprise sont strictement nécessaires à l'exercice des droits de la défense²¹¹⁵. Un lien direct doit exister entre les documents utilisés par le salarié et le litige qui l'oppose à son employeur²¹¹⁶. Après avoir vérifié l'origine et l'objet, il revient ainsi au juge d'en contrôler le contenu. Il s'agit là de la condition la plus discutée. De plus, il convient de noter la différence de vocabulaire utilisé par la chambre sociale concernant le contenu de la production. La chambre sociale emploie le terme « *indispensable* » dès lors qu'il y a une atteinte à une liberté fondamentale, comme la vie personnelle,²¹¹⁷ là où la preuve doit seulement être « *nécessaire* », voire, « *strictement nécessaire* » pour l'exercice du droit de la défense du salarié qui se confronte à l'intérêt de l'entreprise²¹¹⁸. Cette différence de vocabulaire souligne tout d'abord une différence d'exigence. Le caractère nécessaire implique de prouver que l'élément litigieux a bien un lien avec le litige et qu'il permet d'apporter une preuve, mais il n'est pas attendu qu'il soit le seul moyen, contrairement au caractère indispensable. En outre, cette différence d'exigence tient son explication dans le contenu des éléments produits. Là où l'employeur apporte des preuves issues de sa surveillance, s'opposant souvent à la vie personnelle des salariés, le salarié, lui, produit principalement des documents issus de l'entreprise, s'opposant ainsi à l'intérêt de l'entreprise²¹¹⁹.

437. La méthode du panel et le droit à la preuve. Le recours au numérique et l'utilisation d'outils de gestion du personnel ont renouvelé les sources possibles de preuve pour le salarié²¹²⁰. Le recours aux données issues du SIRH pour en calculer une statistique est de plus en plus plébiscité lors des contentieux. En atteste l'admission récente par la Cour de cassation

²¹¹⁵ Cass. soc., 31 mars 2015, n° 13-24.410, *D. actu.* 24 avr. 2015, *obs. Ines* ; *D. 2015. Actu.* 871 ; *JSL 2015*, n° 390-5, *obs. Gaba* ; *RJS 6/2015*, n° 433, *op. cit.*

²¹¹⁶ V. ORIF, « Le salarié doit prouver que les documents de l'entreprise sont strictement nécessaires à l'exercice des droits de la défense », *Gaz. Pal.*, n° 167, 2015, p. 25.

²¹¹⁷ V. par exemple, Cass. 1re civ., 25 février 2016, n° 15-12.403, *D. 2016. 884*, *note Saint-Pau* ; *AJ pénal 2016. 326*, *obs. Aubert* ; *RTD civ. 2016. 320*, *obs. Hauser* ; *ibid. 371*, *obs. Barbier* ; *JCP 2016*, n° 583, *note A. Aynès*, *op. cit.*

²¹¹⁸ B. BOSSU, « Droit à la preuve et production d'informations non anonymisées », *JCP S*, n° 16-17, 2021, 1111.

²¹¹⁹ V. notamment sur la distinction entre confidentialité et secret des affaires, O. DE MAISON ROUGE, « Tout ce qui est confidentiel ne relève pas nécessairement du secret des affaires », *Dalloz IP/IT*, 2022, p. 571.

²¹²⁰ V. sur la position du Défenseur des droits, N. MOIZARD, « L'accès à la preuve de la discrimination en matière civile : la position du Défenseur des droits », *RDT*, 2022, p. 584.

d'une statistique élaborée par le demandeur à partir des noms à consonance européenne ou non des intérimaires et salariés de l'entreprise. Il reprochait la mise en œuvre d'une discrimination en fonction des origines, fondée sur les résultats de ladite statistique ainsi élaborée²¹²¹. Également, la méthode du panel, appelée également « *méthode cleric* », utilisée en matière de discrimination, est un exemple particulièrement notoire. Cette méthode consiste en la constitution d'un échantillon de salariés dans une situation similaire – qui prend en compte le poste, la qualification, l'ancienneté, la rémunération, ou encore le sexe – à celle du demandeur. Elle permet de prouver une éventuelle différence de traitement fondée sur un critère discriminant²¹²². La méthode du panel a, en effet, connu un certain essor notamment à l'aide des SIRH²¹²³. La direction « *métrique* »²¹²⁴ des salariés a permis l'usage de cette méthode à tous les types de discrimination. Désormais, l'ensemble de la carrière du salarié est mesuré et retraçable. En revanche, des questions ont pu se poser quant à l'atteinte à la vie privée des autres salariés, utilisés en tant que donnée de comparaison, dans le cadre de la méthode du panel. Dès lors que des documents produits porteraient atteinte à la vie privée d'autres salariés, s'il n'est pas possible d'anonymiser les données, le salarié devrait, en toute logique, devoir démontrer que cet élément est indispensable à l'exercice de son droit à la preuve²¹²⁵. Ce ne fut néanmoins pas l'exigence retenue par la Cour de cassation.

438. Effectivement, lors d'un arrêt du 16 mars 2021 où une salariée demandait, sur le fondement de l'article 145 du Code de procédure civile, la production de différents bulletins de paie, de manière non anonymisée, la chambre sociale a invité les juges du fond²¹²⁶ à rechercher si la communication de ces informations, qui portaient atteinte à la vie personnelle des salariés concernés, était « *nécessaire à l'exercice du droit à la preuve de la discrimination alléguée et proportionnée au but poursuivi* »²¹²⁷, au visa de l'article 6§1 de la Convention de sauvegarde

²¹²¹ V. également *supra*, n° 229 ; Cass. soc., 14 décembre 2022, n° 21-19.628, *op. cit.* ; V. pour une analyse de la décision, D. THARAUD, « La recherche d'une égalité réelle, moteur d'innovations procédurales et probatoires », *op. cit.* ; V.-A. CHAPPE, « Aller au-delà des statistiques pour prouver la discrimination systémique », *op. cit.*

²¹²² Autrement dit, la méthode du panel « *consiste à comparer le traitement subi par le salarié avec celui d'autres travailleurs se trouvant dans une situation professionnelle comparable, mais qui ne présentent pas le critère discriminatoire* », S. SERENO, « La preuve des discriminations en droit du travail », *Dr. soc.*, 2020, p. 332.

²¹²³ V. *supra*, n° 161 et s.

²¹²⁴ V. *supra*, n° 147 et s.

²¹²⁵ Cass. soc., 16 décembre 2020, n° 19-17.637, *op. cit.*

²¹²⁶ La cour d'appel avait rejeté cette demande en jugeant que « *le bulletin de paie d'un salarié comprend des données personnelles telles que l'âge, le salaire, l'adresse personnelle, la domiciliation bancaire, l'existence d'arrêts de travail pour maladie ou encore de saisies sur leur rémunération et que, dans ces conditions, l'employeur était fondé, préalablement à toute communication de leurs données personnelles à la salariée, à rechercher l'autorisation des autres salariés* ».

²¹²⁷ Cass. soc., 16 mars 2021, n° 19-21.063, *D. 2021. 637* ; *ibid. Pan. 1156, obs. Vernac* ; *JCP S 2021. 1111, note Bossu* ; *JCP E 2021. 1476, obs. Pagnerre*.

des droits de l'Homme et des libertés fondamentales. La Haute juridiction a censuré le refus de la cour d'appel, « *qui aurait conduit à subordonner la production des bulletins de paie [...] à l'accord de chacun des salariés concernés* »²¹²⁸. Dans la droite ligne de ce qui a déjà pu être jugé²¹²⁹, la Cour de cassation a entériné le principe selon lequel le respect de la vie personnelle du salarié et le secret des affaires ne constituent pas en eux-mêmes un obstacle à l'application des dispositions de l'article 145 du Code de procédure civile, dès lors que l'élément demandé est nécessaire à l'exercice du droit à la preuve et qu'il est ainsi nécessaire à la protection des droits de la partie qui les a sollicités²¹³⁰. Déjà, la chambre sociale²¹³¹, au visa de l'article L. 3171-2 du Code du travail, avait autorisé les délégués du personnel à consulter les documents nécessaires au décompte de la durée du travail, des repos compensateurs acquis et de leur prise effective, et avait admis leur production en justice, celle-ci étant nécessaire à l'exercice du droit à la preuve et ne constituant pas une atteinte disproportionnée au droit au respect de la vie personnelle des salariés concernés au regard du but poursuivi. Il convient de noter que seul le caractère nécessaire, et non indispensable, fut exigé dans ces deux affaires, malgré l'atteinte à la vie personnelle. Il résultait de ces affaires une asymétrie étonnante dans l'exigence requise de justification de l'exercice du droit à la preuve, entre salarié et employeur, en cas d'atteinte à une liberté fondamentale, qui a cependant été revue dans un arrêt du 8 mars 2023²¹³². La Cour de cassation a, en effet, exigé qu'il soit recherché le caractère indispensable de la production d'une preuve qui porte atteinte à la vie personnelle, dans le cadre d'une demande de communication de « *bulletins de salaires de huit autres salariés occupant des postes de niveau comparable [à la salariée qui arguait d'une discrimination], avec occultation des données personnelles à l'exception des noms et prénoms, de la classification conventionnelle, de la rémunération mensuelle détaillée et de la rémunération brute totale cumulée par année civile* ».

²¹²⁸ Lettre de la chambre sociale de la Cour de cassation n°9, mars / avril 2021, p. 17-18.

²¹²⁹ Cass. soc., 23 mai 2007, n° 05-17.818, *D. 2007. Actu. 1590, obs. A. Fabre ; Dr. soc. 2007. 951, obs. Ray ; RTD civ. 2007. 637, obs. R. Perrot ; JCP 2007. I. 200, obs. Amrani Mekki ; ibid. S 2007. 1537, note Béal et Ferreira ; Gaz. Pal. 31 mai 2007, p. 15, et la note ; Procédures 2007, n° 159, note Perrot ; Dr. et pr. 2007. 277, note Hugon ; Dr. et patr., janv. 2008, p. 107, obs. Amrani Mekki., op. cit. ; Cass. soc., 10 juin 2008, n° 06-19.229, *D. 2008. AJ 1834 ; Dr. soc. 2008. 1072, note Ray ; RDT 2008. 602, obs. Varnek ; Dr. et pr. 2008. 327, note Fricero ; CCE 2008, n° 128, obs. Lepage.**

²¹³⁰ Cass. soc., 19 décembre 2012, n° 10-20.526, *D. 2013. 92 ; ibid. 1026, obs. P. Lokiec et J. Porta ; ibid. 2802, obs. P. Delebecques, J.-D. Bretzner et I. Darret-Courgeon, op. cit.*

²¹³¹ Cass. soc., 9 novembre 2016, n° 15-10.203, *D. actu. 25 nov. 2016, obs. Roussel ; D. 2017. 37, obs. N. explicative de la Cass., note G. Lardeux ; ibid. 2018. 259, obs. Bretzner et Aynès ; Just. & cass. 2017. 170, rapp. David ; ibid. 188, avis Liffran ; Dr. soc. 2017. 89, obs. Mouly ; RDT 2017. 134, obs. Géniaut ; RTD civ. 2017. 96, obs. Hauser ; JCP 2016. 1281, obs. Dedessus-Le-Moustier ; ibid. 2017. 585, obs. Mayer., op. cit.*

²¹³² Cass. soc., 8 mars 2023, n° 21-12.492, *op. cit.*

Il convient de noter que la précision du périmètre des données demandées contribue à caractériser la proportionnalité de l'atteinte par le droit à la preuve.

439. Contrôle de cohérence. Par ailleurs, le contrôle du contenu de la preuve suppose un contrôle de cohérence²¹³³. Le salarié doit démontrer que la production du document est utile pour sa défense²¹³⁴. Un contrôle est alors effectué quant au périmètre des informations nécessaires pour la défense du salarié. Car le salarié ne doit pas conserver plus de documents que de besoin²¹³⁵. Conformément à cette exigence de cohérence, une minimisation des données utilisées doit être observée, ainsi l'anonymisation, si elle est possible, devra être privilégiée²¹³⁶. Cette approche stricte suppose également d'établir par exemple que le document a bien été produit en justice, et pas seulement une partie de celui-ci. C'est ainsi qu'une copie de l'intégralité d'un disque dur est apparue comme étant disproportionnée pour le seul exercice de son droit de la défense²¹³⁷. En matière de preuve, tous les moyens ne sont pas bons pour arriver à ses fins²¹³⁸. La copie, par le salarié, de fichiers informatiques de l'entreprise n'est admissible que si le salarié établit que les documents en cause étaient strictement nécessaires à l'exercice des droits de sa défense dans le litige qui l'oppose à son employeur à l'occasion de son licenciement²¹³⁹. Cet arrêt révèle une exigence à « *géométrie variable* »²¹⁴⁰ concernant l'obligation de loyauté entre l'employeur et le salarié, car il est permis à ce dernier de produire un document qu'il a soustrait à son entreprise. Ce n'était pas ici la déloyauté de la preuve qui importait, pour la rejeter, mais sa disproportion²¹⁴¹.

440. Enfin, il convient de constater, en revanche, l'absence de prise en compte du degré de confidentialité des documents produits, dès lors qu'ils présentent un intérêt pour le droit à la défense du salarié. À ce sujet, la cour d'appel de Paris a jugé que la production en justice

²¹³³ C. TETARD-BLANQUART, « La responsabilisation du salarié face à la preuve dans le procès prud'homal », *op. cit.*

²¹³⁴ Cass. crim., 16 juin 2011, n° 10-85.079, *D. actu. 6 juill. 2011, obs. Ines ; D. 2011. Actu. 1768 ; RDT 2011. 507, obs. Gallois ; Dr. soc. 2011. 1039, note Duquesne ; RJS 2011. 609, n° 658 ; JCP S 2011. 1450, obs. Detraz.*

²¹³⁵ Cass. crim., 21 juin 2011, n° 10-87.671, *D. actu. 27 juill. 2011, obs. Bombléd ; D. 2011. Pan. 2826, obs. Roujou de Boubée ; AJ pénal 2011. 466, obs. Gallois ; Gaz. Pal. 2011. 2. 3440, note Detraz ; RSC 2011. 853, obs. Cerf-Hollender.*

²¹³⁶ F. GUIOMARD, « La « méthode Clerc » renforcée par la protection du droit à la preuve », *RDT*, 2023, p. 133.

²¹³⁷ Cass. soc., 31 mars 2015, n° 13-24.410, *D. actu. 24 avr. 2015, obs. Ines ; D. 2015. Actu. 871 ; JSL 2015, n° 390-5, obs. Gaba ; RJS 6/2015, n° 433, op. cit.*

²¹³⁸ S. BRISSY, « Conditions d'admissibilité du vol de documents en vue de l'exercice des droits de la défense », *JCP S*, n° 23, 2015, 1203.

²¹³⁹ Cass. soc., 31 mars 2015, n° 13-24.410, *D. actu. 24 avr. 2015, obs. Ines ; D. 2015. Actu. 871 ; JSL 2015, n° 390-5, obs. Gaba ; RJS 6/2015, n° 433, op. cit.*

²¹⁴⁰ G. LOISEAU, « La preuve par Facebook », *op. cit.*

²¹⁴¹ À cet égard, la Cour de cassation a relevé qu'il convenait de rechercher « si le salarié établissait que les documents en cause étaient strictement nécessaires à l'exercice des droits de sa défense dans le litige qui l'opposait à son employeur à l'occasion de son licenciement ».

d'informations, même confidentielles, détenues par un salarié dans le cadre de ses fonctions ou obtenues auprès de collègues de travail, à l'occasion d'un litige l'opposant à son employeur, n'est pas détachable de l'exercice normal des droits de la défense, dès lors que ces informations ne sont pas étrangères à la contestation portée devant la juridiction prud'homale²¹⁴². Il y a une véritable extension du droit à la preuve, dont les droits issus du RGPD peuvent enfin également constituer une voie supplémentaire par l'exercice du droit d'accès comme « *un mode extrajudiciaire de communication de documents à des fins probatoires* »²¹⁴³.

441. L'exercice du droit d'accès à des fins probatoires. Issu de la loi informatique et libertés²¹⁴⁴ et renforcé par le RGPD²¹⁴⁵, le droit d'accès prévoit que toute personne physique puisse accéder aux données qui la concernent²¹⁴⁶. Conformément à ce droit, le salarié peut demander à son employeur qu'il lui communique les informations le concernant, sous réserve que cette demande ne soit pas excessive. Il a pu être constaté que le droit d'accès a été utilisé par les salariés à des fins probatoires²¹⁴⁷. La Haute juridiction a eu à connaître une affaire où une salariée licenciée pour faute grave avait fait une demande de droit d'accès, après la rupture de son contrat, pour obtenir l'intégralité de son dossier personnel²¹⁴⁸. Ces documents ont été utilisés pour contester son licenciement et demander le paiement d'heures supplémentaires. Cette affaire a illustré le détournement possible du droit d'accès à des fins probatoires, en l'absence du peu de conditions préalables conditionnant la communication par le responsable de traitement vis-à-vis de celle issue de l'article 145 du Code de procédure civile²¹⁴⁹. Cet effet d'opportunité illustre le renouvellement de la question du droit à la défense à l'ère numérique, face à la multiplication des sources de preuve²¹⁵⁰. Un tel usage permet de ne pas avoir à

²¹⁴² CA Paris, 24 avril 2001, *D. 2001. IR. 3251*.

²¹⁴³ G. LOISEAU, « L'article 145 et le droit à la protection des données à caractère personnel », *op. cit.*

²¹⁴⁴ Loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, *op. cit.*

²¹⁴⁵ Art. 15 du RGPD.

²¹⁴⁶ V. à ce sujet, J. SCHWARTZ et J. BEAUFOUR, « Demande de droit d'accès par les salariés à leurs données personnelles : faut-il tout communiquer ? », *BJT*, n° 9, 2023, p. 49.

²¹⁴⁷ G. LOISEAU, « Le détournement du droit d'accès aux données personnelles », *BJT*, n° 7-8, 2022, p. 3 ; « *le salarié ou ancien salarié ambitionne de se procurer des documents de manière totalement exploratoire, sans même savoir s'ils pourront être utiles dans la perspective d'un éventuel contentieux.* », G. LOISEAU, « Les débordements du droit d'accès aux données à caractère personnel », *JCP S*, n° 41, 2022, 1259.

²¹⁴⁸ CA Paris, 12 mai 2022, n° 21/02419.

²¹⁴⁹ G. LOISEAU, « Le détournement du droit d'accès aux données personnelles », *op. cit.*

²¹⁵⁰ V. pour une vision pratique, J. LEFÈVRE et J. SCHWARTZ, « Exercice du droit d'accès par les salariés à leurs emails professionnels : comment gérer ces demandes ? », *JCP S*, n° 48, 2022, 1306.

demander de mesures *in futurum* par le flou qui entoure encore aujourd'hui la nature des éléments à produire lors d'une demande d'accès²¹⁵¹.

442. Conclusion de section. Le numérique a renouvelé les questions ayant trait aux atteintes aux libertés fondamentales, tout particulièrement, celles de la liberté d'expression et de la vie personnelle des salariés. C'est principalement l'utilisation des réseaux sociaux par les salariés qui est source de discussions quant à l'exercice possible du pouvoir disciplinaire. Les juges ont dû adopter une analyse de plus en plus fine pour parvenir à un équilibre entre la protection des libertés fondamentales des salariés et la protection des intérêts légitimes de l'entreprise. Outre, multiplier les sources de contentieux, le numérique a parallèlement offert une source de preuves supplémentaires, qui a conduit à un élargissement indéniable du droit à la preuve. La jurisprudence a largement contribué à cette extension, permettant au droit à la preuve de porter atteinte aux autres libertés fondamentales, faisant parfois fi même des principes de loyauté et de licéité de la preuve, privilégiant ainsi la recherche de la vérité aux garanties relatives aux moyens d'obtention de la preuve. Ce mouvement, qui concerne tant l'employeur que le salarié, doit encore affiner les critères à prendre en compte lors du contrôle de proportionnalité pour éviter les effets d'opportunisme. Cet élargissement se joint avec une évolution du temps de la subordination qui rend, depuis de nombreuses années désormais, particulièrement poreuse la limite entre la vie personnelle et professionnelle qui est également source d'extension dans l'exercice du pouvoir disciplinaire à l'ère numérique.

²¹⁵¹ Monsieur Grégoire Loiseau propose de « limiter la communication visible du document aux seules données personnelles concernant le requérant dans la mesure nécessaire aux besoins de leur protection [...] et occulter le reste du document », G. LOISEAU, « Les débordements du droit d'accès aux données à caractère personnel », *JCP S*, n° 41, 2022.

Section 2 : L'élargissement du temps du pouvoir disciplinaire par la perméabilité des temps à l'ère numérique

443. Renforcé par une extension du pouvoir disciplinaire, au travers du droit à la preuve, le temps de la subordination s'étend lui aussi, jusqu'à permettre de considérer qu'à l'ère numérique les salariés sont désormais dans « *un espace sans distance et un temps sans délai* »²¹⁵². En d'autres termes, la perméabilité des temps conduit à un élargissement du temps de la discipline. Un tel constat impose de revenir préalablement sur l'existence d'un temps de la subordination, qui constitue encore le temps de principe de l'exercice du pouvoir disciplinaire de l'employeur. Cependant, le temps a tendance à se brouiller avec le travail à distance, les messageries électroniques, ou les réseaux sociaux, qui permettent au professionnel de s'immiscer dans le personnel, et inversement, au personnel d'intégrer le temps professionnel. Dans ce contexte, le pouvoir disciplinaire de l'employeur s'est exercé au-delà des références classiques spatio-temporelles (§1). Or, la vision binaire qui oppose ce qui relève ou non du temps de la subordination tend à être dépassée par l'observation des temps « *gris* » et leur prise en compte croissante (§2).

§1 : L'exercice croissant du pouvoir disciplinaire au-delà des références spatio-temporelles face au numérique

444. Malgré la perméabilisation des temps, liée à l'utilisation des outils numériques avec la dématérialisation des échanges et la possibilité de travailler à distance, le temps de la subordination demeure le temps de principe de l'exercice des pouvoirs de l'employeur (A). Cependant, de plus en plus d'exceptions ont été admises par la jurisprudence pour un exercice du pouvoir disciplinaire en dehors du seul temps de la subordination. Ce qui a eu pour effet d'admettre l'exercice du pouvoir disciplinaire de l'employeur sur le temps personnel du salarié (B).

²¹⁵² F. FAVENNEC-HÉRY, « Qualité de vie au travail et temps de travail », *Dr. soc.*, 2015, p. 113.

A- Le maintien du temps de la subordination comme temps du pouvoir disciplinaire de l'employeur

445. Le temps est au cœur de l'application du droit du travail et de la subordination de l'employeur. Pour permettre l'application des pouvoirs de l'employeur, et particulièrement du pouvoir disciplinaire, il convient d'identifier le temps de travail du salarié (1). Dès lors, qu'il est considéré qu'un fait s'est produit dans la sphère professionnelle, durant le temps de travail, le pouvoir de l'employeur peut alors s'exercer (2).

1- L'appréhension initiale du temps au travail

446. Le rapport entre le travail et le temps. Le temps de travail a traversé de nombreuses évolutions²¹⁵³. L'histoire du droit du travail montre le passage au XIX^{ème} siècle d'un travail orienté par la tâche vers un travail orienté par le temps²¹⁵⁴. Depuis, le temps de travail s'est allongé, il s'est également diversifié et ainsi complexifié²¹⁵⁵. L'identification et le décompte du temps de travail²¹⁵⁶ ont eu très tôt une importance certaine dans l'organisation du travail et représentent le temps de la subordination des travailleurs²¹⁵⁷. Le temps de travail désigne à la fois les durées et leurs caractéristiques ainsi que les normes et pratiques qui l'encadrent²¹⁵⁸. D'une part, la notion de « *temps de travail effectif* » peut s'interpréter d'une manière productiviste qui prend en compte le temps durant lequel le salarié est productif. D'autre part,

²¹⁵³ V. notamment, F. GUEDJ et G. VINDT, *Le temps de travail, une histoire conflictuelle*, Syros, 1997, p. 43-97.

²¹⁵⁴ L. MACHU, « Le travail traversé par le temps », *RDT*, 2022, p. 501 ; V. également à ce sujet, C. MAITTE et D. TERRIER, *Les Rythmes du labeur. Enquête sur le temps de travail en Europe occidentale, XIVe-XIXe siècle*, La Dispute, coll.« Travail et salariat », 2020.

²¹⁵⁵ V. sur l'assouplissement des dérogations aux normes en droit du travail, L. MACHU et J. PÉLISSE, « Vies et victoire d'un instrument juridique (partie II) : des usages contemporains à la fin de la dérogation en droit du travail », *RDT*, 2019, p. 559.

²¹⁵⁶ « *Le mot décompte est polysémique. Il renvoie tantôt à la décomposition d'une somme en ses éléments de détail, tantôt à la déduction à faire sur un compte que l'on solde, tantôt au dénombrement des éléments constitutifs d'un ensemble. Lorsqu'il s'agit de décompter le temps de travail du salarié, c'est la troisième acception qu'il convient de retenir* », G. FRANCOIS, « L'unité de décompte du temps de travail : l'heure ou le jour », *Dr. soc.*, 2022, p. 11.

²¹⁵⁷ V. à ce sujet, J. LE GOFF, L. BERGER et P. WAQUET, *Du silence à la parole, op. cit.*, p. 40-42.

²¹⁵⁸ V. « Temps », A. BEVORT, A. JOBERT, M. LALLEMENT et A. MIAS, *Dictionnaire du travail, op. cit.*, p. 787.

le temps de travail effectif peut être celui durant lequel le salarié se tient à la disposition de l'employeur²¹⁵⁹, prenant ainsi en compte les temps périphériques²¹⁶⁰.

447. Le temps de travail effectif. Conformément aux dispositions de l'article L. 3121-1 du Code du travail le temps de travail effectif²¹⁶¹ repose sur les critères suivants : la tenue à disposition du salarié à l'employeur pour se conformer à ses directives ainsi que l'absence de possibilité du salarié de vaquer librement à des occupations personnelles. Le premier élément renvoie à la subordination et au pouvoir de l'employeur sur le salarié²¹⁶². Bien qu'il ne soit pas fait directement référence à la subordination, le vocabulaire utilisé pour identifier la sujétion du salarié afin de caractériser un temps de travail effectif²¹⁶³ fait nettement le lien avec l'exercice du pouvoir de l'employeur²¹⁶⁴. Le second critère, lui, semble demeurer un critère complémentaire, qui ne suffit pas à lui seul. Il apparaît comme découlant de l'exigence de disponibilité par l'employeur, ce qui s'avère plutôt logique dans la mesure où le salarié qui est à la disposition de l'employeur ne peut, par conséquent, pas librement vaquer à ses occupations²¹⁶⁵. Le législateur est, en outre, venu encadrer des temps qui doivent être assimilés à du temps de travail²¹⁶⁶. La définition française est plus stricte que la définition issue de la directive européenne du 4 novembre 2003²¹⁶⁷ qui ne retient que le critère de disponibilité ainsi que l'activité productive²¹⁶⁸. Ces temps restent ainsi soumis à la subordination de l'employeur et ainsi à l'exercice de son pouvoir, et plus particulièrement, de son pouvoir disciplinaire.

²¹⁵⁹ V. à ce sujet, A. JOHANSSON, *La détermination du temps de travail effectif*, t. 44, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit social », 2006 ; A. JOHANSSON, « Le temps de travail effectif : temps productif ou temps « à disposition » », *D.*, 2006, p. 1711.

²¹⁶⁰ V. *infra*, n° 470 et s.

²¹⁶¹ V. A. JOHANSSON, *La détermination du temps de travail effectif*, *op. cit.*

²¹⁶² « Le « temps de travail » permet d'une part de borner l'emprise patronale sur la vie du salarié, et d'autre part d'évaluer la prestation de ce dernier. Le temps joue à la fois comme limite de la sujétion du travailleur et comme étalon de la valeur d'échange du travail », A. SUPLOT, « Temps de travail : pour une concordance des temps », *Dr. soc.*, 1995, p. 947.

²¹⁶³ V. par exemple l'utilisation du terme « contrainte », Cass. soc., 3 juin 2020, n° 18-16.920 ; V. également, CJUE, 21 février 2018, aff. C-518/15, *Nivelles (Ville) c. Matzak*. *AJDA* 2018. 367 ; *AJFP* 2018. 150, obs. S. Niquège ; *AJCT* 2018. 344, obs. A. Aveline ; *RDT* 2018. 449, obs. D. Gardes ; V. l'utilisation de l'expression « un travail commandé par l'employeur » et « immobilisation sur ordre » pour la caractérisation d'un temps de travail effectif, Cass. soc., 17 février 2021, n° 19-11.352.

²¹⁶⁴ V. en ce sens, S. TOURNAUX, « Reconfigurer les temps de vie du salarié », *Dr. soc.*, 2022, p. 5.

²¹⁶⁵ *Ibid.*

²¹⁶⁶ G. AUZERO, D. BAUGARD et E. DOCKÈS, *Droit du travail*, *op. cit.*, p. 1072 et s.

²¹⁶⁷ Directive 2003/88/CE du 4 novembre 2003 concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail.

²¹⁶⁸ S. TOURNAUX, « Les temps périphériques au travail », *Dr. soc.*, 2019, p. 634.

2- Le pouvoir disciplinaire au temps de la subordination

448. Le temps du pouvoir disciplinaire. En principe, un salarié ne peut pas être sanctionné en raison d'un comportement, même répréhensible, commis en dehors de la sphère professionnelle. Cet acte relève, en effet, de sa vie personnelle²¹⁶⁹. Sur ce fondement, la jurisprudence a pu considérer que l'ensemble des faits qui relevaient de la vie privée du salarié ne pouvaient faire l'objet d'une sanction disciplinaire. Seuls les faits commis lors de l'exécution de son travail dans le cadre de son activité professionnelle peuvent, en principe, justifier une sanction de l'employeur²¹⁷⁰. Il existe ainsi une ligne de démarcation entre ces deux sphères, l'une concerne l'exécution du contrat de travail qui suppose une subordination et l'exercice du pouvoir disciplinaire, l'autre, au contraire, est en dehors de la subordination de l'employeur ce qui exclut en principe l'exercice légitime d'un tel pouvoir²¹⁷¹. Il a pu être fait référence à l'existence d'une immunité disciplinaire ou une nécessaire indifférence de la vie personnelle du salarié²¹⁷², qui a pour source la protection des droits de la personne au travail²¹⁷³ dans les actes commis pendant le temps privé du salarié.

449. La référence au temps et lieu de travail. Pour considérer que l'acte relève de la sphère professionnelle ou privée, il sera pris en compte si celui-ci a été fait pendant le temps de travail et sur le lieu de travail. Cette double référence spatio-temporelle historique est essentielle dans l'appréhension, par le droit du travail, du champ d'application du pouvoir disciplinaire de l'employeur. Classiquement, nous sommes face à une opposition binaire entre le temps de travail, assimilé au temps de la subordination, et le temps libre, relevant de la vie privée, assimilé à un temps d'inactivité²¹⁷⁴. Il découle de cette distinction, que ne peut « *constituer une faute du salarié un fait relevant de sa vie personnelle* »²¹⁷⁵. Le salarié peut ainsi tout à fait se prévaloir du respect de sa vie privée et familiale, et du secret de ses correspondances, conformément aux dispositions de l'article 9 du Code civil et de l'article 8 de la CESDH. En outre, l'article L. 1121-1 du Code du travail prévoit expressément que « *nul ne peut apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives des restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but*

²¹⁶⁹ Art. 9 C. civ. ; V. *supra*, n° 403.

²¹⁷⁰ V. notamment, Cass. soc., 23 juin 2009, n° 07-45.256.

²¹⁷¹ P.-E. BERTHIER, *La récompense en droit du travail*, *op. cit.*, p. 94.

²¹⁷² C. MATHIEU, *La vie personnelle du salarié*, thèse, Université de Lyon 2, 2004, p. 21.

²¹⁷³ Conformément aux dispositions de l'article L. 1121-1 C. trav.

²¹⁷⁴ A. SUPIOT, « Temps de travail : pour une concordance des temps », *op. cit.*, p. 948.

²¹⁷⁵ Cass. soc., 16 décembre 1997, n° 95-41.326, *Bull. civ. V*, n° 441.

recherché ». La jurisprudence a largement consacré le concept d'atteinte à la vie privée du salarié, qui s'applique en dehors de la relation de travail²¹⁷⁶. La vie personnelle devait alors constituer une immunité contre le pouvoir disciplinaire de l'employeur²¹⁷⁷.

450. La technologie comme perturbateur dans l'application du principe. Cependant, avec l'utilisation des technologies numériques, ce principe est voué à se voir opposer de plus en plus d'exceptions. Déjà, l'étendue actuelle du droit à la preuve a largement restreint la protection de la liberté d'expression ou de la vie personnelle du salarié, et ce mouvement est également à constater dans l'observation du temps de travail et l'exercice du pouvoir disciplinaire. Désormais, les moyens de communication sont dématérialisés, les réseaux sociaux peuvent être utilisés pour communiquer entre collègues en dehors des heures de travail²¹⁷⁸. Autant de situations possibles qui floutent les limites spatio-temporelles qu'avait fixées le Code du travail et qui existaient à l'ère industrielle. Cette tendance mène à une certaine porosité de la frontière entre la vie personnelle et la vie professionnelle des salariés à laquelle les juges ont dû faire face.

B- L'admission de l'exercice de la discipline de l'employeur sur le temps personnel du salarié

451. La vision monolithique du temps de la subordination a largement été traversée par de nombreuses exceptions jusqu'à remettre en question cette logique face au numérique. L'exercice du pouvoir disciplinaire de l'employeur connaît un élargissement certain et va au-delà du seul temps de travail du salarié, particulièrement avec la dématérialisation des échanges. Le numérique est une source importante de circonstances justifiant l'exercice du pouvoir disciplinaire en dehors du temps de la subordination, bien qu'il convienne de noter qu'elle n'est pas la seule. La jurisprudence connaît deux cas de figure où le pouvoir disciplinaire peut

²¹⁷⁶ V. en ce sens Cass. soc., 21 octobre 2003, n° 00-45.291 et n° 01-44. 761, *Bull. civ. V*, n° 259.

²¹⁷⁷ Par exemple, est dénué de cause réelle et sérieuse le licenciement d'un salarié pour participation à une manifestation publique sans que soit caractérisé en quoi, compte de la fonction du salarié et de la nature de l'entreprise, la seule relation de travail pouvait justifier l'interdiction par l'employeur d'exercer une liberté collective en dehors du temps de travail. Cass. soc., 23 mai 2007, n° 05-41.374, *D. 2007. 3037, obs. C. Mathieu-Géniaut ; RDT 2007. 586, obs. T. Aubert-Monpeyssen., op. cit.*

²¹⁷⁸ V. par exemple, un licenciement pour faute grave d'une supérieure hiérarchique qui a utilisé *Facebook* pour obtenir des informations sur la vie privée d'un de ses subordonnés et ensuite pour le dénigrer. CA Versailles, 19 septembre 2012, n° 11/00812.

s'exercer pour des faits commis en dehors du temps de travail, à savoir, en cas de manquement à une obligation d'une part (1), et en cas de fait qui se rattache à la vie professionnelle d'autre part (2).

1- Le manquement à une obligation contractuelle, source de sanction disciplinaire

452. Les faits commis en dehors du temps et lieu de travail ne peuvent être sanctionnés par l'employeur, « *sauf s'il traduit la méconnaissance par l'intéressé d'une obligation découlant de son contrat de travail* »²¹⁷⁹, ou à une « *obligation professionnelle* »²¹⁸⁰. Certaines obligations du salarié se poursuivent jusque dans sa vie privée et permettent à l'employeur d'y étendre son pouvoir disciplinaire. Les obligations du salarié le suivent alors partout et en tout temps. Cela peut concerner des obligations issues du règlement intérieur, ou encore des obligations liées à la nature du poste du salarié, mais la plupart du temps elle concernera la bonne exécution de la prestation de travail et l'obligation de loyauté²¹⁸¹.

453. Face au numérique, ce sont les obligations de loyauté²¹⁸² (a) et de confidentialité²¹⁸³ (b), découlant du contrat de travail, qui furent particulièrement concernées. Nul besoin de les inscrire contractuellement, ces obligations sont inhérentes à la bonne exécution du contrat de travail. Au-delà même de la seule exécution de la prestation de travail, elles suivent le salarié en dehors du temps de travail. Elles sont destinées à protéger les intérêts de l'entreprise et s'étendent au comportement général du salarié²¹⁸⁴.

²¹⁷⁹ Cass. Soc., 27 mars 2012, n° 10-19.915, *Bull. civ. V n° 106*.

²¹⁸⁰ Cass. Soc., 27 juin 2012, n° 11-10.242.

²¹⁸¹ P. ADAM, « Vie personnelle/vie professionnelle : une distinction en voie de dissolution ? », *Dr. ouvr.*, 2013, p. 437.

²¹⁸² Art. L. 1222-1 C. trav. ; L. AMIC, *La loyauté dans les rapports de travail*, thèse, Université d'Avignon, 2014 ; V. par exemple, Cass. soc., 21 octobre 2003, n° 01-43.943, *RJS 2003. 969, n° 1384* ; *Dr. soc. 2004. 114, obs. Savatier*.

²¹⁸³ V. notamment, Cass. Soc., 30 juin 1982, n° 80-41.114 ; Cass. Soc., 11 octobre 1978, n° 76-14.440.

²¹⁸⁴ L. AMIC, *La loyauté dans les rapports de travail*, *op. cit.*, p. 537.

a) *L'extension du recours à l'obligation de loyauté du salarié*

454. La notion d'obligation de loyauté. Il est expressément prévu, en droit des obligations, que les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi²¹⁸⁵. Cette obligation est directement applicable à la relation entre l'employeur et le salarié. En outre, l'exécution du contrat de travail doit également être faite de bonne foi²¹⁸⁶. Or, l'obligation de loyauté est rattachée à celle de bonne foi dans l'exécution de la prestation de travail du salarié. Ces notions dépassent la seule exécution du contrat de travail. Elles ont, en effet, une portée générale, qui couvre de nombreuses situations. Leur largesse a permis de considérer, par exemple, qu'un salarié manquait à son obligation de loyauté en procédant à l'enregistrement de diverses conversations de ses supérieurs se rapportant à l'exercice de ses fonctions²¹⁸⁷. Elle peut ainsi fonder le licenciement disciplinaire d'un salarié. Selon la jurisprudence, l'obligation de loyauté peut se définir comme étant l'obligation de ne pas nuire à l'image ou au bon fonctionnement de l'entreprise, de ne pas lui porter préjudice que ce soit par un abus de la liberté d'expression ou en lui faisant concurrence²¹⁸⁸.

455. Le manquement à l'obligation de loyauté en cas d'abus de l'utilisation des outils numériques. L'obligation de loyauté a pu même être utilisée dans le cas d'un abus dans l'utilisation des outils informatiques en dehors du temps et du lieu de travail. Dans une décision du 10 juillet 2019²¹⁸⁹, au sein des conclusions du rapporteur public du Conseil d'État, il a été considéré que « *le fait pour un salarié protégé d'enquêter de cette façon sur l'existence d'une supposée relation intime entre leur supérieur hiérarchique commun et une autre salariée protégée, ce en vue de régler des comptes avec la seconde voire avec le premier, porte atteinte aux intérêts de son employeur* »²¹⁹⁰, ce qui traduisait une méconnaissance de l'obligation de

²¹⁸⁵ Art. 1171 C. civ.

²¹⁸⁶ Art. L. 1222-1 C. trav.

²¹⁸⁷ Cass. soc., 3 mai 1962, *Bull. civ. IV*, n° 362, *D. 1962. Somm. 136*.

²¹⁸⁸ V. par exemple, Cass. Soc, 21 octobre 2003, n° 01-43.943 ; V. également, le salarié « *même en l'absence de clause expresse est tenu par une obligation de non-concurrence vis-à-vis de son employeur jusqu'à l'expiration de son contrat* », Cass. soc., 5 mai 1971, *Bull. civ. V*, n° 327 ; Cass. soc., 10 novembre 1998, n° 96-41.308 ; V. sur le comportement déloyal du salarié, même en l'absence de préjudice subi par l'employeur, Cass. soc., 21 septembre 2010, n° 09-41.440 ; « *Il serait vain de dresser l'inventaire des obligations de bonne foi ou de loyauté, tant la notion a une portée générale* », G. PIGNARRE, « Contrat de travail : exécution », dans *Répertoire de droit du travail*, Dalloz, 2022, n° 62.

²¹⁸⁹ CE, 4ème et 1ère ch. réunies, 10 juillet 2019, n° 408644, *RJS 10/2019*, n° 582 ; *JCP S 2019. 1258, obs. Kerbouc'h* ; *SSL n° 1872, 2019, p. 5, concl. F. Dieu* ; *BJT 2019, n° 9, p. 38, note F. Bergeron-Canut* ; *LPA 2020 n° 4, p. 9, obs. Prépin*.

²¹⁹⁰ F. DIEU, « Le licenciement du salarié protégé s'introduisant dans la messagerie professionnelle d'un collègue », *SSL, n° 1872, 2019, p. 8*.

loyauté. Dans cette affaire, le caractère personnel des messages consultés par le salarié a certainement renforcé la caractérisation de la faute. Les règles dégagées par la jurisprudence judiciaire font, par ailleurs, l'objet d'une mention dans les conclusions du rapporteur public au Conseil d'État, qui revient sur les droits et obligations de l'employeur à l'égard de l'utilisation par ses salariés des outils informatiques mis à leur disposition²¹⁹¹, tels que la présomption du caractère professionnel des fichiers créés à partir du matériel informatique mis à la disposition par l'employeur, ou le secret des correspondances en cas d'identification desdites correspondances comme étant personnels. Même si, dans ce cas, l'affaire concernait l'action d'un salarié vis-à-vis d'un autre salarié, le Conseil d'État a fait le choix de recourir à l'obligation de loyauté contribuant ainsi à en faire un fondement particulièrement protéiforme.

456. La loyauté au-delà du temps et lieu de travail. Comme l'a écrit René Savatier, « *en dehors de l'exécution de sa prestation de travail, le salarié échappe à l'autorité de l'employeur et jouit donc des libertés de tout citoyen. Mais il demeure tenu d'obligations contractuelles qui viennent en fait restreindre sa liberté* »²¹⁹². La particularité de la notion de loyauté réside dans sa possibilité d'influer au-delà du temps et du lieu de travail. Cette obligation subsiste en dehors du temps de la subordination, et ce, même pendant les périodes de suspension du contrat de travail²¹⁹³. Il a en effet été jugé que « *la suspension du contrat de travail provoqué par la maladie ou l'accident ne supprime pas l'obligation de loyauté du salarié à l'égard de l'employeur* »²¹⁹⁴. L'obligation de loyauté, qui incombe certes tant à l'employeur qu'au salarié, permet néanmoins un retour du pouvoir patronal dans la vie personnelle du salarié. La jurisprudence a également étendu l'obligation de loyauté en lui attribuant des devoirs dérivés, dans le but de garantir l'intégrité de l'entreprise au travers de comportements attendus du salarié, même dans sa vie privée. L'obligation de loyauté bénéficie alors d'un champ d'application quasiment permanent²¹⁹⁵ et particulièrement large²¹⁹⁶.

²¹⁹¹ *Ibid.*, p. 7.

²¹⁹² J. SAVATIER, « La liberté dans le travail », *Dr. soc.*, 1990, p. 51.

²¹⁹³ V. par exemple, Cass. Soc., 25 juin 2002, n° 00-44.001 ; Cass. Soc., 18 mars 2003, n° 01-41.343.

²¹⁹⁴ Cass. soc., 15 juin 1999, n° 96-44.772, *Dr. soc.* 1999. 842, obs. Mazeaud ; *RJS* 1999. 660, n° 1049.

²¹⁹⁵ L. AMIC, *La loyauté dans les rapports de travail*, op. cit., p. 539.

²¹⁹⁶ « *Il est tout aussi redoutable que ces obligations soient sans contenance déterminée, prêtant à des appréciations d'ordre moral comme le devoir de loyauté ou des règles éthiques, laissées à l'entendement de chaque employeur* », G. LOISEAU, « Le licenciement pour un motif tiré de la vie personnelle », dans *Droits du travail, emploi, entreprise : mélanges en l'honneur du Professeur François Gaudu*, IRJS Editions, coll.« Collection Bibliothèque de l'IRJS-André Tunc », 2014, p. 300.

457. Les cadres soumis à une obligation de loyauté renforcée. Bien que cette position ait été assouplie depuis²¹⁹⁷, il demeure que les salariés exerçant des fonctions d'encadrement ont une obligation de loyauté vis-à-vis de l'employeur qui se trouve renforcée. Il a, par exemple, été considéré comme manquant à son obligation de loyauté, le salarié, directeur d'agence et expert-comptable, qui dénigre la politique tarifaire de la société devant la clientèle²¹⁹⁸. Un auteur a pu évoquer, concernant l'obligation de loyauté des cadres, l'exigence d'un « *civisme contractuel* » qui serait « *le pendant du degré de confiance particulièrement élevé existant entre les parties* »²¹⁹⁹. De même, les salariés des entreprises de tendance sont tenus d'une obligation de loyauté renforcée, dont le comportement doit être compatible avec les convictions, les idéologies ou les croyances de l'entreprise²²⁰⁰.

458. Une étendue de la loyauté critiquable. Cependant, une telle étendue de l'obligation de loyauté du salarié peut être critiquable. Comme l'écrit justement Monsieur Christophe Radé²²⁰¹, le recours à l'obligation de loyauté comme fondement du licenciement pour faute, peut présenter un double risque. Tout d'abord, le premier risque concerne le périmètre de temps croissant que concerne l'obligation de loyauté. Ce fondement doit être utilisé de manière « *raisonné* », car il permet l'immixtion de l'employeur en dehors de la seule sphère professionnelle du salarié. Secondement, l'obligation de loyauté recouvre un champ très large de comportements, « *qui vont de la concurrence déloyale à la simple perte de confiance* ». Le risque qui commence à poindre est que cette obligation en vienne à devenir un lit de Procuste, recouvrant bien trop de situations.

²¹⁹⁷ Les appréciations émises par un salarié exerçant des fonctions d'encadrement, bien qu'en désaccord avec la direction, ne sauraient légitimer un licenciement pour manquement à son obligation de loyauté, dès lors que ses propos ne sont ni injurieux, ni diffamatoires, ni excessifs. Cass. soc., 27 mars 2013, n° 11-19.734, *D. 2013. Actu. 925 ; RDT 2013. 491, obs. Pontif ; Dr. soc. 2013. 453, obs. Dabosville ; JSL 2013, n° 343-3, obs. Hautefort, op. cit.*

²¹⁹⁸ Cass. Soc., 8 février 2017, n° 15-21.064.

²¹⁹⁹ Y. PICOD, « L'obligation pour un salarié de venir travailler le samedi ne constitue pas une atteinte à sa vie privée », *D.*, 1992, p. 296.

²²⁰⁰ V. à ce sujet, P. ADAM, « Droit d'expression des salariés », dans *Répertoire de droit du travail*, Dalloz, 2021, n° 133 et s. ; V. par exemple, Cass. soc., 17 avril 1991, n° 90-42.636, *D. 1991. IR 140 ; JCP 1991. II. 21724, note Sériaux ; Dr. soc. 1991. 485, note Savatier ; CSB 1991. 133, A. 33 ; RJS 1991. 297, n° 558.*

²²⁰¹ C. RADÉ, « Les salariés protégés également tenus par l'obligation de loyauté », *Hebdo édition sociale*, n° 792, 2019.

b) *L'obligation de confidentialité du salarié au temps des réseaux sociaux*

459. L'obligation de confidentialité. Découlant de l'obligation de loyauté, l'obligation de confidentialité, quant à elle, consiste pour le salarié à ne pas divulguer des informations auxquelles ses fonctions ou ses responsabilités lui ont donné accès. L'absence de respect de son obligation de confidentialité peut caractériser une faute grave²²⁰². L'exercice d'une activité parallèle ne suffit néanmoins pas en elle-même pour caractériser un manquement à l'obligation de confidentialité²²⁰³. Elle relève dans ce cas de la vie personnelle du salarié et ne peut faire l'objet du pouvoir disciplinaire de l'employeur. En revanche, l'obligation de confidentialité peut viser les techniques, le savoir-faire, ou encore les secrets de fabrication²²⁰⁴. De même, l'obligation de confidentialité concerne l'organisation de l'entreprise, les conditions de travail ainsi que la situation financière de l'entreprise²²⁰⁵.

460. L'obligation de confidentialité peut être prévue par une clause au sein du contrat de travail. L'intérêt de la mise en œuvre d'une telle clause peut être de préciser le champ des informations considérées comme étant confidentielles par l'employeur²²⁰⁶. À ce sujet, la Cour de cassation a estimé que « *n'ouvre pas droit à une contrepartie financière la clause qui ne porte pas atteinte au libre exercice par le salarié d'une activité professionnelle mais qui se borne à imposer la confidentialité des informations détenues par lui et concernant la société* »²²⁰⁷. Mais la définition d'un périmètre des informations concernées par l'obligation de confidentialité permet de prévenir un éventuel contentieux et de limiter les débats sur ce qui relève ou non de l'obligation de confidentialité du salarié.

²²⁰² Cass. soc., 15 mars 2000, n° 98-46.096.

²²⁰³ V. sur le caractère non fautif du comportement, relevant de sa vie personnelle, d'une secrétaire médicale ayant poursuivi une activité de « *voyante tarologue* », en l'absence de manquement de la salariée à son obligation contractuelle de confidentialité, Cass. soc., 21 octobre 2003, n° 00-45.291 et n° 01-44.761, *JCP E 2004. 773, note Puigelier*.

²²⁰⁴ J. AZEMA et J.-C. GALLOUX, *Droit de la propriété industrielle, op. cit.*, p. 707 et s. ; M. MALAURIE-VIGNAL, « La protection des informations privilégiées et du savoir-faire », *D.*, 1997, p. 207 ; M. DEL SOL et C. LEFRANC-HAMONIAUX, « La protection de l'information confidentielle acquise par les salariés et leurs représentants », *JCP S*, n° 52, 2008, 1666.

²²⁰⁵ V. par exemple, Cass. soc., 30 juin 1982, n° 80-41.114.

²²⁰⁶ V. sur l'intérêt de la mise en œuvre de la clause de confidentialité, M. DEL SOL et C. LEFRANC-HAMONIAUX, « La protection de l'information confidentielle acquise par les salariés et leurs représentants », *op. cit.*

²²⁰⁷ Cass. soc., 15 octobre 2014, n° 13-11.524, *D. 2014. Actu. 2118 ; RDT 2015. 39. obs. L. Gratton ; RJS 2014, n° 825 ; JSL 2014, n° 377-378-5, obs. H. Tissandier*.

461. Obligation de confidentialité et réseaux sociaux. L'obligation de confidentialité intéresse particulièrement l'usage des outils numériques. Elle va de pair avec le renouvellement de la question de la liberté d'expression à l'ère numérique²²⁰⁸. La Cour de cassation a eu l'occasion lors de l'arrêt *Petit Bateau*²²⁰⁹ de connaître du manquement à l'obligation de confidentialité lors d'une publication *Facebook* sur le compte privé d'une salariée²²¹⁰. Malgré le nombre restreint de personnes pouvant avoir accès au compte de la salariée, certain des « amis » *Facebook* travaillant pour des entreprises concurrentes, il a été jugé que cette publication était constitutive d'une faute grave. En ce sens, il a été souligné que la salariée ne pouvait pas garantir l'absence de diffusion de la part des personnes ayant accès à sa publication²²¹¹, ce qui a contribué à la caractérisation d'un manquement à l'obligation de confidentialité.

462. En outre, l'identification du caractère confidentiel d'informations ou de documents publiés sur les réseaux sociaux a pu se poser. La cour d'appel de Paris a eu l'occasion de se prononcer à ce sujet. Elle a jugé que manquait à son obligation de confidentialité le salarié qui publie des images provenant « *de documents internes qui n'étaient pas destinés à une publication sur un réseau social, et dont [le salarié] n'a pu avoir connaissance que dans l'exercice de ses fonctions, et qu'il les a utilisées, sans vérifier s'il pouvait le faire, au regard des règles de confidentialités internes auxquelles il était soumis* »²²¹². Le fait que les informations publiées, issues d'un affichage de l'entreprise, soient visibles de l'ensemble des salariés, ne suffisaient pas à leur ôter leur caractère confidentiel vis-à-vis de l'extérieur, ce d'autant, que dans cette affaire l'entreprise concernée possédait une habilitation secret-défense²²¹³.

463. L'élargissement du pouvoir disciplinaire. Le pouvoir disciplinaire a ainsi pu s'étendre au-delà du temps de travail. L'employeur peut sanctionner des publications par des salariés sur les réseaux sociaux dès lors qu'elles caractérisent un manquement à une obligation

²²⁰⁸ V. *supra*, n° 396 et s.

²²⁰⁹ V. également sur cette affaire, *supra*, n° 426.

²²¹⁰ Cass. soc., 30 septembre 2020, n° 19-12.058, *D. actu.* 21 oct. 2020, obs. Peyronnet ; *D.* 2020. 2383, note Golhen ; *ibid.* 2021. Pan. 209, obs. Aynès ; *RDT* 2020. 753, note Kahn ; *ibid.* 764, obs. Lhomond ; *RJS* 12/2020, n° 573 ; *Dr. ouvrier* 2020. 793, note Leclerc ; *JSL* 2020, n° 507-1, obs. Mayoux ; *JCP S* 2020. 3042, avis Berriat, obs. Loiseau ; *Gaz. Pal.* 26 janv. 2021, p. 68, obs. Mayer, *op. cit.*

²²¹¹ B. ALLIX et M. PALIN, « Équilibre entre vie privée du salarié et pouvoir disciplinaire de l'employeur : lorsque la publication d'un salarié sur un réseau social justifie son licenciement pour faute », *op. cit.*

²²¹² CA Paris, 23 février 2022, n° 19/07192.

²²¹³ B. ALLIX et M. PALIN, « Équilibre entre vie privée du salarié et pouvoir disciplinaire de l'employeur : lorsque la publication d'un salarié sur un réseau social justifie son licenciement pour faute », *op. cit.*, p. 8.

contractuelle. Un second fondement est également possible pour étendre le pouvoir disciplinaire de l'employeur au-delà du temps de la subordination : le rattachement à la vie professionnelle.

2- L'ouverture jurisprudentielle au rattachement à la vie professionnelle, source de sanction disciplinaire

464. L'extension des exceptions. Comme évoqué ci-devant, le temps de l'application du pouvoir disciplinaire répond au principe selon lequel les faits tirés de la vie personnelle du salarié ne peuvent justifier en principe un licenciement²²¹⁴. Deux exceptions, initialement, viennent ajuster cette *summa divisio* : si les faits caractérisent un manquement aux obligations découlant du contrat de travail, et si les faits causent un trouble caractérisé au sein de l'entreprise. La seconde exception, qui ne pouvait permettre initialement qu'un licenciement personnel non disciplinaire²²¹⁵, a connu une évolution tortueuse.

465. Le trouble objectif. Dans un premier temps, la Cour de cassation a, en effet, pu retenir la validité du licenciement justifié par des actes relevant de sa vie privée en se fondant sur un trouble objectif caractérisé créé au sein de l'entreprise²²¹⁶. Le trouble caractérisé avait pour objet de résoudre le conflit entre l'autonomie du salarié dans sa vie personnelle et les intérêts légitimes de l'entreprise²²¹⁷. L'immixtion de l'employeur se justifiait alors non pas dans le fait issu de la vie personnelle du salarié, mais dans les conséquences objectives qu'il avait pour l'entreprise²²¹⁸. Mais les décisions sur ce fondement ont été au centre de mouvements contradictoires et fait l'objet de nombreux débats²²¹⁹. Il y a, par exemple, eu des fluctuations sur le caractère disciplinaire ou non du licenciement fondé sur le trouble objectif²²²⁰.

²²¹⁴ Cass. Soc., 14 mai 1997, n° 94-45.473.

²²¹⁵ V. par exemple, Cass. Soc., 25 janvier 2006, n° 04-44.918.

²²¹⁶ Cass. soc., 17 avril 1991, n° 90-42.636, *D. 1991. IR 140* ; *JCP 1991. II. 21724, note Sériaux* ; *Dr. soc. 1991. 485, note Savatier* ; *CSB 1991. 133, A. 33* ; *RJS 1991. 297, n° 558, op. cit.* ; Cass. soc., 20 novembre 1991, n° 89-44.605, *D. 1992. IR 25* ; *Dr. soc. 1992. 79* ; *RJS 1992. 26, n° 3*.

²²¹⁷ P. WAQUET, « Le « trouble objectif dans l'entreprise » : une notion à redéfinir », *RDT*, 2006, p. 304.

²²¹⁸ A. LYON-CAEN, « Vie privée et entreprise », *op. cit.*

²²¹⁹ V. à ce sujet, *Ibid.* ; E. PESKINE, « Trouble dans le fonctionnement de l'entreprise. Propos sur la redéfinition des motifs de licenciement », dans *Mélanges en l'honneur de Pierre-Yves Verkindt*, LGDJ, 2022, p. 349-358.

²²²⁰ V. à ce sujet, P. WAQUET, « Le « trouble objectif dans l'entreprise » : une notion à redéfinir », *op. cit.*

466. À partir de 1997, ce fondement ne pouvait, en principe, justifier un licenciement disciplinaire²²²¹. Malgré quelques décisions contraires, la logique voulait que tout licenciement fondé sur un fait tiré de la vie personnelle du salarié exclût la possibilité d'accepter le trouble comme fondement à une sanction disciplinaire²²²². C'est ce qu'avait soutenu avec force la chambre mixte de la Cour de cassation le 18 mai 2007 en jugeant que : « *le trouble objectif dans le fonctionnement de l'entreprise ne permet pas en lui-même de prononcer une sanction disciplinaire à l'encontre de celui par lequel il est survenu* »²²²³. Elle avait rappelé ce principe par la suite en indiquant qu'« *un fait de la vie personnelle occasionnant un trouble dans l'entreprise ne peut justifier un licenciement disciplinaire* »²²²⁴. Cependant, la sémantique utilisée a évolué, ainsi que la logique entourant la nature possible du licenciement.

467. Le fait rattaché à la vie professionnelle. Le trouble va être progressivement abandonné avec l'apparition du « *rattachement à la vie professionnelle* »²²²⁵. La notion de rattachement fait l'objet de certaines réserves, émises par la doctrine²²²⁶, car elle est considérée comme étant trop subjective et correspondant à une notion « *fonctionnelle* »²²²⁷. Pour retenir le rattachement, il convient qu'il y ait un lien entre le fait commis lors du temps personnel du salarié et la vie de l'entreprise. De plus, une décision de la Cour de cassation en 2014 a rompu avec la division qui existait jusqu'alors entre licenciement disciplinaire et non disciplinaire. Cette nouvelle exception prévoit que les fautes commises par un salarié, en dehors des temps et lieu de travail, mais se rattachant à la vie de l'entreprise, peuvent justifier un licenciement pour faute²²²⁸. Dès lors que des éléments, même originaires de la vie personnelle du salarié, peuvent avoir « *une*

²²²¹ Cass. soc., 14 mai 1997, *Bull. civ. V*, n° 175 ; Cass. soc., 3 mai 2011, n° 09-67.464, *D. 2011. 1357* ; *ibid.* 1568, *point de vue G. Loiseau* ; *ibid.* 2012. 901, *obs. P. Lokiec et J. Porta* ; *JCP 2011. 764*, *note J. Mouly* ; *JCP S 2011. II. 1312*, *note D. Corrignan-Carsin* ; *V. contra*, Cass. soc., 2 décembre 2003, n° 01-43.227, *D. 2004. 2462*, *note B. Boudias* ; *RTD civ. 2004. 263*, *obs. J. Hauser*, *et 729*, *obs. J. Mestre et B. Fages*.

²²²² *V. à ce sujet, P. WAQUET, « Le « trouble objectif dans l'entreprise » : une notion à redéfinir », op. cit.*

²²²³ Cass. mixte, 18 mai 2007, n° 05-40.803, *D. 2007. 2137*, *obs. A. Astaix, note J. Mouly* ; *D. 2007. 3033*, *obs. E. Dockès, F. Fouvet, C. Géniaut et A. Jeammaud* ; *RDT 2007. 527*, *obs. T. Aubert-Monpeysse*.

²²²⁴ Cass. soc., 9 mars 2011, n° 09-42.150.

²²²⁵ Cass. soc., 10 décembre 2008, n° 07-41.820, *D. 2009. AJ 105* ; *RDT 2009. 168*, *obs. de Quenaudon* ; *RJS 2009. 143*, n° 163 ; *JCP S 2009. 1083*, *obs. Caron, op. cit.* ; Cass. soc., 19 octobre 2011, n° 09-72.672, *D. actu. 19 oct. 2011, obs. Perrin* ; *D. 2011. Actu. 2661* ; *RJS 2012. 24*, n° 7 ; *JCP S 2012. 1042*, *obs. Bossu* ; Cass. soc., 17 novembre 2011, n° 10-17.950.

²²²⁶ *V. par exemple, J. MOULY, « Licenciement et vie privée : la réactivation de la notion de rattachement à la vie professionnelle ? », Dr. soc., 2020, p. 961* ; *B. DABOSVILLE, « Vie personnelle du salarié et droit disciplinaire : la forteresse menace ruine », RDT, 2020, p. 611* ; *P. ADAM, « La protection de la vie personnelle du travail : le rattachement, ce « passe-muraille » », RDT, 2021, p. 186.*

²²²⁷ *P. ADAM, « La vie personnelle, une forteresse et quelques souterrains », RDT, 2011, p. 116.*

²²²⁸ Cass. soc., 8 octobre 2014, n° 13-16.793, *D. 2014. Actu. 2056.*

incidence sur l'exercice des fonctions », les faits sont alors considérés comme se rattachant à la vie de l'entreprise et leurs dissimulations peuvent être considérées comme fautives²²²⁹.

468. Il a, par exemple, été jugé que le vol commis par un steward d'une compagnie aérienne, pendant le temps d'une escale dans un hôtel partenaire commercial de la société employeuse, se rattache à la vie de l'entreprise et constitue une faute justifiant ainsi son licenciement²²³⁰. Il n'est plus nécessaire d'apporter la preuve d'un trouble au sein de l'entreprise, il convient que le fait tiré de la vie personnelle ait un lien ainsi qu'une incidence sur les intérêts de l'entreprise. Plus encore, certains faits peuvent perdre leur caractère privé dès lors qu'ils se déroulent « *en raison du travail* ». C'est ainsi que des messages électroniques adressés lors de déjeuners ou de soirées organisées après le travail ont été jugés comme ne relevant pas de la vie personnelle, car ils présentaient un lien avec la vie professionnelle. La décision de la cour d'appel a en effet été censurée par la Cour de cassation pour avoir écarté la qualification de harcèlement sexuel concernant les propos à caractère sexuel et les attitudes déplacées à l'égard de salariées qui ont été en contact en raison du travail²²³¹. Cette affaire illustre le renouvellement de l'intervention de l'employeur avec la dématérialisation des échanges, en dehors du temps et du lieu de travail.

469. Cette ouverture permet à l'employeur d'aller sur le terrain disciplinaire, en dehors de la méconnaissance d'une obligation contractuelle, ce que regrettent certains auteurs²²³². Le rattachement à la vie de l'entreprise a pu constituer une étape pour reconnaître le manquement d'une obligation contractuelle²²³³. Il est vrai que la notion de rattachement à la vie de l'entreprise a l'avantage et l'inconvénient d'être particulièrement élastique. L'avantage consiste en son adaptation possible aux évolutions de l'utilisation des outils numériques, mais elle permet d'introduire le pouvoir disciplinaire dans la vie personnelle du salarié dès lors que les faits présentent une « *coloration professionnelle suffisante* » pour être considérés comme

²²²⁹ La dissimulation par le salarié d'un fait en rapport avec ses activités professionnelles et les obligations qui en résultent peut constituer un manquement à la loyauté à laquelle il est tenu envers son employeur dès lors qu'il est de nature à avoir une incidence sur l'exercice des fonctions. Cass. soc., 29 septembre 2014, n° 13-13.661, *D. actu.* 20 oct. 2014, obs. Peyronnet ; *D.* 2014. Actu. 2002 ; *RDT* 2014. 762, obs. Moizard ; *Dr. soc.* 2014. 957, obs. Mouly ; *RJS* 2014. 725, n° 838 ; *JSL* 2014, n° 376-4, obs. Pacote et Renucci.

²²³⁰ Cass. soc., 8 juillet 2020, n° 18-18.317, *D.* 2020. 2312, obs. Vernac et Ferkane ; *Dr. soc.* 2020. 961, obs. Mouly ; *RDT* 2020. 611, obs. Dabosville ; *RJS* 10/2020, n° 450 ; *JCP S* 2020. 3011, obs. Loiseau.

²²³¹ Cass. soc., 19 octobre 2011, n° 09-72.672, *D. actu.* 19 oct. 2011, obs. Perrin ; *D.* 2011. Actu. 2661 ; *RJS* 2012. 24, n° 7 ; *JCP S* 2012. 1042, obs. Bossu, *op. cit.*

²²³² « On regrettera donc une nouvelle brèche ouverte dans le domaine des faits personnels, dont la profondeur – simple fissure ou crayon – dépendra de l'usage qu'en feront les juges », J. ICARD, « Faits commis en dehors des temps et lieu de travail mais rattachés à la vie de l'entreprise », *Les Cahiers Sociaux*, n° 268, novembre 2014, p. 642.

²²³³ V. par exemple, Cass. soc., 16 janvier 2019, n° 17-15.002 et n° 17-15.003 ; P. ADAM, « La protection de la vie personnelle du travail : le rattachement, ce « passe-muraille » », *op. cit.*

relevant du pouvoir disciplinaire de l'employeur²²³⁴. Cette exception ouvre une nouvelle brèche dans l'étendue du pouvoir disciplinaire sur la vie personnelle du salarié, montrant les limites de cette conception binaire temps personnel et professionnel de plus en plus brouillée à l'ère numérique.

§2 : La résurgence de la nécessité d'une prise en compte des « temps gris » face au numérique

470. Face à la mise à mal par le numérique de la dichotomie des temps personnels et professionnels, il y a une résurgence de la question des temps dits « gris ». Le « temps gris » correspond à un temps intermédiaire entre le temps de travail et le temps de repos. Considéré également comme un temps périphérique²²³⁵, il permet de mettre en lumière la réalité de temps au-delà du seul temps productif. Leur existence a pu susciter des interrogations quant à leur prise en compte en droit du travail, malgré une certaine réticence du droit de l'Union européenne, sur laquelle il convient de revenir (A). Le numérique a renouvelé l'approche que doit avoir le droit du travail sur le temps de travail, et permet de considérer la possibilité de prendre en compte l'intensité des contraintes comme critère de l'existence d'une subordination propre à révéler l'existence d'un temps professionnel (B).

A- L'existence de « temps gris » malgré la réticence du droit de l'Union européenne

471. La résurgence du « temps gris » à l'ère numérique. La démonstration d'une possible immixtion disciplinaire de l'employeur en dehors du temps de la subordination a souligné la porosité des limites entre le temps professionnel et personnel. Par ailleurs, les « travailleurs du savoir »²²³⁶, par la réalisation possible de leur travail à distance, sont particulièrement concernés par l'existence de « temps gris ». La possibilité de se connecter à son travail en dehors de l'entreprise a en effet profondément transformé la pratique et l'organisation du travail. Pour

²²³⁴ J. ICARD, « Faits commis en dehors des temps et lieu de travail mais rattachés à la vie de l'entreprise », *op. cit.*

²²³⁵ S. TOURNAUX, « Les temps périphériques au travail », *op. cit.*

²²³⁶ V. *supra*, n° 347.

concilier la vie familiale avec la vie professionnelle, il est de plus en plus courant que les journées des salariés soient découpées avec des temps de reconnexion tardifs pour compenser, par exemple, une pause pour réaliser des activités personnelles comme emmener les enfants à l'école²²³⁷. Il y a ainsi une mise en tension permanente entre les sphères personnelles et professionnelles. Or, une telle organisation, même si le salarié est au forfait en jours, contrevient aux dispositions relatives au temps de repos²²³⁸ et à l'amplitude maximale journalière²²³⁹. Bien que la loi n'y fasse pas explicitement mention, cette obligation découle de l'obligation de respect des temps de repos et de suivi de la charge de travail du salarié en forfait jours²²⁴⁰. En outre, le possible maintien d'un lien de connexion continue avec le travail²²⁴¹ avec l'accès aux courriels professionnels, qui émettront des notifications même pendant le temps personnel²²⁴², est autant de situations qui appellent à considérer ces « *temps gris* », face aux impératifs de disponibilité et de réactivité²²⁴³. La nécessité de cette prise en compte se justifie par la volonté d'assurer une protection de la santé des travailleurs, qui peut se faire même contre eux-mêmes²²⁴⁴.

472. La notion de « *temps gris* ». Le droit français admet l'existence de « *temps gris* ». Autrement dit, ce temps n'est ni un temps de travail effectif ni un temps de repos. Il s'agit d'une catégorie intermédiaire qui répond à un régime particulier, qui est la traduction d'une prise en compte du temps de travail en fonction de la situation de subordination et non du seul temps productif²²⁴⁵. Bien que le droit de l'Union européenne ne reconnaisse pas l'existence de « *temps gris* », le droit français, reste encore empreint de cette possibilité intermédiaire entre temps de travail et temps de repos. Le cas le plus emblématique qui illustre l'existence de « *temps gris* » est celui de l'astreinte.

²²³⁷ E. VAYRE, « Les incidences du télétravail sur le travailleur dans les domaines professionnel, familial et social », *Le travail humain*, vol. 82, n° 1, 2019, p. 1-39, spé. p. 15.

²²³⁸ Art. L. 3131-1 C. trav.

²²³⁹ Cass. soc., 18 décembre 2001, n° 99-43.351, *RJS 2002*, n° 294 ; *D. 2002*. 374, *Dr. soc. 2002*. 353, obs. J. Barthélémy ; *JCP E 2002*, n° 198, note G. Vachet.

²²⁴⁰ H. ROSE, « Durée du travail : fixation et aménagement du temps de travail », dans *Répertoire de droit du travail*, Dalloz, 2020, n° 145 ; V. notamment en ce sens, Cass. soc., 8 septembre 2016, n° 14-26.256, *RJS 2016*, n° 699.

²²⁴¹ T. COUTROT, « Salariés sous pression », *Revue Projet*, vol. 355, n° 6, 2016, p. 21.

²²⁴² « *Le mail, conçu comme outil asynchrone, devient, à l'usage, un outil synchrone qui bouscule les normes de disponibilité et augmente la pression du temps réel* », M. BENEDETTO-MEYER et A. BOBOC, *Sociologie du numérique au travail*, Armand Colin, 2021, p. 68.

²²⁴³ Q.-A. PHAM NGOC, « L'impact de l'utilisation des outils numériques sur la charge mentale des salariés », *La Revue des conditions de travail*, n° 6, 2017, p. 27.

²²⁴⁴ V. par exemple, *supra*, n° 375 ; CA Versailles, 10 mars 2022, n° 20/02208, *op. cit.*

²²⁴⁵ P. BOISARD, « Genèse et transformations de la notion "durée de travail effectif" », *Centre d'Études de l'Emploi*, n° 36, janvier 2005, p. 1-22.

473. L'exemple de la période d'astreinte. L'astreinte est la « période pendant laquelle le salarié, sans être sur son lieu de travail et sans être à la disposition permanente et immédiate de l'employeur, doit être en mesure d'intervenir pour effectuer un travail au service de l'entreprise »²²⁴⁶. Elle est considérée comme ne constituant ni un temps de travail effectif ni une période de repos²²⁴⁷. Sa définition a été élargie en 2016²²⁴⁸ avec la suppression de la référence à « l'obligation de demeurer à son domicile ou à proximité ». La période d'astreinte n'est pas considérée comme du temps de travail effectif, car elle suppose que le salarié puisse librement vaquer à ses occupations. Il doit cependant être capable d'intervenir rapidement pour effectuer un travail, en cas d'appel de l'employeur. L'évolution de la définition a permis de prendre en compte les situations où une permanence était assurée par le salarié en dehors de son temps de travail, sans obligation de présence à son domicile. Néanmoins, pour reconnaître l'existence d'une astreinte, il convient également de démontrer une obligation de disponibilité « pour être en mesure d'intervenir et pour accomplir un travail au service de l'entreprise ».

474. La prise en compte de la disponibilité du salarié. À l'issue de cette nouvelle définition, il s'agissait de savoir ce qu'il convenait d'entendre quant au degré de disponibilité du salarié. À ce sujet, la Cour de cassation a considéré que le fait qu'un salarié « soit contractuellement tenu de rester à la disposition de l'employeur » pour pouvoir être en mesure de répondre à une éventuelle demande de sa part constituait une situation d'astreinte²²⁴⁹. Le critère spatial est ainsi devenu « tout à fait secondaire »²²⁵⁰. En droit français, les périodes comprises entre les interventions pendant lesquelles un salarié est en astreinte ne sont pas considérées comme du temps de travail effectif²²⁵¹. Sont considérées en revanche comme du temps de travail, la période d'intervention du salarié²²⁵², ainsi que sa présence si l'employeur lui impose de rester à sa disposition ne lui permettant pas de librement vaquer à ses occupations²²⁵³.

²²⁴⁶ V. « Astreinte (Période d') », T. DEBARD et S. GUINCHARD, *Lexique des termes juridiques*, 30^e éd., Dalloz, coll. « Lexiques », 2022, p. 96-97 ; V. également, art. L. 3121-1 et L. 3121-9 C. trav.

²²⁴⁷ Cass. soc., 4 mai 1999, n° 96-43.037, *GADT*, 4^e éd., n° 59 ; *D.* 1999. IR 160 ; *Dr. soc.* 1999. 730, obs. Gauriau ; *RJS* 1999. 500, n° 820 ; *TPS* 1999, n° 255.

²²⁴⁸ Loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels, *op. cit.*

²²⁴⁹ Cass. soc., 20 janvier 2021, n° 19-10.956, *D.* 2021. Act. 140 ; *RDT* 2021. 257, obs. Véricel ; *Dr. soc.* 2021. 565, obs. Tournaux ; *RJS* 4/2021, n° 216 ; *JSL* 2021, n° 516-4, obs. Philippot et Lindemann.

²²⁵⁰ M. VÉRICEL, « Distinction temps de travail et temps de repos en droit français et en droit de l'Union européenne », *RDT*, 2021, p. 257.

²²⁵¹ V. en ce sens, Cass. soc., 24 novembre 1993, n° 88-42.722, *D.* 1994. Somm. 318, obs. A. Lyon-Caen ; *Dr. soc.* 1994. 40 ; *RJS* 1994. 49, n° 41.

²²⁵² Il convient de préciser que le temps de déplacement accompli lors de périodes d'astreinte fait partie intégrante de l'intervention et constitue un temps de travail effectif. Cass. soc., 31 octobre 2007, n° 06-43.834 et n° 06-43.835, *D.* 2007. AJ 2950, obs. Maillard ; *RDT* 2008. 41, obs. Véricel ; *Dr. soc.* 2008. 248, obs. Radé.

²²⁵³ Cass. soc., 18 juillet 2000, n° 97-45.010, *D.* 2000. IR 229 ; *RJS* 2000. 719, n° 1054.

475. L’appréhension du « temps gris » par le droit de l’Union européenne. Contrairement au droit français, le droit européen ne prévoit pas de catégorie intermédiaire, autrement dit de « temps gris », entre le temps de travail et de repos. Cette position est de jurisprudence constante au sein de la CJUE²²⁵⁴. Elle se fonde sur l’article 2 de la directive n° 2003/88/CE qui définit le temps de travail comme étant « toute période durant laquelle le travailleur est au travail, à la disposition de l’employeur et dans l’exercice de son activité ou de ses fonctions »²²⁵⁵. La période d’astreinte a ainsi été considérée, par la CJUE, comme temps de travail, dès lors que le salarié est à la disposition de l’employeur. Il a, par exemple, été jugé comme temps de travail le service de garde d’un médecin qui doit être présent physiquement dans l’hôpital, même si ce dernier est autorisé à se reposer sur son lieu de travail pendant les périodes où ses services ne sont pas sollicités²²⁵⁶. L’analyse de la CJUE exclut en principe toute reconnaissance de l’existence d’un temps gris. Pour elle, soit il s’agit d’un temps de travail effectif soit d’un temps de repos.

476. L’article L. 3121-10 du Code du travail français prévoit qu’« exception faite de la durée d’intervention, la période d’astreinte est prise en compte pour le calcul de la durée minimale de repos quotidien [...] et des durées de repos hebdomadaire ». La prise en compte de l’astreinte dans le calcul des durées minimales de repos peut être considérée comme allant à l’encontre du droit européen. Sauf à ce que la Cour de cassation revienne à sa position antérieure²²⁵⁷ à la loi du 17 janvier 2003²²⁵⁸, le droit français continue à faire cohabiter des temps intermédiaires, malgré le droit de l’union. Cependant, la jurisprudence de la CJUE a connu une légère évolution récemment, la conduisant à prendre en compte l’intensité des contraintes qui incombent au salarié. Cette évolution a contribué à réinterroger l’existence de « temps gris » et la manière de les prendre en compte, surtout avec le développement du numérique qui contribue à brouiller les temps.

²²⁵⁴ V. notamment, CJCE, 9 septembre 2003, aff. C-151/02, *Jaeger*. *RJS* 2003. 1011, n° 1455 ; *ibid.* 2003. 942, obs. *Lhernould* ; CJCE, 1er décembre 2005, aff. C-14/04, *Abdelkader Dellas c/ Premier ministre*. *JCP* 2006. II. 10194, note *Lallement*.

²²⁵⁵ Directive 2003/88/CE du 4 novembre 2003 concernant certains aspects de l’aménagement du temps de travail, *op. cit.*

²²⁵⁶ CJUE, 9 septembre 2003, aff. C-151/02, *Jaeger*. *D.* 2003. 2339, et les obs. ; *Dr. soc.* 2004. 142, note *F. Morel*.

²²⁵⁷ Cass. soc., 10 juillet 2002, n° 00-18.452, *GADT*, 4e éd., n° 60 ; *D.* 2002. 3110, obs. *Monpeyssen* ; *ibid.* 2003. 935, obs. *Vachet*.

²²⁵⁸ Loi n° 2003-47 du 17 janvier 2003 relative aux salaires, au temps de travail et au développement de l’emploi.

B- La prise en compte souhaitable de l'intensité des contraintes

477. Le fléchissement de la CJUE. La CJUE a eu l'occasion de rappeler que, selon la directive du 4 novembre 2003²²⁵⁹, les notions de temps de travail et de temps de repos étaient exclusives l'une de l'autre. Ainsi le temps de garde d'un travailleur doit être qualifié soit de temps de travail, soit de repos²²⁶⁰. À cette occasion, la CJUE avait considéré qu'une période de garde, durant laquelle le travailleur pouvait être joint par téléphone et si nécessaire retourner sur son lieu de travail dans un délai d'une heure pour accomplir les activités urgentes, constituait une période de travail²²⁶¹, à l'aune de la contrainte significative qui était imposée au salarié et qui était de nature à affecter objectivement et significativement sa faculté de gérer librement durant ces périodes son temps et ses activités personnelles²²⁶². Une autre affaire, rendue le même jour, concernait un pompier qui devait se tenir à disposition pour intervenir en vingt minutes, en tenue et au volant de son véhicule professionnel²²⁶³. La CJUE a invité les juridictions nationales à étudier les éléments à prendre en compte pour la qualification du temps d'astreinte comme temps de travail, à savoir, s'il existe des contraintes objectives et significatives. Or, comme l'a souligné un auteur, cette situation provoque un « illogisme » où « soit l'on admet que les périodes d'astreinte, constituent un temps intermédiaire doté d'un régime spécifique, tant en matière de comptabilisation du temps d'attente que de rémunération, soit on considère que ces périodes constituent du travail effectif et donnent lieu tant à l'application de la législation en

²²⁵⁹ Directive 2003/88/CE du 4 novembre 2003 concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail, *op. cit.*

²²⁶⁰ CJUE, 9 mars 2021, aff. C-344/19, *D. J. c/ Radiotelevizija Slovenij*. AJDA 2021. 536; AJFP 2021. 195, et les obs. ; *Dr. soc.* 2021. 715, étude Lacoste-Mary ; RDT 2021. 257, obs. Véricel ; RJS 6/2021, n° 354 ; JSL 2021, n° 521-5, obs. Picard et Noël ; M. VÉRICEL, « Distinction temps de travail et temps de repos en droit français et en droit de l'Union européenne », *op. cit.*

²²⁶¹ « Il convient de relever que l'article 2, point 1, de la directive 2003/88 définit la notion de « temps de travail » comme constituant toute période durant laquelle le travailleur est au travail, à la disposition de l'employeur et dans l'exercice de son activité ou de ses fonctions, conformément aux législations et/ou aux pratiques nationales. Aux termes de l'article 2, point 2, de cette directive, la notion de « période de repos » s'entend de toute période qui n'est pas du temps de travail », CJUE, 9 mars 2021, aff. C-344/19, *D. J. c/ Radiotelevizija Slovenij*. AJDA 2021. 536; AJFP 2021. 195, et les obs. ; *Dr. soc.* 2021. 715, étude Lacoste-Mary ; RDT 2021. 257, obs. Véricel ; RJS 6/2021, n° 354 ; JSL 2021, n° 521-5, obs. Picard et Noël, pt. 28.

²²⁶² « La Cour a jugé qu'une période de garde sous régime d'astreinte, bien qu'elle n'impose pas au travailleur de demeurer sur son lieu de travail, doit également être qualifiée, dans son intégralité, de « temps de travail », au sens de la directive 2003/88, lorsque, en considération de l'impact objectif et très significatif des contraintes imposées au travailleur sur les possibilités, pour ce dernier, de se consacrer à ses intérêts personnels et sociaux, elle se distingue d'une période au cours de laquelle le travailleur doit uniquement être à la disposition de son employeur afin que ce dernier puisse le joindre », CJUE, 9 mars 2021, aff. C-344/19, *D. J. c/ Radiotelevizija Slovenij*. AJDA 2021. 536; AJFP 2021. 195, et les obs. ; *Dr. soc.* 2021. 715, étude Lacoste-Mary ; RDT 2021. 257, obs. Véricel ; RJS 6/2021, n° 354 ; JSL 2021, n° 521-5, obs. Picard et Noël, pt. 36.

²²⁶³ CJUE, 9 mars 2021, aff. C-580/19, *R. J. c/ Stadt Offenbach am Main*, AJDA 2021. 536 ; *Dr. soc.* 2021. 715, étude V. Lacoste-Mary.

matière de limitation du temps de travail, qu'au versement du salaire habituel »²²⁶⁴. Ces affaires marquent, à tout le moins, un certain fléchissement de la part de la CJUE qui a pris en compte le degré de contrainte du travailleur lors de son analyse²²⁶⁵.

478. La prise en compte de la contrainte. Une prise en compte de la contrainte, pour identifier l'existence d'un temps assimilé à du temps de travail, correspondrait finalement à la manifestation de l'exercice d'un lien de subordination, par l'exercice d'un pouvoir par l'employeur. Une telle recherche se ferait au travers d'un faisceau d'indices de la contrainte, au même titre, que celui relatif à un état de subordination²²⁶⁶. Il serait ainsi possible d'imaginer la requalification de certains temps de connexion du salarié ou même de « *joignabilité* » en fonction de la contrainte exercée. La CJUE a ainsi pu donner des lignes directrices pour évaluer l'intensité de la contrainte telle que la possibilité de mener une vie sociale ou la fréquence des interventions²²⁶⁷. En 2018, la CJUE avait déjà commencé à prendre en compte le degré de contrainte en considérant que le temps de garde d'un pompier, qui pouvait être fait à son domicile, mais qui avait l'obligation de répondre aux appels de son employeur dans un délai de huit minutes, qui avait pour effet de restreindre très significativement sa possibilité d'avoir d'autres activités, devait être considéré comme du temps de travail²²⁶⁸. Un mouvement qui n'a pas manqué d'être saisi par la chambre sociale de la Cour de cassation qui, en 2022, a repris la position de la CJUE et a précisé, lors d'un contentieux relatif à la qualification d'une astreinte, que le juge devait vérifier si « *le salarié avait été soumis, au cours de ses périodes d'astreinte, à des contraintes d'une intensité telle qu'elles avaient affecté, objectivement et très significativement, sa faculté de gérer librement, au cours de ces périodes, le temps pendant lequel ses services professionnels n'étaient pas sollicités et de vaquer à des occupations personnelles* »²²⁶⁹. Il s'agit d'une position qui ne rompt pas fondamentalement avec ce qui avait pu être tenu par la chambre sociale, mais qui renforce la position de la CJUE.

²²⁶⁴ M. VÉRICEL, « Distinction temps de travail et temps de repos en droit français et en droit de l'Union européenne », *op. cit.*

²²⁶⁵ V. notamment, M. MORAND, « Travailler effectivement pendant les temps d'inaction », *SSL*, n° 1974, 2021, p. 11-14.

²²⁶⁶ V. à ce sujet, *infra*, n° 647 et s.

²²⁶⁷ V. LACOSTE-MARY, « L'astreinte à la lumière de la directive n° 2003/88/CE ou la jurisprudence du trébuchet », *Dr. soc.*, 2021, p. 715.

²²⁶⁸ CJUE, 21 février 2018, aff. C-518/15, *Nivelles (Ville) c. Matzak*. *AJDA* 2018. 367 ; *AJFP* 2018. 150, *obs. S. Niquège* ; *AJCT* 2018. 344, *obs. A. Aveline* ; *RDT* 2018. 449, *obs. D. Gardes*, *op. cit.*

²²⁶⁹ Cass. soc., 26 octobre 2022, n° 21-14.178, *D. actu.* 15 nov. 2022, *obs. Couëdel* ; *D.* 2022. 1910 ; *RDT* 2023. 46, *obs. Véricel* ; *Dr. soc.* 2022. 1284, *obs. François* ; *RJS* 1/2023, n° 20 ; *SSL* 2022, n° 2022, p. 12, *obs. Champeaux* ; *JCP* 2022. 1266, *obs. Dedessus-Le-Moustier* ; *JCP S* 2022. 1284, *obs. François*.

479. Pour une meilleure protection de la santé des travailleurs. La prise en compte de la contrainte qui a permis de comptabiliser ces temps en temps de travail doit être saluée dans un premier temps, car elle permet de garantir une meilleure protection de la santé des travailleurs. La connexité entre temps de travail et santé est régulièrement avancée, et doit être soulignée. À ce sujet, Monsieur Franck Héas proposait la création d' « un article L. 3110-1 disposant : « La durée du travail est organisée de manière compatible avec la protection de la santé des salariés » »²²⁷⁰. Cette proposition vise à inscrire dans la loi le lien entre durée du travail et santé²²⁷¹. En ce sens, il est, en effet, permis de douter que ces périodes d'attente soient reposantes et exemptes d'anxiété pour le salarié, qui doit rester en alerte et prêt à intervenir²²⁷². La prise en compte de la contrainte permet de traduire la qualité de la période jugée. À défaut d'un réel repos durant le temps de garde, ce temps sera considéré comme un temps de travail, pour permettre au travailleur d'obtenir un temps de récupération effectif tant physique que psychologique. On comprend, *a contrario*, qu'en l'absence de condition objectivement et significativement contraignante, un temps d'astreinte pourrait être considéré comme du temps de repos²²⁷³. La prise en compte des « temps gris », par le critère de la contrainte, n'implique pas nécessairement une remise en cause de la comptabilisation du temps de travail²²⁷⁴. Celle-ci est tout d'abord exigée légalement²²⁷⁵ et elle permet de garantir un certain équilibre des temps de vie du salarié²²⁷⁶.

480. Temps de trajet et santé du salarié. Un autre exemple peut également être soulevé concernant les « temps gris » et la sécurité des travailleurs avec celle du temps de trajet²²⁷⁷. En

²²⁷⁰ F. HÉAS, « Temps et santé au travail, pour une connexion plus explicite dans la loi », *Dr. soc.*, 2015, p. 837.

²²⁷¹ V. également à ce sujet, L. DE MONTVALON, *La charge de travail*, *op. cit.*, p. 47 et s.

²²⁷² V. en ce sens, L. CAMAJI, B. LOPEZ, S. MAILLARD, B. PETIT et A. TRICLIN, « Chronique de droit social européen », *op. cit.*

²²⁷³ V. notamment, CJUE, 9 mars 2021, aff. C-580/19, *R. J. c/ Stadt Offenbach am Main*, *AJDA* 2021. 536 ; *Dr. soc.* 2021. 715, étude V. Lacoste-Mary, *op. cit.*, pt. 59. L'article L. 3121-10 du Code du travail ne serait ainsi pas en contradiction avec la jurisprudence de la CJUE. V. en ce sens, V. LACOSTE-MARY, « L'astreinte à la lumière de la directive n° 2003/88/CE ou la jurisprudence du trébuchet », *op. cit.*

²²⁷⁴ Dont l'approche quantitative reste nécessaire, V. en ce sens, S. TOURNAUX, « Hyperconnexion et charge excessive de travail. Des maux à résoudre par une approche renouvelée du temps de travail », *op. cit.*, p. 79.

²²⁷⁵ Elle constitue une exigence de la directive n° 2003/88/CE du 4 nov. 2003 telle qu'interprétée par la CJUE qui indique que « les États membres doivent imposer aux employeurs l'obligation de mettre en place un système objectif, fiable et accessible permettant de mesurer la durée du temps de travail journalier effectué par chaque travailleur », CJUE, 14 mai 2019, aff. C-55/18, *RJS* 2019, p. 601, obs. E. Lafuma ; *RDT* 2019. 491, note M. Miné.

²²⁷⁶ S. TOURNAUX, « Reconfigurer les temps de vie du salarié », *op. cit.* L'auteur relève que « sur le plan juridique, décompter la durée de travail reste indispensable. D'abord parce que le temps est l'étalon de la rémunération sur laquelle il joue un rôle d'objectivation. Ensuite parce que seules des limites temporelles permettent de garantir que l'ensemble des temps de vie d'un salarié ne seront pas happés par le travail. Même le forfait en jours, forme la plus aboutie d'abolition des limites temporelles quotidienne et hebdomadaire de travail, n'est pas parvenu à se défaire de l'exigence d'un contrôle du respect des durées minimales de repos et, surtout, des durées raisonnables de travail ».

²²⁷⁷ V. sur le temps des déplacements, F. PETIT, « Le temps des déplacements du salarié », *Dr. soc.*, 2022, p. 32.

principe, le temps de trajet n'est pas considéré comme du temps de travail effectif²²⁷⁸, à l'exception notamment de la mission²²⁷⁹ ou de l'astreinte²²⁸⁰. Il est, cependant, possible de considérer que le temps de trajet correspond à un « *temps gris* ». Il s'agit d'un temps intermédiaire, nécessaire pour se rendre sur le lieu de travail et qui doit nécessairement être pris en compte par l'employeur. Les juges ont, à ce sujet, jugé valide le licenciement d'un salarié fondé sur le maintien de son domicile considéré par l'employeur trop éloigné de son lieu de travail, en vertu de son obligation de « *veiller au repos quotidien de son salarié et à l'équilibre entre sa vie familiale et sa vie professionnelle dans le cadre de la convention de forfait en jours à laquelle il était soumis* »²²⁸¹. Cette affaire illustre la nécessité de l'employeur de prendre en compte l'existence de ces « *temps gris* » à l'aune de son obligation de prévention et de sécurité. Cette décision est cependant inédite et ne permet pas nécessairement d'en tirer une portée trop générale²²⁸², néanmoins elle permet de constater une prise en compte croissante des temps intermédiaires.

481. En effet, s'agissant du temps de trajet, la chambre sociale de la Cour de cassation a récemment qualifié de temps de travail effectif les temps de trajets ou de déplacement d'un salarié qui « *devait en conduisant, pendant ses déplacements, grâce à son téléphone portable professionnel et son kit main libre intégré dans le véhicule mis à sa disposition par la société, être en mesure de fixer des rendez-vous, d'appeler et de répondre à ses divers interlocuteurs* »²²⁸³. La Haute juridiction a ainsi condamné l'employeur au paiement d'heures supplémentaires. Cette position poursuit celle qu'avait pu avoir la CJUE²²⁸⁴, à la différence que

²²⁷⁸ « Toutefois, s'il dépasse le temps normal de trajet entre le domicile et le lieu habituel de travail, il fait l'objet d'une contrepartie soit sous forme de repos, soit sous forme financière. La part de ce temps de déplacement professionnel coïncidant avec l'horaire de travail n'entraîne aucune perte de salaire », art. L. 3121-4 C. trav. ; V. également, Cass. soc., 26 mars 2008, n° 05-41.476, D. 2008. AJ 1049, obs. Perrin ; *ibid.* Pan. 2308, obs. Dupouey-Dehan ; RJS 2008. 398, avis Petit ; Dr. soc. 2008. 744, obs. Savatier.

²²⁷⁹ Cass. soc., 16 juin 2004, n° 02-43.685, RJS 2004. 722, n° 1051.

²²⁸⁰ Cass. soc., 31 octobre 2007, n° 06-43.834 et n° 06-43.835, D. 2007. AJ 2950, obs. Maillard ; RDT 2008. 41, obs. Véricel ; Dr. soc. 2008. 248, obs. Radé, *op. cit.*

²²⁸¹ CA Versailles, 10 mars 2022, n° 20/02208, *op. cit.* ; V. également, *supra*, n° 375.

²²⁸² C. LEUCHER, « L'obligation de sécurité justifie le licenciement d'un salarié ayant refusé de se rapprocher de son lieu de travail », *op. cit.*

²²⁸³ Les temps de trajet entre le domicile du salarié et les sites des premiers et derniers clients doivent être intégrés dans son temps de travail et rémunérés comme tel dès lors qu'il ressort que, pendant ces temps, le salarié devait se tenir à la disposition de l'employeur et se conformer à ses directives sans pouvoir vaquer à des occupations personnelles. Cass. soc., 23 novembre 2022, n° 20-21.924, D. actu. 30 nov. 2022, obs. Malfettes ; D. 2022. 2104 ; RDT 2023. 194, note Morel ; Dr. soc. 2023. 348, obs. François ; RJS 2/2023, n° 81 ; JSL 2023, n° 552-5, obs. Tissandier ; JCP S 2023. 1003, obs. Aumeran ; V. également en ce sens, Cass. soc., 1er mars 2023, n° 21-12.068, D. 2023. 464 ; RDT 2023. 194, note Morel ; RJS 5/2023, n° 255 ; JCP S 2023. 1090, obs. Aumeran.

²²⁸⁴ CJUE, 10 septembre 2015, aff. C-266/14, Tyco. JCP S 2015, 1418, note J.-Ph. Tricoit ; Dr. soc. 2016, p. 58, note A. Fabre ; RJS 2016, p. 13, note M. Morand ; RTD eur. 2016, p. 848, note S. Robin-Olivier ; RDT 2016, p. 46, note M. Véricel.

le droit de l'Union traite la question du temps de travail effectif sous l'angle de la protection de la santé et de la sécurité des travailleurs, et qu'ici le juge national y a consacré des conséquences en matière de rémunération²²⁸⁵. Depuis lors, le juge suit un faisceau d'indices afin d'apprécier du « *degré de dépendance ou d'autonomie du salarié à l'égard de l'employeur pour déterminer si ce temps appartient ou non à la définition de l'article L. 3121-4 du Code du travail* »²²⁸⁶. Une telle prise en compte est, selon nous, souhaitable, surtout à l'ère numérique qui peut conduire à une certaine défragmentation du temps.

482. Le renouvellement du « temps gris » à l'ère numérique. Il pourrait être envisagé d'aller plus loin dans la prise en compte du degré de contrainte. Un retour du concept du « *temps gris* » permettrait de dépasser cette vision binaire : temps de travail *versus* temps de repos. L'ère numérique et le travail à distance avec un accès quasi permanent au travail – principalement pour les « *travailleurs du savoir* »²²⁸⁷ – renouvellent la question de la reconnaissance des « *temps gris* ». Un auteur posait très justement la question de savoir si « *le salarié qui commence sa journée par la lecture au petit-déjeuner d'e-mails reçus la veille ou pendant la nuit est-il à ce moment précis à la disposition de son employeur ? Faut-il présumer qu'il a renoncé à son droit à la déconnexion ? Une telle renonciation résulte-t-elle d'un choix libre ou d'une situation de contrainte, à raison d'une charge excessive ?* »²²⁸⁸. Sans aller jusqu'à une comptabilisation « *à la minute* » de ces temps consacrés aux activités professionnelles, il conviendrait néanmoins de les prendre en compte, soit comme temps de travail effectif, soit en tant que qualification intermédiaire²²⁸⁹. La durée ainsi que la fréquence des connexions en dehors des plages horaires doivent être suivies et encadrées. Une telle position mène à intégrer et à reconnaître l'existence de « *temps gris* » pour garantir l'exercice du droit à la déconnexion²²⁹⁰.

483. Vers un temps choisi ? Dans la continuité d'un renouvellement de l'approche des « *temps gris* », il pourrait être opportun de poursuivre la réflexion autour du concept de « *temps choisi* ». Cette perspective avait été développée dès les années 2000²²⁹¹ pour mettre en exergue la

²²⁸⁵ P. FLORÈS, « Dernières jurisprudences sur le temps de travail effectif », *SSL*, n° 2048, 2023, p. 9 ; F. MOREL, « Temps de trajet domicile-travail des itinérants : l'alibi européen du revirement de la chambre sociale de la Cour de cassation », *RDT*, 2023, p. 194.

²²⁸⁶ F. BERGERON, A. MARTINON et M. MORAND, « Autonomie du salarié et temps de travail », *BJT*, n° 11, 2022, p. 66.

²²⁸⁷ V. *supra*, n° 347.

²²⁸⁸ N. LÉGER, « La preuve du temps effectivement travaillé », *op. cit.*

²²⁸⁹ S. TOURNAUX, « Les temps périphériques au travail », *op. cit.*

²²⁹⁰ V. *supra*, n° 376 et s.

²²⁹¹ F. FAVENNEC-HÉRY, « Le temps vraiment choisi », *op. cit.*

manifestation d'un choix de son temps de travail de la part du travailleur – au travers de l'individualisation du temps de travail ou encore des possibilités qu'offre le compte épargne temps – bien que l'encadrement reste perfectible²²⁹². À cet égard, la convention de forfait-jours offre déjà, en partie, une certaine flexibilité aux travailleurs dans l'organisation de leur temps²²⁹³. Le temps choisi traduit ainsi la croissance de l'autonomie des travailleurs. Cependant, le doute qui entoure le libre choix du salarié en état de subordination subsistera toujours. Face à l'hyperconnexion, il est nécessaire de conserver certains garde-fous, dont les durées maximales et les temps de repos, pour préserver, parfois malgré eux, la santé et la sécurité des salariés²²⁹⁴. Il convient ainsi de mêler une approche à la fois quantitative et qualitative du temps de travail.

484. Conclusion de section. Le temps de la subordination a largement été bousculé à l'ère numérique, dont la dématérialisation des échanges a entraîné une perméabilité des temps par une connexion permanente possible des temps professionnels et personnels. Le temps de la subordination constitue toujours le référentiel initial pour l'exercice du pouvoir disciplinaire, mais il existe désormais de nombreuses fenêtres – tels que le manquement à une obligation contractuelle ou le rattachement à la vie professionnelle – pour faire entrer le pouvoir disciplinaire dans le temps personnel du salarié. L'analyse de la jurisprudence conduit à constater un élargissement indéniable du temps de la discipline. Le temps privé constitue de moins en moins une immunité disciplinaire pour le salarié. Ce contexte appelle parallèlement à devoir prendre en compte l'essor des « *temps gris* », qui montre les failles d'une conception binaire du temps de travail. La porosité entre les temps nécessite de comprendre l'exercice du pouvoir avec davantage de finesse par le critère de la contrainte, qui traduit l'exercice de la subordination. Une telle lecture des temps du salarié a commencé à être adoptée par les juges et doit être poursuivie pour permettre ainsi de garantir une meilleure protection de la santé et de la sécurité des salariés.

²²⁹² V. également à ce sujet, J. BARTHÉLÉMY et G. CETTE, « Le développement du temps vraiment « choisi » », *Dr. soc.*, 2002, p. 135 ; J. BARTHÉLÉMY et G. CETTE, « Vers une approche plus qualitative de la durée du travail », *Dr. soc.*, 2015, p. 47.

²²⁹³ V. *supra*, n° 354.

²²⁹⁴ V. sur le devoir de contrôle, *supra*, n° 372 et s.

485. Conclusion de chapitre. L'ère numérique a conduit à un élargissement tant du domaine que du temps du pouvoir disciplinaire. La question du rapport entre la vie personnelle du salarié et le pouvoir disciplinaire de l'employeur a été renouvelée par l'usage des outils numériques. L'étude de la jurisprudence conduit à constater une protection amoindrie des libertés fondamentales du salarié face au pouvoir disciplinaire de l'employeur. Il convient, en effet, de constater un regain indéniable du droit à la preuve. La mise en balance par les juges de la protection de la vie personnelle du salarié sur les réseaux sociaux et du droit à la preuve est désormais largement en faveur de la recherche de la vérité judiciaire, avec l'admission de preuves illicites. Cette évolution de la position des juges occasionne un renforcement du lien de subordination par l'exercice du pouvoir disciplinaire qui peut suivre l'activité privée du salarié en ligne. Un tel élargissement conduit l'employeur à sanctionner non plus seulement l'inexécution ou la mauvaise exécution de la prestation de travail, mais également le comportement général du salarié, ce, même en dehors du temps et des murs de l'entreprise. Il a cependant été noté que l'évolution concerne également la défense du salarié dont les demandes de mesures *in futurum* et le recours au droit d'accès ont connu un certain essor et tend à rééquilibrer le contentieux. Il convient néanmoins de préciser certaines limites tant pour ne pas dénaturer le droit d'accès, que pour éviter que l'article 145 du Code de procédure civile ne devienne le fondement d'un droit d'investigation général. Par ailleurs, la porosité des temps ainsi constatée appelle à observer une approche renouvelée de la prise en compte des « *temps gris* », pour une juste protection de la santé et la sécurité des salariés à l'épreuve du numérique. L'analyse du degré de contrainte du salarié pourrait être une voie pour appréhender les temps intermédiaires, auxquels les salariés sont de plus en plus confrontés. L'évolution de la jurisprudence sur ce point permettrait de prendre en compte une connexion, qui peut être permanente entre le temps privé et professionnel, liée notamment à la dématérialisation.

486. Conclusion de titre. L'extension de la surveillance de l'employeur, que révèle le couple contrôle-sanction, conduit à une impression d'omniprésence de l'employeur, qui peut entraîner une « *sur-subordination* » d'une partie des salariés²²⁹⁵, dont l'existence et les risques ne doivent

²²⁹⁵ V. *supra*, n° 331.

pas être sous-estimés. Il a été observé comment les outils numériques ont offert à l'employeur des moyens de contrôle, tant physiques qu'en ligne, lui permettant de suivre en temps réel, la bonne réalisation de la prestation de travail et ainsi que mesurer la productivité des salariés. L'exercice de son pouvoir a également pu évoluer vers une influence sur le comportement du salarié. En ce sens, bien qu'une partie des salariés ait pu gagner en autonomie, occupant d'ailleurs le devant de la scène de la recherche sur les questions du numérique – occultant parfois la situation des salariés des secteurs primaires et secondaires qui demeurent encore majoritaires sur le marché du travail²²⁹⁶ – ils demeurent encore largement contrôlés, par la fixation d'objectif et la mise en œuvre de politique d'entreprise recherchant l'adhésion personnelle des salariés. L'analyse des conditions de leur travail conduit à constater qu'ils ne sont finalement pas si proches de la figure du travailleur indépendant, qui avait pu être suggéré²²⁹⁷. L'extension a été suivie sur le terrain disciplinaire où le droit à la preuve a été renforcé par le juge. Pour ce faire, les exigences de loyauté et de licéité ont connu un certain amoindrissement. Cette évolution intéresse le domaine du pouvoir disciplinaire, en tant que justification de la décision de l'employeur. L'employeur peut, en effet, se saisir de plus en plus aisément des activités privées de ses salariés sur les réseaux sociaux par exemple. La porosité entre le temps personnel et professionnel n'a cessé de permettre des incursions du pouvoir de l'employeur dans la sphère personnelle, suivant progressivement le salarié en tout temps et tout lieu. Dès lors, le dépassement de la vision binaire du temps de travail doit mener à prendre en compte « *le temps au travail* »²²⁹⁸, avec la notion de contrainte, pour garantir une protection effective de la santé des travailleurs, même lors de ces « *temps gris* ».

487. Conclusion de partie. Le numérique a profondément transformé l'expression des pouvoirs de l'employeur²²⁹⁹. Si cela a une incidence sur le lien de subordination, il n'a cependant rien perdu de son actualité, voire, il s'en trouve renforcé à l'ère numérique. Pour comprendre son évolution, il convenait donc de revenir sur chacun des pouvoirs qui le

²²⁹⁶ V. *supra*, n° 330.

²²⁹⁷ V. *supra*, n° 41.

²²⁹⁸ V. à ce sujet, A. JOHANSSON, « Le temps de travail effectif : temps productif ou temps « à disposition » », *op. cit.*

²²⁹⁹ V. notamment la nouvelle manifestation du pouvoir, A. SUPIOT (dir.), *Au-delà de l'emploi : Les voies d'une vraie réforme du droit du travail*, 2^e éd., Flammarion, 2016, p. 38 ; H. PETIT (dir.) et N. THÉVENOT (dir.), *Les nouvelles frontières du travail subordonné*, *op. cit.*, p. 87.

composent, selon le triptyque classique : direction, contrôle et sanction²³⁰⁰. Malgré les évolutions qu'a apportées le numérique dans les rapports de travail, le schéma traditionnel de la subordination demeure : l'organisation d'une activité, qui conduit à la direction du travail, qui est contrôlé et dont les manquements peuvent être sanctionnés. Le numérique transforme, mais ne métamorphose pas. Notre étude conduit même à constater un renforcement du lien de subordination, par l'exercice renouvelé du pouvoir de surveillance de l'employeur par le numérique.

488. Tout d'abord, le numérique est devenu une source de rationalisation du pouvoir de direction par l'usage de chiffres et de mesures, à l'aide notamment du SIRH. Ce mouvement conduit à une certaine dissimulation du visage de l'employeur, mais qui n'est qu'apparente. C'est bien le titulaire du pouvoir de direction qui décide et qui doit donc demeurer responsable de l'organisation de l'activité et de la direction du personnel. Par ailleurs, la rationalisation du pouvoir de direction traduit une recherche d'objectivation de la décision, dont l'établissement de critères, d'indicateurs, permettrait *a priori* de préjustifier sa décision et de garantir l'exemption de biais, notamment discriminatoires. Bien que la recherche d'objectivité puisse être saluée, la préautomatisation de la décision doit pouvoir être vérifiable et pertinente. La raison numérique ne doit pas être la seule justification de la décision de l'employeur, au risque de basculer vers une rationalité instrumentale. En outre, l'exercice rationalisé du pouvoir de direction nourrit une surveillance accrue, par le besoin d'alimenter les outils numériques en données.

489. Le numérique a ainsi conduit à un certain renforcement du lien de subordination tant au travers d'une volonté de rationalisation de la direction²³⁰¹ que d'un élargissement de la surveillance de l'employeur²³⁰². L'extension du pouvoir de contrôle de l'employeur appelle à un encadrement qui doit être davantage qualitatif que quantitatif pour éviter que les salariés ne soient soumis à une « *sur-subordination* ». L'employeur tend à être omniprésent dans la vie du salarié, car même dans sa vie personnelle, il peut exercer ses pouvoirs, tant de contrôle que disciplinaire. L'utilisation du numérique abolit progressivement les frontières qui avaient pu être érigées. Malgré le fait qu'ils demeurent des référentiels indispensables pour garantir la santé et la sécurité des salariés, de telles évolutions appellent à des aménagements pour encadrer

²³⁰⁰ Cass. soc., 13 novembre 1996, n° 94-13.187, *Société générale. GADT*, 4e éd., n°2 ; *Dr. soc.*, 1996, p. 1067, note J.-J. Dupeyroux ; *JCP E* 1997. II. 911, note J. Barthélémy ; *RJS* 12/96, n° 1320, *op. cit.*

²³⁰¹ V. sur « *l'indicateur objectif* », A. SUPIOT, *La gouvernance par les nombres*, *op. cit.*, p. 247 et s.

²³⁰² Un auteur évoquait dès 2002 l'existence d'un « *œil électronique* », C. RADE, « Nouvelles technologies de l'information et de la communication et nouvelles formes de subordination », *Dr. soc.*, 2002, p. 26.

l'exercice de la surveillance de l'employeur. Cependant, l'analyse de la jurisprudence a montré que les juges sont de plus en plus enclins à accepter des atteintes aux libertés fondamentales des salariés au profit notamment du droit à la preuve. Le numérique renouvelle ainsi des questions anciennes où la vérité prime sur l'exigence de loyauté et de transparence. Malgré la liberté que peut offrir le numérique, qui a pu certes accroître l'autonomie d'une partie des salariés, notre étude a ainsi montré que le numérique a, paradoxalement, renforcé l'exercice de la subordination.

490. L'étude de la transformation du lien de subordination, par l'observation de l'exercice des pouvoirs de l'employeur, issu de sa définition classique²³⁰³, à l'ère numérique, confirme toute son actualité et sa pertinence. Malgré certaines transformations dans ses modalités d'exercice, le lien de subordination demeure une notion clé dans la relation salariale. Or, le lien de subordination comme critère du contrat de travail est en proie à une remise en question par l'apparition de nouveaux acteurs que sont les plateformes numériques de travail. C'est là l'existence même d'une relation de travail, qui est questionnée sous le prisme du lien de subordination. Au travers de l'émergence de ces nouvelles formes de travail, c'est l'opportunité du lien de subordination, en tant que critère du contrat de travail, qui a pu faire l'objet de critiques et dont la résistance a été mise à l'épreuve par le numérique.

²³⁰³ Cass. soc., 13 novembre 1996, n° 94-13.187, *Société générale. GADT*, 4e éd., n°2 ; *Dr. soc.*, 1996, p. 1067, note J.-J. Dupeyroux ; *JCP E* 1997. II. 911, note J. Barthélémy ; *RJS* 12/96, n° 1320, *op. cit.*

SECONDE PARTIE : LA RÉSISTANCE DU LIEN DE SUBORDINATION FACE AU NUMÉRIQUE

491. Le développement du numérique, par l'utilisation croissante d'internet, a permis l'émergence de nouveaux acteurs que sont les plateformes numériques²³⁰⁴. En tant qu'intermédiaires, elles représentent une grande diversité d'activités, concernant aussi bien la création artistique, que la consommation²³⁰⁵, ou la publicité avec l'émergence d'influenceurs²³⁰⁶. Dans le cadre de la création de leur activité, les plateformes numériques ont tiré profit du contexte d'externalisation du travail et de la volonté d'autonomie des travailleurs pour offrir un modèle alternatif au salariat « classique ». Certains auteurs évoquent même l'existence d'un « capitalisme des plateformes »²³⁰⁷. Leur apparition a suscité un vif intérêt de la recherche²³⁰⁸, particulièrement en droit du travail, car elles ont occasionné de nombreux contentieux quant à la qualification juridique de la relation qu'elles entretiennent avec leurs partenaires. La question est, en effet, de savoir si les règles du salariat doivent s'appliquer à ces

²³⁰⁴ V. sur le rapport avec l'économie collaborative, S. CHASSAGNARD-PINET, « À la recherche d'une définition de l'« économie collaborative » », *Cahiers de droit de l'entreprise*, n° 3, mai 2017, dossier 11.

²³⁰⁵ V. notamment, M. LE ROY, *La loyauté des plateformes à l'égard des consommateurs*, *op. cit.* ; J. SÉNÉCHAL, « Ubérisation et droit de la consommation », *Dalloz IP/IT*, 2017, p. 363.

²³⁰⁶ V. *supra*, n° 45 ; V. notamment à ce sujet, B. LOPEZ, « Le risque de requalification en contrat de travail d'une prestation d'influenceur », *op. cit.* ; C. BLANQUART, « Les influenceurs et l'accès au salariat », *op. cit.* ; T. GIRARD-GAYMARD, « Les influenceurs et le droit », *D.*, 2020, p. 92 ; E. DUMUR et P. WILHELM, « Quel encadrement de l'activité et des pratiques des influenceurs », *JCP E*, n° 21-22, 2020, 355 ; A. SZKOPINSKI, « À la recherche d'un statut juridique pour les influenceurs », *op. cit.* ; T. ROMAND et V. SEQUIER, « Instagrameurs, blogueurs, youtubeurs : quel statut juridique pour les « influenceurs » ? », *LEXplicité*, juin 2018 ; M. MALAURIE-VIGNAL, « Approche pluridisciplinaire : de la difficulté à protéger influenceur, maison de mode et consommateur », *Dalloz IP/IT*, 2020, p. 465.

²³⁰⁷ J. SÉNÉCHAL, « Préface », *op. cit.*

²³⁰⁸ V. notamment, les thèses en droit du travail sur les plateformes numériques, B. GOMES, *Le droit du travail à l'épreuve des plateformes numériques*, *op. cit.* ; E. MAUREL, *Entre subordination et dépendance. Essai sur une relecture de la subordination par les plateformes de mobilité*, *op. cit.* ; A. PACQUETET, *Les plateformes collaboratives*, *op. cit.* ; M. VICENTE, *Les droits collectifs des travailleurs de plateformes : étude sur le champ d'application personnel des droits collectifs dans le contexte des plateformes numériques*, *op. cit.*

travailleurs et si le modèle du droit du travail, fondé sur la subordination, est toujours opportun face à ces nouvelles formes d'organisation du travail. De telles questions ont nourri les débats doctrinaux et ont suscité nombre de propositions, allant même jusqu'à estimer que le lien de subordination serait obsolète²³⁰⁹. Pour observer la résistance du lien de subordination face au numérique, il a été fait le choix de se concentrer sur les plateformes numériques de travail, car elles représentent l'essentiel du contentieux. De plus, elles sont particulièrement représentatives du mouvement de remise en question que connaît le lien de subordination, comme critère du contrat de travail²³¹⁰. Bien que l'analyse se focalisera sur les plateformes numériques de travail, les enseignements qui en seront tirés ont pour ambition de s'appliquer à d'autres formes d'organisation du travail ou d'expression du pouvoir.

492. Pour connaître la qualification juridique à retenir, il convient d'observer l'état de subordination des partenaires, travailleurs, des plateformes numériques de travail²³¹¹. Or, ces dernières ont tenté de dissimuler l'existence d'un tel état, avec l'appui du législateur par la création d'un statut d'indépendant en qualité de « *travailleurs utilisant une plateforme de mise en relation par voie électronique* »²³¹². Mais cette entreprise a échoué en partie, face au pouvoir de requalification du juge qui a pu analyser les conditions effectives de la réalisation de la prestation de service par les partenaires²³¹³ (**Titre 1**). L'étude de leur activité, sous le prisme du lien de subordination, a contribué à révéler la réalité de ces modèles : la remise en question du lien de subordination, pour éviter l'application des dispositions découlant de son existence (**Titre 2**).

²³⁰⁹ V. sur la force argumentative des plateformes numériques, T. PASQUIER, « Les travailleurs de plateforme sur le modèle de la subordination », *SSL*, n° 2039, 2023, p. 5-6.

²³¹⁰ « À la méthodologie traditionnelle de la pesée des indices de subordination et d'indépendance, se substitue une analyse en termes, d'abord, d'exclusion d'une indépendance fictive, ensuite, d'établissement d'une subordination », T. PASQUIER, « Les travailleurs de plateforme sur le modèle de la subordination », *SSL*, n° 2039, 2023, p. 6.

²³¹¹ En ce sens, le doyen Jean-Guy Huglo évoquait qu'il « *semble important que le droit du travail prenne en compte la situation des travailleurs plus ou moins précaires et plus ou moins subordonnés. À défaut, le droit du travail passe à côté de l'objectif qui est le sien depuis presque deux siècles* », F. CHAMPEAUX, « Le droit du travail doit prendre en compte la situation des travailleurs des plateformes », *SSL*, n° 1899, 2020, p. 3 et s.

²³¹² Art. L. 7341-1 et s. C. trav.

²³¹³ En effet, « *la seule volonté des intéressés [est] impuissante à soustraire au statut social découlant nécessairement des conditions d'accomplissement de son travail* », Cass., ass. plén., 4 mars 1983, n° 81-11.647, *D.* 1983. 381, concl. Cabannes ; *D.* 1984. IR 164, obs. Béraud.

Titre 1 : La tentative de dissimulation du lien de subordination des travailleurs de plateformes numériques de travail

493. L'externalisation du travail prônée par l'économie des plateformes a provoqué « *la dernière étape en date du processus de restructuration globale des chaînes de valeur* »²³¹⁴, exprimée par le remplacement de la relation d'emploi, par une relation commerciale. Ce mouvement a conduit à l'adoption du terme « *ubérisation* », issu de la désormais célèbre entreprise *Uber*, qui reçoit dans le dictionnaire Le Robert son entrée en 2017, la définition suivante : « *transformer (un secteur d'activité) avec un modèle économique innovant en tirant parti du numérique* »²³¹⁵. Le numérique a ainsi fait apparaître de nouvelles formes de travail, *via* de nouveaux outils que sont les réseaux sociaux ou les plateformes, dont il convient donc de rechercher la véritable qualification juridique.

494. La diversité des activités et des organisations au sein des plateformes numériques de travail implique de devoir analyser, au préalable, le fonctionnement de la plateforme afin de pouvoir qualifier juridiquement leur activité, pour ensuite connaître de leurs relations avec les travailleurs. En ce sens, deux catégories de plateformes numériques de travail seront distinguées : les plateformes-« marchés », qui mettent « *en contact un offreur et un demandeur* » et les plateformes « cadres », qui définissent « *le service et cadre[nt] le travail des fournisseurs* »²³¹⁶. Ici, l'originalité consiste en ce que pour analyser juridiquement l'état de subordination des travailleurs, il convient de partir de l'analyse de l'activité de la plateforme,

²³¹⁴ A.-M. NICOT, « Les enjeux du travail dans l'économie des plateformes », *op. cit.*, p. 60.

²³¹⁵ V. « Ubériser », dans *Le Robert. Dico en ligne*, <https://dictionnaire.lerobert.com/definition/uberiser> [consulté le 22 août 2023].

²³¹⁶ P. FLICHY, « Le travail sur plateforme. Une activité ambivalente », *Réseaux*, vol. 213, n° 1, 2019, p. 176.

avant d'observer les conditions de réalisation de la prestation de travail. L'étape de la qualification²³¹⁷ est un préalable nécessaire, car l'analyse juridique des faits implique celles de sa notion et de son régime²³¹⁸. L'opération permet ainsi de déterminer et d'appliquer la règle de droit aux faits correspondants. Cette démarche présente toujours un intérêt essentiel face à des enjeux inédits, comme celui des plateformes numériques de travail²³¹⁹, dont les travailleurs se trouvent au croisement des présomptions tiraillées entre celle relative à l'indépendance²³²⁰ et la proposition de directive européenne qui prévoit la mise en œuvre d'une présomption de salariat²³²¹.

495. À l'appui de la qualification de la relation des plateformes numériques de travail avec leurs partenaires, il convient de rappeler que « *ce n'est pas la volonté des contractants qui fonde la subordination mais une situation de fait* »²³²². En outre, selon Monsieur Alain Supiot, la subordination désignerait d'une part un lien d'appartenance et d'autre part un lien d'obéissance. Ce double sens se traduirait « *d'un côté [...], une subordination fonctionnelle, résultant de l'intégration à une organisation ; de l'autre, une subordination personnelle, résultant de la soumission à autrui* »²³²³. Dès lors, l'identification du lien de subordination appelle à distinguer son aspect fonctionnel et personnel, face à la tentative des dissimulations des plateformes. Il convient d'observer en premier lieu l'influence de l'organisation des plateformes numériques de travail sur la reconnaissance d'un lien de subordination fonctionnelle (**Chapitre 1**), pour ensuite considérer l'existence d'une subordination personnelle par l'exercice de pouvoirs des plateformes « cadres » sur la prestation de travail et sur la personne même de ses « partenaires » (**Chapitre 2**).

²³¹⁷ V. sur la qualification, « *opération intellectuelle consistant à rattacher une situation de fait ou de droit à une catégorie juridique déjà existante (concept, institution) et permettant de déterminer le régime juridique applicable.* », V. « Qualification », T. DEBARD et S. GUINCHARD, *Lexique des termes juridiques*, 30^e éd., Dalloz, coll.« Lexiques », 2022, p. 871.

²³¹⁸ La qualification « *a précisément pour objet de déterminer le régime juridique qui s'applique à une situation factuelle donnée. Il s'agit de rattacher la situation factuelle à une catégorie de manière à susciter l'application du régime correspondant* », M. CUMYN, « Les catégories, la classification et la qualification juridiques : réflexions sur la systématisme du droit », *Les Cahiers du droit*, vol. 52, n° 3-4, 2011, p. 369.

²³¹⁹ D. HOUTCIEFF, « Les plateformes au défi des qualifications », dans *L'émergence d'un droit des plateformes*, Dalloz, coll.« Thèmes & commentaires », 2021, p. 51 et s.

²³²⁰ Art. L. 8221-6 et L. 7341-1 C. trav.

²³²¹ Proposition de directive relative à l'amélioration des conditions de travail dans le cadre du travail via une plateforme du 9 décembre 2021, COM/2021/762, *op. cit.*

²³²² P. LOKIEC, *Contrat et pouvoir*, *op. cit.*, p. 342.

²³²³ A. SUPIOT, *Le droit du travail*, *op. cit.*, p. 70.

Chapitre 1 : La reconnaissance nécessaire d'un lien de subordination fonctionnelle des plateformes numériques de travail

496. Depuis quelques années, *Uber*, *Deliveroo*, et bien d'autres sont apparus dans les foyers des particuliers et plus particulièrement dans leurs téléphones. Ces plateformes numériques révolutionnent les manières de consommer, de se déplacer, jusqu'à entrer dans le vocabulaire courant²³²⁴. Une partie de ces nouveaux acteurs du numérique a pour activité l'intermédiation dans le but de réaliser une prestation de service. Dès lors que l'objet de la mise en relation par une plateforme numérique concerne une prestation de travail, la plateforme peut être considérée comme étant une plateforme numérique de travail²³²⁵. Du point de vue du consommateur, ces nouveaux services à bas coût sont une véritable aubaine. À travers l'interface de la plateforme, les consommateurs sont mis en relation avec des travailleurs, pour la réalisation d'un service, s'inscrivant dans l'offre de service ou le domaine d'activité de la plateforme. Cependant, ces plateformes ont suscité de vives interrogations et ont fait l'objet d'une attention particulière de la part de la doctrine²³²⁶ en droit du travail, principalement sur la nature juridique de leurs relations avec leurs « *partenaires* ». À ce sujet, la question est de savoir jusqu'où va leur rôle dans l'intermédiation. Ces nouvelles organisations numériques peuvent, en effet, présenter une influence suffisamment déterminante sur la prestation réalisée *via* leur interface, qu'elles pourraient en modifier la qualification juridique, jusqu'à laisser entrevoir une subordination

²³²⁴ En atteste l'entrée dans le dictionnaire du mot « *ubérisation* ».

²³²⁵ « *C'est bien le travail en tant qu'objet contractuel qui permet de distinguer parmi les plateformes marchandes celles qui relèvent de la qualification de plateformes de travail* », B. GOMES, *Le droit du travail à l'épreuve des plateformes numériques*, *op. cit.*, p. 26-27.

²³²⁶ V. notamment, S. ABDELNOUR et D. MÉDA, *Les nouveaux travailleurs des applis*, *op. cit.* ; X. DELPECH (dir.), *L'émergence d'un droit des plateformes*, *op. cit.* ; J. PRASSL, *L'ubérisation du travail : promesses et risques du travail dans l'économie des petits boulots*, Dalloz, 2021 ; G. DUCHANGE, « La subordination juridique à l'heure des plateformes numériques », *op. cit.* ; S. FISCHMAN et B. GOMES, « Intelligences artificielles et droit du travail : contribution à l'étude du fonctionnement des plateformes numériques », *op. cit.* ; R. CARELLI, P. CINGOLANI et D. KESSELMAN, *Les travailleurs des plateformes numériques*, *op. cit.*

fonctionnelle. Face à ce constat, il s'agit de dévoiler la véritable cause du contrat en révélant l'intention réelle des parties au travers de l'économie du contrat²³²⁷. En outre, l'intérêt de recourir à la notion de subordination fonctionnelle est de redonner une place au pouvoir de direction de l'activité, relativement méconnue dans l'analyse classique du lien de subordination²³²⁸.

497. Le législateur a dû se saisir de la question des travailleurs exerçant des prestations de service par l'intermédiaire des plateformes numériques. À cet égard, un statut *ad hoc* a été créé pour une partie d'entre eux dans le but de leur offrir des garanties tout en préservant le modèle économique des plateformes. Or, l'analyse des conditions d'exercice de la prestation de travail montre que ce régime demeure embryonnaire et insuffisant à garantir une protection réellement satisfaisante (**Section 1**). Dès lors, il conviendrait d'intégrer la subordination fonctionnelle, traduisant l'exercice d'une direction de l'activité, au faisceau d'indices de l'état de subordination²³²⁹. Un tel ajout permettrait de rendre compte de l'influence de l'organisation de la plateforme. L'absence de prise en compte de ce critère a conduit le législateur à exclure une partie des plateformes numériques d'une quelconque régulation sociale²³³⁰. De plus, une telle approche impose de s'attarder sur les choix de fonctionnement²³³¹ de ces nouveaux acteurs qui ont pu être pris en compte et entraîner des conséquences sur la qualification juridique de leur activité, ce qui peut être une source d'inspiration pour le droit social (**Section 2**).

²³²⁷ T. PASQUIER, *L'économie du contrat de travail : conception et destin d'un type contractuel*, *op. cit.*

²³²⁸ Sur l'appréhension par le lien de subordination personnelle, V. *infra*, n° 649 et s.

²³²⁹ V. *supra*, n° 18.

²³³⁰ Le législateur est dans une logique de régulation concernant les plateformes numériques. « *Équilibrage d'un ensemble mouvant d'initiatives naturellement désordonnées par des interventions normalisatrices, l'action de régler un phénomène évolutif, l'action d'en maîtriser dans le temps l'importance quantitative, en soumettant son développement à des normes* », V. « Régulation », G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, p. 889.

²³³¹ En ce sens, J. PRASSL, « Uber devant les tribunaux. Le futur du travail ou juste un autre employeur », *RDT*, 2017, p. 439.

Section 1 : L'insuffisance de la création du statut des travailleurs utilisant une plateforme « de mise en relation par voie électronique »

498. Le travail sur les plateformes numériques a fini par être encadré, en partie, par le droit français. Cependant, il a été fait le choix de maintenir les travailleurs dans le statut d'indépendant²³³². De plus, le champ d'application de la législation sociale a été limité aux plateformes « cadres » (§1). Autrement dit, seules les plateformes présentant une forte subordination²³³³ ont été saisies par le législateur, excluant ainsi les travailleurs des plateformes-« marchés » de toute réglementation. Cette approche a eu pour effet de créer un certain démembrement entre la protection sociale et le droit du travail, tant par le champ d'application, que par le contenu même du statut des travailleurs de plateforme (§2).

§1 : Le champ d'application du statut des travailleurs des plateformes numériques de travail limité aux plateformes « cadres »

499. Pour saisir le champ d'application du statut²³³⁴ des travailleurs de plateforme, il convient de distinguer les différentes plateformes numériques de travail (A). Une distinction rendue nécessaire, notamment en raison de la regrettable exclusion des plateformes-« marchés » d'une quelconque régulation sociale, ce qui a pour conséquence d'écarter la mise en œuvre d'une responsabilité sociale (B).

²³³² Ce qui est par ailleurs inédit. A. JEAMMAUD, « Le régime des travailleurs des plateformes, une œuvre tripartite », *Dr. ouvr.*, 2020, p. 181-214.

²³³³ V. à ce sujet, *infra*, n° 617 et s.

²³³⁴ Il s'agit d'un mot polysémique qui peut désigner « un ensemble de règles établies par la loi, soit la condition juridique qui résulte pour une personne, une catégorie de personnes ou une institution », le terme statut peut également consister en un « ensemble cohérent des règles applicables à une catégorie de personnes (statut des gens mariés) ou d'agents (statut des fonctionnaires) ou à une institution (statut des collectivités locales) et en déterminent, pour l'essentiel, la condition et le régime juridiques », V. « Statut », G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, p. 988 ; V. également le lien entre travail et statut, D. GARDES, *Essai et enjeux d'une définition juridique du travail*, *op. cit.*, p. 256 et s. L'auteur démontre comment le droit est un instrument indispensable entre travail et statut. À cet égard, il est évoqué que « si le droit permet d'assurer le lien entre l'exercice d'un travail et le bénéfice d'un statut, ceci suppose qu'au préalable l'activité soit « reconnue » et prise en compte par le droit ».

A- La nécessaire distinction entre les plateformes numériques de travail

500. La notion de plateforme numérique de travail a été saisie tant par la doctrine que par le législateur. Elle regroupe l'ensemble des plateformes numériques qui ont pour objet le travail, mais la diversité des activités a pu rendre difficile l'élaboration d'une définition commune (1). Au sein des plateformes numériques de travail, il est, en effet, possible de distinguer les plateformes « cadres » et « marchés », en fonction de leur organisation et de leur influence sur l'exécution de la prestation de travail (2). Cependant, le Code du travail est venu encadrer uniquement l'activité des plateformes « cadres » lors de la création du statut de travailleur de plateforme de mise en relation par voie numérique (3).

1- La difficile définition de la notion de plateforme numérique de travail

501. La notion de plateforme numérique. Le Conseil national du numérique définit les plateformes comme étant « *des espaces numériques de mise en contact entre offre et demande sur un marché spécifique* »²³³⁵. Autrement dit, ce sont des « *services occupant une fonction intermédiaire dans l'accès aux informations, aux contenus, aux services ou aux biens, le plus souvent édités ou fournis par des tiers. Au-delà de [leur] seule interface technique, elles organisent et hiérarchisent ces contenus en vue de leur présentation et leur mise en relation aux utilisateurs finaux* »²³³⁶. Plus largement, elles permettent « *des interactions entre plusieurs catégories d'utilisateurs en vue de l'échange ou de la mise en commun d'informations, de biens ou de services, à titre commercial ou non* »²³³⁷.

²³³⁵ « De manière plus large, la plateforme peut désigner un écosystème complet de services d'accès intégrés pour les utilisateurs regroupant à la fois un moteur de recherche, un store ou une place d'API (« Application Programming Interface ») elle-même parfois qualifiée de plateforme, ainsi que l'accès à des réseaux sociaux », CNNum, *Neutralité des plateformes. Réunir les conditions d'un environnement numérique ouvert et soutenable*, Remis au ministre de l'Économie, du Redressement productif et du numérique et à la secrétaire d'État chargée du Numérique, 2014, p. 56.

²³³⁶ CNNum, *Travail, emploi, numérique. Les nouvelles trajectoires*, op. cit., p. 31.

²³³⁷ M. LAMBRECHT, « L'économie des plateformes collaboratives », *Courrier hebdomadaire du CRISP*, vol. 2311-2312, n° 26-27, 2016, p. 10.

502. L'encadrement des plateformes en ligne. Dans un contexte de vifs débats doctrinaux²³³⁸, la loi Macron²³³⁹ initie l'encadrement de l'activité des plateformes numériques par la législation française. La pierre angulaire de l'ensemble de ces législations est la notion de plateforme en ligne²³⁴⁰. Tout d'abord, l'article 242 bis du Code général des impôts nous indique que les plateformes « *mettent en relation à distance, par voie électronique, des personnes en vue de la vente d'un bien, de la fourniture d'un service ou de l'échange ou du partage d'un bien ou d'un service* ». Par ailleurs, cet article est mentionné par l'article L. 7341-1 du Code du travail qui définit le champ d'application du titre relatif aux travailleurs utilisant une plateforme de mise en relation par voie électronique.

503. De plus, les plateformes numériques ont trouvé leur place au sein de l'article L. 111-7. I du Code de la consommation²³⁴¹, qui dispose que : « *I.- Est qualifiée d'opérateur de plateforme en ligne toute personne physique ou morale proposant, à titre professionnel, de manière rémunérée ou non, un service de communication au public en ligne reposant sur : 1° Le classement ou le référencement, au moyen d'algorithmes informatiques²³⁴², de contenus, de biens ou de services proposés ou mis en ligne par des tiers ; 2° Ou la mise en relation de plusieurs parties en vue de la vente d'un bien, de la fourniture d'un service ou de l'échange ou du partage d'un contenu, d'un bien ou d'un service* ». La définition couvre l'ensemble des acteurs de l'économie numérique²³⁴³. Cet article met en lumière les deux activités principales des plateformes numériques : le classement d'informations et la mise en relation. Il présente une définition très générale dans une volonté extensive, afin de pouvoir imposer des obligations transversales à l'ensemble de ces opérateurs, dont les obligations de loyauté et de transparence²³⁴⁴. Par ailleurs, il convient de noter que cette approche transversale s'écarte de celle de la Commission européenne dite par « *silo* », qui entraînait la consécration de règles

²³³⁸ V. notamment, CNNum, *Neutralité des plateformes. Réunir les conditions d'un environnement numérique ouvert et soutenable*, *op. cit.*

²³³⁹ Loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques.

²³⁴⁰ « *La plateforme en ligne, dans ce modèle, a précisément pour fonction de permettre à deux (ou plusieurs) groupes d'acteurs économiques d'interagir sur ce marché et d'échanger non seulement des services, mais également des biens ou des contenus numériques* », J. SÉNÉCHAL, « Ubérisation et droit de la consommation », *Daloz IP/IT*, 2017, p. 363.

²³⁴¹ Modifié par la loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques, *op. cit.* ; loi n° 2016-1321 du 7 octobre 2016 pour une République numérique, *op. cit.*

²³⁴² Souligné par nous.

²³⁴³ « *Cette nouvelle définition [...] permet d'appréhender les activités exercées sur des marchés bifaces ou multifaces, ainsi que les opérateurs non-marchands et désintéressés de l'économie collaborative* », C. ZOLYNSKI, « Loyauté des plateformes. De la réglementation à l'inter-régulation », *Cahiers de droit de l'entreprise*, n° 3, mai 2017, dossier 16.

²³⁴⁴ J. ROCHFELD et C. ZOLYNSKI, « La « loyauté » des « plateformes ». Quelles plateformes ? Quelle loyauté ? », *Daloz IP/IT*, 2016, p. 520. V. sur l'obligation de loyauté des plateformes numériques, M. LE ROY, *La loyauté des plateformes à l'égard des consommateurs*, *op. cit.*

sectorielles²³⁴⁵. Ce qui n'empêchera pas le législateur d'apporter parfois des précisions sur ce statut commun pour y adapter des règles relevant du secteur d'activité dans lequel s'inscrivent certaines plateformes²³⁴⁶. Cette généralité a pu, en effet, poser des interrogations quant à la qualification juridique de l'activité des plateformes²³⁴⁷. Par exemple, aucune référence n'étant faite au sein de la directive du commerce électronique du 8 juin 2000²³⁴⁸, la question de la qualification de l'activité des plateformes en tant que prestataire de services de la société de l'information se posait.

504. L'intermédiation par algorithme comme critère de définition. L'intermédiation est le premier point commun de l'ensemble des plateformes. Elle peut opérer un référencement ou un classement de contenus, comme elle peut prendre une part plus active dans les relations des parties²³⁴⁹. Qu'elles soient marchandes ou non marchandes, elles contribuent à la mise en relation entre plusieurs parties *via* leurs interfaces. Et c'est d'ailleurs cette mise en relation qui intéresse particulièrement le juriste, et spécialement le droit du travail. Pour ce faire, les plateformes utilisent des algorithmes afin de rendre leur service d'intermédiaire.

505. L'usage d'un algorithme est en effet un point commun à l'ensemble de ces opérateurs. Son usage commence à être réglementé. À ce sujet, le règlement européen *Platform to Business* (P2B), du 20 juin 2019²³⁵⁰ encadre la transparence des algorithmes d'intermédiation des plateformes numériques. Applicable depuis le 12 juillet 2020, il prévoit l'encadrement des relations contractuelles entre les services d'intermédiation en ligne, qui permettent aux « *fournisseurs d'intermédiation en ligne* » de proposer des biens ou des services à la consommation et des « *entreprises utilisatrices* », personnes morales, qui agissent dans le cadre d'une activité commerciale ou professionnelle, ou des utilisateurs particuliers²³⁵¹. Le règlement favorise la transparence et la loyauté²³⁵² des relations. Il érige notamment l'obligation de motiver la décision de la plateforme qui suspend ou ferme un compte, et qui doit désormais

²³⁴⁵ J. ROCHFELD et C. ZOLYNSKI, « La « loyauté » des « plateformes ». Quelles plateformes ? Quelle loyauté ? », *op. cit.*

²³⁴⁶ V. *infra*, n° 517.

²³⁴⁷ V. sur la question de la qualification des plateformes, D. HOUTCIEFF, « Les plateformes au défi des qualifications », *op. cit.* ; T. DOUVILLE, « Quel droit pour les plateformes ? », dans *L'émergence d'un droit des plateformes*, Dalloz, coll.« Thèmes & commentaires », 2021, p. 217-239.

²³⁴⁸ Directive 2000/31/CE du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur.

²³⁴⁹ D. HOUTCIEFF, « Les plateformes au défi des qualifications », *op. cit.*, p. 55.

²³⁵⁰ Règlement n° 2019/1150 du 20 juin 2019 promouvant l'équité et la transparence pour les entreprises utilisatrices de services d'intermédiation en ligne.

²³⁵¹ *Ibid*, art. 1 et 2.

²³⁵² V. à ce sujet, M. LE ROY, *La loyauté des plateformes à l'égard des consommateurs*, *op. cit.*

offrir une possibilité de recours. Il est également prévu une obligation d'information sur tout éventuel traitement différencié²³⁵³. Cependant, le droit européen a observé une conception « économique » de la plateforme, et bien qu'il laisse l'intermédiation au cœur de la définition, il se focalise davantage sur le marché dans le cadre de la qualification de la plateforme que sur l'intermédiation, qui est pourtant centrale²³⁵⁴. En revanche, la référence à l'algorithme, lors de la définition de la plateforme, en droit interne, demeure floue. Elle laisse suggérer une prédominance de cet usage, quitte cependant à occulter la réalité des principaux services ainsi que le fonctionnement des plateformes numériques²³⁵⁵, qui peut pourtant entraîner des conséquences quant à leur qualification²³⁵⁶. Il convient de noter que tant la part de l'algorithme que le rôle de la plateforme dans l'intermédiation sont tout à fait variables d'une plateforme à une autre²³⁵⁷. Et c'est ce qui, en partie, justifie une classification distincte des différentes plateformes en ligne.

506. Classification des plateformes numériques. Ces plateformes numériques ont fait l'objet de nombreux rapports²³⁵⁸, dont il est possible de tirer une classification. Il est, en effet, possible de distinguer les plateformes à but lucratif avec échanges marchands (*Uber*, *Youpijob*, etc.), ou non marchands (*BlablaCar*, *Facebook*, etc.), de celles à but non lucratif (service public ou associations), avec des échanges marchands (Pôle Emploi par exemple) ou non marchands (*Wikipédia* notamment)²³⁵⁹. Dans ce cadre, l'Inspection Générale des Affaires Sociales (IGAS) propose de distinguer trois catégories de plateformes : les plateformes digitales, les plateformes

²³⁵³ V. notamment, pour une étude du règlement, G. LOISEAU, « La protection contractuelle des travailleurs des plateformes », *D.*, 2021, p. 147.

²³⁵⁴ F. SABRINNI, « La notion de plateforme au cœur des nouvelles relations entre professionnels. Regards croisés entre deux réglementations : P2B vs loi pour une République numérique », *RTD Com.*, 2020, p. 215 ; D. HOUTCIEFF, « Les plateformes au défi des qualifications », *op. cit.*, p. 57.

²³⁵⁵ S. FISCHMAN et B. GOMES, « Intelligences artificielles et droit du travail : contribution à l'étude du fonctionnement des plateformes numériques », *op. cit.*, p. 44.

²³⁵⁶ V. *infra*, n° 600 et s.

²³⁵⁷ V. *infra* sur l'expression des pouvoirs par l'algorithme, n° 686 et s.

²³⁵⁸ Notamment, C. PARAPONARIS, *Plateformes numériques, conception ouverte et emploi*, *op. cit.* ; N. AMAR et L.-C. VIOSSAT, *Les plateformes collaboratives, l'emploi et la protection sociale*, *op. cit.* ; P. TERRASSE, P. BARBEZIEUX et C. HERODY, *L'économie collaborative*, Rapport au Premier ministre, 2016 ; Conseil d'État, *Puissance publique et plateformes numériques : accompagner l'"ubérisation"*, Rapport annuel du Conseil d'État, 2017 ; CNNum, *Neutralité des plateformes. Réunir les conditions d'un environnement numérique ouvert et soutenable*, *op. cit.* ; O. MONTEL, *L'économie des plateformes : enjeux pour la croissance, le travail, l'emploi et les politiques publiques*, DARES, 2017 ; B. MARTINOT et L. VITAUD, *Travailleurs des plateformes : liberté oui, protection aussi*, Institut Montaigne, 2019 ; OIT, *Les plateformes de travail numérique et l'avenir du travail : pour un travail décent dans le monde en ligne*, Bureau internationale du travail, 2019 ; CNNum, *Travail à l'ère des plateformes. Mise à jour requise*, *op. cit.* ; J.-Y. FROUIN, *Réguler les plateformes numériques de travail*, Rapport au Premier Ministre, 2020.

²³⁵⁹ V. notamment M.-A. DUJARIER, « Qu'est-ce que le "travail" ? », dans *Qu'est-ce qu'un régime de travail réellement humain ?*, Hermann, 2018, p. 41-52 ; O. MONTEL, « Économie collaborative et protection sociale : mieux cibler les plateformes au cœur des enjeux », *RFAS*, 2018, p. 15-31 ; B. GOMES, « La plateforme numérique comme nouveau mode d'exploitation de la force de travail », *op. cit.*

collaboratives et les plateformes de travail²³⁶⁰. C'est cette dernière catégorie qui retiendra notre attention.

507. Selon l'IGAS²³⁶¹, il y aurait tout d'abord les opérateurs de services organisés, comme les plateformes VTC (*Uber, Kapten*, etc.) et de livraisons (*Uber Eats* ou *Deliveroo*), dont l'activité est faiblement qualifiée. Puis, les plateformes de petits boulots dites « *jobbing* », qui sont centrées sur le service à la personne ou le travail à domicile, telles que *Supermano, Youpijob*, ou *Frizbiz*. S'ajoutent les plateformes de micro-travail²³⁶² ou « *microtasking* » qui font appel aux « *travailleurs du clic* », où la prestation consiste en un travail peu qualifié avec la réalisation de tâches simples : identifier des objets sur une photo ou une vidéo, dupliquer des données, retranscrire des enregistrements, etc. Puis, les plateformes de « *freelance* » qui concentrent des prestations de services à haute valeur ajoutée. Enfin, il existe les plateformes de partage, qui englobent les coopératives électroniques et les places de marché²³⁶³.

508. L'objet de la plateforme comme critère de distinction. Dans une logique marchande, la plateforme de travail sert d'intermédiaire entre des clients et une main-d'œuvre qui accepte de mettre sa force de travail à disposition²³⁶⁴. Or, dès lors que l'objet du contrat conclu porte sur la force de travail, nous pouvons alors considérer qu'il s'agit d'une plateforme numérique de travail. Elle se distingue des autres types de plateformes « *car seules les plateformes de travail impliquent directement²³⁶⁵ la réalisation de tâches rémunérées par une partie des « utilisateurs » de la plateforme (travailleurs) au bénéfice d'autres « utilisateurs » (clients)* »²³⁶⁶. Comme le souligne Madame Barbara Gomes dans sa thèse, « *dès l'instant où il s'agit de conclure des actes juridiques portant sur une activité à réaliser au profit d'autrui contre rémunération, le rapport marchand exclut le caractère « collaboratif » de l'échange. Il ne s'agit plus de relations désintéressées, mais de relations tissées en vue d'obtenir des gains financiers. En d'autres termes, l'appropriation de la plateforme numérique par le marché lui*

²³⁶⁰ N. AMAR et L.-C. VIOSSAT, *Les plateformes collaboratives, l'emploi et la protection sociale*, op. cit.

²³⁶¹ *Ibid.*, p. 20.

²³⁶² La plateforme de micro-travail la plus connue est celle d'Amazon : *Amazon Mechanical Turk*.

²³⁶³ Nous ne traiterons pas de ces trois dernières catégories de plateforme car elles constituent des formes de mutualisation, plus que des plateformes numériques de travail. Pour exemple, au sein des plateformes de partage nous pouvons retrouver la célèbre plateforme Blablacar qui est une plateforme de co-voiturage qui ne répond donc pas à la définition d'une plateforme de travail.

²³⁶⁴ P. BARRAUD DE LAGERIE et L. SIGALO SANTOS, « Et pour quelques euros de plus. Le crowdsourcing de micro-tâches et la marchandisation du temps », *Réseaux*, vol. 212, n° 6, 2018, p. 53 ; la relation peut tout aussi bien être en « *peer to peer* », comme « *business to business* », ou encore « *business to consumer* », N. AMAR et L.-C. VIOSSAT, *Les plateformes collaboratives, l'emploi et la protection sociale*, op. cit.

²³⁶⁵ Souligné par nous.

²³⁶⁶ A.-M. NICOT, « Les enjeux du travail dans l'économie des plateformes », op. cit., p. 54.

fait perdre sa dimension collaborative »²³⁶⁷. La plateforme joue alors le rôle d'intermédiaire dans la réalisation de la prestation de travail et contribue à l'organisation de la rémunération, que ce soient les modalités de calcul jusqu'au versement. La diversité des modalités d'organisation et des activités couvertes par les plateformes numériques revêt des situations de fait bien distinctes. Cependant, bien que la distinction des activités des plateformes soit éclairante, celle-ci est insuffisante pour comprendre leur fonctionnement.

2- La distinction utile entre les plateformes-« marchés » et les plateformes « cadres »

509. L'intensité, comme source de distinction. L'ensemble des plateformes numériques, dans leur organisation, contrôle l'accès à leur service, avec plus ou moins de force, dans les quatre domaines suivants : « *les conditions d'accès à l'activité [...] ; les conditions d'exercice de l'activité [...] ; la supervision de la bonne performance de l'activité (par des algorithmes ou des caméras ainsi que par l'extraction des statistiques sur la performance de chaque prestataire) ; et enfin l'adoption des polices d'assurance* »²³⁶⁸. L'élément qui permet de les distinguer concerne l'intensité de leur direction dans l'ensemble de ces domaines, que l'on pourra rapprocher du concept d'influence déterminante²³⁶⁹, qui traduit un indice de subordination fonctionnelle. À ce titre, les différentes décisions à l'encontre des plateformes numériques de travail²³⁷⁰ ont mis en lumière un glissement : le modèle du marché à celui de l'organisation²³⁷¹. À cet égard, Monsieur Patrice Flichy a proposé une distinction en fonction de l'influence de la plateforme dans les conditions de réalisation de la prestation de travail.

²³⁶⁷ B. GOMES, *Le droit du travail à l'épreuve des plateformes numériques*, op. cit., p. 71.

²³⁶⁸ V. HATZOPOULOS, « Vers un cadre de la régulation des plateformes ? », *Revue internationale de droit économique*, n° 3, 2019, p. 409.

²³⁶⁹ V. *infra*, n° 574.

²³⁷⁰ CJUE, 20 décembre 2017, aff. C-434/15, *Asociacion Profesional Elite Taxi contre Uber Systems Spain SL*, D. 2018. 934, note Balat ; *ibid.* Pan. 1413, obs. Kenfack ; AJDA 2018. 329, obs. Bonneville, Broussy, Cassagnabère et Gänser ; RTD eur. 2018. 147, obs. Grard ; JT 2018, n° 205, p. 12, obs. X. D. ; RDT 2018. 150, note Gomes ; CCE 2018, n° 11, obs. Loiseau ; EEI 2018, n° 14, obs. Charles et Schweitzer ; RLDI févr. 2018. 17, note Bensoussan-Brulé et Martinez ; CJUE, 10 avril 2018, aff. C-320/16, *Uber France SAS*, D. 2018. 934, note Balat ; *ibid.* Pan. 1413, obs. Kenfack ; RTD eur. 2019. 153, obs. Grard ; JT 2018, n° 208, p. 11, obs. Delpech ; Cass. soc., 28 novembre 2018, n° 17-20.079, D. actu. 12 déc. 2018, obs. Peyronnet ; *ibid.* 169, avis Courcol-Bouchard, obs. Escande-Varniol ; RDT 2019. 36, note Peyronnet ; RJS 2/2019, p. 98, Rapp. Salomon ; *ibid.*, n° 72 ; SSL 2018, n° 1841, p. 6, obs. Gomes et Lokiec ; JCP S 2018. 1398, obs. Loiseau., op. cit. ; Cass. soc., 4 mars 2020, n° 19-13.316, D. 2020. 490 ; Dr. soc. 2020. 374, obs. Antonmattei ; RDT 2020. 328, note Willocx ; RJS 5/2020, n° 223 ; SSL 2020, n° 1899, p. 2, obs. Champeaux, Entretien Huglo ; JCP S 2020. 1080, obs. Loiseau, op. cit. ; Cass. soc., 24 juin 2020, n° 19-13.476, op. cit.

²³⁷¹ T. PASQUIER, « L'arrêt Uber-Une décision A-disruptive », *AJ Contrat*, 2020, p. 227.

Selon lui, il y aurait d'une part des plateformes dites de « *marché* » et d'autre part des plateformes dites « *cadre* »²³⁷².

510. La plateforme-« marché ». L'auteur définit « *la plateforme-marché, pair à pair, [comme étant celle] qui met en contact un offreur et un demandeur, et celle qui définit le service et cadre le travail des fournisseurs* »²³⁷³. Autrement dit, la plateforme-« marché » définit le secteur d'activité dans lequel elle souhaite mettre en relation des travailleurs indépendants et des utilisateurs. Mais son encadrement se limite à la seule circonscription des prestations de service proposées. Pour ce faire, elle utilise un algorithme pour ordonner les offres en fonction des demandes du client, ce, grâce à des critères de classement qui ont été prédéterminés par ses soins. Le client va alors effectuer sa recherche en s'inscrivant de préférence dans les catégories proposées, pour garantir la pertinence de sa recherche. Il en est de même lors de l'inscription des partenaires sur la plateforme pour proposer leurs services. La plateforme se présente ainsi comme un moteur de recherche et utilise un algorithme uniquement pour mettre en relation les partenaires inscrits et les utilisateurs, en fonction des critères sélectionnés dans l'arborescence. Son intervention s'arrête en principe ici. Elle peut donner des recommandations à ses partenaires, notamment sur les tarifs habituellement pratiqués pour les prestations qu'ils souhaitent réaliser, mais ils restent les seuls décisionnaires sur la tarification finale de leur prestation.

511. La plateforme « cadre ». En revanche, dans le cas des plateformes « cadres », la proposition est unique. Tout d'abord, l'offre de service est restreinte : la plateforme détermine préalablement la prestation de travail à réaliser pour ses partenaires, dans un secteur d'activité déterminé, que ce soit, par exemple, la livraison de repas ou le transport de personnes. De plus, la plateforme fixe le prix, les conditions de réalisation, et désigne lequel des partenaires de la plateforme va effectuer la prestation de service demandée, et ce, unilatéralement. La plateforme « cadre » prévoit également la possibilité de sanctionner ses partenaires au sein de ses conditions générales. À cet effet, elle peut supprimer des « *bonus* » de rémunération, elle peut même empêcher l'utilisation de la plateforme, temporairement ou définitivement, en « *désactivant* » le compte du travailleur. Les différences entre la plateforme-« marché » et « cadre » entraînent des qualifications juridiques distinctes, tant pour l'activité que pour les relations qu'elles entretiennent avec leurs partenaires.

²³⁷² P. FLICHY, « Le travail sur plateforme », *op. cit.*, p. 176.

²³⁷³ *Ibid.*

512. Une relation triangulaire commerciale. Il s'agit dans les deux cas d'une relation triangulaire commerciale. Dans le cas d'une plateforme-« marché » relative à l'accomplissement d'une prestation de service où nous sommes face à une simple mise en relation, trois contrats sont conclus. C'est par exemple le cas chez la plateforme *Animaute*²³⁷⁴, qui offre un service de gardiennage d'animaux de compagnie. Tout d'abord, il y a un contrat de courtage²³⁷⁵ entre la plateforme et le client, utilisateur du service. Ce contrat a pour objet de rapprocher les deux parties en vue de la conclusion d'un contrat. Puis, entre la plateforme et le travailleur – « *petsitter* » dans notre exemple – il y a la conclusion d'un contrat de référencement²³⁷⁶. Le référencement permet de donner de la visibilité au travailleur²³⁷⁷. Enfin, un contrat de prestation de service²³⁷⁸ est signé entre le client et le travailleur indépendant²³⁷⁹. La plateforme-« marché » pourrait être considérée comme assurant un service de courtier, ayant une obligation de moyen de rapprocher deux parties en vue de la conclusion d'un contrat²³⁸⁰.

513. Il n'existe en revanche pas la même construction contractuelle au sein des plateformes « cadres ». Pour illustration, au sein de la plateforme *Deliveroo*, les livreurs concluent avec la plateforme un contrat de location d'un « *cycle avec personnel de conduite* », c'est-à-dire que le livreur devient l'accessoire du vélo, qui lui est la raison sociale de la microentreprise²³⁸¹. Dans le cas de la plateforme *Uber*, depuis sa requalification en société de transport²³⁸², nous sommes désormais face à une chaîne de contrats linéaires²³⁸³. En effet, « *le client n'a plus, ce faisant,*

²³⁷⁴ <https://www.animaute.fr/> [consulté le 22 août 2023].

²³⁷⁵ Art. L. 110-1, L. 131-1 s. C. com. ; N. BALAT, « L'ubérisation et les faux courtiers - ou les plateformes numériques rattrapées par le droit des contrats », *D.*, 2021, p. 646.

²³⁷⁶ V. à ce sujet, P. VALLAS, *Le référencement : contribution à l'étude de la nature juridique d'un contrat majeur de la grande distribution*, thèse, Université de Strasbourg, 2014 ; le contrat de référencement correspond usuellement à celui « *par lequel une centrale d'achat ou un groupement d'achat (le référencieur) obtient d'un producteur (le référencé), des conditions générales de contrat favorables à ses adhérents, qui distribuent ses produits* », V. « Référencement », T. DEBARD et S. GUINCHARD, *Lexique des termes juridiques*, op. cit., p. 904.

²³⁷⁷ V. sur le fonctionnement de la plateforme-marché, *infra*, n° 519 et s.

²³⁷⁸ Art. 1779 et s. C. civ.

²³⁷⁹ M.-C. ESCANDE-VARNIOL et A. FABRE, « Le droit du travail peut-il répondre aux défis de l'ubérisation ? », *RDT*, 2017, p. 166.

²³⁸⁰ Le courtier se définit comme étant celui qui « *met en rapport des personnes qui entendent contracter en sens opposé. Au courant des intentions des uns et des autres, il tente de rapprocher les points de vue et prodigue ses conseils. Quand ce rapprochement est opéré, il disparaît. Mais il ne traite pas lui-même l'opération* ». C. BLOCH, A. GIUDICELLI, C. GUETTIER, J. JULIEN, D. KRAJESKI, M. POUmarede et P. LE TOURNEAU (dir.), *Droit de la responsabilité et des contrats*, 12^e éd., Dalloz, coll.« Dalloz Action », 2020, p. 1934-1935 ; V. à ce sujet, A. PACQUETET, *Les plateformes collaboratives : essai de qualification en droit du travail*, thèse, Université Panthéon-Assas, 2021, p. 100 et 149 et s.

²³⁸¹ M.-C. ESCANDE-VARNIOL et A. FABRE, « Le droit du travail peut-il répondre aux défis de l'ubérisation ? », op. cit.

²³⁸² V. sur ce point, *infra*, n° 600 et s.

²³⁸³ Correspond à « *une pluralité de convention se succédant dans le temps et portant sur le même objet* », V. « Chaîne de contrats », T. DEBARD et S. GUINCHARD, *Lexique des termes juridiques*, op. cit., p. 173.

*qu'un unique cocontractant : l'opérateur de plateforme lui-même, en qualité de fournisseur du service de transport »*²³⁸⁴. Lorsque la mise en relation des parties se double d'un contrôle de la plateforme, alors la prestation de transport constitue un service qui dépasse la seule intermédiation²³⁸⁵.

514. Le recours au contrat d'adhésion. Pour des raisons de coûts, les contrats ne voient pas leur contenu négocié, en effet, les plateformes ont recours au contrat d'adhésion²³⁸⁶. Les contrats sont entièrement rédigés par les plateformes de travail. L'absence de négociation montre déjà l'existence d'un déséquilibre et d'une organisation unilatérale de la plateforme. En outre, la question n'est pas tant celle de l'utilisation du contrat d'adhésion, mais de la catégorie dont il relève. Nous rejoignons le constat selon lequel : *« que ces derniers signent des contrats d'adhésion ne paraît guère douteux. Mais de quelle catégorie de contrats d'adhésion s'agit-il alors : celle de contrats de masse ou celles des contrats organisant une communauté de contractants ? Dans le premier cas, les travailleurs des plateformes bénéficieront de la seule protection prévue par le Code civil. Dans le second, les portes du droit du travail, discipline dont les règles encadrent l'adhésion à l'entreprise, pourraient lui être ouvertes »*²³⁸⁷. Il convient de souligner que la conséquence directe de l'usage de contrats types par la plateforme est la perte du pouvoir de négociation. Les conditions de service régissent non seulement l'utilisation de l'interface par les travailleurs, mais aussi et surtout leurs conditions de travail, et plus particulièrement les conditions de paiement ou celles de leur évaluation²³⁸⁸.

515. L'usage de clause contractuelle, source de direction de l'activité. Enfin, l'usage de certaines clauses au sein du contrat de prestation de service peut démontrer l'exercice d'un pouvoir dépassant le cadre normal d'une relation commerciale. Bien souvent, une clause prévoit que le prestataire mandate la plateforme pour percevoir le paiement du client, qui lui versera une somme après prélèvement de sa commission. Outre le contrôle de la rémunération, cette méthode de paiement permet à la plateforme de contrôler également la qualité des services du travailleur. Une telle possibilité permet, en effet, en cas de plainte du client, que la plateforme puisse appliquer un geste commercial par une *« rétrocession »* sans que le travailleur ne puisse s'y opposer. La plateforme devient la garante de la qualité de la prestation de service rendue et

²³⁸⁴ J. SÉNÉCHAL, « Le critère français de la subordination juridique confronté au “contrôle”, à “l'influence déterminante” d'un opérateur de plateforme en ligne sur l'activité de ses usagers », *Dalloz IP/IT*, 2019, p. 186.

²³⁸⁵ V. *infra*, n° 563.

²³⁸⁶ Art. 1110 C. civ.

²³⁸⁷ G. DUCHANGE, « La subordination juridique à l'heure des plateformes numériques », *op. cit.*, p. 62.

²³⁸⁸ OIT, *Les plateformes de travail numérique et l'avenir du travail : pour un travail décent dans le monde en ligne*, *op. cit.*, p. 25.

ne se comporte plus seulement comme une simple plateforme d'intermédiation. Une telle organisation renforce la représentation de la plateforme et nous conduit au constat que la prestation du travailleur est réalisée au profit d'autrui. Son influence transparait déjà dans les conditions contractuelles de sa relation avec ses « *partenaires* ». Face à cela, le législateur est venu fixer un socle de règles applicables aux travailleurs des plateformes numériques de travail.

3- Le champ d'application critiquable du statut pour les travailleurs de plateformes « *de mise en relation par voie électronique* »

516. La création d'un statut pour les travailleurs de plateforme. Le législateur a progressivement esquissé un socle de règles au profit des travailleurs des plateformes²³⁸⁹. L'article L. 7341-1 du Code du travail vise les « *travailleurs indépendants recourant, pour l'exercice de leur activité professionnelle, à une ou plusieurs plateformes de mise en relation par voie électronique définies à l'article 242 bis du code général des impôts* ». Une partie des dispositions est commune à l'ensemble des travailleurs de plateformes numériques de travail. Il convient de noter, cependant, une prise en compte indirecte de la diversité des plateformes en fonction de leur organisation, qui permettrait de distinguer celles qui mettent en relation des travailleurs – les plateformes-« marchés » – de celles qui fournissent du travail – les plateformes « cadres » – au sein des dispositions communes. Sont en effet concernées par une « *responsabilité sociale* »²³⁹⁰ les plateformes qui déterminent « *les caractéristiques de la prestation de service fournie ou du bien vendu et fixe[nt] son prix* »²³⁹¹, ce qui correspond aux caractéristiques de plateformes « cadres ». *A contrario*, sont donc exclues de toute législation sociale les plateformes-« marchés »²³⁹². Cette première distinction réduit le champ d'application de la responsabilité sociale des plateformes. À côté des dispositions communes

²³⁸⁹ Loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels, *op. cit.*, p. 24 ; loi n° 2019-1428 du 24 décembre 2019, d'orientation des mobilités ; ordonnance n° 2021-484 du 21 avril 2021 ; loi n° 2022-139 du 7 février 2022 ratifiant l'ordonnance n° 2021-484 du 21 avril 2021 relative aux modalités de représentation des travailleurs indépendants recourant pour leur activité aux plateformes et aux conditions d'exercice de cette représentation et portant habilitation du Gouvernement à compléter par ordonnance les règles organisant le dialogue social avec les plateformes.

²³⁹⁰ V. à ce sujet, *infra*, n° 548 et s.

²³⁹¹ Art. L. 7342-1 C. trav.

²³⁹² V. *supra*, n° 510.

applicables à l'ensemble des plateformes « cadres », des dispositions particulières ont été élaborées spécifiquement pour les plateformes de « *mobilité* »²³⁹³.

517. L'interrogation de la pertinence de la catégorie « *plateforme de mobilité* ».

L'appellation « *plateforme de mobilité* » correspond, selon le Code du travail, à celles « *exerçant l'une des activités suivantes : 1° Conduite d'une voiture de transport avec chauffeur ; 2° Livraison de marchandises au moyen d'un véhicule à deux ou trois roues, motorisé ou non* »²³⁹⁴. Il est prévu la possibilité de conclure une charte qui détermine les conditions et modalités d'exercice de la responsabilité sociale de la plateforme²³⁹⁵. Elle offre des garanties supplémentaires pour les travailleurs²³⁹⁶, ainsi que la création d'un « *dialogue social de secteur* »²³⁹⁷. Le Conseil constitutionnel a, par ailleurs, validé la restriction du champ d'application des chartes de responsabilité sociale aux plateformes de mobilité, en considérant que le législateur a « *entendu inciter les opérateurs à renforcer les garanties sociales des travailleurs de ces plateformes, afin de tenir compte du déséquilibre existant entre les plateformes de ce secteur et les travailleurs pour la détermination de leurs conditions de travail ainsi que du risque d'accident auquel ils sont davantage exposés* »²³⁹⁸. Cependant, la catégorisation en fonction donc du type d'activité, ici dénommée « *plateforme de mobilité* », semble manquer de pertinence, car elle ne prend en compte ni l'intervention ni l'organisation de la plateforme²³⁹⁹. Un tel régime fait varier la protection des travailleurs en fonction des caractéristiques de la plateforme, excluant les plateformes-« marchés », ainsi que tout autre secteur d'activité que celui de la « *mobilité* ». Il convient néanmoins de relever que les plateformes dites de « *mobilité* » correspondent principalement à des plateformes « cadres » et ce sont elles qui ont fait principalement l'objet de contentieux²⁴⁰⁰. Mais ce n'est pas tant parce qu'elles concernent la mobilité, mais par leur influence manifeste sur l'organisation de la prestation de travail. Elles ne se contentent pas d'organiser une mise en relation, elles également organisent la prestation de travail.

²³⁹³ Loi n° 2019-1428 du 24 décembre 2019, d'orientation des mobilités, *op. cit.*, art. 44-II.

²³⁹⁴ Art. L. 7342-8 C. trav.

²³⁹⁵ Art. L. 7342-9 et s. C. trav.

²³⁹⁶ V. à ce sujet, *infra*, n° 549 et s.

²³⁹⁷ Art. L. 7343-2 et s. C. trav.

²³⁹⁸ Cons. const., 20 décembre 2019, n° 2019-794 DC, *AJDA* 2020. 9 ; *D.* 2020. 1012, *obs.* V. Monteillet et G. Leray ; *ibid.* 1588, *obs.* J.-C. Galloux et P. Kamina ; *JA* 2020, n° 611, p. 8, *obs.* X. Delpech ; *AJCT* 2020. 5, *obs.* D. Necib ; *RDT* 2020. 42, *obs.* B. Gomes ; *Constitutions* 2019. 533, *chron.* M. Kamal-Girard ; *CCE* févr. 2020, *Comm.* 13, *obs.* G. Loiseau.

²³⁹⁹ V. sur la subordination fonctionnelle, *infra*, n° 563 et s.

²⁴⁰⁰ V. *infra*, n° 615 et s.

B- L'ignorance regrettable des plateformes-« marchés » par la régulation sociale

518. La diversité des plateformes numériques a pu être observée précédemment. Elles sont, en effet, présentes dans de multiples secteurs d'activité, et peuvent prendre des formes diverses. Elles peuvent concerner la mutualisation de moyens, du partage, ou encore l'échange de la force de travail. Autant de formes qui contribuent aux difficultés rencontrées pour appréhender un encadrement juridique de leurs activités. Cependant, les plateformes-« marchés » ont été exclues de la régulation sociale²⁴⁰¹. Celle-ci a été limitée aux plateformes « cadres » qui présentent une influence évidente sur les conditions d'exercice de la prestation de service. Or, l'étude du fonctionnement des plateformes-marchés montre une certaine diversité dans l'organisation dont il aurait pu être opportun d'élargir le champ d'application de la régulation sociale à ces acteurs qui peuvent dépasser leur rôle d'intermédiaire²⁴⁰² (1). Les plateformes-« marchés » demeurent pour le moment considérées comme prestataire de services de la société de l'information, un statut qui regroupe par défaut les plateformes numériques, ce qui illustre les difficultés à se saisir encore de leur réelle qualification juridique (2).

1- Le fonctionnement protéiforme des plateformes-« marchés »

519. Au sein des plateformes-« marchés », il convient de distinguer d'une part les plateformes de mise à disposition de personnel (a) et d'autre part les plateformes de micro-travail (b).

a) L'hétérogénéité des plateformes de mise à disposition de personnel

520. Les plateformes de mise à disposition de personnel offrent de mettre en relation des travailleurs avec des entreprises ou des particuliers dans un secteur d'activité délimité par la plateforme. Dans leur fonctionnement, elles peuvent se rapprocher des entreprises de travail

²⁴⁰¹ V. sur la notion de « régulation », *supra*, note de bas de page n° 2330.

²⁴⁰² J.-L. OUTIN, « Formes d'économie collaborative et protection sociale : premiers éléments d'analyse et de synthèse », *RFAS*, n° 1, 2022, p. 67-68.

temporaire, l'application du droit du travail en moins²⁴⁰³. Sur certains aspects, elles peuvent intervenir dans l'organisation de la prestation de travail, ce qui montre la nécessité d'une régulation sociale, et même plutôt d'une réglementation. Il est possible de distinguer les plateformes de « *jobbing* » qui correspondent à des « *petits boulots* » (i) des plateformes de « *freelance* » qui proposent des prestations à haute valeur ajoutée (ii).

i) *Les plateformes de « jobbing » : une organisation évoluant vers une subordination fonctionnelle*

521. La notion de plateforme de « *jobbing* ». Les plateformes de « *jobbing* »²⁴⁰⁴ « ouvrent la possibilité à des travailleurs de proposer des services divers, sur lesquels la plateforme ne prétend avoir aucune expertise. Elle ne coordonne ni le contenu, ni la manière dont ils sont fournis »²⁴⁰⁵. La majorité de ces plateformes propose la réalisation de petits travaux de bricolage, comme les plateformes *Frizbiz*²⁴⁰⁶, *Supermano*²⁴⁰⁷ ou encore *Youpijob*²⁴⁰⁸. Initialement, elles permettaient la mise en relation entre particuliers qui ont besoin d'une aide ou d'un service. Progressivement, elles ont également attiré des professionnels recherchant à avoir davantage de visibilité. À la différence des plateformes de services organisés, la plateforme intercéde peu lors de l'exécution de la prestation de travail, mais plutôt en amont et en aval de celle-ci : en amont lors de l'inscription des travailleurs et en aval en cas de conflit.

522. Une organisation entourant la prestation de travail. Lors de l'inscription des travailleurs, la plateforme intervient à différents degrés. Elle est susceptible de soumettre les candidats à un test de connaissances, voire, leur faire suivre une formation pour pouvoir proposer leurs services, en tant qu'autoentrepreneur, *via* la plateforme²⁴⁰⁹. Une telle organisation peut se rapprocher d'un processus de recrutement salarial.

²⁴⁰³ V. sur les questions liées à la concurrence des entreprises de travail temporaire, *infra*, n° 798 et s. ; V. pour une proposition de l'application de la réglementation du travail temporaire, *infra*, n° 893 et s.

²⁴⁰⁴ V. notamment, B. GOMES, *Le droit du travail à l'épreuve des plateformes numériques*, *op. cit.*, p. 77.

²⁴⁰⁵ E. DOCKÈS, « Le salariat des plateformes à propos de l'arrêt TakeEatEasy », *Dr. ouvr.*, 2019, p. 7.

²⁴⁰⁶ <https://www.frizbiz.com/fr> [consulté le 22 août 2023].

²⁴⁰⁷ <https://www.supermano.fr/> [consulté le 12 mai 2020]. Dont les services ont été arrêtés le 22 juin 2020.

²⁴⁰⁸ <https://youpijob.fr/> [consulté le 22 août 2023].

²⁴⁰⁹ Comme cela est le cas dans le cadre du recrutement de « *Manodvisor* » pour la *marketplace Manomano*, <https://www.manomano.fr/devenir-manodvisor> [consulté le 12 juillet 2023].

523. Elles interviennent également en aval, notamment en cas de conflit entre l'utilisateur et leur partenaire. À cet égard, certaines plateformes ont négocié, au préalable, une assurance qui s'applique à chaque réalisation de prestation par l'intermédiaire de la plateforme²⁴¹⁰. Cette assurance permet de couvrir la plateforme en cas de défauts causés par l'un de ses « *partenaires* » lors de la réalisation d'une prestation de service chez un client. La plateforme peut ainsi procéder, le cas échéant, à un geste commercial auprès du client. Elle en vient à se porter garante de la prestation de ses partenaires, ce qui peut prêter à confusion quant à la réalité de son rôle. Les partenaires de la plateforme sont identifiés non pas personnellement, comme de véritables indépendants, mais comme partenaires de la plateforme, vers qui le client va se tourner en cas de défaillance dudit prestataire. Là encore, la plateforme ne reste pas uniquement intermédiaire de la relation, elle est la figure principale de la prestation de travail²⁴¹¹. Enfin, tout comme les plateformes « cadres », à l'issue de la prestation, le travailleur se verra attribuer une note par le client²⁴¹², qui peut entraîner des conséquences sur sa collaboration avec la plateforme²⁴¹³.

524. Nonobstant cette présence de la plateforme en amont et en aval, l'encadrement du travail des partenaires s'avère plus léger que sur les plateformes « cadres ». Il convient de remarquer que « *les travailleurs ne sont pas géolocalisés et leur temps de travail n'est ni tracé ni mesuré ; ils ne sont pas contraints de porter un uniforme et n'ont pas de procédures opératoires strictes, en dehors de celles qui concernent la prise de commande* »²⁴¹⁴. De plus, la nature de la prestation de service dépend de sa réalisation par le partenaire, comme en atteste le choix du travailleur qui est laissé au client. Ici, c'est le travailleur qui propose ses compétences, il ne s'inscrit pas dans une offre préétablie, contrairement aux plateformes « cadres ». Pour autant, elles se rapprochent des activités des entreprises de travail temporaire, par leur intermédiation, tout en ne présentant pas les mêmes garanties, n'ayant pas été saisies par le Code du travail pour le moment²⁴¹⁵. Néanmoins, un conseil de prud'hommes a récemment requalifié une plateforme de « *jobbing* » d'entreprise de travail temporaire, après l'intervention volontaire du

²⁴¹⁰ R. CARELLI, P. CINGOLANI et D. KESSELMAN, *Les travailleurs des plateformes numériques*, *op. cit.*, p. 110.

²⁴¹¹ V. sur l'application de la théorie de l'apparence, *infra*, n° 581.

²⁴¹² V. sur la notation par étoiles, *infra*, n° 716 et s.

²⁴¹³ Selon les conditions générales d'utilisations de la plateforme *Colibri* pour *ManoMano*, le partenaire pourra alors recevoir une « *alerte qualité* », pouvant aller en cas de réitération du comportement fautif jusqu'à la désactivation du travailleur. <https://www.manomano.fr/pdf/FR/CGUManodvisor.pdf> [consulté le 12 mai 2020].

²⁴¹⁴ M.-A. DUJARIER, « Le sens de l'entrepreneuriat de soi sur les places de marché numériques de bricolage », *Nouvelle revue de psychosociologie*, n° 27, 2019, p. 68.

²⁴¹⁵ V. sur la concurrence déloyale, *infra*, n° 782 et s.

syndicat Prism'emploi²⁴¹⁶. Cette décision appellera certainement une suite, mais illustre les doutes qui entourent la réelle qualification de ces activités. Certaines offres peuvent cependant s'écarter du modèle classique de la plateforme de « *jobbing* », comme nous pouvons le constater avec le cas des « *Manodvisor* ».

525. Le cas des « *Manodvisor* ». La place de marché²⁴¹⁷ de vente d'outils de bricolage *Manomano*, après avoir créé la plateforme de « *jobbing* » *Supermano* de mise en relation de particuliers et de bricoleurs indépendants pour la réalisation de petits travaux, a créé une nouvelle offre de service qui est celle des « *Manodvisor* ». Pour conseiller au mieux les clients qui achètent des outils de bricolage sur la *marketplace*, une assistance est proposée. Cette assistance est fournie par des travailleurs indépendants, appelés « *Manodvisor* ». La plateforme propose de devenir un « *Manodvisor* », les personnes considérées comme étant un « *un expert sur l'un des 4 domaines suivants : Bricolage, Jardinage-Piscine, Plomberie-Chauffage, Électricité souhaitant mettre à contribution son expertise technique en échange d'une commission* »²⁴¹⁸. Pour pouvoir travailler sur la plateforme, il faut préalablement s'inscrire comme autoentrepreneur, répondre correctement à un « *quizz technique* » et suivre une formation organisée par la plateforme. Une fois cela réalisé, le travailleur peut alors se connecter quand il le souhaite sur la plateforme par discussion instantanée en ligne, appel ou mail. Il touche une rétribution variable par la voie d'une commission sur l'achat d'un produit par le client à la suite du conseil ainsi que la comptabilisation des discussions effectuées.

526. Ce cas particulier diffère très nettement d'une quelconque intermédiation de service. Les travailleurs bénéficient dans le cadre d'un travail à la demande, propre aux plateformes de travail, d'une liberté de connexion²⁴¹⁹. Ils s'inscrivent cependant pleinement dans l'objet social²⁴²⁰ de la place de marché, à savoir, la vente en ligne de matériels de bricolage. Or, tout comme les plateformes « cadres », les « partenaires » s'intègrent dans une offre prédéterminée et maîtrisée par la plateforme, laissant suggérer une organisation qui ne correspond plus à une simple intermédiation. Ils apportent leur expertise, au service de la vente des produits, raison

²⁴¹⁶ Cons. prud'h. Paris, 9 janvier 2023, n° 20/05493, *JCP S 2023. 1064, étude Loiseau*.

²⁴¹⁷ Ou « *marketplace* », V. pour une définition, P. LE TOURNEAU, *Contrats du numérique, op. cit.*, p. 563-564, n° 411.41.

²⁴¹⁸ <https://www.manomano.fr/devenir-manodvisor> [consulté le 24 juillet 2023].

²⁴¹⁹ V. sur ce point, *infra*, n° 641.

²⁴²⁰ Art. 1834 C. civ. ; art. L. 210-2 C. com. ; « *Activité qu'une société se propose d'exercer. L'objet social est défini par ses statuts* », V. « *Objet social* », T. DEBARD et S. GUINCHARD, *Lexique des termes juridiques, op. cit.*, p. 733.

d'être de la *marketplace*. Une telle situation hybride démontre la difficulté d'appréhension par le seul objet de la plateforme et justifie une réglementation sociale.

ii) *Les plateformes de « freelance » : l'organisation d'une mise en relation*

527. Le travail de freelance. Les plateformes de freelances « *appartient [...] une offre et une demande de prestations de services à haute valeur ajoutée* »²⁴²¹. Il s'agit ici d'un travail en ligne, contrairement aux plateformes de services organisés ou de *jobbing* qui offrent un travail « *hors ligne* »²⁴²². Au sein de ces plateformes de « *freelance* », nous pouvons distinguer d'une part, le travail de freelance en ligne (*Hopwork*²⁴²³, *Malt*²⁴²⁴, etc.), et d'autre part les plateformes de travail en ligne sur appel à projets (*99designs*²⁴²⁵, *Gopillar*²⁴²⁶, etc.).

528. Le travail de freelance en ligne. Les activités rencontrées sur ces plateformes sont hétérogènes, mais elles concernent principalement des travaux spécialisés et techniques. Les plateformes de *freelance* peuvent être généralistes ou spécialisées par métier ou secteur d'activité. Elles mettent en relation des travailleurs « *freelances* » et des clients, moyennant un taux de commission prélevé auprès du travailleur indépendant. Il existe des plateformes spécialisées dans le conseil et les métiers de l'informatique par exemple. Également, ces plateformes peuvent proposer de mettre en relation des influenceurs et des annonceurs²⁴²⁷. Outre la mise en relation entre l'influenceur et l'entreprise, la plateforme propose des services complémentaires aux deux parties. Pour les entreprises, l'opérateur propose un véritable suivi

²⁴²¹ N. AMAR et L.-C. VIOSSAT, *Les plateformes collaboratives, l'emploi et la protection sociale*, op. cit., p. 21.

²⁴²² « *Le travail de plateforme « en ligne » s'entend ici comme un travail qui est réalisé entièrement via les systèmes numériques, ce qui permet potentiellement que le travailleur soit localisé n'importe où (dans le monde). Il se définit en opposition au travail de plateforme « hors ligne » qui implique la réalisation du travail dans le monde physique (comme la conduite d'un VTC, la livraison de repas, la prestation de services de bricolage, etc.)* », A.-M. NICOT, « Les enjeux du travail dans l'économie des plateformes », *Regards*, vol. 55, n° 1, 2019, p. 53.

²⁴²³ « *La plateforme fonctionne comme un réseau social de professionnels, où chaque freelance crée un profil référencé sur le moteur de recherche du site et peut être contacté par un client pour la réalisation d'un projet spécifique. S'ensuivent discussions, négociations et envoi de devis entre le freelance et le client par la messagerie intégrée du site. A la différence des acteurs traditionnels, la mise en relation et l'échange entre le freelance et le client sont directs* », N. AMAR et L.-C. VIOSSAT, *Les plateformes collaboratives, l'emploi et la protection sociale*, op. cit., p. 21.

²⁴²⁴ <https://www.malt.fr/> [consulté le 24 juillet 2023].

²⁴²⁵ <https://99designs.fr/> [consulté le 24 juillet 2023].

²⁴²⁶ <https://gopillar.com/> [consulté le 24 juillet 2023].

²⁴²⁷ V. par exemple, *Influence4you*, <https://www.influence4you.com/fr> ; *Octoly*, <https://www.octoly.com/> ; *Kolsquare*, <https://www.kolsquare.com/fr> [consulté le 24 juillet 2023].

de la mise en relation avec, par exemple, le calcul de l'audience et la collecte de leurs données pour suivre la mise en œuvre de leurs campagnes de publicité. Du côté des influenceurs, la plateforme leur propose notamment de mesurer leur « *taux d'influence* » – qui sera ainsi indiqué sur leur profil – pour convaincre des entreprises de recourir à leurs services.

529. Dans le cadre de la réalisation de la prestation, le fonctionnement intrusif de certaines plateformes peut néanmoins susciter des interrogations. Certaines plateformes imposent une surveillance par le biais d'un logiciel qui « *prend une capture d'écran de l'ordinateur des travailleurs six fois par heure à des intervalles aléatoires et enregistre le nombre de clics, de frappes de clavier et de défilement de l'écran* »²⁴²⁸, dont les informations obtenues sont transmises au client²⁴²⁹. Un contrôle qui peut sembler à bien des égards excessifs, ce d'autant que le travail est censé être indépendant. En sus, une telle méthode serait considérée comme illicite en cas d'application de la législation sociale²⁴³⁰.

530. Le travail en ligne sur appel à projets. Sur les plateformes d'appel à projets, le client sélectionne le travailleur au moyen d'un concours organisé par la plateforme. Si le participant n'est pas choisi, ce dernier garde bien entendu la propriété de son idée, qui ne peut être utilisée par le client. Ces appels à projets peuvent concerner la conception de logo, ou encore l'architecture. En principe, à l'exception du choix de la proposition et de la signature du contrat de transfert des droits de propriété intellectuelle, les travailleurs n'ont aucune interaction avec les clients, voire, certaines plateformes interdisent même tout contact²⁴³¹.

531. Face à la diversité d'organisations et d'objets que peuvent recouvrir les plateformes numériques de travail, les différencier uniquement par leur activité ne peut suffire. Leur différence tient également de leur intervention sur l'exécution de la prestation de travail. Le degré de présence sur la relation exercera une influence sur les règles juridiques à appliquer. À côté des plateformes de mise à disposition de travail, il existe, au sein des plateformes-« marchés », celles de micro-travail.

²⁴²⁸ A.-M. NICOT, « Les enjeux du travail dans l'économie des plateformes », *op. cit.*, p. 60.

²⁴²⁹ Selon les conditions générales d'utilisation de la plateforme *Upwork*, <https://www.upwork.com/legal#softwarelicense> [consulté le 24 juillet 2023].

²⁴³⁰ V. *supra*, n° 302 et s.

²⁴³¹ A.-M. NICOT, « Les enjeux du travail dans l'économie des plateformes », *op. cit.*, p. 58.

b) *Les plateformes de micro-travail : une organisation encore difficile à saisir par le droit*

532. Du crowdsourcing au crowdworking. Le néologisme *crowdsourcing*, qui a émergé sous la plume de Monsieur Jeffe Howe, « désigne le processus consistant à externaliser des tâches à une foule de particuliers en ligne »²⁴³². Pour le *crowdworking*, il s'agit alors pour la plateforme de faire appel à une foule de travailleurs pour réaliser une tâche²⁴³³. Les « *crowdworkers* » offre leur force de travail²⁴³⁴ en l'échange d'une rétribution. Au sein de cette relation triangulaire, un travailleur, le « *crowdworker* », réalise des tâches, sous le statut d'indépendant, à la demande d'un client, par l'intermédiaire d'une plateforme numérique²⁴³⁵. Les coûts et les risques sont à la seule charge du travailleur indépendant. La plateforme se présente comme un tiers, qui sert uniquement d'intermédiaire entre le travailleur et son client : « elle prétend n'assurer que leur mise en relation, même si elle peut fournir également des services supports (facturation, paiement) qui sécurisent les transactions qu'elle permet, instaurer des systèmes de notations et procédures d'avis créateurs de confiance pour les consommateurs »²⁴³⁶.

533. Les plateformes de micro-travail. Les plateformes de micro-travail « mettent en relation, principalement sur un plan international, une offre et une demande de micro-tâches dématérialisées »²⁴³⁷. La plateforme de micro-travail, la plus connue, *Amazon Mechanical Turk* se définit comme « un endroit où les tiers requérants et fournisseurs de travail peuvent conclure et réaliser des transactions », au sein de laquelle les « *turker* » sont des « travailleurs [qui] exécutent des tâches pour les demandeurs à titre personnel en tant qu'entrepreneur indépendant et non en tant qu'employé d'un demandeur ou d'Amazon Mechanical Turk »²⁴³⁸.

²⁴³² P. BARRAUD DE LAGERIE et L. SIGALO SANTOS, « Et pour quelques euros de plus. Le crowdsourcing de micro-tâches et la marchandisation du temps », *Réseaux*, vol. 212, n° 6, 2018, p. 53.

²⁴³³ V. sur le phénomène d'auto-exploitation, B. GOMES, « La plateforme numérique comme nouveau mode d'exploitation de la force de travail », *op. cit.*, p. 86.

²⁴³⁴ M. JULIEN et E. MAZUYER, « Le droit du travail à l'épreuve des plateformes numériques », *op. cit.*

²⁴³⁵ P. FLICHY, « Le travail sur plateforme. Une activité ambivalente », *op. cit.*, p. 187.

²⁴³⁶ M. JULIEN et E. MAZUYER, « Le droit du travail à l'épreuve des plateformes numériques », *op. cit.*

²⁴³⁷ « Traduction d'extraits, développement d'une ligne de code, classement d'image, entre autres », N. AMAR et L.-C. VIOSSAT, *Les plateformes collaboratives, l'emploi et la protection sociale*, *op. cit.*, p. 21. V. également, à ce sujet, A.A. CASILLI, P. TUBARO, M. COVILLE, C. LE LUDEC, M. BESEVAL, T. MOUHTARE et E. WAHAL, *Le micro-travail en France. Derrière l'automatisation de nouvelles précarités au travail ?*, Rapport Final Projet DiPLab « Digital Platform Labor », 2019.

²⁴³⁸ Accord de participation : <https://www.mturk.com/worker/participation-agreement> [consulté le 12 décembre 2019].

Pour mieux comprendre le fonctionnement d'une plateforme de micro-travail²⁴³⁹, un rapport sur le micro-travail en France, coordonné par Antonio Casilli, distingue deux catégories de plateformes de micro-travail : « les plateformes dites « bifaces » et celles de « micro-travail profond » »²⁴⁴⁰.

534. Les plateformes « bifaces ». Les plateformes « bifaces » mettent en relation deux acteurs. Par exemple, la plateforme *Amazon Mechanical Turk* met en relation des clients, notamment des entreprises qui souhaitent la réalisation de certaines micro-tâches, et des micro-travailleurs, prêts à réaliser lesdites tâches en échange d'une rétribution. Le micro-travailleur choisit la tâche qu'il souhaite réaliser : cette étape est dénommée « l'appariement ». Puis, une fois la tâche à réaliser sélectionnée, il conclut alors un contrat, qui parfois renvoie laconiquement aux conditions générales d'utilisation de la plateforme. Enfin, le micro-travailleur réalise la tâche et perçoit une rétribution en contrepartie, à la suite de la validation de l'entreprise cliente.

535. Les plateformes de « micro-travail profond ». Dans le cas où l'entreprise donneuse d'ordre souhaite faire faire certaines tâches par l'intermédiaire d'une plateforme de micro-travail, tout en conservant la confidentialité de la finalité de la tâche commandée, elle peut alors recourir aux services d'une plateforme de « micro-travail profond ». Par ailleurs, ce montage a également pour objectif de se prémunir contre une éventuelle action contentieuse en requalification du contrat de la part du micro-travailleur²⁴⁴¹. Il s'agit dans ce cas d'une structure en plusieurs couches. La première consiste en « l'appariement » de la tâche et du micro-travailleur. Une fois que le micro-travailleur a répondu à l'annonce, la deuxième consiste en la contractualisation. Enfin, la troisième consiste en la réalisation de la tâche de la plateforme, avec parfois un « morcellement du processus » pour une gestion fragmentée de la force de travail²⁴⁴².

²⁴³⁹Il en existe d'autres, telles que *Clickworker*, *Appen*, *Pactera* ou encore *Foule Factory*. V. sur le fonctionnement de *Foule Factory*, S. RENAULT, « Le "crowdsourcing" de micro-tâches : contours et enjeux d'une nouvelle figure du travail. Le cas de la plateforme Foule Factory », *Recherches en Sciences de Gestion*, vol. 127, n° 4, 2018, p. 91 et s. ; J. ELAMBERT, « Micro-travail et segmentation du marché du travail : le cas Foule Factory », dans *Regards croisés sur le travail et le microtravail de plateforme*, Mare & Martin, 2023, p. 267-291.

²⁴⁴⁰ A.A. CASILLI, P. TUBARO, M. COVILLE, C. LE LUDEC, M. BESEVAL, T. MOUHTARE et E. WAHAL, *Le micro-travail en France. Derrière l'automatisation de nouvelles précarités au travail ?*, op. cit., p. 24.

²⁴⁴¹ V. sur la requalification, *infra*, n° 617 et s.

²⁴⁴² « Première couche : une plateforme de petites annonces, d'intérim ou de jobbing (telles *Indeed* ou *Monster.com*) réalise l'« appariement » entre la tâche et le micro-travailleur. Deuxième couche : après avoir répondu à une annonce, le micro-travailleur est invité à se connecter à une plateforme qui réalise la contractualisation. Les étapes de la contractualisation peuvent varier : parfois, c'est la deuxième plateforme même

536. Le micro-travail, une prestation de travail ? Le micro-travail peut se définir comme étant « des prestations effectuées à la demande et au bénéfice d'une personne, le donneur d'ordre ou un client de ce dernier, consistant en la réalisation de tâches de courte durée de production de données, personnelles ou non personnelles, au sein d'une plateforme numérique »²⁴⁴³. Les tâches attendues demandent peu de qualification²⁴⁴⁴. Elles peuvent consister à, par exemple, reconnaître des objets sur une image, ou retranscrire des enregistrements. Elles participent majoritairement à améliorer la base de données d'apprentissage d'intelligences artificielles. Les micro-tâches peuvent s'effectuer en ligne (par exemple, rendre des CV anonymes) ou peuvent nécessiter une présence physique (par exemple, prendre des photos de produits dans des magasins)²⁴⁴⁵. La brièveté de la tâche demandée pose déjà une première difficulté quant à sa possible qualification en prestation de travail²⁴⁴⁶. Cependant, la chambre sociale de la Cour de cassation a pu retenir la qualification de prestation de travail, dans une conception large, malgré le caractère ludique de la tâche réalisée²⁴⁴⁷, en liant la finalité économique²⁴⁴⁸. Dès lors que l'activité est réelle et effective²⁴⁴⁹, les micro-tâches numériques pourraient tout à fait être considérées comme constituant des prestations de travail²⁴⁵⁰. Aussi, les plateformes de micro-travail essaient de rendre le plus ludiques les tâches

qui la réalise (le micro-travailleur aura alors un contrat avec la plateforme), parfois une autre société (une entreprise sous-traitante du client). [...] Troisième couche : pour effectuer les micro-tâches, les travailleurs sont invités à se connecter à une troisième plateforme (normalement, un service appartenant au client principal : UHRS pour Microsoft, RaterHub pour Google, TryRating pour Apple, etc.). Ainsi, non contentes de fragmenter à l'extrême le contenu de ces activités, certaines plateformes imposent un mode d'organisation basée sur le morcellement des processus de gestion de la force de travail », A.A. CASILLI, P. TUBARO, M. COVILLE, C. LE LUDEC, M. BESEVAL, T. MOUHARE et E. WAHAL, *Le micro-travail en France. Derrière l'automatisation de nouvelles précarités au travail ?*, op. cit., p. 25-26.

²⁴⁴³ Q. PAK, « Analyse juridique de la notion de micro-travail : Essai de définition et de qualification », dans *Regards croisés sur le travail et le microtravail de plateforme*, Mare & Martin, 2023, p. 71.

²⁴⁴⁴ V. « Qualification, classification, compétences », A. BEVORT, A. JOBERT, M. LALLEMENT et A. MIAS, *Dictionnaire du travail*, op. cit., p. 601.

²⁴⁴⁵ L.-C. VIOSSAT, « Quel travail à l'ère des plates-formes numériques ? Les défis d'un nouveau contrat social », *Futuribles*, vol. 433, n° 6, 2019, p. 71.

²⁴⁴⁶ V. sur le notion de prestation de travail, D. GARDES, *Essai et enjeux d'une définition juridique du travail*, op. cit. ; V. pour une analyse critique des micro-tâches au regard de la notion de prestation de travail, F. KHODRI et E. MAZUYER, « Le micro-travail numérique et la force attractive du droit du travail », *RDT*, 2023, p. 91.

²⁴⁴⁷ Cass. soc., 3 juin 2009, n° 08-40.981 à 08-40.983 et 08-41.712 à 08-41.714, *D. 2009. AJ 1530*, obs. Serna ; *ibid.* 2116, note Cesaro et Gautier ; *ibid.* 2517, note Edelman ; *RDT 2009. 507*, obs. Auzero ; *RJS 2009. 615*, n° 678 ; *Dr. soc. 2009. 780*, avis Allix et obs. Dupeyroux ; *ibid.* 930, note Radé ; *JCP E 2009. 1714*, note Thouzellier ; *JSL 2009, n° 258-2* ; *SSL, n° spécial 1403*, op. cit.

²⁴⁴⁸ Cass. soc., 25 juin 2013, n° 12-13.968, *D. actu. 10 juill. 2013*, obs. Peyronnet ; *D. 2013. Actu. 1692* ; *RDT 2013. 622*, obs. Gardes ; *RJS 10/2013, n° 649* ; *JSL 2013, n° 350-5*, obs. Lalanne ; *JCP S 2013. 1386*, obs. Lahalle, op. cit.

²⁴⁴⁹ CJCE, 4 juin 2009, aff. jointes C-22/08 et C-23/08, *Vastouras et Koupatantze*. À moins donc que les activités soient réduites et qu'elles soient considérées comme étant « marginales et accessoires », CJCE, 23 mars 1982, aff. C-53/81, *Levin* ; CJCE, 17 mars 2005, aff. C-109/04, *Kranemann*, pt. 12.

²⁴⁵⁰ Contrairement à ce qu'a pu laisser penser la décision concernant *Clic & Walk*, Cass. crim., 5 avril 2022, n° 20-81.775, *D. 2022. 709* ; *ibid.* 1280, obs. S. Vernac et Y. Ferkane ; *AJ pénal 2022. 311*, note J. Gallois ; V. également

à réaliser, tant pour que le micro-travailleur s'identifie davantage à un joueur qu'à un travailleur²⁴⁵¹, que pour écarter l'application du droit du travail²⁴⁵².

537. Le versement d'une faible contrepartie. En contrepartie, les micro-travailleurs perçoivent une rémunération qui peut varier entre quelques centimes et quelques euros pour chaque mission réalisée, à condition que leur travail soit accepté par le client²⁴⁵³. Cette faible contrepartie ne s'oppose cependant pas à la reconnaissance d'un contrat de travail²⁴⁵⁴. Bien que la contrepartie financière constitue un indice²⁴⁵⁵, elle demeure un critère insuffisant à déterminer l'existence d'un contrat de travail²⁴⁵⁶. Dans la plupart des cas, le micro-travailleur ne se voit pas imposer un pourcentage prélevé par la plateforme²⁴⁵⁷, car celle-ci a déjà facturé sa part au client qui souhaite publier une tâche de micro-travail²⁴⁵⁸. Enfin, ce n'est pas la plateforme qui exerce un contrôle sur le travail, mais le client. Ce dernier valide ou non la bonne réalisation de la tâche. L'absence de régulation implique l'existence de possibles comportements abusifs de la part des clients qui ne valident pas la réalisation de la prestation par le micro-travailleur, alors privé de toute rétribution malgré le temps passé²⁴⁵⁹. Par ailleurs, la brièveté dans le temps de la prestation de travail pose une difficulté dans l'appréhension de sa nature.

en ce sens, F. KHODRI et E. MAZUYER, « Le micro-travail numérique et la force attractive du droit du travail », *RDT*, 2023, p. 91 ; E. MAZUYER, « Travail et micro-travail de plateforme. Quels enjeux ? Quelles perspectives ? », dans *Regards croisés sur le travail et le microtravail de plateforme*, Mare & Martin, 2023, p. 28-29 ; Q. PAK, « Analyse juridique de la notion de micro-travail : Essai de définition et de qualification », dans *Regards croisés sur le travail et le microtravail de plateforme*, Mare & Martin, 2023, p. 74-77.

²⁴⁵¹ V. sur les motivations des micro-travailleurs, E. LANCIANO, S. SALEILLES, C. SYBORD et N. TITOUANI-MANDRI, « Arrondir ses fins de mois, s'occuper l'esprit, s'amuser ? Les motivations des micro-travailleurs, révélatrices des zones grises de l'emploi et du travail », dans *Regards croisés sur le travail et le microtravail de plateforme*, Mare & Martin, 2023, p. 293-314.

²⁴⁵² V. sur la « gamification » du travail, autrement dit, l'utilisation du jeu pour favoriser la performance, M.-A. DUJARIER et S. LE LAY, « Jouer / travailler : état des débats actuels », *Travailler*, vol. 39, n° 1, 2018, p. 7-31.

²⁴⁵³ A.-M. NICOT, « Les enjeux du travail dans l'économie des plateformes », *op. cit.*, p. 56.

²⁴⁵⁴ V. notamment, F. GAUDU et R. VATINET, *Les contrats du travail*, *op. cit.*, p. 26.

²⁴⁵⁵ Cass. soc., 16 septembre 2009, n° 08-41.191, *D. 2009. AJ 2350, obs. Maillard*.

²⁴⁵⁶ Cass. soc., 4 décembre 1986, n° 84-42.612.

²⁴⁵⁷ La plateforme peut cependant imposer des frais lors du transfert de l'argent sur un compte bancaire. C'est le cas chez la plateforme *Foule Factory*. V. art. 7.1 CGU, <https://www.foulefactory.com/conditions-generales-dutilisation/> [consulté le 24 juillet 2023] ; V. également sur le fonctionnement de la plateforme, J. ELAMBERT, « Micro-travail et segmentation du marché du travail : le cas Foule Factory », *op. cit.*

²⁴⁵⁸ Par exemple la plateforme *Foule Factory* propose deux niveaux de service aux entreprises. Le premier, la formule « *self* », le client met en ligne ses tâches, fixe le prix et rédige les consignes. La plateforme demande alors une commission de 20% sur les tâches mises en ligne. Dans le second, la formule « *premium* », *Foule Factory* aide à l'élaboration des tâches, les met en ligne et accompagne la réalisation du projet. Dans cette formule, *Foule Factory* peut alors facturer jusqu'à la moitié du budget du projet. P. BARRAUD DE LAGERIE et L. SIGALO SANTOS, « Et pour quelques euros de plus », *op. cit.*, p. 56.

²⁴⁵⁹ S. RENAULT, « Le "crowdsourcing" de micro-tâches : contours et enjeux d'une nouvelle figure du travail. Le cas de la plateforme Foule Factory », *op. cit.*, p. 97.

538. Le refus du juge de reconnaître un lien de subordination. À cet égard, un avis de la chambre sociale de la Cour de cassation a pour l'instant exclu l'existence d'un lien de subordination pour les particuliers qui acceptent « *par l'intermédiaire d'une plateforme numérique gérée par une société, d'exécuter des missions consistant à lui fournir des données sur ses habitudes de consommation, à recueillir des informations ou à prendre des photographies [...] en contrepartie de points-cadeaux ou de quelques euros* »²⁴⁶⁰. Il opposait à une telle reconnaissance la liberté d'abandonner la mission en cours d'exécution, l'absence de pouvoir de direction, de contrôle ou de sanction durant l'exécution de la mission, ce, « *quand bien même la correcte exécution des missions est l'objet d'une vérification par la société* ». Celle-ci peut donner lieu au refus du versement de la rémunération initialement prévue, ou du remboursement des frais engagés, si la plateforme estime que la mission n'a pas été exécutée conformément aux attentes. Or, cela peut tout d'abord sembler contradictoire de ne pas conclure à l'existence d'un lien de subordination dès lors que la Cour de cassation constatait que la plateforme dispose du pouvoir de vérification et de refus de verser la rémunération²⁴⁶¹. Ensuite, cet avis, bien prudent²⁴⁶², ne prend néanmoins pas en compte le fonctionnement de la plateforme, dans une approche uniquement personnelle et non fonctionnelle du lien de subordination. En ce sens, il aurait pu être utilisé le critère, qui avait été dégagé lors des contentieux relatifs aux candidats de télé réalité, de l'objet ou de la finalité de l'activité pour « *la production d'un bien ayant une valeur économique* »²⁴⁶³.

539. Technique de fidélisation des micro-travailleurs. Les plateformes profitent par ailleurs des conditions générales pour insister sur le caractère indépendant de leurs partenaires²⁴⁶⁴. Or, l'organisation de la plateforme semble contrôler l'ensemble de la prestation de travail des travailleurs, et utilise même des techniques propres aux ressources humaines, comme la fidélisation pour maintenir les travailleurs sur la plateforme. L'organisation s'assimile davantage à celle d'une communauté²⁴⁶⁵, comme ce que l'on peut retrouver au sein des réseaux

²⁴⁶⁰ Cass. soc., avis, 15 décembre 2021, n° 21-70.017, *JCP S* 2022. 1039, note G. Loiseau.

²⁴⁶¹ E. MAZUYER, « Travail et micro-travail de plateforme. Quels enjeux ? Quelles perspectives ? », *op. cit.*, p. 29.

²⁴⁶² V. en ce sens, G. LOISEAU, « Des micro-tâches sont-elles une prestation de travail ? », *JCP S*, n° 6, 2022, 1039.

²⁴⁶³ Cass. soc., 4 avril 2012, n° 10-28.818, *RDT* 2012. 297, obs. G. Pignarre et L.-F. Pignarre ; *Légipresse* 2012. 481 ; 25 juin 2013, n° 12-13.968, *D.* 2013. 1692, et 2014. 1115, obs. J. Porta ; *Dr. soc.* 2014. 11, *chron. S. Tournaux* ; *RDT* 2013. 622, obs. D. Gardes.

²⁴⁶⁴ A.A. CASILLI, *En attendant les robots*, *op. cit.*, p. 264 ; S. RENAULT, « Le "crowdsourcing" de micro-tâches : contours et enjeux d'une nouvelle figure du travail. Le cas de la plateforme Foule Factory », *op. cit.*, p. 99.

²⁴⁶⁵ V. « Communauté de travail », A. BEVORT, A. JOBERT, M. LALLEMENT et A. MIAS, *Dictionnaire du travail*, *op. cit.*, p. 107.

sociaux, qu'aux organisations que nous avons pu évoquer plus haut. Un système ludique est organisé au sein de la plateforme²⁴⁶⁶. Les travailleurs se voient attribuer des badges notamment en fonction de leurs compétences ou du nombre de missions réalisées. Plus le travailleur réalise de missions, plus il peut accéder à des missions intéressantes et mieux rémunérées. Il peut également se soumettre à des tests pour valider des compétences qui lui donneront accès à d'autres missions²⁴⁶⁷. Cela constitue une technique classique de fidélisation du travailleur²⁴⁶⁸, pour qu'il réalise davantage de missions, et que ceux qui présentent le plus d'ancienneté soient récompensés. Par ailleurs, cette organisation par certification pourrait s'assimiler à de la formation interne ou de certification professionnelle²⁴⁶⁹. Au même titre que peuvent le faire des entreprises de travail temporaire²⁴⁷⁰, la plateforme constitue un « vivier » de travailleurs pour détenir les ressources nécessaires afin de répondre aux demandes de ses clients. Pour limiter le risque de contentieux, certaines plateformes, comme *Foule Factory*, limitent le montant annuel maximum qu'un travailleur peut percevoir, afin qu'elle ne constitue pas sa principale source de revenus. De même, la rétribution particulièrement basse pouvant être perçue par le travailleur constitue, outre une source d'attractivité pour le client, un seul complément de revenu²⁴⁷¹. Autant d'éléments pour masquer l'exercice de pouvoir sur le travailleur tout en le maintenant sur la plateforme.

540. L'absence de régulation des plateformes-« marchés ». Peu de contentieux concernent pour le moment les plateformes-« marchés »²⁴⁷². Elles ne sont pas concernées par la régulation qui a débuté au sein du Code du travail. Et même, en tant qu'actrices, elles sont considérées comme prestataire de service de la société de l'information, une qualification protéiforme qui

²⁴⁶⁶ D. NUNES, « Les faux semblants des plateformes de micro-tâches. Premiers résultats d'une recherche empirique », dans *Regards croisés sur le travail et le microtravail de plateforme*, Mare & Martin, 2023, p. 53-62, spé. p. 55.

²⁴⁶⁷ V. notamment à ce sujet, A.A. CASILLI, *En attendant les robots*, op. cit., p. 125-128.

²⁴⁶⁸ La fidélisation relève d'un état psychologique qui traduit une forme d'attachement du travailleur à l'organisation, J.-P. NEVEU et M. THÉVENET, *L'implication au travail*, op. cit., p. 28 et s.

²⁴⁶⁹ V. en ce sens, « certaines plateformes, telle *Foule Factory*, proposent des systèmes de certifications pour créer des catégories de contributeurs et leur confier des missions plus complexes, plus longues et mieux rémunérées, ce qui s'apparente à une sorte de formation interne et de certification professionnelle. », F. KHODRI et E. MAZUYER, « Le micro-travail numérique et la force attractive du droit du travail », *RDT*, 2023, p. 91.

²⁴⁷⁰ I. GALOIS et A. LACROUX, « Regards croisés sur la fidélisation des salariés intérimaires », *Revue Interdisciplinaire Management, Homme Entreprise*, vol. 1, n° 2, 2012, p. 50-65.

²⁴⁷¹ S. RENAULT, « Le "crowdsourcing" de micro-tâches : contours et enjeux d'une nouvelle figure du travail. Le cas de la plateforme *Foule Factory* », op. cit., p. 99-100.

²⁴⁷² V. *infra*, n° 757, 797 et s. ; V. pour la plateforme *clic & walk*, CA Douai, 6e ch. corr., 10 février 2020, n° 19/00137 ; Cass. crim., 5 avril 2022, n° 20-81.775, *D. 2022. 709* ; *ibid. 1280*, obs. S. Vernac et Y. Ferkane ; *AJ pénal 2022. 311*, note J. Gallois.

semble insuffisante à rendre compte de leur réel rôle dans l'intermédiation du « *travail à la demande* » duquel elles participent.

2- L'insuffisance du statut commun de prestataire de service de la société de l'information

541. La notion de service de l'information. La notion de « *service* » de la société de l'information est définie par la directive 2015/1535 comme « *tout service presté normalement contre rémunération, à distance, par voie électronique et à la demande individuelle d'un destinataire de services* »²⁴⁷³. Si ces quatre critères sont remplis, le service constitue alors un service de la société de l'information. Sauf dispositions spécifiques, les plateformes numériques sont considérées comme fournissant des services de la société de l'information²⁴⁷⁴.

542. Déjà, en 2011, la CJUE²⁴⁷⁵ avait jugé que l'exploitation d'une place de marché en ligne réunissait l'ensemble des éléments de définition des services de société de l'information. De plus, lors de l'arrêt *Sotiris Papasavvas*²⁴⁷⁶, la Cour de justice a décidé d'élargir la notion de service de la société de l'information en y englobant les marchés dits « *bifaces* », « *par lesquels le prestataire est rémunéré non pas par le destinataire, mais par les revenus générés par des publicités diffusées sur un site Internet* »²⁴⁷⁷. Dans ce contexte, la qualification de société de l'information a pu être confirmée.

543. Une définition applicable aux plateformes numériques de travail. Dans ce contexte d'une définition particulièrement élargie²⁴⁷⁸, ont pu être considérées comme relevant de la qualification de prestataire de services de la société de l'information les plateformes qui ont comme activité l'offre de services, à distance, par voie électronique, sur demande,

²⁴⁷³ Directive 2015/1535 du 9 septembre 2015 prévoyant une procédure d'information dans le domaine des réglementations techniques et des règles relatives aux services de la société de l'information, art. 1er, 1, b).

²⁴⁷⁴ P.V. VAN CLEYNENBREUGEL, *Plateformes en ligne et droit de l'Union européenne. Un cadre juridique aux multiples visages*, Bruylant, coll.« Pratique du droit européen », 2020, p. 79.

²⁴⁷⁵ CJUE, 12 juillet 2011, aff. C-324/09, *L'Oreal SA et a. c/ eBay International AG et a*, D. 2011. 1965, obs. C. Manara ; *ibid.* 2054, point de vue P.-Y. Gautier ; *ibid.* 2363, obs. J. Larrieu, C. Le Stanc et P. Tréfigny-Goy ; *ibid.* 2012. 1228, obs. H. Gaudemet-Tallon et F. Jault-Seseke ; *ibid.* 2836, obs. P. Sirinelli ; *Légipresse* 2011. 463 et les obs. ; *ibid.* 465 et les obs. ; *RTD eur.* 2011. 847, obs. E. Treppoz.

²⁴⁷⁶ CJUE, 11 septembre 2014, aff. C-291/13, *Papasavvas c/O Fileleftheros*, *Rec. N* ; *RTD eur.* 2015. 355, obs. L. Coutron ; *Europe* 2014, comm. 482, obs. D. Simon ; *CCE.* 2014, comm. 95, G. Loiseau.

²⁴⁷⁷ *Ibid.*, pt. 30.

²⁴⁷⁸ V. à ce sujet, P.V. VAN CLEYNENBREUGEL, *Plateformes en ligne et droit de l'Union européenne. Un cadre juridique aux multiples visages*, *op. cit.*, p. 78 et s.

d'intermédiation entre deux utilisateurs, en somme, l'ensemble des plateformes numériques y compris, donc, celles de travail. C'est ainsi que la plateforme de travail *Star Taxi app*, qui consiste à mettre en relation des clients et des chauffeurs de taxi, a été qualifiée comme prestataire de service de la société de l'information²⁴⁷⁹. La plateforme joue un rôle d'intermédiation, se limitant à la mise en relation entre des clients et des taxis autorisés. De plus, il a été jugé que la plateforme n'intervenait pas dans l'organisation de la prestation. L'ensemble de ces éléments ont conduit à la confirmation qu'elle correspondait bien à un service d'une société de l'information. Il convient de noter que l'organisation de la plateforme joue un rôle essentiel dans la qualification. Si celle-ci offre un service qui va au-delà de l'intermédiation simple, ou si l'intermédiation peut être considérée comme ne représentant qu'une composante non essentielle du service, la question peut se poser si elle relève toujours bien des services de la société de l'information²⁴⁸⁰. Cette analyse illustre la nécessité d'une prise en compte de l'exercice d'un pouvoir de direction de l'activité dans l'approche des plateformes numériques de travail, car c'est bien celui-ci qui va finalement faire varier la qualification juridique afférente²⁴⁸¹, et avoir nécessairement une incidence sur celle de sa relation avec ses prestataires.

544. Il convient d'envisager deux possibilités concernant le cas de services multiples. Dans le premier cas, la plateforme peut offrir des services supplémentaires, entièrement dissociables du service principal relevant de la société de l'information. Dans le second cas, les services étant indissociables, il convient, dès lors, d'identifier lequel constitue le service principal. Suivant l'adage *accessorium sequitur principale*, le statut juridique du service accessoire suivra celui du service principal²⁴⁸².

545. Par ailleurs, au-delà des plateformes numériques de travail, le contentieux a également surgi pour d'autres formes de plateformes en ligne, dont il est possible d'en tirer des enseignements²⁴⁸³. S'agissant, par exemple, de la plateforme *Airbnb*, une plateforme de location de meublés de tourisme qui met en relation des offres d'hébergement, la Cour de justice a confirmé sa qualification en société de l'information²⁴⁸⁴. Il a été refusé de considérer qu'il

²⁴⁷⁹ CJUE, 3 décembre 2020, aff. C-62/19., *Star Taxi App*.

²⁴⁸⁰ P.V. VAN CLEYNENBREUGEL, *Plateformes en ligne et droit de l'Union européenne. Un cadre juridique aux multiples visages*, *op. cit.*, p. 86.

²⁴⁸¹ V. pour une prise en compte de la subordination fonctionnelle, *infra*, n° 563.

²⁴⁸² V. par exemple le cas d'*Uber*, *infra*, n° 596 et s.

²⁴⁸³ V. notamment à ce sujet, B. BERTRAND, « Chronique Droit européen du numérique - La rationalisation des catégories juridiques relatives aux services numériques », *RTD Eur.*, 2021, p. 188.

²⁴⁸⁴ CJUE, 19 décembre 2019, aff. C-390/18, *JT 2020*, n° 226, p. 11, note Delpech.

s'agirait d'une prestation d'hébergement et il a été jugé que les services que la plateforme propose sont dissociables de l'opération immobilière²⁴⁸⁵. Plusieurs éléments illustrent l'absence d'influence déterminante²⁴⁸⁶ de la plateforme dans l'opération. Tout d'abord, la plateforme ne contrôle pas tous les aspects économiques²⁴⁸⁷ de la prestation et plus particulièrement n'intervient pas dans la fixation du prix. Également, les propriétaires de logement peuvent tout à fait recourir à d'autres canaux pour louer leur bien²⁴⁸⁸. Ce qui a eu pour conséquence d'exclure l'application de la loi Hoguet imposant une carte professionnelle d'agent immobilier²⁴⁸⁹. Les critères employés relèvent de la recherche d'une influence déterminante de la plateforme, de façon similaire à ce qui a pu être pris en compte pour les plateformes numériques de travail²⁴⁹⁰. Une telle recherche pourra se rapprocher de la notion de subordination fonctionnelle dans le cas des plateformes de travail.

546. En l'absence d'un tel constat, les plateformes numériques relèvent par défaut du régime de la société de l'information qui leur permet de bénéficier de la libre prestation de services au sein de l'Union européenne²⁴⁹¹. Surtout, les acteurs relevant ce régime ne doivent ainsi pas appliquer la réglementation correspondant au secteur d'activité dans lequel ils s'inscrivent²⁴⁹². Enfin, l'intérêt de ce régime est donc l'absence d'application d'une quelconque réglementation sociale. Cette situation contribue à la précarisation des travailleurs des plateformes-« marchés », ne bénéficiant même pas du régime de protection minimale qui a été amorcé par le législateur.

²⁴⁸⁵ B. BERTRAND, « Chronique Droit européen du numérique - La rationalisation des catégories juridiques relatives aux services numériques », *op. cit.*

²⁴⁸⁶ V. sur la notion d'influence déterminante, *infra*, n° 574.

²⁴⁸⁷ A. LECOURT, « Impossibilité pour la France d'exiger d'Airbnb de disposer d'une carte professionnelle d'agent immobilier », *Dalloz IP/IT*, 2020, p. 265.

²⁴⁸⁸ X. DELPECH, « À la une - Meublé de tourisme - Pas d'assimilation d'Airbnb à un agent immobilier », *Juris tourisme*, n° 226, 2020, p. 11.

²⁴⁸⁹ Loi n° 70-9 du 2 janvier 1970 réglementant les conditions d'exercice des activités relatives à certaines opérations portant sur les immeubles et les fonds de commerce.

²⁴⁹⁰ V. sur ce point, *infra*, n° 575 et s.

²⁴⁹¹ TFUE, art. 56.

²⁴⁹² V. sur la concurrence déloyale, *infra*, n° 782 et s.

§2 : La création d'une application désarticulée entre protection sociale et droit du travail

547. Comme évoqué précédemment, seules les plateformes « cadres » entrent dans le champ d'application des dispositions du Code du travail relatives aux travailleurs des plateformes de mise en relation par voie électronique²⁴⁹³, avec des dispositions particulières pour les plateformes de mobilité²⁴⁹⁴. Ce statut est venu encadrer les conditions de travail des travailleurs, dans le but de sécuriser le modèle des plateformes²⁴⁹⁵. Malgré le maintien d'une présomption d'indépendance, les garanties issues de ce statut semblent copier celles du statut du salarié. Comme a souligné Madame Françoise Favennec-Héry : « *tout cela fleure bon le Code du travail* »²⁴⁹⁶. Cependant, il y a une certaine désarticulation du couple protection sociale-droit du travail. Face au numérique, le droit éprouve à nouveau ses catégories²⁴⁹⁷. Un régime, encore insuffisant, a été aménagé pour certains travailleurs de plateforme leur offrant une protection minimale (A). Parallèlement, il convient de constater les modifications des règles relatives à l'auto-entrepreneuriat, avec la création du régime du micro-entrepreneuriat pour encourager cette modalité d'activité (B).

A- La création d'un socle de protection minimal du travailleur de plateforme

548. Pour réguler la situation des travailleurs des plateformes, le législateur a fait le choix d'un régime *ad hoc*, où les travailleurs sont considérés comme des indépendants, mais tout en bénéficiant de certaines garanties, qui sont largement inspirées, si ce n'est calqué, du régime salarié. La plateforme, en tant que donneuse d'ordre, est considérée comme étant débitrice d'un nouveau type d'obligation : la responsabilité sociale. Un fondement bien difficile à appréhender

²⁴⁹³ Art. L. 7342-1 C. trav.

²⁴⁹⁴ Art. L. 7342-8 C. trav.

²⁴⁹⁵ V. également sur le sujet, C. GRANDJEAN et D. OBONO, *Rapport d'information déposé par la commission des affaires européennes sur la protection sociale des travailleurs des plateformes numériques*, 2021.

²⁴⁹⁶ F. FAVENNEC-HÉRY, « Les frontières de l'emploi : des évolutions ? », *JCP S*, n° 14, 2022, 1105.

²⁴⁹⁷ C. LARRAZET, « Régime des plateformes numériques, du non-salariat au projet de charte sociale », *Dr. soc.*, 2019, p. 167.

en droit et qui semble davantage relever de l'éthique²⁴⁹⁸. Elle est, à tout le moins, révélatrice du lien qui est fait entre pouvoir et responsabilité²⁴⁹⁹, en offrant aux travailleurs des garanties minimales. Un premier point qui laisse déjà présager l'existence d'une subordination fonctionnelle malgré la persistance du législateur à maintenir la présomption d'indépendance²⁵⁰⁰ tout en garantissant un minimum de protection (1). Une présomption qui, par ailleurs, ne manque pas d'être remise en question, notamment dans le cadre d'une proposition de directive relative à l'amélioration des conditions de travail *via* une plateforme qui prévoit, à l'inverse, une présomption de salariat²⁵⁰¹, montrant ainsi les limites de la création d'un tel statut (2).

1- L'apport de garanties minimales aux travailleurs tout en maintenant leur indépendance

549. L'élaboration de règles minimales. À ce jour, les travailleurs des plateformes relèvent du régime par défaut de la sécurité sociale des travailleurs indépendants. Le travailleur peut cependant souscrire à une assurance couvrant les risques d'accidents du travail²⁵⁰². Dans ce cas, la plateforme devra prendre en charge ses cotisations²⁵⁰³, sauf à ce que le travailleur ne réalise un chiffre d'affaires inférieur à celui exigé par décret²⁵⁰⁴ et ce, à moins, qu'il n'adhère à un contrat collectif, souscrit volontairement par la plateforme, et si elle comporte « *des garanties au moins équivalentes à l'assurance volontaire en matière d'accidents du travail [...] et que la cotisation à ce contrat est prise en charge par la plateforme* »²⁵⁰⁵. Ici, il n'y a pas de droit à la

²⁴⁹⁸ E. DAOUD et J. FERRARI, « La RSE sociale : de l'engagement volontaire à l'obligation juridique », *JCP S*, n° 39, 2012, 1391.

²⁴⁹⁹ « *En ce sens, elle semble ainsi bien davantage révélatrice des relations déséquilibrées entre certaines plateformes et certains travailleurs non-salariés, qu'ils soient subordonnés ou dépendants économiquement, soumis au pouvoir de leur donneur d'ordre, plutôt que d'une relation commerciale entre partenaire.* », C. LARRAZET, « Régime des plateformes numériques, du non-salariat au projet de charte sociale », *Dr. soc.*, 2019, p. 167.

²⁵⁰⁰ Art. L. 7341-1 C. trav.

²⁵⁰¹ Proposition de directive relative à l'amélioration des conditions de travail dans le cadre du travail via une plateforme du 9 décembre 2021, COM/2021/762, *op. cit.*, art. 4 et 5.

²⁵⁰² Art. L. 743-1 CSS.

²⁵⁰³ Art. L. 7342-2 al. 1 C. trav.

²⁵⁰⁴ Art. L. 7342-4 C. trav. V. notamment à ce sujet, P. MORVAN, *Droit de la protection sociale*, 10^e éd., LexisNexis, 2021, p. 107.

²⁵⁰⁵ Art. L. 7342-2 al. 2 C. trav. Cette règle de l'équivalence suscite bien des interrogations quant à son application, « *appliquée au contrat d'assurance souscrit par les plateformes, on s'interrogera alors sur le point de savoir si l'équivalence doit s'apprécier séparément par type de prestation ou globalement, s'il faut dissocier les conditions*

couverture, mais bien une couverture conditionnelle des travailleurs. Il n’y a aucune obligation pour la plateforme d’organiser un financement de la couverture des accidents du travail. La protection s’inscrit dans une logique d’autorégulation, laissant ainsi les travailleurs dans une logique marchande et non sociale²⁵⁰⁶.

550. Les garanties complémentaires pour les plateformes de « mobilité ». Pour les plateformes de « mobilité », des garanties complémentaires ont été prévues au sein du Code des transports²⁵⁰⁷. En outre, la plateforme de « mobilité » a la faculté d’établir unilatéralement une charte²⁵⁰⁸ qui détermine les conditions et les modalités d’exercice de sa responsabilité sociale. D’une part, les travailleurs sont désormais assurés d’un prix minimal ainsi que de la liberté de refuser une proposition de prestation sans faire l’objet d’une quelconque pénalité²⁵⁰⁹. D’autre part, il est prévu que le travailleur soit libre de choisir ses plages horaires d’activité ainsi que ses périodes d’inactivité. Il peut ainsi se déconnecter à tout moment, sans risquer une rupture contractuelle en raison de l’exercice de ce droit²⁵¹⁰. Il s’ajoute la faculté pour la plateforme d’établir une charte dans le cadre de sa responsabilité sociale. Le cas échéant, elle doit y définir « *ses droits et obligations ainsi que ceux des travailleurs avec lesquels elle est en relation* »²⁵¹¹. En d’autres termes, la plateforme peut définir des garanties complémentaires aux travailleurs, concernant les conditions d’exercice de la prestation, telles que la garantie d’un « *prix décent* », des modalités de développement des compétences professionnelles et de sécurisation des parcours professionnels, ou encore des mesures d’amélioration des conditions de travail et de prévention des risques professionnels. Autant de garanties qui sont largement tirées de celles du salariat. Tout particulièrement, la notion de « *prix décent* » a pu être considérée par Monsieur Grégoire Loiseau comme un « *oxymore malheureux* »²⁵¹², car l’expression n’est pas sans rappeler les dispositions de l’article 4 de la charte sociale européenne. Enfin, il est également

*d’ouverture du droit à prestation du niveau de celle-ci. Cela crée une véritable zone d’ombre sur la portée réelle de la responsabilité sociale des plateformes, ombre qui est d’autant plus grande que la couverture se déploie dans un environnement normatif où la liberté contractuelle l’emporte sur les règles d’ordre public de protection », M. DEL SOL, « La protection sociale complémentaire des travailleurs de plateforme au risque du marché », *Dr. soc.*, 2021, p. 589.*

²⁵⁰⁶ J. DIRRINGER, « La protection sociale, un “angle mort” de la régulation du travail des plateformes », *RFAS*, n° 1, 2022, p. 56.

²⁵⁰⁷ Art. L. 1326-1 et s. C. transp.

²⁵⁰⁸ Le législateur fait ici de la charte un « *objet juridique singulier* », G. LOISEAU, « Travailleurs des plateformes : un naufrage législatif », *JCP S*, n° 1-2, 2020, 1000.

²⁵⁰⁹ Art. L. 1326-2 C. transp.

²⁵¹⁰ Art. L. 1326-4 C. transp.

²⁵¹¹ Art. L. 7342-9 C. trav.

²⁵¹² « *Le prix contrepartie d’une prestation dans une relation commerciale peut être réel, sérieux, adéquat, voire juste ; le caractère décent convient à la rémunération du travail qui doit être suffisante pour assurer aux travailleurs « un niveau de vie décent »* », G. LOISEAU, « Travailleurs des plateformes : un naufrage législatif », *JCP S*, n° 1-2, janvier 2020, p. 1000.

possible de prévoir au sein de la charte des garanties de protection sociale complémentaires négociées par la plateforme²⁵¹³. Là encore, il s'agit d'une faculté, qui est laissée au libre choix des plateformes.

551. Dans la continuité d'une large inspiration du droit du travail, un dialogue social de « secteur » a été organisé pour les plateformes de mobilité. Une négociation annuelle doit désormais être engagée sur l'un des thèmes concernant les conditions d'exercice des travailleurs. De plus, il est possible de prévoir des prestations de protection sociale complémentaire²⁵¹⁴. Cette couverture conventionnelle concerne les risques susceptibles d'être couverts « aux articles L. 911-1 et L. 911-2 du code de la sécurité sociale », dont il convient de noter qu'il est fait expressément mention du Code de la sécurité sociale²⁵¹⁵. Mais elle demeure, une fois de plus, facultative. En cas de conclusion d'un « accord collectif de secteur », celui-ci prévaudra sur les chartes ayant le même objet, sauf stipulations plus favorables²⁵¹⁶.

552. Une volonté législative de garantie de l'indépendance des travailleurs. Par ailleurs, un autre axe des dispositions complémentaires vise à assurer l'indépendance des travailleurs, mais plus précisément cherche à limiter le risque de requalification²⁵¹⁷. À cette fin, un ensemble de garanties assure la liberté de connexion des travailleurs. Parallèlement, ces dispositions encadrent le pouvoir de sanction de la plateforme²⁵¹⁸, tout en assurant l'indépendance du travailleur. En outre, le législateur a souhaité que la charte, dès lors qu'elle est homologuée, empêche de caractériser l'existence d'un lien de subordination entre la plateforme et les travailleurs. Cependant, cette disposition a été censurée par le Conseil constitutionnel, considérant que cela contrevenait au principe d'indisponibilité du contrat de travail²⁵¹⁹, qui est d'ordre public²⁵²⁰. Le Conseil a indiqué néanmoins que le lien de subordination ne pourrait se déduire la « seule existence d'une charte homologuée [...] indépendamment de son contenu [la caractérisation d'] un lien de subordination juridique entre la plateforme et le travail », étant

²⁵¹³ Art. L. 7342-9, 8°, C. trav.

²⁵¹⁴ Art. L. 7343-37, 3°, C. trav.

²⁵¹⁵ Art. L. 7343-37, 3°, C. trav.

²⁵¹⁶ Art. L. 7343-43 C. trav.

²⁵¹⁷ F. FAVENNEC-HÉRY, « Les frontières de l'emploi : des évolutions ? », *op. cit.*

²⁵¹⁸ V. à ce sujet, *infra*, n° 660.

²⁵¹⁹ V. *infra*, n° 620 et s.

²⁵²⁰ Cons. const., 20 décembre 2019, n° 2019-794 DC, *AJDA* 2020. 9 ; *D.* 2020. 1012, obs. V. Monteillet et G. Leray ; *ibid.* 1588, obs. J.-C. Galloux et P. Kamina ; *JA* 2020, n° 611, p. 8, obs. X. Delpéch ; *AJCT* 2020. 5, obs. D. Necib ; *RDT* 2020. 42, obs. B. Gomes ; *Constitutions* 2019. 533, *chron.* M. Kamal-Girard ; *CCE* févr. 2020, *Comm.* 13, obs. G. Loiseau, *op. cit.*

un « *critère purement formel* »²⁵²¹. Autrement dit, la charte serait un élément neutre²⁵²² quant à la qualification du contrat liant la plateforme aux travailleurs. Cependant, en l'état, rien n'interdit au juge de caractériser l'existence d'un lien de subordination en s'appuyant sur le faisceau d'indices classiques, hors des garanties offertes par la charte²⁵²³.

2- Les limites du statut hybride : une autorégulation insuffisante à garantir une protection effective

553. L'instauration d'une logique d'autorégulation. Concernant la protection sociale, le législateur a décidé de rester dans une logique d'autorégulation, qui est donc laissée au libre choix des plateformes. Il a été argué un espoir en une course au mieux-disant²⁵²⁴, dans une logique concurrentielle. Cependant, il doit être souligné qu'« *en supposant que les plateformes trouvent malgré tout intérêt à établir une charte homologuée, y insérer des dispositions relatives à des garanties de protection sociale complémentaire reste à leur entière discrétion, la prévision de telles dispositions étant optionnelle et leur absence sans effet sur l'homologation administrative. Pour ces garanties, l'autorégulation encadrée a tourné court dès la phase législative. Retour à la case départ de la responsabilité sociale volontaire !* »²⁵²⁵. De plus, un tel régime a créé une asymétrie entre le droit du travail et le droit de la protection sociale. Les travailleurs sont présumés indépendants, mais peuvent bénéficier de garanties « *hybrides* » qui font parfois directement référence au Code de la sécurité sociale. En principe, l'application des règles de protection sociale est subordonnée à l'application du droit du travail, par le critère de la subordination. Ici, ce serait le critère du « *profit économique tiré de l'activité du travailleur* » qui fonderait la contribution du donneur d'ordre au financement de sa protection contre les

²⁵²¹ *Ibid.*, pt. 29.

²⁵²² F. FAVENNEC-HÉRY, « Les travailleurs des plateformes collaboratives : en attendant Gobot », *SSL*, n° 1896, 2020, p. 10.

²⁵²³ B. BOSSU, « Plateforme numérique : le droit du travail fait de la résistance », *JCP E*, n° 3, 2019, 1031 ; Cela étant, « *les plateformes de VTC et de livraison n'ont d'ailleurs pas mis en place ces chartes. L'impact de ces normes se révèle finalement faible sur les actions en requalification* », M. JULIEN, « Le cadre juridique du travail de plateforme en France », dans *Regards croisés sur le travail et le microtravail de plateforme*, Mare & Martin, 2023, p. 45.

²⁵²⁴ Le rapporteur de l'Assemblée Nationale aurait indiqué « *qu'une course au plus offrant va s'instaurer, parce que, pour avoir longuement discuté avec les représentants des plateformes VTC, je sais que celles-ci cherchent ardemment des chauffeurs. En jouant sur la protection sociale offerte par ces chartes, les plateformes se concurrenceront pour attirer des chauffeurs* », propos tenus par Mme Béatrice Couillard lors des débats en première lecture du 7 juin 2019 repris dans J. DIRRINGER (dir.), *Transformations sociales et Economie Numérique*, Projet TransSen, 2022, p. 72.

²⁵²⁵ *Ibid.*, p. 71.

risques. Sur le modèle des artistes auteurs, il serait possible d’imaginer une dissociation entre la subordination et la contribution, par l’intégration des travailleurs au sein du marché des plateformes²⁵²⁶.

554. Marchandisation et logique assurancielle de la protection sociale. Néanmoins, comme le relève Madame Josepha Dirringer, « *le régime juridique de ces contrats collectifs n’est soumis à aucune règle d’ordre public relevant du droit de la sécurité sociale. Au contraire, ils demeurent principalement régis par les principes du droit des assurances. Ce faisant, la protection sociale contre le risque d’accident de travail se voit confiée au marché de l’assurance et non au système socialisé de protection sociale* »²⁵²⁷. On peut parler ainsi de marchandisation de la protection sociale. Il n’y a aucun droit à la protection sociale, mais une « *percée* »²⁵²⁸ du système d’assurance, qui n’est donc pas contraint par l’ordre public²⁵²⁹. Le contrat d’assurance, à l’instar de celui conclu par *Uber*, peut ainsi tout à fait définir la notion d’accident, écarter certains cas, ou déterminer les éléments pris en charge. Autant d’éléments qui l’éloignent largement du sens de la protection sociale fondée sur la garantie²⁵³⁰. Il y a une réduction nette de la prise en charge par l’accumulation de conditions, restreignant nettement le champ de ce qui est assuré, ainsi que l’exclusion de la protection de certains risques, comme l’invalidité ou le décès ainsi que la couverture complémentaire santé, au profit d’une logique assurancielle²⁵³¹.

555. Par le recours à un statut *ad hoc*, le législateur ne cherche pas à qualifier juridiquement la situation de ces travailleurs – indépendant ou salarié – il applique des règles du Code du travail, de façon distributive, en les reproduisant à cette nouvelle catégorie²⁵³². Autrement dit, « *ce n’est*

²⁵²⁶ C. LARRAZET, « Régime des plateformes numériques, du non-salariat au projet de charte sociale », *op. cit.*

²⁵²⁷ J. DIRRINGER, « La protection sociale, un “angle mort” de la régulation du travail des plateformes », *op. cit.*, p. 59. Ce point est repris dans J. DIRRINGER (dir.), *Transformations sociales et Economie Numérique*, *op. cit.*

²⁵²⁸ I. VACARIE, « L’économie collaborative à l’épreuve de la théorie générale de la sécurité sociale de Jean-Jacques Dupeyroux », *Dr. soc.*, 2022, p. 310.

²⁵²⁹ « *C’est précisément l’absence d’ordre public, voire de portée normative de la loi qui institue la charte sociale, qui laisse planer un doute immense sur la capacité du régime juridique adhoc des plateformes à assurer une protection efficace et effective des travailleurs* », C. LARRAZET, « Régime des plateformes numériques, du non-salariat au projet de charte sociale », *Dr. soc.*, 2019, p. 167.

²⁵³⁰ V. à ce sujet, M. DEL SOL, « La protection sociale complémentaire des travailleurs de plateforme au risque du marché », *op. cit.* Il a été estimé que : « *le contrat Axa [pour l’entreprise Uber] dénature ainsi la présomption d’imputabilité qui prévaut en droit de la sécurité sociale et qui permet de réputer accident du travail celui survenu au temps et au lieu de travail sans s’intéresser à priori à la cause* », I. DAUGAREILH, « La santé des travailleurs de plateforme en France », *RDSS*, 2022, p. 997.

²⁵³¹ Tant pour « *pallier les carences de la couverture sociale de base que pour la compléter* », M. DEL SOL, « La protection sociale complémentaire des travailleurs de plateforme au risque du marché », *Dr. soc.*, 2021, p. 589.

²⁵³² « *La logique est inversée : une relation de travail pour autrui, on applique des règles sans faire dépendre celles-ci de la qualification du contrat* », F. FAVENNEC-HÉRY, « Faut-il brûler le contrat de travail ? », dans *Mélanges en l’honneur de Bernard Teyssié*, LexisNexis, 2019, p. 165.

pas la notion qui emporte le régime, c'est une situation de fait »²⁵³³. En outre, le législateur a introduit une asymétrie entre le droit du travail et la protection sociale, où le travailleur peut bénéficier de garanties de protection sociale complémentaire largement calquées sur celles du salariat, tout en étant considéré comme indépendant. Une telle situation illustre l'inconfort et la nature inédite d'un tel montage, qui souhaite « *coûte que coûte* »²⁵³⁴ encourager le recours au micro-entrepreneuriat, quitte à s'inscrire dans une logique de dérégulation²⁵³⁵.

B- L'encouragement législatif parallèle du recours au micro-entrepreneuriat

556. Un mouvement ancien. L'encouragement à la création d'entreprise ne date pas des plateformes numériques. Depuis la fin des années 1970, les politiques publiques encouragent l'entrepreneuriat pour répondre aux pénuries d'emplois salariés²⁵³⁶. La loi Madelin²⁵³⁷, relative à l'initiative et à l'entreprise individuelle, a constitué une première étape en ce sens. Elle a renforcé les protections du patrimoine des indépendants ainsi que certains dispositifs de protections complémentaires. Parallèlement, par l'instauration d'une présomption de non-salariat pour les travailleurs inscrits comme indépendant²⁵³⁸, elle marque l'assujettissement à l'indépendance à une condition formelle, plutôt que de s'intéresser à l'indépendance réelle²⁵³⁹. Cette vision n'a pas manqué de faire l'objet de critiques de la part de la doctrine, qui y voit une confusion entre travail salarié et indépendant²⁵⁴⁰. Dans un mouvement de diversification des formes d'emploi, au-delà du modèle salarial, la création du statut d'autoentrepreneur a marqué

²⁵³³ *Ibid.*, p. 165-166.

²⁵³⁴ En atteste la lettre de mission du rapport Frouin qui indique que « *les lettres de mission successives du Premier Ministre à l'origine de ce rapport, sollicitent de formuler des propositions en matière de statut, de dialogue social et de droits sociaux, de manière à sécuriser les relations juridiques et protéger les travailleurs sans remettre en cause la flexibilité apportée par le statut d'indépendant* », J.-Y. FROUIN, *Réguler les plateformes numériques de travail*, Rapport au Premier Ministre, 2020, p. 3.

²⁵³⁵ V. en ce sens, G. LECOMTE-MENAHES et A. RAULY, « Travailleurs de plateforme : l'accompagnement social en question », *Dr. soc.*, 2021, p. 581.

²⁵³⁶ V. à ce sujet, F. DARBUS, « L'accompagnement à la création d'entreprise. Auto-emploi et recomposition de la condition salariale », *Actes de la recherche en sciences sociales*, n° 175, 2008, p. 18-33.

²⁵³⁷ Loi n° 94-126 du 11 février 1994 relative à l'initiative et à l'entreprise individuelle.

²⁵³⁸ Art. L. 8221-6 C. trav.

²⁵³⁹ C. LARRAZET, *La solidarité dans la protection sociale des travailleurs non-salariés*, thèse, Université de Lorraine, 2021, p. 413-414.

²⁵⁴⁰ V. notamment, M. VÉRICEL, « Des incidences en droit social de la loi Madelin sur la qualification de salarié », *D.*, 1995, p. 54 ; F. DOROY, « La vérité sur le faux travail indépendant », *Dr. soc.*, 1995, p. 638 ; T. AUBERT-MONPEYSSSEN, « La définition du salariat par la loi Madelin », *LPA*, n° 114, 22 septembre 1995, p. 14 ; G. LYON-CAEN, « Où mènent les mauvais chemins », *Dr. soc.*, 1995, p. 647.

une nouvelle étape²⁵⁴¹. Ce nouveau régime permettait de déroger, sur le plan social et fiscal, à celui des indépendants « *classique* »²⁵⁴². Depuis, le régime a évolué, principalement dans deux directions. La première a consisté en un retour en arrière sur certains avantages qui ont pu être considérés comme injustifiés²⁵⁴³. La seconde, en revanche, a été celle d'un élargissement des activités éligibles au dispositif²⁵⁴⁴. Le régime a ainsi pu perdre, en partie, en simplicité, mais il apparaît comme le modèle principal de l'entreprise individuelle²⁵⁴⁵.

557. Des micro-entrepreneurs travailleurs. Pour pouvoir s'inscrire en tant que travailleur, sur une plateforme de travail, il convient préalablement de s'inscrire comme autoentrepreneur. Il ne s'agit pas d'un choix du travailleur avec la construction d'un projet personnel, mais d'une condition préalable à l'inscription auprès de la plateforme²⁵⁴⁶. Dans ce contexte, le législateur a poursuivi la facilitation de la création d'activités économiques par le passage de l'autoentrepreneuriat à celui de la microentreprise²⁵⁴⁷. Le régime a connu un succès certain, comme en atteste la part importante de microentreprises dans les créations d'entreprises observées²⁵⁴⁸. Le régime de la microentreprise est ouvert aux entrepreneurs individuels dont le chiffre d'affaires annuel ne dépasse pas le seuil de 72 600 euros hors taxes²⁵⁴⁹, ce qui permet largement d'inclure l'ensemble des travailleurs des plateformes²⁵⁵⁰.

558. Il convient de rappeler que le statut de travailleur indépendant ne se confond pas avec la notion d'entreprise²⁵⁵¹. Mais le travailleur indépendant s'assimile à la notion d'entrepreneur qui rend compte d'une situation particulièrement hétérogène²⁵⁵². Dans un mouvement de promotion

²⁵⁴¹ Loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie ; V. à ce sujet, P. MORVAN, *Droit de la protection sociale, op. cit.*, p. 686-688.

²⁵⁴² C. LARRAZET, « Régime des plateformes numériques, du non-salariat au projet de charte sociale », *op. cit.*

²⁵⁴³ Par exemple, sur les modalités de validation des trimestres de retraite qui ont été modifiés par la loi n° 2009-1646 du 24 décembre 2009 de financement de la sécurité sociale pour 2010.

²⁵⁴⁴ V. loi n° 2014-626 du 18 juin 2014 ; V. également à ce sujet, X. DELPECH, *Micro-entrepreneur Auto-entrepreneur*, 5^e éd., Delmas, coll. « Delmas Express », 2020, p. 177-204.

²⁵⁴⁵ V. à ce sujet, X. DELPECH, *Micro-entrepreneur Auto-entrepreneur, op. cit.*, spé. p. 779.

²⁵⁴⁶ V. *infra*, n° 585.

²⁵⁴⁷ Loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique.

²⁵⁴⁸ ACOSS, *Les auto-entrepreneurs fin juin 2019*, AcoSS Stat, 2020.

²⁵⁴⁹ Art. 50-0 CGI. Ce seuil a, par ailleurs, été réhaussé. Il était fixé pour la période allant du 1^{er} janvier 2018 au 25 juillet 2020 à 70 000 euros. V. loi n° 2017-1837 du 30 décembre 2017 de finances pour 2018.

²⁵⁵⁰ Le relèvement des plafonds peut être perçu comme « *un signe implicite d'accompagnement du "désalariat"* », J.-P. LHERNOULD, « Les plateformes électroniques de mise en relation rattrapées par le salariat », *JSL*, n° 468, 2019, p. 5.

²⁵⁵¹ Bien que l'inscription en qualité de micro-entrepreneur est considérée comme création d'entreprise et est comptabilisé comme telle dans les statistiques de l'Insee, même en l'absence d'un commencement d'activité. X. DELPECH, *Micro-entrepreneur Auto-entrepreneur, op. cit.*, p. 29.

²⁵⁵² G. LYON-CAEN, *Le droit du travail non salarié, op. cit.*, p. 4.

du « *travailleur autonome et responsable* »²⁵⁵³, acteur de sa propre carrière, le législateur s'est ainsi saisi du régime de l'autoentrepreneur avec la possibilité d'opter pour le régime avantageux de la microentreprise. Cette tendance s'est poursuivie avec le développement des économies de services et les plateformes numériques de travail. Elles ont été la source de nouvelles opportunités et ont encouragé le recours à l'entrepreneuriat. Le législateur a soutenu ce modèle, notamment, par des assouplissements financiers, permettant à ces nouveaux micro-entrepreneurs d'accéder à une certaine rentabilité.

559. L'encouragement financier. Tout d'abord, les micro-entrepreneurs qui ne dépassent pas 36 800 euros de chiffre d'affaires pour les activités de service bénéficient d'une franchise en base de TVA²⁵⁵⁴. De même, ils peuvent opter pour un versement libératoire de l'impôt sur le revenu²⁵⁵⁵, qui est versé en même temps que les cotisations sociales et calculé selon un taux forfaitaire. Ces règles permettent aux travailleurs de les dispenser de tenir une comptabilité complexe²⁵⁵⁶, à même d'encourager leur développement²⁵⁵⁷.

560. L'ACRE au service de la rentabilité des travailleurs de plateformes. En outre, le dispositif de l'aide aux créateurs et repreneurs d'entreprise (ACRE)²⁵⁵⁸ permet un allégement temporaire des cotisations sociales²⁵⁵⁹ sur douze mois ainsi que le maintien des revenus sociaux, avec la possibilité de cumuler les revenus avec l'aide au retour à l'emploi (ARE). Elle constitue un encouragement financier particulièrement efficace. Jusqu'en 2020, les micro-entrepreneurs pouvaient bénéficier de l'ACRE de manière dégressive, jusqu'à la deuxième et troisième année. Cependant, face à une augmentation imprévue du nombre de bénéficiaires de l'ACRE, le législateur a décidé, lors de la loi de finances de 2020²⁵⁶⁰, de restreindre le nombre de bénéficiaires en modifiant les conditions d'éligibilité ainsi que les modalités de calcul des

²⁵⁵³ V. également, *supra*, n° 347 et s. ; V. en ce sens, S. BERNARD, *Le nouvel esprit du salariat*, PUF, 2020.

²⁵⁵⁴ Art. 293 B du CGI ; V. pour les effets de la franchise, E. CRUVELIER, « Taxe sur le chiffre d'affaires », dans *Répertoire de droit commercial*, Dalloz, 2022, n° 456.

²⁵⁵⁵ Art. 151-0 CGI. ; V. à ce sujet, E. CRUVELIER, « Impôts directs », dans *Répertoire de droit commercial*, Dalloz, 2022, n° 430.

²⁵⁵⁶ V. sur les obligations comptables allégées des micro-entreprises, E. CRUVELIER, « Impôts directs », dans *Répertoire de droit commercial*, Dalloz, 2022, n° 323.

²⁵⁵⁷ V. en ce sens, M. FORISSIER, C. FOURNIER et F. PUISSAT, *Rapport d'information au nom de la commission des affaires sociales sur le droit social applicable aux travailleurs indépendants économiquement dépendants*, Sénat, n° 452, 2019, p. 56.

²⁵⁵⁸ Art. L. 5141-1 et s. ; R. 5141-1 C. trav.

²⁵⁵⁹ Prévues par l'article L. 131-6-4 CSS. Le taux de réduction de cotisations sociales applicable aux micro-entrepreneurs est de 50% des taux pleins, à compter du 1^{er} janvier 2020, sans pouvoir être inférieur à celui de la CSG-CRDS et de la retraite complémentaire, art. L. 613-7 CSS. ; V. à ce sujet, X. DELPECH, *Micro-entrepreneur Auto-entrepreneur*, *op. cit.*, p. 410 et s.

²⁵⁶⁰ Loi n° 2019-1479 du 28 décembre 2019 de finances pour 2020.

exonérations²⁵⁶¹. Cette aide renforce largement l'attractivité du régime du micro-entrepreneuriat. Si bien qu'il a déjà pu être pointé du doigt en ce qu'« *il est probable que, en facilitant la création d'activité, le régime de la micro-entreprise contribue à solvabiliser des activités faiblement créatrices de valeur et rende possible le développement de certaines plateformes* »²⁵⁶².

561. Le renouvellement de la question de la « zone grise ». L'ensemble de ces avantages permet de dépasser les contraintes administratives et comptables qui peuvent exister pour d'autres régimes de travail indépendant. Ces dispositions encouragent une activité indépendante « *intermittente* », rendant le travailleur disponible sur le marché²⁵⁶³, et flexible, car prêt à cumuler plusieurs activités. Ce constat renouvelle le débat autour des salariés dits en « *zone grise* », c'est-à-dire ceux considérés comme indépendants, mais économiquement dépendants²⁵⁶⁴. Malgré les mesures en faveur du micro-entrepreneuriat, l'insuffisance de protection, particulièrement en matière de protection sociale, est régulièrement pointée du doigt²⁵⁶⁵. De plus, le régime de la microentreprise, par sa simplicité, a pu être considéré comme un « *outil de contractualisation des relations de travail, détachées de tout ordre public* »²⁵⁶⁶. En sus, le statut des travailleurs de plateformes prévu dans le Code du travail est bien trop embryonnaire et ne répond pas aux besoins de protection. Il a même créé une asymétrie entre la protection sociale et le droit du travail. D'un côté, les plateformes peuvent offrir des garanties complémentaires de protection sociale ou à défaut le travailleur peut souscrire à une autoassurance, de l'autre, le droit du travail est exclu par le maintien de la présomption d'indépendance. Un régime hybride qui constitue une réponse décevante face à l'enjeu de protection de ces travailleurs.

²⁵⁶¹ M. FORISSIER, C. FOURNIER et F. PUISSAT, *Rapport d'information au nom de la commission des affaires sociales sur le droit social applicable aux travailleurs indépendants économiquement dépendants*, *op. cit.*, p. 56.

²⁵⁶² *Ibid.*

²⁵⁶³ C. LARRAZET, « Régime des plateformes numériques, du non-salariat au projet de charte sociale », *op. cit.*

²⁵⁶⁴ V. déjà sur le sujet, A. PERULLI, *Travail économiquement dépendant, parasubordination : les aspects juridiques, sociaux, économiques*, Commission de l'emploi et des affaires sociales du Parlement européen, 2003 ; P.-H. ANTONMATTEI et J.-C. SCIBERRAS, *Le travailleur économiquement dépendant : quelle protection ?*, Rapport à M. le Ministre du Travail, des Relations sociales, de la Famille et de la Solidarité, 2008.

²⁵⁶⁵ Bien que certains soulignent une « *densification progressive de la couverture sociale* », A. TEISSIER, « En questions : plateformes numériques, faut-il encore opposer travail salarié et travail indépendant ? », *JCP S*, n° 39, 2019, 357 ; V. sur le rapprochement des droits entre indépendants et salariés, bien que « *des différences entre régimes persistent que les pouvoirs publics ont des difficultés à résorber en raison - non seulement de l'architecture d'un système toujours fondé sur la nature professionnelle de l'activité - mais aussi du versement de cotisations sociales d'un montant inégal, conduisant à une protection sociale plus faible pour les TNS (Travailleurs Non-Salariés) que pour les salariés* », I. DESBARATS, « Travailleurs des plateformes numériques. Une protection sociale hybride ... source de questionnements », dans *Regards croisés sur le travail et le microtravail de plateforme*, Mare & Martin, 2023, p. 104-107.

²⁵⁶⁶ C. LARRAZET, « Régime des plateformes numériques, du non-salariat au projet de charte sociale », *op. cit.*

562. Conclusion de section. Le législateur s'est saisi de la question des travailleurs des plateformes numériques en sein du Code du travail, tout en instaurant une présomption d'indépendance, pour préserver le modèle d'externalisation de la main-d'œuvre des plateformes numériques de travail. De façon inédite, un statut *ad hoc* a été inscrit dans le Code du travail, pour exclure l'application du droit du travail. En outre, le champ d'application de cette régulation, par l'engagement de la « *responsabilité sociale* » des plateformes, a été limité aux seules plateformes « cadres », avec des dispositions particulières pour les plateformes de mobilité. Une telle limite a exclu de la régulation sociale les plateformes-« marchés », qui, pourtant, à la lumière de l'analyse de leur fonctionnement présentent une certaine influence dans l'intermédiation, laissant entrevoir l'existence d'une subordination fonctionnelle. Un tel constat appelle à leur prise en compte par le droit du travail. Par ailleurs, les garanties issues du statut des travailleurs de plateforme-cadre s'avèrent encore minimes et insuffisantes pour répondre aux réels besoins de protection de ces travailleurs, restant dans une logique d'assurance, et non de garantie, dans une optique d'autorégulation, ce qui a pour effet de limiter très largement les effets protecteurs de cette mise en place. Ce régime a même créé un démembrement entre la protection sociale et le droit du travail. Autant d'éléments qui justifient, selon nous, la prise en compte de la subordination fonctionnelle dans l'analyse de la situation en « *zone grise* » de ces travailleurs du numérique.

Section 2 : Pour une prise en compte nécessaire de la subordination fonctionnelle

563. À l'aune de l'organisation des plateformes de travail ainsi qu'au développement d'une situation hybride pour les travailleurs des plateformes « cadres », il existe un intérêt certain à compléter l'analyse de l'état de subordination par la subordination fonctionnelle, c'est-à-dire celle qui traduit l'exercice d'un pouvoir de direction de l'activité²⁵⁶⁷. Là où la subordination personnelle prend en compte la direction du personnel, la subordination fonctionnelle permet d'observer la direction de l'activité, ce qui pourrait être une voie d'enrichissement du faisceau d'indices de l'état de subordination. La considération de la situation des travailleurs par la

²⁵⁶⁷ V. *supra*, n° 59 et s.

subordination fonctionnelle permet ainsi d'analyser l'influence de l'organisation des plateformes sur leur travail (§1) et son constat a, par ailleurs, déjà pu entraîner des conséquences sur la qualification juridique réelle de la plateforme de mobilité *Uber*, qui doit être une source d'inspiration pour le droit du travail (§2).

§1 : La définition de la subordination fonctionnelle : pour une prise en compte de la direction de l'activité des plateformes numériques de travail

564. La subordination fonctionnelle correspond à la conjugaison d'une intégration dans l'organisation d'autrui ainsi qu'une dépendance économique. Elle traduit le premier sens de la subordination qui est celui d'un lien d'appartenance²⁵⁶⁸. Le travailleur participe alors à une activité organisée par autrui et pour autrui²⁵⁶⁹. Il s'inscrit dans une organisation dont il ne détermine pas les conditions et s'intègre pleinement à une offre de service déterminée pour le bénéfice d'autrui. La subordination fonctionnelle se manifeste, au sein du faisceau d'indices de l'état de subordination, par l'indice de l'intégration dans un service organisé par autrui (A). Nous pouvons également compléter cette approche de la subordination par la notion d'influence déterminante qui s'illustre particulièrement dans l'organisation des plateformes numériques de travail, qui permet d'aller au-delà de la dépendance économique (B).

A- Le constat d'une intégration du travailleur de plateforme à un service organisé

565. La subordination fonctionnelle résulte de l'appartenance à une organisation. Cette appartenance se traduit en partie par l'intégration du travailleur au sein d'un service organisé. Il convient de revenir sur les origines de ce critère (1), pour ensuite observer l'approche qu'elle traduit de la subordination (2).

²⁵⁶⁸ A. SUPLOT, *Le droit du travail*, op. cit., p. 69.

²⁵⁶⁹ E. PESKINE, *Réseaux d'entreprises et droit du travail*, op. cit., p. 81.

1- L'origine de l'indice de l'intégration à un service organisé

566. Les racines de l'intégration à un service organisé. Bien que mentionnée auparavant par la jurisprudence²⁵⁷⁰, l'intégration à un service organisé a été véritablement consacrée comme un critère de qualification du contrat de travail lors d'une décision de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation du 18 juin 1976²⁵⁷¹. À cette occasion, l'intégration au sein d'un service organisé a même pu être présentée, en droit de la sécurité sociale, comme un critère pouvant, à lui seul, entraîner une requalification en contrat de travail. Il avait été considéré, en effet, que des colporteurs de journaux occasionnels devaient être qualifiés de salariés et affiliés au régime de sécurité général, car ils ne « *travaillaient pas pour leur propre compte, mais pour celui de la société Hebdo-Presse, qui les employait dans le cadre d'un service organisé et selon des directives générales imposées par elle, qui assumait les risques et le profit de son entreprise, et sous la dépendance de laquelle ils se trouvaient placés de fait* ». Peu importe la qualification donnée par les parties aux contrats conclus, dès lors que des directives organisent le travail au profit d'autrui, il convenait d'affilier les travailleurs au régime général de la sécurité sociale.

567. Il en fut de même en droit du travail²⁵⁷². Ce fut un critère particulièrement utilisé pour le cas des professeurs qui disposaient certes d'une grande autonomie dans l'exécution de leur prestation de travail, mais dans des conditions d'exécution encadrées qui se manifestaient par des contraintes horaires, de lieu, ou qu'ils furent soumis à des directives relatives à un programme. L'intégration à un service organisé a permis de distinguer ceux qui étaient réellement indépendants et ceux qui relevaient d'un emploi subordonné²⁵⁷³.

568. Critiques de l'intégration à un service organisé. Deux critiques ont été opposées à l'admission de l'intégration à un service organisé comme critère. Tout d'abord, tout travailleur quel que soit son statut appartient à une entreprise²⁵⁷⁴, ce d'autant plus, face à la constitution de réseaux d'entreprises, ce qui rend pour certains auteurs, le concept inopérant²⁵⁷⁵. Selon eux, la

²⁵⁷⁰ V. Cass. soc., 31 mai 1965, *Bull. civ. V, n° 414, Dr. soc. 1967. 297 obs. J. Savatier* ; Cass. soc., 27 mai 1968, *Bull. civ. V, n° 225, op. cit.* ; Cass. soc., 20 février 1975, *Bull., V, n° 88.* ;

²⁵⁷¹ Lorsqu'il est établi que des distributeurs occasionnels d'hebdomadaires gratuits ne travaillent pas pour leur compte, mais pour celui d'une entreprise de presse qui les emploie dans le cadre d'un service organisé et selon des directives qu'elle impose, ils doivent être affiliés au régime général des assurances sociales. Cass., ass. plén., 18 juin 1976, n° 74-11.210, *D., 1977, note A. Jeammaud* ; *JCP CI 1977. 12497, note Saint-Jour., op. cit.*

²⁵⁷² Cass. soc., 31 mai 1965, *Bull. civ. V, n° 414, Dr. soc. 1967. 297 obs. J. Savatier, op. cit.*

²⁵⁷³ Cass., ass. plén., 4 mars 1983, n° 81-11.647, *D. 1983. 381, concl. Cabannes* ; *D. 1984. IR 164, obs. Béraud, op. cit.* ; Cass. soc., 13 novembre 1986, n° 84-40.672, *D. 1986. IR 442, op. cit.*

²⁵⁷⁴ G. LYON-CAEN, *Le droit du travail non salarié, op. cit.*, p. 30.

²⁵⁷⁵ V. notamment, P. FIESCHI-VIVET, « Les éléments constitutifs du contrat de travail », *op. cit.*

participation à l'activité d'autrui ne saurait suffire à révéler un pouvoir patronal. D'autres auteurs reprochaient à ce critère de se substituer à la subordination juridique²⁵⁷⁶. Ils préfèrent concentrer la définition de la subordination sur l'exercice de pouvoirs sur l'exécution du travail, ou la maîtrise des conditions d'exécution du travail²⁵⁷⁷.

569. Nonobstant ces critiques, l'intégration à un service organisé, en tant qu'indice, a su s'imposer comme une manifestation d'une subordination qui rejoint le pouvoir d'organisation et de gestion²⁵⁷⁸. Certains auteurs ont même pu la qualifier de « *métamorphose* »²⁵⁷⁹. Sans aller jusque-là, elle permet de rendre compte de la subordination fonctionnelle et de compléter l'approche classique de l'état de subordination, en rendant compte du pouvoir de direction de l'activité. Le lien de subordination n'a jamais été remplacé par l'intégration à un service organisé, mais il est certain qu'elle a contribué à une évolution de l'appréhension de la subordination.

2- L'intégration à un service organisé : une approche possible de la subordination fonctionnelle

570. L'approche de l'intégration à un service organisé. Cette approche de la subordination permet d'aller au-delà de la dépendance économique pour les travailleurs présentant une indépendance technique. Elle implique la direction des conditions d'exécution de la prestation de travail, mais non du travail lui-même²⁵⁸⁰. Dès lors qu'une emprise s'exerce sur les conditions de déroulement du travail²⁵⁸¹, l'existence d'une intégration à un service organisé peut être caractérisée. Ce constat a ainsi pu être fait pour des médecins²⁵⁸², des professeurs²⁵⁸³, des

²⁵⁷⁶ V. notamment, F. GAUDU et R. VATINET, *Les contrats du travail*, op. cit., p. 30.

²⁵⁷⁷ C. WOLMARK, *La définition prétorienne*, op. cit., p. 118 ; T. REVET, *La force de travail*, op. cit., p. 218 ; A. SUPIOT (dir.), *Le travail en perspectives*, LGDJ, coll. « Droit et société », n° 22, 1998, p. 135.

²⁵⁷⁸ C. WOLMARK, *La définition prétorienne*, op. cit., p. 122 ; V. sur le pouvoir d'organisation, S. VERNAC, *Le pouvoir d'organisation*, op. cit.

²⁵⁷⁹ R. CASTEL, *Les Métamorphoses de la question sociale.*, op. cit., p. 21.

²⁵⁸⁰ A. SUPIOT, *Critique du droit du travail*, op. cit., p. 166.

²⁵⁸¹ T. PASQUIER, *L'économie du contrat de travail : conception et destin d'un type contractuel*, op. cit., p. 81.

²⁵⁸² V. notamment, Cass. Soc., 30 janvier 1980, n° 78-41.036 ; Cass. soc., 18 novembre 2003, n° 02-30.756, *RJS* 1/2004, n° 101.

²⁵⁸³ V. par exemple, Cass. soc., 23 mai 1991, n° 89-12.855, *RJS* 7/1991, n° 884, concernant des enseignants qui exerçaient leur activité au sein d'un établissement privé, agréé par le ministère de l'Éducation nationale ; Cass. soc., 18 juin 2008, n° 07-41.888, s'agissant de professeurs de danse, qui n'avaient pas le choix de leurs dates de congés, qui étaient contrôlés et éventuellement sanctionnés en cas d'absence, qui étaient tenus d'assurer leurs cours selon les impératifs des plannings et horaires fixés par la société ainsi que de vérifier la présence des élèves.

exploitants²⁵⁸⁴, des moniteurs²⁵⁸⁵ ou encore des artistes²⁵⁸⁶. Outre l'exercice d'une direction sur l'organisation de l'activité, l'intégration à un service organisé se caractérise principalement par son unilatéralisme²⁵⁸⁷. Pour être retenu, il convient que le donneur d'ordre détermine unilatéralement les conditions du travail à réaliser²⁵⁸⁸. Le fait d'être soumis à des contraintes horaires²⁵⁸⁹, de lieu²⁵⁹⁰, ou l'obligation de respecter des instructions précises²⁵⁹¹ peut révéler l'unilatéralisme caractéristique de l'intégration.

571. Après une jurisprudence fluctuante sur l'usage de ce critère²⁵⁹², la Cour de cassation a décidé de rompre avec sa jurisprudence antérieure et a tranché pour l'utilisation de l'intégration à un service organisé comme simple indice de l'existence d'un lien de subordination²⁵⁹³. Malgré cette mise au point, la notion de service organisé est devenue un concept juridique à part entière²⁵⁹⁴, qui mérite notre attention dans le cadre des actions en requalification²⁵⁹⁵. La définition de l'intégration à un service organisé et la place que doit occuper cet indice dans la qualification de contrat de travail suscitent des divergences²⁵⁹⁶. Nous rejoignons le constat selon lequel la formulation employée peut paraître tautologique, ou du moins, n'apporter qu'une brève explication sur la définition de ce que l'on doit entendre par « *intégration à un service organisé* »²⁵⁹⁷. Nous retiendrons que l'organisation unilatérale des conditions d'exécution de la prestation correspond à un travail au sein d'un service organisé, ce qui constitue un indice de

²⁵⁸⁴ Cass. soc., 13 décembre 1995, n° 92-42.377, *CSBP 1996*, n° B 78, p. 55 ; *Gaz. Pal. Rec. 1996*, pan., p. 40, un exploitant de dépôt vente qui n'avait aucun regard sur l'approvisionnement ou le choix de produits vendus.

²⁵⁸⁵ Cass. soc., 15 octobre 1987, n° 88-44.576, *CSB 1988*, 143, concernant un instructeur d'équitation ; Cass. soc., 21 décembre 1989, n° 87-13.358, *RJS 2/1990*, n° 152, à propos de moniteurs d'une école de ski qui devaient rendre compte de leur activité journalière et percevaient une rémunération forfaitaire sans rapport avec le nombre de prestations effectuées ; Cass. soc., 17 mai 1990, n° 87-15.759, *RJS 7/1990*, n° 612, s'agissant d'un animateur de stages de formation en entreprise.

²⁵⁸⁶ Cass. soc., 11 janvier 2012, n° 09-71.074 et 10-19.016, concernant une artiste chorégraphe qui travaillait pour le compte d'un magicien, lequel déterminait seul le contenu des numéros de magie, les dates, les interprètes, les costumes, ainsi que les conditions de rémunération et d'hébergement de cette artiste.

²⁵⁸⁷ V. sur le caractère unilatéral, *supra*, n° 93.

²⁵⁸⁸ Cass. soc., 20 septembre 2006, n° 04-47.433, *JCP S 2006*, 1817.

²⁵⁸⁹ Cass. soc., 22 mars 2018, n° 16-28.641.

²⁵⁹⁰ Cass. soc., 28 novembre 2012, n° 11-21.520.

²⁵⁹¹ Cass. soc., 7 octobre 1976, n° 75-40.566.

²⁵⁹² T. PASQUIER, *L'économie du contrat de travail : conception et destin d'un type contractuel*, *op. cit.*, p. 80-83 ; C. WOLMARK, *La définition prétorienne*, *op. cit.*, p. 120-121.

²⁵⁹³ « *Le travail au sein d'un service organisé peut constituer un indice du lien de subordination lorsque l'employeur détermine unilatéralement les conditions d'exécution du travail* », Cass. soc., 13 novembre 1996, n° 94-13.187, *Société générale*. *GADT*, 4e éd., n°2 ; *Dr. soc.*, 1996, p. 1067, note J.-J. Dupeyroux ; *JCP E 1997*, II, 911, note J. Barthélémy ; *RJS 12/96*, n° 1320.

²⁵⁹⁴ A. ARSEGUEL et P. ISOUX, « Des limites à la dérive de la notion de service organisé », *Dr. soc.*, 1992, p. 295.

²⁵⁹⁵ V. sur ce point, *infra*, n° 666 et s.

²⁵⁹⁶ V. sur les limites de la notion, A. ARSEGUEL et P. ISOUX, « Des limites à la dérive de la notion de service organisé », *op. cit.*

²⁵⁹⁷ C. WOLMARK, *La définition prétorienne*, *op. cit.*, p. 119.

l'existence d'un lien de subordination²⁵⁹⁸, et particulièrement d'un lien de subordination fonctionnelle.

572. Le renouveau de son usage. L'intégration à un service organisé permet de rendre compte de l'organisation des conditions de travail et des contraintes imposées²⁵⁹⁹. Cet indice illustre un rapport de pouvoir plus largement compris²⁶⁰⁰ et révèle l'organisation de l'entreprise : il permet 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* »²⁶⁰¹. Il a ainsi pu être utilisé pour appréhender la situation des travailleurs des plateformes. Effectivement, il a pu être constaté que ce critère est invoqué de manière quasi systématique dans les contentieux devant les juridictions sociales²⁶⁰² et a fait l'objet d'un développement particulier par la Cour de cassation dans l'affaire *Uber*²⁶⁰³. Malgré les limites inhérentes à une utilisation extensive²⁶⁰⁴, il reste un indice encore présent pour la qualification de l'état de subordination²⁶⁰⁵ et qui a même permis de traduire la réalité des nouvelles organisations numériques du travail²⁶⁰⁶. Ces nouveaux acteurs ont un rôle structurant, étant source de l'offre et de la demande²⁶⁰⁷.

²⁵⁹⁸ Cass. soc., 30 novembre 2010, n° 10-30.086.

²⁵⁹⁹ V. par exemple, Cass., ass. plén., 18 juin 1976, n° 74-11.210, *D.*, 1977, note A. Jeammaud ; *JCP CI* 1977. 12497, note Saint-Jour., *op. cit.*, concernant des distributeurs occasionnels d'un hebdomadaire ; Cass. soc., 21 janvier 1987, n° 84-14.870, *RTD com.* 1988. 86, obs. Alfandari et Jeantin, concernant des médecins de l'association « SOS Médecins ».

²⁶⁰⁰ E. PESKINE, *Réseaux d'entreprises et droit du travail*, *op. cit.*, p. 80.

²⁶⁰¹ H. GROUDEL, « Le critère du contrat de travail », *op. cit.*, p. 57-58.

²⁶⁰² L. THOMAS, « Le travail en lien avec les plateformes devant les juges du fond », *RDT*, 2022, p. 215.

²⁶⁰³ V. à ce sujet, *infra*, n° 666 ; V. Cass. soc., 4 mars 2020, n° 19-13.316, *D.* 2020. 490 ; *Dr. soc.* 2020. 374, obs. Antonmattei ; *RDT* 2020. 328, note Willocx ; *RJS* 5/2020, n° 223 ; *SSL* 2020, n° 1899, p. 2, obs. Champeaux, *Entretien Huglo* ; *JCP S* 2020. 1080, obs. Loiseau, *op. cit.*

²⁶⁰⁴ A. ARSEGUEL et P. ISOUX, « Des limites à la dérive de la notion de service organisé », *op. cit.*

²⁶⁰⁵ V. en ce sens, Cass. soc., 14 janvier 1982, n° 80-42.347 et n° 80-42.257, *D.* 1983. 242, note Saint-Jours ; *ibid.* *IR* 201, obs. Jeammaud ; E. PESKINE, *Réseaux d'entreprises et droit du travail*, *op. cit.*, p. 80.

²⁶⁰⁶ V. déjà en ce sens, Monsieur Jean-Emmanuel Ray qui considérait que les travailleurs « autonomes » « travaillaient en revanche dans un service organisé : ce dernier critère sera de plus en plus utilisé à l'avenir car les ordres du contremaître disparaissent au profit de l'ordre technologique, où le processus de production est par nature (et par nécessité : flux tendu) extrêmement structuré », J.-E. RAY, « Nouvelles technologies et nouvelles formes de subordination », *Dr. soc.*, 1992, p. 525.

²⁶⁰⁷ M. RICHEVEAUX, « Ubérisation et requalification en contrat de travail : nouvelle application des classiques du contrat de travail », *LPA*, n° 114, 8 juin 2020, p. 21.

573. Encore aujourd'hui, au même titre que la dépendance économique²⁶⁰⁸, la notion de service organisé suscite toujours l'intérêt²⁶⁰⁹. Ce critère permettrait de mettre en exergue le caractère organisationnel du lien de subordination, et serait plus à même de s'adapter à l'évolution des réalités socio-économiques²⁶¹⁰. Sans déformer la notion d'état de subordination, il peut être recouru à des indices complémentaires qui permettent de rendre compte de l'organisation du travail, mais surtout de l'influence que peuvent exercer les nouveaux acteurs du numérique. L'organisation en droit du travail ne s'entend pas uniquement de celle qui concerne l'exécution de la prestation de travail, mais concerne également les conditions de l'activité²⁶¹¹.

B- Pour une prise en compte de l'influence déterminante au service de la détermination d'une subordination fonctionnelle

574. Le concept d'influence déterminante²⁶¹² pourrait compléter utilement l'approche de l'état de subordination. Rendant compte de l'emprise sur l'organisation du travail, le concept d'influence déterminante dans sa définition initiale présente des intérêts pour le droit du travail dans son rapport au pouvoir (1). Cette approche, par l'influence déterminante, pourrait être traduite en droit du travail comme indice d'un état de subordination et permettant un dépassement de la dépendance économique en prenant en compte l'influence dans l'organisation de la prestation de travail (2).

²⁶⁰⁸ V. sur ce point, B. GOMES, *Le droit du travail à l'épreuve des plateformes numériques*, op. cit., p. 305 et s. ; E. MAUREL, *Entre subordination et dépendance. Essai sur une relecture de la subordination par les plateformes de mobilité*, op. cit., p. 207 et s.

²⁶⁰⁹ « *Le service organisé, plus qu'un indice de la subordination juridique, est l'expression d'un état de subordination qui appelle au déploiement d'un régime spécifique de protection. Au regard des évolutions des formes de mise au travail et des stratégies gestionnaires des nouveaux types d'organisations que constituent les plateformes, la question de l'intérêt que pourrait constituer un retour au service organisé, sous une forme renouvelée, semble en effet particulièrement d'actualité* », B. GOMES, *Le droit du travail à l'épreuve des plateformes numériques*, op. cit., p. 269.

²⁶¹⁰ A. ARSEQUEL et P. ISOUX, « Des limites à la dérive de la notion de service organisé », op. cit.

²⁶¹¹ T. PASQUIER, « L'arrêt Uber-Une décision A-disruptive », op. cit.

²⁶¹² V. également à ce sujet, A. PACQUETET, *Les plateformes collaboratives*, op. cit., p. 170 et s.

1- La notion initiale d'influence déterminante

575. Le contexte de la notion d'influence déterminante. La notion d'influence déterminante a pu être utilisée dans de nombreux contextes, tels que la concentration²⁶¹³, la présomption par la détention du capital social d'une société mère sur sa filiale²⁶¹⁴, ou encore dans l'appréhension de l'erreur sur la substance²⁶¹⁵. En ce qui concerne notre étude, l'influence déterminante se rapprocherait de la relation que peut entretenir une société mère avec sa filiale. Dans le cadre des contentieux autour de la notion d'entreprise, le concept d'influence déterminante et son appréhension par la justice communautaire permettent de dépasser « *la fiction de l'indépendance juridique des personnes morales pour appréhender la dépendance économique qui peut exister entre différentes sociétés d'un même groupe* »²⁶¹⁶. À cet effet, une présomption d'influence déterminante existe dès lors qu'une société mère²⁶¹⁷ détient 100% du capital de sa filiale²⁶¹⁸. Cette présomption étant réfragable, il revient à la société mère de prouver l'autonomie de sa filiale. En ce sens, la société mère doit « *soumettre à l'appréciation du juge de l'Union tout élément relatif aux liens organisationnels, économiques et juridiques entre elle-même et sa filiale de nature à démontrer qu'elles ne constituent pas une seule entité économique* »²⁶¹⁹. L'analyse ne s'arrête donc pas à la seule détention du capital, mais les juges prennent en compte les conditions d'organisation ainsi que l'autonomie réelle de la filiale vis-à-vis de la société mère²⁶²⁰.

²⁶¹³ Art. L. 430-1 et suivants C. com. ; P. ARHEL, « Concentration », dans *Répertoire de droit commercial*, Dalloz, 2021 ; Sur l'influence déterminante dans le contrôle des concentrations, V. notamment, CE, 31 janvier 2007, n° 294896, D. 2007. AJ 500, obs. Chevrier ; AJDA 2007. 789, obs. Lenica et Boucher ; RFDA 2007. 328, concl. Glaser ; JCP E 2007, n° 18, p. 30, note Marson ; CCC 2007, n° 95, obs. Bazex et Blazy ; RJDA 2007, n° 408 et p. 307, concl. Glaser ; RLDA avr. 2007. 45, note Théophile et Renaudeau ; RJ com. 2007. 144, note Decocq ; RLC avr.-juin 2007. 17, obs. Manna ; RDLC 2007, n° 2, p. 134, obs. Cot ; Cons. conc., avis n° 95-A-13 du 11 juillet 1995, CCC 1995, n° 167, obs. Vogel.

²⁶¹⁴ CJCE, 10 septembre 2009, aff. C-97/08, *Akzo Nobel*.

²⁶¹⁵ V. notamment, F. DURET-ROBERT, « Notion d'erreur sur la substance », dans *Droit du marché de l'art*, 7^e éd., Dalloz, coll. « Dalloz Action », 2020, p. 398-402 ; G. VIVIENT, « De l'erreur déterminante et substantielle », *RDT Civ.*, 1992, p. 305.

²⁶¹⁶ C. ZOLYNSKI, « La présomption de l'influence déterminante d'une société mère sur le comportement de sa filiale contrôlée à 100 % est réfragable », *L'essentiel Droit des contrats*, n° 3, 2011, p. 2.

²⁶¹⁷ « *Société qui possède plus de la moitié du capital social d'une autre société, dite filiale* ». V. « Société mère », G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, op. cit., p. 980.

²⁶¹⁸ CJCE, 10 septembre 2009, aff. C-97/08, *Akzo Nobel*, op. cit. ; « *terme désignant (par abréviation et substantivation) la société dont un pourcentage du capital social (en gén. Plus de la moitié) appartient à une société (dite société mère)* », V. « Filiale », G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, op. cit., p. 460.

²⁶¹⁹ CJUE, 20 janvier 2011, n° C-90/09, *General Química e.a. c/ Comisión européenne*, pt. 51.

²⁶²⁰ Il y a bien l'idée d'une « *propriété-maîtrise* » consacrée par le droit positif, C. DEL CONT, « L'appréhension juridique du phénomène de dépendance économique : droit positif et droit prospectif », dans *Les nouvelles formes organisationnelles*, *Economica*, 1995, p. 262.

576. L'extension de l'influence déterminante par la CJUE. De plus, la CJUE a étendu la présomption d'exercice d'une influence déterminante au cas où une société mère détient 100% des droits de vote associés aux actions de sa filiale, même si elle ne détient pas la totalité ou la quasi-totalité du capital social de cette dernière²⁶²¹. La CJUE fonde ainsi cette présomption sur le degré de contrôle que la société mère exerce sur sa filiale²⁶²², traduisant un pouvoir de direction de son activité. À ce sujet, la chambre commerciale²⁶²³ a pu parfois adopter une position particulièrement sévère de la présomption d'influence déterminante, en la rendant difficile à renverser, quitte à ce qu'elle soit « *quasi irréfragable* »²⁶²⁴. Elle a, en effet, jugé le fait que la société mère soit une *holding* non opérationnelle n'assurant qu'une direction financière ne suffisait pas à exclure l'exercice d'une influence déterminante, la filiale ne disposant pas d'une direction juridique propre et étant détenue à hauteur de 99,6 % par la société mère. Par conséquent, il convient de prouver la réalité de l'autonomie de la filiale vis-à-vis de la société mère pour pouvoir renverser la présomption d'influence déterminante.

577. L'existence d'une présomption fondée sur la détention du capital de la mère sur la société fille fait que l'influence déterminante se rapproche de la dépendance économique. Cependant, elle ne s'arrête pas à la seule détention du capital, en prenant en compte les liens organisationnels, avec la recherche des organes décisionnaires, dont les fonctions supports comme un service juridique. L'approche de l'influence déterminante va donc au-delà du seul lien économique et peut présenter ainsi un intérêt comme indice caractéristique d'une subordination fonctionnelle.

2- L'intérêt du recours au concept d'influence déterminante pour une construction de la subordination fonctionnelle

578. L'influence déterminante comme critère d'imputation. L'intérêt d'une telle prise en compte est de faire « *le lien entre responsabilité et pouvoir, qui fait de l'autonomie réelle le*

²⁶²¹ CJUE, 27 janvier 2021, aff. C-595/18 P, *The Goldman Sachs Group c/ Commission*.

²⁶²² M.-D. FAYROUZE, « Cartels : extension de la présomption d'influence déterminante », *Dalloz actualité*, 10 février 2021.

²⁶²³ Cass. com., 18 octobre 2017, n° 16-19.120, *D. 2018. Pan. 866, obs. Ferrier ; JCP E 2018, n° 1051, note El Mejri ; CCC 2018, n° 13, obs. Decocq ; RJDA 2018, n° 283 ; BJS 2017. 732, obs. Claudel*.

²⁶²⁴ A. EL MEJRI, « Sanction de la société mère du fait de la pratique anticoncurrentielle de la filiale : la jurisprudence se durcit », *JCP E*, n° 5, 2018, 1051.

critère de mise en œuvre de la responsabilité »²⁶²⁵. Le constat de l'influence déterminante de la société mère entraîne sa responsabilité solidaire avec celle de sa fille, pour le paiement d'une amende par exemple²⁶²⁶. Ainsi elles sont considérées comme ne formant plus qu'une seule entreprise, au sens de l'article 101 TFUE et sont ainsi solidairement responsables de l'infraction en cause²⁶²⁷, sans qu'il soit besoin d'établir une implication personnelle de la société mère dans ladite infraction²⁶²⁸. Il est bien entendu, en revanche, que la responsabilité de la société mère ne peut excéder celle de sa filiale dès lors qu'elle est « *dérivée* » de celle-ci et non caractérisée individuellement²⁶²⁹. Appliquée à la subordination fonctionnelle, l'influence déterminante permettrait ainsi de devenir un critère d'imputation pour engager la responsabilité du véritable organisateur de la prestation de travail.

579. Une approche économique. Une telle logique peut être appliquée, de façon analogue, aux nouveaux acteurs du numérique²⁶³⁰. Dès lors qu'ils exercent une influence déterminante sur l'activité et sur les travailleurs, par une direction de l'activité et une absence d'autonomie des « *partenaires* » dans la gestion de leur activité, un premier indice serait alors constitué vers une application du droit du travail, avec la reconnaissance d'une subordination fonctionnelle, complétée par une prise en compte de l'influence exercée sur le travailleur. L'influence déterminante constituerait ainsi un indice d'imputabilité, pour engager la responsabilité dans le cas des plateformes numériques, particulièrement pour celles de « *marché* » qui sont, pour le moment, écartées des dispositions sociales. Ce qui n'est, par ailleurs, pas totalement étranger à l'analyse économique qu'a pu parfois adopter la Cour de cassation concernant la recherche de l'existence d'un lien de subordination²⁶³¹. Cela fut notamment le cas pour les candidats de télé réalité dans l'affaire *Ile de la tentation*²⁶³², au sujet de laquelle un auteur relevait très

²⁶²⁵ C. ZOLYNSKI, « La présomption de l'influence déterminante d'une société mère sur le comportement de sa filiale contrôlée à 100 % est réfragable », *op. cit.*

²⁶²⁶ « *Le droit de la concurrence de l'Union repose sur le principe de la responsabilité personnelle de l'unité économique ayant commis l'infraction* », CJCE, 10 septembre 2009, aff. C-97/08 P, *Akzo Nobel*.

²⁶²⁷ CJUE, 10 avril 2014, aff. C-247/11 P et C-253/11 P, *Areva*, *Rec. num. ECLI : EU : C : 2014 : 257 ; Concurrences 2014/3*, p. 69, *obs. M. B.T. ; CCC 2014*, n° 265, *note G. Decocq ; Europe 2014*, n° 262, *note L. Idot ; RTD eur. 2014. 945*, n° 3, *obs. L. Idot*.

²⁶²⁸ CJCE, 10 septembre 2009, aff. C-97/08, *Akzo Nobel*, *op. cit.* ; CJUE, 5 décembre 2013, aff. C-448/11 P, *SNIA*, *Rec. num. ECLI : EU : C : 2013 : 801 ; Europe 2014*, n° 79, *note L. Idot*.

²⁶²⁹ CJUE, 22 janvier 2013, aff. C-286/11 P, *Commission c/ Tomkins* ; CJUE, 17 septembre 2015, aff. C-597/13 P, *Total c/ Commission*.

²⁶³⁰ V. également en ce sens, J. SÉNÉCHAL, « Le critère français de la subordination juridique confronté au "contrôle", à "l'influence déterminante" d'un opérateur de plateforme en ligne sur l'activité de ses usagers », *op. cit.*

²⁶³¹ G. BARGAIN, « Quel droit du travail à l'ère des plateformes numériques ? », *op. cit.*, p. 31.

²⁶³² Cass. soc., 3 juin 2009, n° 08-40.981 à 08-40.983 et 08-41.712 à 08-41.714, *D. 2009. AJ 1530*, *obs. Serna ; ibid. 2116*, *note Cesaro et Gautier ; ibid. 2517*, *note Edelman ; RDT 2009. 507*, *obs. Auzero ; RJS 2009. 615*, n° 678 ; *Dr. soc. 2009. 780*, *avis Allix et obs. Dupeyroux ; ibid. 930*, *note Radé ; JCP E 2009. 1714*, *note Thouzellier ; JSL 2009*, n° 258-2 ; *SSL*, n° spécial 1403, *op. cit.*

justement que « l'activité étroitement assujettie et contrôlée de ceux qui apparaissent, en droit, comme des joueurs et non des travailleurs permettait seule la réalisation d'un produit générateur de profit pour la société productrice »²⁶³³. Outre le constat d'un état de subordination, la finalité économique de l'activité a contribué à la requalification de leurs contrats. À ce titre, le communiqué de la Cour de cassation soulignait que cette activité était rendue « pour le compte et dans l'intérêt d'un tiers en vue de la production d'un bien ayant une valeur économique »²⁶³⁴.

580. Une prise en compte et un dépassement de la dépendance économique. Le concept d'influence déterminante permet également de rendre compte d'une dépendance économique²⁶³⁵. La notion de dépendance économique correspond à une maîtrise du profit par l'intégrateur tout en laissant une autonomie au prestataire dans la maîtrise des risques²⁶³⁶. La prise en compte de la dépendance économique est plébiscitée par une partie de la doctrine et a même été incluse dans la proposition de Code du travail de 2017²⁶³⁷. Cependant, les plateformes vont au-delà de la seule dépendance économique : elles maîtrisent l'ensemble de l'organisation de la prestation de service. Ceci est le cas particulièrement pour les plateformes « cadres » qui définissent les prix et ont la faculté de suspendre la connexion de leur partenaire. Une telle organisation suggère un dépassement de la seule dépendance économique, qui pourrait être traduit par le concept d'influence déterminante²⁶³⁸. Sans revenir sur les débats qui ont pu avoir lieu autour de la dépendance économique²⁶³⁹, le concept d'influence déterminante permet de dépasser le seul pouvoir du donneur d'ordre sur le patrimoine, par la prise en compte du rapport

²⁶³³ A. JEAMMAUD, « Uber, Deliveroo : requalification des contrats ou dénonciation d'une fraude à la loi ? », *SSL*, n° 1780, 2017, p. 6.

²⁶³⁴ Communiqué relatif à l'arrêt 1159 du 3 juin 2009 de la Chambre sociale.

²⁶³⁵ P. CUCHE, « Du rapport de dépendance, élément constitutif du contrat de travail », *op. cit.* ; O. RIVOAL, « La dépendance économique en droit du travail », *op. cit.* ; O. LECLERC et T. PASQUIER, « La dépendance économique en droit du travail : éclairages en droit français et en droit comparé. 1ère partie : la tentation de la dépendance économique », *op. cit.*

²⁶³⁶ V. sur les risques et la capacité de profit, T. PASQUIER, *L'économie du contrat de travail : conception et destin d'un type contractuel*, *op. cit.*, p. 84 et s.

²⁶³⁷ V. *infra*, n° 822 ; V. Art. L. 11-3, E. DOCKÈS (dir.), *Proposition de code du travail 2017. Sous l'égide du Groupe de recherche pour un autre Code du travail (GR-PACT)*, *op. cit.*, p. 5 ; « La définition du contrat de travail que propose le GR-PACT, en liant pouvoir de fait de l'employeur et dépendance économique du salarié, invite à s'engager davantage dans l'exploration d'une « division du travail » conçue comme une forme spécifique de solidarité, insérant les travailleurs au sein d'une pluralité d'entités, de réseaux, sans qu'ils n'aient à renoncer à leur situation salariale », C. DIDRY, « Au-delà de la subordination, les enjeux d'une définition légale du contrat de travail », *Dr. soc.*, 2018, p. 229 ; V. également, B. BOSSU, « Quel contrat de travail au XXIème siècle ? », *op. cit.*

²⁶³⁸ Ce qui permet de répondre au besoin de précision tout en contenant la dépendance économique dans des limites raisonnables, V. en ce sens, H. GROUDEL, « Le critère du contrat de travail », *op. cit.*, p. 59.

²⁶³⁹ V. à ce sujet, J.-P. LE CROM, « Retour sur une "vaine querelle" : le débat subordination juridique-dépendance économique dans la première moitié du XXème siècle », *op. cit.*

de pouvoir sur l'organisation de la prestation de service²⁶⁴⁰. Il inclut ainsi l'intégration à un service organisé, en mettant explicitement en lumière la question de l'autonomie dans les décisions afférentes à la stratégie et l'organisation de la prestation de service, correspondant ainsi à l'exercice d'un pouvoir de direction de l'activité. En outre, le recours au terme « *influence* » permet d'attirer la vigilance sur une éventuelle dissimulation du pouvoir, soit par l'organisation d'un réseau²⁶⁴¹, soit par le recours à des technologies numériques²⁶⁴², ce qui permet de répondre aux critiques qui avaient pu être formulées à l'encontre du recours au seul critère de la dépendance économique en rendant compte d'un rapport de pouvoir²⁶⁴³.

581. La théorie de l'apparence appliquée à la subordination fonctionnelle. De plus, la prise en compte de la subordination fonctionnelle permet d'identifier réellement le responsable de la prestation de travail. En cas de mauvaise exécution de la prestation, la plateforme numérique est identifiée par le client et non le travailleur. Pour l'énoncer autrement, c'est vers elle que l'utilisateur va prendre attache quant à la qualité de l'exécution de la prestation de service. Sur le modèle de la théorie de l'apparence²⁶⁴⁴ qui a pu être développée en droit civil, le critère de l'identification ou de l'apparence pourrait venir alimenter l'existence d'une subordination fonctionnelle. La théorie de l'apparence peut se définir comme l'opposition entre la réalité d'un droit ou d'une qualité et la perception erronée ou la croyance fautive. Elle suppose donc une situation vraisemblable, mais inexacte en droit²⁶⁴⁵. L'apparence présente une certaine

²⁶⁴⁰ « *Cependant, pour intéressante qu'elle fut au regard de la justice sociale, l'idée de dépendance économique présentait des inconvénients certains sur le plan juridique. Ayant le mérite du réalisme social, elle n'avait pas celui de la cohérence juridique et ne pouvait donc être érigée en critère d'application des lois sociales. Au contraire, de la subordination juridique qui, bien que multiforme, pouvait être déduite avec précision des instructions, de la surveillance et du contrôle, l'appréciation de la subordination économique paraissait susceptible de fluctuer à la fois avec les subjectivités et en fonction de la variété des situations contractuelles* », T. AUBERT-MONPEYSSSEN, *Subordination juridique et relation de travail*, op. cit., p. 16.

²⁶⁴¹ V. *supra*, n° 72 et s.

²⁶⁴² V. sur l'algorithme, *infra*, n° 588 et s. ; concernant les plateformes numériques, « *le seul changement réside dans l'absence d'un management humain remplacé par une application dotée d'un algorithme mettant en place un système de surveillance et donc une discipline au travail nouvelle dans sa forme. C'est en cela qu'il serait nécessaire de faire évoluer les critères de la subordination juridique vers une subordination organisationnelle comme l'a proposé une partie de la doctrine, ce qui rendrait par la même occasion compatibles salariat et autonomie* », I. DAUGAREILH, « Le recours à tiers employeur : une piste incohérente et dangereuse », *RDT*, 2021, p. 14.

²⁶⁴³ V. notamment sur la reconnaissance d'une subordination économique qui serait « *trop floue et trop aventureuse* », J.-J. DUPEYROUX, « Les conditions d'affiliation obligatoire au régime général de la sécurité sociale », *D.*, 1962, p. 180.

²⁶⁴⁴ V. notamment à ce sujet, V. « Apparence », D. ALLAND et S. RIALS, *Dictionnaire de la culture juridique*, op. cit., p. 73-76 ; M. BOUDOT, « Apparence », dans *Répertoire de droit civil*, Dalloz, 2019 ; L. LEVENEUR, *Situations de fait et droit privé*, t. 212, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit privé », 1990 ; A. RABAGNY, *Théorie générale de l'apparence en droit privé*, thèse, Université Panthéon-Assas, 2001 ; J.-C. LAURENT, *L'apparence dans le problème des qualifications juridiques*, thèse, Université de Caen, 1931 ; C. JONESCO, *Les effets juridiques de l'apparence en droit privé*, thèse, Université de Strasbourg, 1928.

²⁶⁴⁵ B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, *Introduction en droit*, 4^e éd., Litec, 1996, p. 571.

ambivalence, car elle désigne à la fois ce qui est perçu du droit et les modalités de correction de ce qui est perçu²⁶⁴⁶. Il a même été soutenu que « *l'apparence est source de droit* »²⁶⁴⁷. Dans notre étude, la plateforme paraît, pour ses clients, comme première responsable de la bonne réalisation du travail. Elle ne figure plus comme simple intermédiaire, mais comme l'organisatrice de la bonne réalisation de la prestation de service. Ceci est dû à l'absence d'identification du travailleur, malgré son statut d'indépendant, par le client. Ainsi, l'apparence de la plateforme à l'égard de ses utilisateurs peut constituer un indice complémentaire dans l'analyse de la subordination fonctionnelle. Cette analyse permet de rendre compte de la réalité de l'organisation de l'activité par le critère de l'identification²⁶⁴⁸. À ce titre, la plateforme ne pourrait pas opposer au client que son rôle est la seule mise en relation, sans aucune responsabilité dans la réalisation de la prestation de service. Il y aurait ainsi, par la théorie de l'apparence, la sécurisation de l'utilisateur, par le constat que la plateforme se comporte comme un employeur²⁶⁴⁹.

582. Dans les situations où le droit du travail viendrait à ne pas s'appliquer, à l'instar des plateformes-« marchés », certains auteurs proposent une application du devoir de vigilance, qu'ont les sociétés mères et entreprises donneuses d'ordre envers leurs filiales²⁶⁵⁰, aux plateformes numériques de travail comme un « *filet de sécurité* »²⁶⁵¹. Un tel mécanisme permettrait de responsabiliser les opérateurs de plateforme « *au-delà de la structuration juridique choisie par l'entreprise, les lieux de rayonnement de son pouvoir* »²⁶⁵². Il permettrait d'établir un devoir envers les atteintes aux droits et libertés fondamentaux, tels que la santé et la sécurité des personnes. Le but est la responsabilisation de la plateforme²⁶⁵³. À tout le moins, dans l'optique d'une approche pérenne, celle par l'influence aurait le mérite d'appréhender la diversité qui peut exister au sein des plateformes numériques de travail, pour qualifier juridiquement leur activité et leurs relations avec les travailleurs.

²⁶⁴⁶ M. BOUDOT, « Apparence », dans *Répertoire de droit civil*, Dalloz, 2019, n° 16.

²⁶⁴⁷ J. GHESTIN, G. GOUBEAUX et M. FABRE-MAGNAN, *Traité de droit civil. Introduction générale*, 4^e éd., LGDJ, 1994, p. 830.

²⁶⁴⁸ « *Inversement, il n'est pas travailleur subordonné si l'on peut considérer qu'il a lui-même mis en œuvre sa propre entreprise* », H. GROUDEL, « Le critère du contrat de travail », *op. cit.*, p. 58.

²⁶⁴⁹ Répondant ainsi au régime de la responsabilité des commettants du fait de leurs préposés, V. art. 1242 et s. C. civ.

²⁶⁵⁰ Introduite par la loi n° 2017-399 du 27 mars 2017.

²⁶⁵¹ T. SACHS et S. VERNAC, « Pouvoir et responsabilité au sein des plateformes : de la fiction au réalisme », *Dr. soc.*, 2021, p. 216.

²⁶⁵² *Ibid.*

²⁶⁵³ T. PASQUIER, « Le travailleur, l'entreprise et la plateforme numérique. Quel encadrement juridique pour le pouvoir privé numérique ? », dans *L'émergence d'un droit des plateformes*, Dalloz, 2021, p. 19.

§ 2 : L'influence de l'organisation des plateformes numériques de travail comme source de subordination fonctionnelle

583. La qualification juridique des plateformes numériques de travail a suscité des interrogations. Leur organisation ainsi que leur fonctionnement ont ainsi fait l'objet de nombreuses études²⁶⁵⁴. Derrière la modernité et l'usage d'un algorithme pour distribuer les prestations de travail, empreint d'un certain mystère lié à l'absence de transparence de la « *boîte noire* »²⁶⁵⁵, l'organisation des plateformes numériques de travail, et tout particulièrement celle des plateformes « cadres », révèle une influence indéniable, par une organisation « *scientifique* »²⁶⁵⁶ du travail. Rappelant l'ère des tâcherons²⁶⁵⁷, l'influence déterminante de la plateforme dans l'exécution de la prestation de travail constitue un premier indice d'un état de subordination par le constat d'une subordination fonctionnelle (A). Cette lecture a pu être faite pour la plateforme *Uber*, dans le cadre de la qualification juridique de son activité. Une source d'inspiration encore d'actualité pour le droit du travail qui conforte la nécessité d'une prise en compte de l'influence déterminante (B).

²⁶⁵⁴ V. notamment, CNum, *Travail, emploi, numérique. Les nouvelles trajectoires*, op. cit. ; CNum, *Traitement des plateformes numérique*, Trésor direction générale, 2017 ; CNum, *Travail à l'ère des plateformes. Mise à jour requise*, op. cit. ; J.-Y. FROUIN, *Réguler les plateformes numériques de travail*, op. cit. ; V. également, *supra*, n° 506 et s.

²⁶⁵⁵ V. *supra*, n° 505.

²⁶⁵⁶ V. en ce sens, « *les masses humaines étant désormais vouées au service des machines, leur travail lui-même a été conçu sur le modèle de la machine et est devenu l'objet d'une « organisation scientifique* » », A. SUPLOT, « Homo faber : continuité et ruptures », dans *Le travail au XXI^e siècle. Livre du centenaire de l'Organisation internationale du Travail*, Editions de l'Atelier, 2019, p. 31 ; Certains parleront même de « *taylorisme digital* », E. MATHEVET et C. PAPINEAU, « L'organisation du travail par les plateformes d'intermédiation : vers un taylorisme algorithmique », *Revue Droit & Affaires*, n° 15, 2018, p. 71 ; V. également en ce sens, « *le micro-travail est, de façon générale, une forme poussée de taylorisme digital et de précarité* », N. AMAR et L.-C. VIOSSAT, *Les plateformes collaboratives, l'emploi et la protection sociale*, op. cit., p. 68 ; V. plus largement, V. « Taylor Frederick Winslow », A. BEVORT, A. JOBERT, M. LALLEMENT et A. MIAS, *Dictionnaire du travail*, op. cit., p. 775-781.

²⁶⁵⁷ V. notamment en ce sens, E. DOCKÈS, « Le salariat des plateformes à propos de l'arrêt TakeEatEasy », op. cit. ; M. RICHEVEAUX, « Ubérisation et requalification en contrat de travail : nouvelle application des classiques du contrat de travail », op. cit.

A- *L'organisation des plateformes numériques de travail vers une nouvelle organisation « scientifique » du travail*

584. L'encadrement des plateformes numériques a pu être qualifié de « scientifique »²⁶⁵⁸ comme un renouvellement numérique du taylorisme²⁶⁵⁹ : « à toutes les échelles de l'organisation du travail, celles des relations individuelles, des entreprises, des nations ou du monde, un nouveau modèle « scientifique » est ainsi venu supplanter le taylorisme : celui de la gouvernance par les nombres »²⁶⁶⁰. L'usage d'un algorithme, qui automatise un fonctionnement prédéterminé, renforce indéniablement l'influence et même la prégnance de l'autorité de la plateforme sur l'activité du travailleur (2). Outre les caractéristiques qui entourent l'organisation des conditions d'exécution de la prestation de travail, les conditions d'acquisition du statut d'indépendant du travailleur de plateforme sont révélatrices de la véritable nature de la relation qui ont d'ailleurs pu être observées par les juges (1).

- 1- La prise en compte des conditions d'acquisition du statut d'indépendant : un indice de subordination fonctionnelle

585. Les conditions d'acquisition du statut d'autoentrepreneur contestées. Pour pouvoir s'inscrire sur la plateforme numérique de travail, le travailleur a dû préalablement s'immatriculer en tant qu'autoentrepreneur. Il ne s'agit donc pas d'une inscription volontaire, mais d'une condition préalable pour s'inscrire sur la plateforme. Cette condition existe tant pour les plateformes « cadres » ou de « marché ». Dans ce contexte, le travailleur n'a pas construit un projet propre d'entreprise, mais il remplit une condition « administrative » pour exécuter des prestations de service *via* une plateforme numérique de travail. Ainsi il s'agit d'un particulier qui, pour pouvoir travailler pour la plateforme, est contraint de s'inscrire comme

²⁶⁵⁸ V. note de bas de page n° 2656.

²⁶⁵⁹ Y. FERGUSON, « Des travailleurs diminués dans des organisations augmentées ? », *Dr. soc.*, 2021, p. 133 ; Les outils numériques « peuvent participer à intensifier le travail, le fragmenter, l'appauvrir, le complexifier ou encore le simplifier via des formes accrues de taylorisme », V. MANDINAUD, « La transition numérique, promesses et menaces pour "l'expérience travailleur" », *Anact, Explo QVT*, 2018, p. 1-13 ; « *Le taylorisme est poussé à des longueurs sans précédent par l'utilisation de technologies et d'algorithmes, qui remplacent le contrôle direct de la direction et créent des asymétries de pouvoir entre la plateforme et le travailleur.* », V. HATZOPOULOS, « Economie collaborative : vers un cadre de la régulation des plateformes ? », dans *Répertoire de droit européen*, Dalloz, 2020, n° 34.

²⁶⁶⁰ A. SUPIOT, *La justice au travail. Quelques leçons de l'histoire*, *op. cit.*, p. 30.

autoentrepreneur : cette circonstance l'inscrit dans une subordination fonctionnelle, à même de constituer un premier indice de dépendance économique²⁶⁶¹. La plateforme conseille même les travailleurs dans les démarches à suivre pour devenir autoentrepreneur²⁶⁶². Les conditions d'acquisition du statut ont pu être relevées lors des contentieux de demande de requalification, notamment lors de l'arrêt *Take Eat Easy*²⁶⁶³.

586. Une inscription demandée par la plateforme constitutive d'un indice de subordination fonctionnelle. Comme le souligne l'avis de l'avocate générale, lors de cette affaire : « *il ne s'agit pas d'un entrepreneur individuel qui va s'inscrire sur une plateforme pour trouver des clients. Il s'agit d'un particulier qui, pour pouvoir travailler pour la plateforme, va être contraint de devenir auto-entrepreneur* »²⁶⁶⁴. L'avis relève également qu'une réponse ministérielle avait indiqué qu'« *une activité indépendante se caractérise essentiellement par le fait que son auteur a pris librement l'initiative de la créer ou de la reprendre, qu'il conserve, pour son exercice, la maîtrise de l'organisation des tâches à effectuer et du matériel nécessaire, ainsi que de la recherche de la clientèle et des fournisseurs. Telle n'est pas la situation de personnes salariées ou engagées dans un parcours de recherche d'emploi, à qui l'on demande de se déclarer comme auto-entrepreneur alors qu'elles travaillent en pratique sous l'autorité de leur recruteur* »²⁶⁶⁵. L'initiative du statut juridique deviendrait alors un indice de subordination. Cet élément est révélateur de la construction des plateformes de travail, qui impose le statut d'autoentrepreneur au profit de son modèle économique.

587. Une surveillance variable. Une fois inscrit sur la plateforme, celle-ci a, en principe, un rôle d'intermédiation. Cependant, la plateforme peut exercer une certaine influence, caractéristique d'une subordination fonctionnelle, par une surveillance algorithmique. Celle-ci va cependant varier en fonction du type de plateforme.

²⁶⁶¹ Critère qui a été cependant rejeté fermement par la Cour de cassation, comme l'indique la note explicative relative à l'arrêt n° 374 du 4 mars 2020, n° 19-13.316 : « *Dans l'arrêt prononcé le 4 mars 2020, la chambre sociale a estimé qu'il n'était pas possible de s'écarter de cette définition désormais traditionnelle et a refusé d'adopter le critère de la dépendance économique suggéré par certains auteurs* ».

²⁶⁶² V. par exemple, sur le site d'Uber : <https://www.Uber.com/fr/fr/drive/requirements/company/> [consulté le 24 juillet 2023].

²⁶⁶³ Cass. soc., 28 novembre 2018, n° 17-20.079, *D. actu.* 12 déc. 2018, obs. Peyronnet ; *ibid.* 169, avis Courcol-Bouchard, obs. Escande-Varniol ; *RDT* 2019. 36, note Peyronnet ; *RJS* 2/2019, p. 98, *Rapp. Salomon* ; *ibid.*, n° 72 ; *SSL* 2018, n° 1841, p. 6, obs. Gomes et Lokiec ; *JCP S* 2018. 1398, obs. Loiseau., *op. cit.*

²⁶⁶⁴ Avis de l'avocat général n° B1720079, p. 10.

²⁶⁶⁵ Rep. Min, n° 7103, JOAN 6 août 2013.

- 2- La prise en compte de l'influence de la plateforme dans l'analyse juridique : une surveillance accrue par le recours à l'algorithme

588. La présence d'un algorithme est commune à l'ensemble des plateformes de travail²⁶⁶⁶. Il est même mentionné dans la définition de ce qu'est considérée comme une plateforme numérique, au sein de l'article L. 111-7. I du Code de la consommation. Au-delà d'une dématérialisation des échanges, la plateforme garantit *a minima* la pertinence de la mise en relation, par l'utilisation d'un algorithme. Mais il convient de ne pas se contenter de ce seul constat : « *arrêt, avis, article et commentaire qui se réfèrent à l'algorithme permettent de prendre conscience que ce n'est pas la nature de la technologie employée qui emporte la qualification mais davantage les fonctions exercées par l'algorithme* »²⁶⁶⁷.

589. La coordination qui est assurée par l'algorithme accentue d'une part la disparition, en apparence du moins, du lien entre le donneur d'ordre et le travailleur, et d'autre part la mise en œuvre d'une surveillance automatisée. Son utilisation, comme intermédiaire de la relation, varie en fonction de la volonté de contrôle de la plateforme (a). Cela n'est pas sans incidence sur qualification juridique à retenir. Cette lecture permet d'opérer une nouvelle distinction, non en fonction de l'objet de la plateforme, mais en fonction de son influence (b).

a) *L'influence variable de la plateforme comme intermédiaire de la mise en relation via l'algorithme*

590. L'algorithme, outil de mise en relation. En principe, le rôle de l'algorithme consiste uniquement en l'assurance de la pertinence de la mise en relation. Il permet, en effet, l'ordonnement de l'information pour assurer la rencontre entre l'offre et la demande. Il est, en somme, le liant entre l'offre et la demande dans le cadre de la mise en relation. Par ailleurs, l'opacité du fonctionnement de l'algorithme est régulièrement dénoncée. Le classement opéré par l'algorithme n'est pas neutre, il oriente les choix des utilisateurs. Il peut, par exemple,

²⁶⁶⁶ V. *supra*, n° 505.

²⁶⁶⁷ S. MERABET, *Vers un droit de l'intelligence artificielle*, op. cit., p. 70.

choisir à quel travailleur proposer la prestation de service²⁶⁶⁸. Son rôle diffère cependant en fonction de s'il s'agit d'une plateforme-« marché » ou d'une plateforme « cadre »²⁶⁶⁹.

591. Le cas des plateformes-« marchés ». Pour les plateformes-« marchés », dans le cas par exemple de la plateforme *Animaute*²⁶⁷⁰, qui met en relation des propriétaires d'animaux et des « *petsitters* », il convient de constater que la plateforme intervient peu. Au sein de cette plateforme-« marché »²⁶⁷¹, l'algorithme sert uniquement à la pertinence de la recherche en fonction des critères cochés par les utilisateurs de la plateforme. Nous sommes donc bien en présence d'un service de mise en relation. Néanmoins, la présentation des profils peut faire l'objet d'un classement et présente dès lors une influence quant à la visibilité des travailleurs. Dans le domaine des transports, la plateforme numérique exploitant l'application mobile *Star Taxi App* a ainsi pu être considérée comme un prestataire de services d'intermédiation, dès lors, qu'elle ne présentait pas une influence déterminante avec une intervention limitée sur la réalisation de la prestation de service²⁶⁷². Il a, en effet, été constaté qu'elle « *ne fixe pas le prix de la course ni n'en assure la perception auprès [des clients] qui paient celui-ci directement au chauffeur de taxi, et n'exerce pas davantage de contrôle sur la qualité des véhicules et leurs chauffeurs ainsi que sur le comportement de ces derniers* »²⁶⁷³. Le cas des plateformes-« marchés » peut être ainsi nuancé.

592. Le cas des plateformes « cadres ». En revanche, « *dans les plateformes-cadres, l'algorithme ne se contente pas de rapprocher l'offre de la demande, il fixe les prix, dirige l'activité du travailleur, il crée un rapport de subordination indirecte. Grâce à l'algorithme, la plateforme peut devenir un « employeur artificiel ».* À travers la machine, on réintroduirait des rapports de dépendance »²⁶⁷⁴. Dans ce fonctionnement, l'algorithme occupe des fonctions qui vont bien au-delà de la simple mise en relation. Il permet d'automatiser l'ensemble des interventions de la plateforme vis-à-vis de ses partenaires. Par exemple, il alertera

²⁶⁶⁸ « À l'ombre du secret industriel (par ailleurs légitime), un algorithme de classement fonctionne le plus souvent à la manière d'une boîte noire, un système qui ne permet d'appréhender que les informations en entrée ou en sortie, sans donner à voir les principes internes qui le sous-tendent. De ces calculs découlent pourtant des enjeux culturels majeurs : les algorithmes orientent nos choix, nos goûts, nos habitudes de consommation, le plus souvent à notre insu. Surtout, ils peuvent s'imprégner d'une certaine vision du monde », C. ZOLYNSKI, « Quelle loyauté pour les plateformes numériques ? », *JA*, n° 36, 2016, p. 14.

²⁶⁶⁹ V. sur la distinction, *supra*, n° 509 et s.

²⁶⁷⁰ <https://www.animaute.fr/> [consulté le 22 août 2023].

²⁶⁷¹ V. à ce sujet P. FLICHY, « Le travail sur plateforme », *op. cit.*

²⁶⁷² X. DELPECH, « Des plateformes de transport en général et cotransportage en particulier », dans *L'émergence d'un droit des plateformes*, Dalloz, coll. « Thèmes & commentaires », 2021, p. 126.

²⁶⁷³ CJUE, 3 décembre 2020, aff. C-62/19., *Star Taxi App*, *op. cit.*

²⁶⁷⁴ P. FLICHY, « Le travail sur plateforme », *op. cit.*, p. 198.

automatiquement les partenaires qui ne suivraient pas l'itinéraire proposé, dans le cas des prestations dont le suivi est assuré par la géolocalisation²⁶⁷⁵. Dans le cadre de cette fonction, il ne faut pas s'arrêter à l'utilisation d'un nouvel outil et d'une prétendue neutralité de celui-ci, l'algorithme traduit bien une décision et une volonté humaine, qui est celle de la plateforme. Outre le constat d'une intervention élevée, l'algorithme l'intensifie par son automatisation.

b) *Le degré élevé d'influence de la plateforme au cœur de l'intégration à un service organisé : l'algorithme comme ordonnateur*

593. Algorithme et influence. L'algorithme n'est pas neutre dans l'opération d'intermédiation. Il automatise les incitations de la plateforme, sa surveillance sur le travailleur et va même parfois jusqu'à fixer en temps réel les prix des prestations²⁶⁷⁶. Grâce à lui, rien, ou du moins peu de choses, ne peut échapper à la plateforme. Ce qui rend la présence de la plateforme particulièrement prégnante, qui s'assimile à une organisation panoptique²⁶⁷⁷. En fonction du rôle qui lui est confié, autrement dit en fonction de son contrôle, de sa possibilité d'interagir dans la relation, c'est la qualification juridique de la plateforme qui devrait en être modifiée. Le critère à retenir pour différencier les plateformes, entre celles qui relèvent de la simple intermédiation et celles qui n'en sont pas, est l'influence déterminante de ces dernières, dans le cadre de l'identification d'une subordination fonctionnelle²⁶⁷⁸. À cet effet, le bras armé du contrôle de la plateforme est principalement constitué par l'algorithme. Cependant, le donneur d'ordres ne peut se cacher derrière son programme, car il est son outil et non une entité seule et autonome. Par ailleurs, c'est justement l'automatisation qui renforce l'identification du degré d'influence de la plateforme.

594. Algorithme et organisation. L'algorithme joue, en effet, un rôle d'organisateur. Il distribue les missions, selon des critères préprogrammés²⁶⁷⁹. Il fournit la prestation de travail à réaliser et il l'ordonne. Dès lors, il a pu être considéré comme « *l'unité centrale* » de la

²⁶⁷⁵ Ce qui est le cas pour les plateformes de livraison ou de transport.

²⁶⁷⁶ Sur la fixation du prix, A.A. CASILLI, *En attendant les robots*, op. cit., p. 109-114.

²⁶⁷⁷ M. FOUCAULT, *Surveiller et punir*, op. cit.

²⁶⁷⁸ V. *supra*, n° 574 et s.

²⁶⁷⁹ OIT, *Les plateformes de travail numérique et l'avenir du travail : pour un travail décent dans le monde en ligne*, op. cit., p. 9.

plateforme²⁶⁸⁰. Il constitue, en effet, l'outil privilégié de l'intégration du travailleur au sein d'un service organisé²⁶⁸¹ : d'une part par la binarité de l'organisation de la prestation de travail, selon laquelle soit le travailleur accepte soit il refuse ; d'autre part par l'unilatéralisme de son action, où l'algorithme décide et ordonne seul. En fonction des critères d'évaluation²⁶⁸² choisis par la plateforme, les missions vont être proposées, en priorité aux travailleurs les mieux classés, et, le cas échéant, à ceux géolocalisés au plus proche de la prestation à réaliser. Le travailleur s'inscrit dans l'offre de service de la plateforme dont l'organisation est matérialisée par l'algorithme. Pour les plateformes-« marchés », le travailleur s'intègre dans une communauté tout en pouvant se différencier par ses compétences propres. En revanche, pour les plateformes « cadres », le travailleur ne peut qu'accepter ou refuser la mission proposée par l'algorithme. Cette rigidité, propre à l'automatisation, renforce le rôle d'organisation de la plateforme, seule détentrice de la stratégie de l'offre de service. Autant d'éléments qui correspondent à l'exercice d'une influence déterminante et qui constituent des indices quant à la véritable qualification juridique à retenir.

595. Il existe, en effet, une inadéquation de qualification des plateformes de travail. Dès lors, que la plateforme exerce une influence déterminante sur l'exécution de la prestation de travail, son activité principale n'est plus celle de l'intermédiation. Dès lors, elle ne devrait pas être qualifiée de société de l'information. Cependant, elle ne rentrerait plus que dans le champ d'application de certaines dispositions européenne, comme le règlement P2B²⁶⁸³. Cette restriction est regrettable et nous rejoignons l'appel à un élargissement, pour prendre en compte ces prestataires « *mixte* » où l'intermédiation est accessoire à l'activité de service²⁶⁸⁴, comme ce fut le cas pour la société *Uber*.

²⁶⁸⁰ C. SYBORD, « Le management algorithmique des plateformes numériques : de ses origines aux pratiques d'aujourd'hui », *op. cit.*, p. 259.

²⁶⁸¹ V. *supra*, n° 92 et 566.

²⁶⁸² V. *infra*, n° 706 et s.

²⁶⁸³ Règlement n° 2019/1150 du 20 juin 2019 promouvant l'équité et la transparence pour les entreprises utilisatrices de services d'intermédiation en ligne, *op. cit.*

²⁶⁸⁴ T. PELLERIN, « Les fonctionnalités du droit économique européen pour de nouvelles régulations du travail de plateforme – l'exemple du règlement P2B 2019/1150 », *RFAS*, n° 1, 2022, p. 23.

*B- De l'intermédiation à une activité identifiée : le cas d'Uber,
considéré comme société de transport*

596. Dans le secteur des transports, la question de la régulation de nouvelles activités par les plateformes numériques a suscité de nombreux débats. Ce fut le cas pour le service *Uber-Pop*, qui fut lancé en février 2014 par la société *Uber*, qui se présentait comme un service de covoiturage payant réalisé par des particuliers *via* l'application *Uber*. Il fut dans un premier temps légitimé²⁶⁸⁵, puis face à une certaine contestation, le législateur est intervenu.

597. Dans une volonté de limiter les offres faisant concurrence aux taxis²⁶⁸⁶, la loi Thévenoud du 1^{er} octobre 2014²⁶⁸⁷ a introduit l'article L. 3124-13 du Code des transports²⁶⁸⁸ qui interdisait « *le fait d'organiser un système de mise en relation de clients avec de personnes qui se livrent* » à un transport de passagers à titre onéreux, sans être une entreprise de transport, sous peine d'une amende de 30 000 euros et jusqu'à deux ans d'emprisonnement. Dans le cadre d'une QPC, le Conseil constitutionnel avait confirmé la constitutionnalité de cette disposition²⁶⁸⁹. Cette disposition rendait ainsi le service d'*Uber-Pop* illégal et interdisait notamment aux chauffeurs de prendre des clients sans être enregistrés officiellement et après avoir reçu une formation spécifique. De plus, l'interdiction de la « *maraude électronique* »²⁶⁹⁰, réservée aux taxis, fut également déclarée comme étant conforme à la Constitution. Les sages estimèrent que l'atteinte portée à la liberté d'entreprendre des VTC n'était pas manifestement disproportionnée au regard de l'objectif d'ordre public poursuivi²⁶⁹¹. L'obligation de « *retour à la base* » a ainsi été validée, ce qui a contraint les chauffeurs VTC à retourner au lieu d'établissement de l'exploitant VTC, ou dans un lieu, hors de la chaussée, où le stationnement est autorisé, sauf s'ils justifient d'une autre réservation préalable.

²⁶⁸⁵ Des concurrents furent déboutés de leur demande d'interdiction du service de transport en ville entre particuliers, T. com. Paris, 12 décembre 2014, n° 2014061003.

²⁶⁸⁶ V. à ce sujet, T. THÉVENOUD, *Rapport fait au nom de la commission du développement durable et de l'aménagement du territoire sur la proposition de loi, après engagement de la procédure accélérée, relative aux taxis et aux voitures de transport avec chauffeur* (n° 2046), n° 2063, 2014.

²⁶⁸⁷ Loi n° 2014-1104 du 1er octobre 2014 relative aux taxis et aux voitures de transport avec chauffeur.

²⁶⁸⁸ Abrogé depuis par la loi n° 2016-1920 du 29 décembre 2016 relative à la régulation, à la responsabilisation et à la simplification dans le secteur du transport public particulier de personnes.

²⁶⁸⁹ Cons. const., 22 septembre 2015, n° 2015-484, QPC, *JT* n° 179/2015, p. 14.

²⁶⁹⁰ Art. L. 3120-2, III, nouv. C. transp.

²⁶⁹¹ Cons. const., 22 mai 2015, QPC n° 2015-468/469/472, *Société Uber France SAS et autre*.

598. En outre, le Conseil d'État a annulé le décret du 27 décembre 2013²⁶⁹² et a retenu que le pouvoir réglementaire avait outrepassé ses pouvoirs en fixant une condition supplémentaire à la loi²⁶⁹³. En effet, le gouvernement a voulu imposer aux VTC un temps d'attente de quinze minutes entre deux prestations, ce qui aurait réduit substantiellement la disponibilité des chauffeurs et l'efficacité du modèle économique²⁶⁹⁴. De plus, sur saisine de la société *Uber*, le Conseil d'État a également jugé comme étant contraire au droit européen l'interdiction, édictée par un décret d'application²⁶⁹⁵ de la loi Thévenoud, d'informer les clients des plateformes de VTC sur leur localisation et disponibilité. En effet, les dispositions n'avaient pas fait l'objet de la procédure d'information préalable de la Commission européenne, propre au régime des sociétés de l'information²⁶⁹⁶. Sur fond de conflits incessants entre VTC et taxis, la législation fut complétée deux ans plus tard, par la loi Grandguillaume²⁶⁹⁷ qui a notamment interdit les « *maraudes* » pour les chauffeurs autres que les taxis²⁶⁹⁸. L'application *Uber-Pop* a finalement été fermée par le gouvernement le 3 juillet 2015²⁶⁹⁹.

599. Dans ce cadre, la question de la qualification de la plateforme numérique de travail *Uber* s'est posée devant la CJUE. À ce titre, il convient de revenir sur la décision qui a été rendue en 2017²⁷⁰⁰ et qui a conduit à un choix de qualification, excluant celle de société de l'information pour celle de société de transport (1). Au sein des motifs de la décision, la question de l'influence de la plateforme sur l'intermédiation a été particulièrement décisive pour distinguer les plateformes, non en fonction de leur objet, mais en fonction de leur interventionnisme, en faisant ainsi un nouveau critère de distinction (2). Enfin, l'identification de l'activité principale de transport a entraîné des conséquences qui montrent l'inadéquation de l'absence de prise en compte initiale du fonctionnement de certaines plateformes de travail (3).

²⁶⁹² Décret n° 2013-1251 du 27 décembre 2013 relatif à la réservation préalable des voitures de tourisme avec chauffeur.

²⁶⁹³ CE, 17 décembre 2014, n° 374525 et 374553.

²⁶⁹⁴ S. ABDELNOUR et D. MÉDA, *Les nouveaux travailleurs des applis*, *op. cit.*, p. 78.

²⁶⁹⁵ Décret n° 2014-1725 du 30 décembre 2014 relatif au transport public particulier de personnes.

²⁶⁹⁶ Directive 98/34/CE du 22 juin 1998 prévoyant une procédure d'information dans le domaine des normes et réglementations techniques et des règles relatives aux services de la société de l'information, *op. cit.* À ce moment-là, les plateformes étaient encore considérées comme relevant du statut des sociétés de l'information.

²⁶⁹⁷ Loi n° 2016-1920 du 29 décembre 2016 relative à la régulation, à la responsabilisation et à la simplification dans le secteur du transport public particulier de personnes, *op. cit.*

²⁶⁹⁸ Art. L. 3120-2 C. transport.

²⁶⁹⁹ J.-M. BRETON, « Uber, VTC et taxis : entre dérégulation et réglementation », *Juris tourisme*, n° 222, 2019, p. 40.

²⁷⁰⁰ CJUE, 20 décembre 2017, aff. C-434/15, *Asociacion Profesional Elite Taxi contre Uber Systems Spain SL*, D. 2018. 934, note Balat ; *ibid.* Pan. 1413, obs. Kenfack ; AJDA 2018. 329, obs. Bonneville, Broussy, Cassagnabère et Gänser ; RTD eur. 2018. 147, obs. Grand ; JT 2018, n° 205, p. 12, obs. X. D. ; RDT 2018. 150, note Gomes ; CCE 2018, n° 11, obs. Loiseau ; EEI 2018, n° 14, obs. Charles et Schweitzer ; RLDI févr. 2018. 17, note Bensoussan-Brulé et Martinez, *op. cit.*

1- Le choix unitaire de la qualification de société de transport

600. La qualification d'Uber. Dans un contexte tourmenté, la qualification de la société *Uber* a été portée devant la CJUE, lors de la décision *Elite Taxi c. Uber* du 20 décembre 2017²⁷⁰¹. Dans cette affaire, une association professionnelle de chauffeurs de taxi de la ville de Barcelone en France a formé un recours en 2014, devant le tribunal de commerce de Barcelone, afin de faire constater que les activités de la société *Uber Systems Spain* violaient la réglementation, au sens de la loi espagnole n° 3/1991 du 10 janvier 1991 relative à la concurrence déloyale. La réglementation espagnole relative aux services de taxi prévoyait que le taxi urbain a l'obligation d'obtenir préalablement une licence délivrée par les mairies ou les collectivités locales compétentes ; le périurbain doit obtenir une autorisation délivrée par le ministère du gouvernement régional²⁷⁰². Afin de pouvoir statuer sur le sujet, les juges espagnols ont estimé comme étant nécessaire de déterminer si les services fournis par la société *Uber* devaient être regardés comme étant soit des services de transport, soit des services propres à la société de l'information, ou de ces deux types de services. La juridiction espagnole a ainsi saisi la CJUE sur le sujet.

601. Par sa décision du 20 décembre 2017, la CJUE a fait le choix d'une qualification unitaire, plutôt que distributive²⁷⁰³, en qualifiant le service d'intermédiation de la société *Uber* comme ayant « *pour objet, au moyen d'une application pour téléphone intelligent, de mettre en relation, contre rémunération, des chauffeurs non professionnels utilisant leur propre véhicule avec des personnes qui souhaitent effectuer un déplacement urbain* », pour conclure que ce service relève de la qualification de « *service dans le domaine des transports* », au sens de l'article 58§1 du TFUE. La Cour a indiqué que ce service d'intermédiation devait être considéré comme faisant partie intégrante d'un service global dont l'élément principal est un service de transport et répondant à la qualification non pas de « *service de la société de l'information* », mais de « *service dans le domaine des transports* ». Cette qualification du service fourni par *Uber* exclut l'application de la directive relative aux services dans le marché intérieur ou de la

²⁷⁰¹ *Ibid.*

²⁷⁰² Loi n° 19/2003 du 4 juillet 2003 relative aux services de taxi et le règlement sur les services de taxi de l'agglomération de Barcelone.

²⁷⁰³ T. DOUVILLE, « Arrêt Uber ou l'art délicat de la qualification », *JCP E*, n° 10, 2018, 1111.

directive sur le commerce électronique. Ce raisonnement sera, par ailleurs, confirmé en 2018²⁷⁰⁴.

602. Un double service. La difficulté de qualification résidait dans le fait que l'offre d'*Uber* est double : un service d'intermédiation et un service de transport. La CJUE avait donc le choix d'adopter une approche distributive, qui aurait conduit à prendre en compte cette dualité de service, ou une approche unitaire, c'est-à-dire de considérer qu'il y a une indissociabilité des services fournis. C'est cette dernière approche que la Cour a décidé de retenir.

603. L'exclusion de la qualification de « société de l'information ». Comme nous avons pu l'évoquer plus haut, la catégorie juridique des sociétés de l'information²⁷⁰⁵ est régie notamment par la directive européenne du 8 juin 2000²⁷⁰⁶. Or, si cette qualification avait été retenue par la CJUE, l'application des dispositions relatives aux sociétés de transport en aurait été exclue, au profit d'une jouissance de la liberté d'entreprendre dans le cadre de la décision de 2017²⁷⁰⁷. De plus, concernant celle de 2018²⁷⁰⁸, la France aurait dû alors notifier son projet de réglementation à la Commission européenne, avant de promulguer la loi n° 2014-1104 du 1^{er} octobre 2014 qui prévoit une incrimination spécifique destinée à encadrer l'activité d'*Uber-Pop*. Les juges ont cependant considéré que l'activité d'intermédiation de la plateforme n'existait pas indépendamment de l'offre de service de transport. Par ce constat, la mise en relation ne devenait plus qu'une mise en œuvre de l'offre de service, excluant une approche distributive de la qualification juridique de l'activité d'*Uber*. À cet égard, le choix d'une qualification unitaire fut largement salué par la doctrine²⁷⁰⁹.

604. L'organisation d'une offre de service de transport. La Cour a constaté que l'offre de service était entièrement organisée par *Uber* qui en fixe les conditions de fonctionnement : le

²⁷⁰⁴ CJUE, 10 avril 2018, aff. C-320/16, *Uber France SAS*, D. 2018. 934, note Balat ; *ibid.* Pan. 1413, obs. Kenfack ; RTD eur. 2019. 153, obs. Grard ; JT 2018, n° 208, p. 11, obs. Delpéch, *op. cit.*

²⁷⁰⁵ V., *supra*, n° 541 et s.

²⁷⁰⁶ Directive 2000/31/CE du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur, *op. cit.*

²⁷⁰⁷ CJUE, 20 décembre 2017, aff. C-434/15, *Asociacion Profesional Elite Taxi contre Uber Systems Spain SL*, D. 2018. 934, note Balat ; *ibid.* Pan. 1413, obs. Kenfack ; AJDA 2018. 329, obs. Bonneville, Broussy, Cassagnabère et Gänser ; RTD eur. 2018. 147, obs. Grard ; JT 2018, n° 205, p. 12, obs. X. D. ; RDT 2018. 150, note Gomes ; CCE 2018, n° 11, obs. Loiseau ; EEI 2018, n° 14, obs. Charles et Schweitzer ; RLDI févr. 2018. 17, note Bensoussan-Brulé et Martinez, *op. cit.*

²⁷⁰⁸ CJUE, 10 avril 2018, aff. C-320/16, *Uber France SAS*, D. 2018. 934, note Balat ; *ibid.* Pan. 1413, obs. Kenfack ; RTD eur. 2019. 153, obs. Grard ; JT 2018, n° 208, p. 11, obs. Delpéch, *op. cit.*

²⁷⁰⁹ N. BALAT, « Les apports des arrêts « Uber Pop » au droit des transports », D., 2018, p. 934 ; T. DOUVILLE, « Arrêt Uber ou l'art délicat de la qualification », *op. cit.* ; B. GOMES, « Les plateformes en droit social. L'apport de l'arrêt Elite Taxi contre Uber », RDT, 2018, p. 150-156 ; J. PRASSL, « Uber devant les tribunaux. Le futur du travail ou juste un autre employeur », *op. cit.*

prix, le contrôle de la qualité des véhicules, du comportement des chauffeurs et même la capacité de prononcer des sanctions à leur égard. Forte de ce contrôle, elle en a conclu que cette offre préexistait et qu'elle ne saurait exister sans l'intervention d'Uber. Ce qui exclut alors nécessairement l'approche distributive au profit d'une approche unitaire²⁷¹⁰. En application de l'adage *accessorium sequitur principale*, cette approche permet « d'éviter un « dépeçage » du service »²⁷¹¹ et de rester conforme à la méthode de qualification contractuelle traditionnelle en droit de l'Union²⁷¹² ou en droit français dans le domaine des transports²⁷¹³.

2- L'influence de la plateforme, indice d'une activité principale de transport

605. L'influence déterminante de la plateforme utilisée comme indice. Le contrôle opéré par la plateforme par l'intermédiaire de son algorithme pour assurer la bonne exécution de la prestation de service est au cœur de la qualification de l'activité. L'avocat général Szpunar relevait à ce sujet : « *il est vrai que le caractère innovant de la plateforme Uber repose en grande partie sur l'utilisation des nouvelles technologies, telles que la géolocalisation et les smartphones pour organiser le transport urbain. Mais cette innovation ne se limite pas à cela : elle touche également l'organisation du transport lui-même, sans laquelle Uber serait une simple application de réservation de taxis. Ainsi, dans le cadre de ce service, c'est indubitablement la prestation de transport qui est la principale prestation et lui confère son sens économique* »²⁷¹⁴. Cet élément a, par ailleurs, été souligné par la CJUE, qui a jugé que « *Uber exerce une influence décisive sur les conditions de la prestation de tels chauffeurs* »²⁷¹⁵. La mise en relation en ligne n'est alors qu'un accessoire de la relation, dont le service est l'élément principal²⁷¹⁶. Par son organisation de l'activité et son influence déterminante dans la relation, sa requalification devenait alors inévitable.

²⁷¹⁰ T. DOUVILLE, « Arrêt Uber ou l'art délicat de la qualification », *op. cit.*

²⁷¹¹ N. BALAT, « Les apports des arrêts « Uber Pop » au droit des transports », *op. cit.*

²⁷¹² V. par exemple, CJUE, 15 octobre 2015, aff. C-168/14, *RTD eur.* 2016. 188, obs. A. Defossez.

²⁷¹³ V. par exemple, Cass. com., 11 décembre 2012, n° 11-18.528, *D.* 2013. 884, note C. Paulin, et 2432, obs. H. Kenfack.

²⁷¹⁴ Conclusions de l'Avocat Général, M. Maciej Szpunar, présentées le 11 mai 2017, Affaire C434/15, Asociación Profesional Elite Taxi Contre, Uber Systems Spain SL, pt. 64.

²⁷¹⁵ pt. 39.

²⁷¹⁶ J. SÉNÉCHAL, « Le « courtage » des opérateurs de plateforme en ligne », *AJ Contrat*, 2018, p. 8.

606. S’inspirant de ces décisions rendues par la CJUE dans le domaine des transports, Madame Juliette Sénéchal propose de « *consolider un critère externe à la notion de prestation de services de la société de l’information, le critère du « contrôle », de « l’influence déterminante » sur l’activité des usagers et d’en déduire un certain nombre de conséquences juridiques [...] Ce critère aurait précisément vocation à cerner les plateformes qui ne sont pas « allégées », i.e. qui ne se contentent pas de procéder à l’infomédiation relative à des contenus numériques ou à de simple intermédiation en ligne, de la simple mise en relation algorithmique au sens de l’article L. 111-7 du code français de la consommation, mais qui fournissent de la prestation d’intermédiation immatérielle, indissociablement liée à de la fourniture de produits ou de services matériels (transport, livraison, conciergerie), et exclusive, de ce fait de la qualification de prestation de service de la société de l’information »²⁷¹⁷. Cette proposition mérite d’être pleinement approuvée, en effet, l’influence déterminante serait un indice complémentaire de la qualification de l’activité de ces nouveaux acteurs. Il pourrait être étendu au soutien d’une subordination fonctionnelle des partenaires de ceux-ci.*

607. L’exclusion d’une simple intermédiation. En ce sens, l’avocat général a relevé, en outre, qu’en réalité « *Uber fait beaucoup plus que lier l’offre à la demande : il a lui-même créé cette offre [et] en réglemente également les caractéristiques essentielles et en organise le fonctionnement »²⁷¹⁸. Il a été jugé que l’intermédiation n’était qu’un accessoire de l’activité de transport²⁷¹⁹, qui est l’activité principale de la société *Uber*. À cet égard, la notion d’activité principale peut se définir en fonction des effectifs affectés à l’activité ou encore en référence au chiffre d’affaires²⁷²⁰, bien qu’insuffisant à lui seul²⁷²¹. L’identification de l’activité principale d’une entreprise peut être appréciée par son code APE²⁷²², ou le code NAF²⁷²³, déterminé par l’INSEE²⁷²⁴ lors de la création ou de la modification de l’entreprise, en référence notamment à ses statuts ou à la déclaration d’activité pour les entreprises individuelles. Bien qu’utile, cet indice n’a aucune portée obligatoire²⁷²⁵. Le juge demeure souverain, en cas de*

²⁷¹⁷ J. SÉNÉCHAL, « Le critère français de la subordination juridique confronté au “contrôle”, à “l’influence déterminante” d’un opérateur de plateforme en ligne sur l’activité de ses usagers », *op. cit.*

²⁷¹⁸ Conclusions de l’Avocat Général, M. Maciej Szpunar, présentées le 11 mai 2017, Affaire C434/15, Asociación Profesional Elite Taxi Contre, Uber Systems Spain SL, *op. cit.*, pt. 43.

²⁷¹⁹ J. SÉNÉCHAL, « Le critère français de la subordination juridique confronté au “contrôle”, à “l’influence déterminante” d’un opérateur de plateforme en ligne sur l’activité de ses usagers », *op. cit.*

²⁷²⁰ Cass. soc., 20 juin 2013, n° 11-23.071, *Daloz actualité*, 16 juill. 2013, obs. W. Fraisse ; D. 2013. 1628 ; RDT 2014. 123, obs. M. Véricel.

²⁷²¹ J. CORTOT, « La détermination de l’activité principale de l’entreprise », *Daloz actualité*, 20 avril 2017.

²⁷²² Activité Principale Exercée.

²⁷²³ Nomenclature d’Activité Française.

²⁷²⁴ Institut national de la statistique et des études économiques.

²⁷²⁵ Cass. soc., 25 février 1969, *Dr. soc.* 1969. 514, obs. J. Savatier.

contestation, dans la détermination de la réelle activité de l'entreprise²⁷²⁶. Il est, en effet, parfois nécessaire d'observer empiriquement ce dont elle relève. Or, concernant la société *Uber*, l'activité de transport s'est avérée être prépondérante à la seule intermédiation qui servait cette activité plutôt que de constituer une activité propre : « *les chauffeurs qui roulent dans le cadre de la plateforme Uber n'exercent pas une activité propre qui existerait indépendamment de cette plateforme. Au contraire, cette activité ne peut exister uniquement que grâce à la plateforme, sans laquelle elle n'aurait aucun sens* »²⁷²⁷.

608. Plus particulièrement, ce rôle déterminant de la plateforme dans l'offre de service, au-delà d'une simple intermédiation, ne saurait la faire échapper à une certaine responsabilité. Cette influence déterminante est un point central dans la détermination de ses pouvoirs. Or, l'exercice de pouvoir doit pouvoir être réglementé, et non pas seulement régulé²⁷²⁸, pour éviter les abus.

3- Les conséquences de la qualification de société de transport : l'occasion d'une réglementation encore parcellaire

609. L'exclusion du statut de société de l'information. L'adoption des différentes dispositions au sein du Code des transports²⁷²⁹ a conduit tout d'abord à une poursuite pénale à l'encontre *Uber-Pop*, pour le délit d'organisation illégale d'un système de mise en relation de clients avec des conducteurs non professionnels²⁷³⁰. La société arguait que les dispositions légales utilisées à son encontre constituaient des règles techniques qui concernent un service de la société de l'information, au sens de la directive relative aux normes et réglementations techniques de 1998²⁷³¹. Or les autorités françaises n'avaient pas notifié à la Commission la législation pénale issue de la loi Thévenoud avant sa promulgation, conformément aux dispositions prévues au sein de la directive susmentionnée. La juridiction française a ainsi saisi

²⁷²⁶ Cass. soc., 16 juillet 1987, n° 84-44.885, *Bull. civ. V*, n° 501, *op. cit.* ; Cass. soc., 20 janvier 2010, n° 08-44.522.

²⁷²⁷ Conclusions de l'Avocat Général, M. Maciej Szpunar, présentées le 11 mai 2017, Affaire C434/15, *Asociación Profesional Elite Taxi Contre, Uber Systems Spain SL*, *op. cit.*, pt. 56.

²⁷²⁸ *V. supra*, n° 548 et s.

²⁷²⁹ *V. supra*, n° 596.

²⁷³⁰ CJUE, 10 avril 2018, aff. C-320/16, *Uber France SAS, D. 2018. 934, note Balat* ; *ibid. Pan. 1413, obs. Kenfack* ; *RTD eur. 2019. 153, obs. Grard* ; *JT 2018, n° 208, p. 11, obs. Delpech, op. cit.*

²⁷³¹ Directive 98/34/CE du 22 juin 1998 prévoyant une procédure d'information dans le domaine des normes et réglementations techniques et des règles relatives aux services de la société de l'information, *op. cit.*

la Cour de justice par la voie préjudicielle afin de savoir si l'absence de notification préalable avait des incidences quant à l'opposabilité des dispositions pénales adoptées.

610. Dans la lignée de sa décision de 2017²⁷³², la CJUE²⁷³³ a considéré dans cette affaire que l'article 1^{er} de la directive du 22 juin 1998²⁷³⁴ et l'article 2 §2, sous d), de la directive du 12 décembre 2006²⁷³⁵ doivent être interprétés au sens qu'une réglementation nationale, qui sanctionne pénalement le fait d'organiser un système de mise en relation de clients et de personnes qui fournissent des prestations de transport routier de personnes à titre onéreux avec des véhicules de moins de dix places, sans disposer d'une habilitation à cet effet, porte sur un « *service dans le domaine des transports* » en tant qu'elle s'applique à un service d'intermédiation fourni au moyen d'une application pour téléphone intelligent et qui fait partie intégrante d'un service global comprenant le service de transport. Un tel service, conclut-elle, est exclu du champ d'application de ces directives. Par conséquent, la notification préalable n'était pas nécessaire.

611. L'opportunité d'une réglementation. L'exclusion de l'application du régime juridique de la société de l'information, qui aurait induit l'application du régime de la libre prestation, a ainsi ouvert l'opportunité d'un encadrement étatique des activités des plateformes de transport, qui relèvent désormais du Code des transports. Par conséquent, les États membres ont pu réglementer, à l'issue de cette décision, les conditions de prestation de tels services dans le respect des règles générales du TFUE²⁷³⁶. À ce sujet, la chambre commerciale de la Cour de cassation, le 10 janvier 2018²⁷³⁷ a ainsi eu l'occasion de se prononcer sur l'application des dispositions relatives à la réglementation du transport à la plateforme *Uber*. Dès lors qu'il fut interdit aux chauffeurs des plateformes numériques de faire du maraudage, la société *Uber* a été condamnée pour avoir recommandé aux chauffeurs d'utiliser l'application « *client* », qui leur permet de repérer la zone où la demande est plus forte pour se rendre rapidement sur le lieu

²⁷³² CJUE, 20 décembre 2017, aff. C-434/15, *Asociacion Profesional Elite Taxi contre Uber Systems Spain SL*, D. 2018. 934, note Balat ; *ibid.* Pan. 1413, obs. Kenfack ; *AJDA* 2018. 329, obs. Bonneville, Broussy, Cassagnabère et Gänser ; *RTD eur.* 2018. 147, obs. Grard ; *JT* 2018, n° 205, p. 12, obs. X. D. ; *RDT* 2018. 150, note Gomes ; *CCE* 2018, n° 11, obs. Loiseau ; *EI* 2018, n° 14, obs. Charles et Schweitzer ; *RLDI* févr. 2018. 17, note Bensoussan-Brulé et Martinez, *op. cit.*

²⁷³³ CJUE, 10 avril 2018, aff. C-320/16, *Uber France SAS*, D. 2018. 934, note Balat ; *ibid.* Pan. 1413, obs. Kenfack ; *RTD eur.* 2019. 153, obs. Grard ; *JT* 2018, n° 208, p. 11, obs. Delpech, *op. cit.*

²⁷³⁴ Directive 98/34/CE du 22 juin 1998 prévoyant une procédure d'information dans le domaine des normes et réglementations techniques et des règles relatives aux services de la société de l'information, *op. cit.*

²⁷³⁵ Directive 2006/123/CE du 12 décembre 2006 relative aux services dans le marché intérieur.

²⁷³⁶ Traité sur le Fonctionnement de l'Union Européenne.

²⁷³⁷ Cass. com., 10 janvier 2018, n° 16-20.615, *RTD com.* 2018. 188, obs. Bouloc ; *CCC* 2018, n° 44, obs. Malaurie-Vignal ; *CCE* 2018, n° 20, obs. Loiseau.

de prise en charge, au lieu de préconiser un retour ou un stationnement hors de la chaussée, ce qui constitue un trouble manifestement illicite. En principe, les chauffeurs ont, en effet, l'obligation de retourner entre chaque course « *au siège de l'entreprise ou dans un lieu, hors de la chaussée, où le stationnement est autorisé* ».

612. Plus largement, la multiplication des contentieux relatifs aux plateformes numériques montre qu'une certaine vigilance doit être adoptée en fonction de l'activité concernée. Il ne saurait être possible de se retrancher uniquement derrière l'intermédiation en faisant fi des normes pouvant exister dans certains domaines²⁷³⁸. C'est ainsi que, par exemple, concernant l'organisation ponctuelle de dîners payants à son domicile par l'intermédiaire d'une plateforme numérique, les juges n'ont pas considéré que l'activité relevait de la réglementation applicable à la restauration commerciale. Cependant, les juges ont estimé que la législation relative aux débits de boissons interdisant de servir des boissons alcoolisées sans être titulaire d'une licence venait à s'appliquer dans cette situation²⁷³⁹. Un exemple de plus, s'il fallait s'en convaincre, qui illustre la construction d'une jurisprudence au cas par cas qui peine encore à encadrer l'activité des plateformes numériques.

613. Conclusion de section. La prise en compte de l'influence déterminante des plateformes numériques de travail pourrait constituer une piste en droit du travail, qui a su éclairer la qualification juridique de l'activité de la plateforme *Uber*, afin d'évaluer l'existence d'une subordination fonctionnelle. Le concept d'influence déterminante permet de prendre en compte l'exercice d'un pouvoir de direction de l'activité, tout en intégrant la dépendance économique et de renforcer le recours à l'indice d'intégration à un service organisé, existant dans le faisceau d'indices actuel de l'état de subordination. Cette approche traduirait une analyse de l'état de subordination pouvant s'appliquer à la diversité de la situation des travailleurs de plateforme. Elle présente, en outre, l'originalité d'analyser le fonctionnement de la plateforme pour en déduire la réalité de la qualification à retenir pour les relations qu'entretiennent les plateformes avec leurs « *partenaires* ». De plus, la prise en compte de la subordination fonctionnelle offrirait

²⁷³⁸ G. LOISEAU, « Les réglementations professionnelles sous la menace de l'économie des plateformes numériques », *CCE*, n° 11, 2020, comm. 80.

²⁷³⁹ Cass. 1re civ., 2 septembre 2020, n° 18-24.863, *D. actu.* 14 sept. 2020, obs. Bonnet ; *D.* 2020. 1724 ; *JT* 2020, n° 235, p. 14, obs. Delpéch ; *Gaz. Pal.* 27 oct. 2020, p. 17, note Guinamant ; *CCC* 2020, n° 155, note Malaurie-Vignal ; *CCE* 2020, n° 80, note Loiseau.

un point d'entrée supplémentaire dans l'appréhension juridique possible des plateformes numériques de travail, et plus généralement d'accès au droit du travail pour les travailleurs en « zone grise ».

614. Conclusion de chapitre. Face à l'insuffisance du statut de travailleurs de plateformes « *de mise en relation par voie électrique* », qui, outre son champ d'application restreint aux plateformes-« cadres » et son contenu s'inscrivant principalement dans une logique assurancielle, qui n'est pas à même de proposer une réelle protection à ces travailleurs, il a été proposé de compléter l'analyse juridique par la subordination fonctionnelle. Cette approche a appelé l'étude de l'organisation des plateformes numériques de travail, qui révèle une propension à l'immixtion dans les conditions d'exercice de la prestation, dépassant la seule intermédiation. Au-delà de la diversité de leurs objets, la prise en compte de leur influence déterminante, dans le fonctionnement du service, permet de révéler la véritable nature de leurs activités et ainsi de l'existence, le cas échéant, d'une subordination fonctionnelle. À tout le moins, pour les plateformes-« marchés », elle pourrait justifier – particulièrement pour celles de *jobbing* et de micro-travail – la mise en œuvre d'une réglementation sociale, dont pour le moment, les travailleurs sont exclus à tort. Par ailleurs, l'influence déterminante a constitué un indice pour la qualification de l'activité de la plateforme *Uber*, ce qui constitue nécessairement une source d'inspiration, pour caractériser juridiquement des relations entretenues entre la plateforme et ses partenaires. Une telle démarche implique d'observer la réalité du fonctionnement de la plateforme, avec une meilleure prise en compte du pouvoir de direction de l'activité pour en déduire la qualification juridique de ses relations avec ses partenaires. La position de la CJUE dans l'arrêt *Elite Taxi c/ Uber*, qui constatait « *l'influence décisive sur les conditions de prestation* », était annonciatrice des conséquences en droit du travail, qui ne pouvaient nécessairement s'en tenir à la seule qualification de la nature de la plateforme.

Chapitre 2 : L'existence d'un lien de subordination personnelle des plateformes numériques de travail « cadres »

615. Les plateformes numériques de travail provoquent une rencontre entre « *stratégies de gestions anciennes et mutations des formes d'emplois* »²⁷⁴⁰. Ces nouveaux modes de production mènent les travailleurs vers une « *tâcheronnisation* »²⁷⁴¹ de leur travail. À cet égard, deux auteurs proposent une distinction entre le « *crowdwork* » qui consiste en « *l'exécution de micro-tâches en ligne, payées à l'unité* » d'une part, et d'autre part le « *work on demand via apps* » qui consiste en « *l'exécution d'activités de travail plus traditionnelles, comme le transport ou le ménage, dont la demande et la commande passent par des outils numériques* »²⁷⁴². Cette distinction reflète la difficulté que l'on peut rencontrer quant à la qualification juridique à donner à ces travailleurs. La liberté de connexion des travailleurs et la brièveté des missions questionnent quant à l'appréhension juridique de cette nouvelle forme de travail. De plus, pour les travailleurs qui s'inscrivent dans des secteurs d'activités préexistants aux plateformes numériques, telles que la livraison ou le service à la personne, il existe d'ores et déjà des statuts juridiques, auxquels il est possible de se référer et de comparer pour évaluer le degré d'indépendance de ces travailleurs²⁷⁴³.

616. La question des frontières du salariat – *via* la recherche de l'existence d'un lien de subordination personnelle – concerne celle de la détermination du statut²⁷⁴⁴. Au-delà d'un statut, l'enjeu réside dans le régime juridique qui lui est attaché. Sa mise en œuvre dépend de la

²⁷⁴⁰ C. LARRAZET, « Régime des plateformes numériques, du non-salariat au projet de charte sociale », *op. cit.*

²⁷⁴¹ A.A. CASILLI, *En attendant les robots*, *op. cit.*

²⁷⁴² S. ABDELNOUR et S. BERNARD, « Vers un capitalisme de plateforme ? Mobiliser le travail, contourner les régulations », *La Nouvelle Revue du Travail*, octobre 2018.

²⁷⁴³ V. pour des propositions de statut, *infra*, n° 887 et s.

²⁷⁴⁴ V. pour une définition de la notion de statut, *supra*, note de bas de page n° 2334.

reconnaissance de l'existence ou non d'un état de subordination. Au sein de ce chapitre, nous observerons l'existence d'une subordination personnelle des travailleurs des plateformes « cadres »²⁷⁴⁵, qui a été, dans la plupart des cas, reconnue par la jurisprudence. Pour ce faire, nous reviendrons sur le contentieux en requalification des relations contractuelles entre travailleurs et plateformes, qui pour le moment a été essentiellement retenu pour les plateformes « cadres » (**Section 1**). Ensuite, il conviendra de délimiter les contours de cette nouvelle expression de la subordination personnelle par de nouvelles formes d'expression du pouvoir (**Section 2**).

Section 1 : La requalification des travailleurs des plateformes de travail « cadres » par la reconnaissance d'une subordination personnelle

617. L'action en requalification d'un contrat de travail indépendant en contrat de travail salarié diffère de celle cherchant à sanctionner la méconnaissance de règles propres à un contrat de travail spécial, qui serait alors éventuellement requalifié en contrat de travail de droit commun²⁷⁴⁶. Il convient, en effet, de préciser que l'opération par laquelle le juge requalifie le contrat, pour lui redonner sa nature exacte n'est pas considérée en principe comme une sanction. L'action en requalification s'apparente dans ce cas à une action en nullité²⁷⁴⁷. À cet égard, il a été souligné que « *les juges ne sanctionnent pas la violation d'une règle : la qualification retenue par le juge l'aurait été même si les parties n'avaient pas donné de nom à leur contrat* »²⁷⁴⁸. Il s'agit ici d'identifier les règles de droit qui sont applicables au contrat litigieux. L'étude des arrêts rendus tant par les cours d'appel que par la Cour de cassation révèle une très faible diversité des plateformes concernée par le contentieux de requalification : ce sont principalement les plateformes dites de « *mobilité* »²⁷⁴⁹. La chambre sociale de la Cour de cassation a eu à connaître et à trancher la situation des travailleurs des plateformes à plusieurs

²⁷⁴⁵ V. distinction entre plateforme-marché et cadre, *supra*, n° 509 et s.

²⁷⁴⁶ F. GAUDU et R. VATINET, *Les contrats du travail*, *op. cit.*, p. 21.

²⁷⁴⁷ *Ibid.*

²⁷⁴⁸ D. BAUGARD, *La sanction de requalification en droit du travail*, *op. cit.*, p. 10.

²⁷⁴⁹ L. THOMAS, « Le travail en lien avec les plateformes devant les juges du fond », *op. cit.*

reprises, notamment dans les désormais célèbres arrêts *Take Eat Easy*²⁷⁵⁰ et *Uber*²⁷⁵¹, qui retiendront particulièrement notre attention dans cette section²⁷⁵².

618. Ces affaires ont pour objet la qualification juridique de la relation entre un travailleur et une plateforme numérique de travail cadre, après que les comptes des travailleurs aient été « désactivés » de la plateforme. Les travailleurs étaient inscrits en tant qu'autoentrepreneurs et réalisaient des prestations de travail par l'intermédiaire et suivant les instructions de la plateforme numérique. À l'aune de ces décisions, qui ont rappelé l'indisponibilité du contrat de travail pour prendre en compte la situation réelle, de fait, des travailleurs (§1), il est possible d'observer l'utilisation d'un double faisceau d'indices pour l'identification d'un lien de subordination personnelle, qui recherche à la fois ce qu'est un salarié et ce qu'est un indépendant (§2).

§1 : L'application du principe de l'indisponibilité du contrat de travail : la prise en compte d'une situation de fait

619. Le principe d'indisponibilité du contrat de travail a été confronté, dans le cadre des contentieux de demande de requalification opposant des plateformes numériques de travail, tant à l'organisation (A) qu'à la liberté de connexion qu'ont les travailleurs des plateformes (B). Bien que ce principe soit stable en droit du travail, son approche et son importance ont été renouvelées face à ce nouveau type d'organisation qui suscite une certaine remise en cause des principes issus du Code du travail.

²⁷⁵⁰ Cass. soc., 28 novembre 2018, n° 17-20.079, *D. actu.* 12 déc. 2018, obs. Peyronnet ; *ibid.* 169, avis Courcol-Bouchard, obs. Escande-Varniol ; *RDT* 2019. 36, note Peyronnet ; *RJS* 2/2019, p. 98, *Rapp. Salomon* ; *ibid.*, n° 72 ; *SSL* 2018, n° 1841, p. 6, obs. Gomes et Lokiec ; *JCP S* 2018. 1398, obs. Loiseau., *op. cit.*

²⁷⁵¹ Cass. soc., 4 mars 2020, n° 19-13.316, *D.* 2020. 490 ; *Dr. soc.* 2020. 374, obs. Antonmattei ; *RDT* 2020. 328, note Willocx ; *RJS* 5/2020, n° 223 ; *SSL* 2020, n° 1899, p. 2, obs. Champeaux, *Entretien Huglo* ; *JCP S* 2020. 1080, obs. Loiseau, *op. cit.*

²⁷⁵² V. également, Cass. soc., 25 janvier 2023, n° 21-11.273 ; Cass. soc., 15 mars 2023, n° 21-17.316, *op. cit.* ; CPH Lyon, 20 janvier 2023, n° 20/00746.

A- Le principe d'indisponibilité du contrat de travail confronté à l'organisation des plateformes numériques de travail

620. Pour pouvoir s'inscrire sur la plateforme numérique de travail, le travailleur doit préalablement s'immatriculer en tant qu'autoentrepreneur. Du fait de son statut de travailleur indépendant, une présomption d'indépendance²⁷⁵³ s'applique à lui (2). Cependant, le juge peut remettre en question la réalité de la qualification juridique de la relation entre la plateforme et le travailleur, conformément au principe d'indisponibilité du contrat de travail (1). Ce principe a été rappelé à plusieurs reprises à l'occasion des différents contentieux concernant les plateformes numériques de travail, où ni les parties ni le législateur ne peuvent s'y opposer, garantissant le pouvoir du juge de redonner aux faits leur exacte qualification juridique.

1- Le maintien du principe d'indisponibilité du contrat de travail

621. Un principe d'ordre public. Il est d'ordre public²⁷⁵⁴ que la qualification du contrat de travail ne soit pas laissée à la seule volonté des parties. Selon le principe d'indisponibilité du contrat de travail, la volonté des parties « *est impuissante à soustraire le salarié au statut social qui découlait nécessairement des conditions d'accomplissement de son travail* »²⁷⁵⁵. Le régime juridique applicable au rapport de travail ne peut être choisi ou gouverné par les parties²⁷⁵⁶, en effet, « *le principe de l'indisponibilité de la qualification de contrat de travail témoigne donc simplement de ce que le droit n'autorise pas les parties à choisir le statut social de leur activité économique* »²⁷⁵⁷. Le Conseil constitutionnel a même déjà pu censurer une partie d'une loi relative aux travailleurs de plateforme tentant d'écarter ce principe²⁷⁵⁸. Par ailleurs, il est de

²⁷⁵³ Art. L. 8221-6 C. trav.

²⁷⁵⁴ F. CANUT, *L'ordre public en droit du travail*, t. 14, LGDJ, coll.« Bibliothèque de l'Institut André Tunc », 2007 ; N. MEYER, *L'ordre public en droit du travail : contribution à l'étude de l'ordre public en droit privé*, t. 461, LGDJ, coll.« Bibliothèque de droit privé », 2006.

²⁷⁵⁵ Cass., ass. plén., 4 mars 1983, n° 81-11.647, *D.* 1983. 381, *concl. Cabannes* ; *D.* 1984. IR 164, *obs. Béraud.*, *op. cit.*

²⁷⁵⁶ T. PASQUIER, *L'économie du contrat de travail : conception et destin d'un type contractuel*, *op. cit.*, p. 78.

²⁷⁵⁷ *Ibid.*

²⁷⁵⁸ Cons. const., 20 décembre 2019, n° 2019-794 DC, *AJDA* 2020. 9 ; *D.* 2020. 1012, *obs. V. Monteillet et G. Leray* ; *ibid.* 1588, *obs. J.-C. Galloux et P. Kamina* ; *JA* 2020, n° 611, p. 8, *obs. X. Delpech* ; *AJCT* 2020. 5, *obs. D. Necib* ; *RDT* 2020. 42, *obs. B. Gomes* ; *Constitutions* 2019. 533, *chron. M. Kamal-Girard* ; *CCE* févr. 2020, *Comm.* 13, *obs. G. Loiseau*, *op. cit.* Le conseil a déduit que le texte ouvrait la possibilité « *aux opérateurs de*

jurisprudence constante que la qualification ou la requalification d'un contrat relève de l'office du juge²⁷⁵⁹. Les juges ne sont pas tenus de la dénomination du contrat choisie par les parties²⁷⁶⁰, étant libre de le qualifier en fonction des conditions de fait de son exécution²⁷⁶¹. Cette indifférence de la dénomination résulte des dispositions du deuxième alinéa de l'article 12 du Code de procédure civile qui dispose que le juge « *doit donner ou restituer leur exacte qualification aux faits et actes litigieux sans s'arrêter à la dénomination que les parties en auraient proposée* ». Au-delà d'un simple pouvoir du juge, il s'agit d'un devoir²⁷⁶².

622. Dans le cas des travailleurs des plateformes, les juges ne sont donc pas tenus par la dénomination du contrat entre la plateforme et le travailleur. Pour définir la nature juridique de la relation, seules importent les conditions dans lesquelles la prestation de travail est exercée. Suivant ce principe de réalisme, les juges doivent rechercher la véritable qualification juridique et, ce, malgré le maintien de la qualité d'indépendant des travailleurs de plateforme au sein du Code du travail²⁷⁶³. Le juge est alors libre de requalifier la situation en contrat de travail, si celui-ci décèle un état de subordination.

623. L'application du principe de réalisme. Pour retenir l'existence d'une relation de travail salarié, les juges du fond observent les conditions de fait dans lesquelles est exercée l'activité professionnelle²⁷⁶⁴. À cet égard, ils ne peuvent pas, pour retenir l'existence d'un lien de subordination, s'attacher uniquement à la dénomination donnée par les parties, à leurs rapports dans le contrat, sans rechercher si le travailleur recevait des ordres et des directives²⁷⁶⁵. Ce sera

plateforme de fixer eux-mêmes, dans la charte les éléments de leur relation avec les travailleurs indépendants qui ne pourront être retenus par le juge pour caractériser l'existence d'un lien de subordination juridique, et par voie de conséquence, l'existence d'un contrat de travail », ce qui avait pour effet de leur permettre « *de fixer des règles qui relèvent de la loi, et, par conséquent, a méconnu l'étendue de sa compétence* ». Par cette censure pour incompétence négative, le principe de réalité demeure.

²⁷⁵⁹ Cass. soc., 31 octobre 1989, *Bull. Civ. V*, n° 624.

²⁷⁶⁰ « *La qualification exacte d'un contrat, dont la nature juridique est indécise, relève de l'office du juge* », Cass. soc., 19 mai 1998, n° 95-45.575, *D. 1998. 166*.

²⁷⁶¹ Cass. soc., 19 décembre 2000, n° 98-40.572, *D. 2001. IR 355* ; *GADT, 4e éd., n° 3* ; *RJS 2001. 203, n° 275* ; *Dr. soc. 2001. 227, note Jeammaud, op. cit.*

²⁷⁶² Cass., ass. plén., 21 décembre 2007, n° 06-11.343, *BICC 15 avr. 2008, p. 18, rapport Loriferne, avis de Gouttes et le communiqué* ; *D. 2008. AJ 228, obs. Dargent* ; *JCP 2008. II. 10006, note Weiller* ; *ibid. I. 138, obs. Amrani Mekki* ; *RCA 2008. Comm. 112, note Hocquet-Berg* ; *Dr. et pr. 2008. 103, note Lefort* ; *CCC 2008. Comm. 92, note Leveneur* ; *RDI 2008. 102, note Malinvaud* ; *RDC 2008. 435* ; *Ann. Loyers 2008. 1982, obs. R. Martin*.

²⁷⁶³ *V. supra*, n° 552.

²⁷⁶⁴ Cass. soc., 9 mai 2001, n° 98-46.158, *D. 2001. IR 1995* ; *Dr. soc. 2001. 798, note Savatier* ; *RJS 2001. 575, n° 825*.

²⁷⁶⁵ Cass. soc., 23 avril 1997, n° 94-40.909, *D. 1997. IR 123* ; *JCP 1997. II. 22961, note Piquet-Cabrillac* ; *Dr. soc. 1997. 642, obs. Savatier* ; *Gaz. Pal. 12-14 oct. 1997, concl. Chauvy*.

alors au travailleur d'en apporter la preuve²⁷⁶⁶. Pour ce faire, les juges vont se fonder sur les critères constitutifs du contrat de travail. Bien qu'ils puissent faire appel aux stipulations contractuelles pour analyser les conditions de fait d'exercice de la prestation de travail, il s'agit davantage d'une opération de qualification juridique des faits que d'une opération d'interprétation du contrat²⁷⁶⁷.

624. Le rappel du principe d'indisponibilité du contrat de travail. Le contrat de travail est une notion issue du vocabulaire économique²⁷⁶⁸, qui trouve sa définition dans la jurisprudence. Le contrat de travail est un contrat par lequel une personne physique s'engage à travailler sous la subordination d'une autre moyennant rémunération²⁷⁶⁹. Ces éléments seront au cœur de l'analyse de l'action en requalification pour savoir s'il s'agit d'un contrat de travail. Dans chacune des décisions, la Cour de cassation a commencé par rappeler le principe d'ordre public selon lequel : « *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* »²⁷⁷⁰. Il n'existe aucune définition légale de ce qu'est un employeur ou un salarié, alors même que « *le principe déclencheur de l'application du droit social est la qualification de contrat de travail* »²⁷⁷¹. Par conséquent, le juge doit observer la réalité de la relation qui unit la plateforme au livreur. Cette démarche a été préservée par la Cour de cassation. À cet égard, elle s'est refusée à assouplir les critères d'appréciation du contrat de travail, dont particulièrement l'exigence de subordination, au profit des travailleurs de plateforme. Ce qui témoigne, pour un auteur, « *probablement de sa conscience des limites de son action* »²⁷⁷². L'opération de requalification demeure une action *a posteriori*, n'ayant pas pour objet de se substituer au législateur.

625. Elle suit un faisceau d'indices qui doit redonner aux faits leur exacte qualification²⁷⁷³. Aussi, si l'appréciation des éléments de faits et de preuves pour déterminer la présence d'un lien de subordination relève du pouvoir souverain des juges du fond, la Cour de cassation opère

²⁷⁶⁶ Cass. soc., 13 novembre 1991, n° 89-41.297 ; « *en présence d'un contrat de travail apparent, il appartient à celui qui invoque son caractère fictif d'en rapporter la preuve* », Cass. soc., 7 janvier 1997, n° 93-44.126, *Dr. soc.* 1997. 310, *obs. Couturier*.

²⁷⁶⁷ P. LOKIEC, *Contrat et pouvoir*, *op. cit.*, p. 343.

²⁷⁶⁸ A. SUPIOT, *Le droit du travail*, *op. cit.*, p. 68.

²⁷⁶⁹ Civ. 6 juillet 1931, *DP 1931.1. 121*, *note P. Pic*, *op. cit.*

²⁷⁷⁰ Issu de Cass. soc., 19 décembre 2000, n° 98-40.572, *D. 2001. IR 355* ; *GADT*, 4e éd., n° 3 ; *RJS 2001. 203*, n° 275 ; *Dr. soc.* 2001. 227, *note Jeammaud*, *op. cit.*

²⁷⁷¹ E. DOCKÈS, « *Notion de contrat de travail* », *op. cit.*, p. 546.

²⁷⁷² G. LOISEAU, « *Le droit tourmenté des travailleurs de plateformes* », *JCP S*, n° 19, 2022, 1137.

²⁷⁷³ « *La qualification exacte d'un contrat, dont la nature juridique est indécise, relève de l'office du juge.* », Cass. soc., 19 mai 1998, n° 95-45.575, *D. 1998. 166*, *op. cit.*

un contrôle de motivation et s'assure ainsi que les juges du fond ont bien tiré les conséquences légales de leurs propres constatations²⁷⁷⁴.

2- L'existence d'une présomption d'indépendance du travailleur de plateforme

626. L'existence d'une présomption d'indépendance. Ce sont les lois Madelin²⁷⁷⁵ et du 1^{er} août 2003²⁷⁷⁶ qui ont instauré et rétabli²⁷⁷⁷ au sein du Code du travail 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 ou auprès des Urssaf²⁷⁷⁸. « *Toutefois, l'existence d'un contrat de travail peut être établie lorsque les personnes citées [précédemment] fournissent directement ou par une personne interposée des prestations à un donneur d'ouvrage dans des conditions qui les placent dans un lien de subordination juridique permanente à l'égard de celui-ci* »²⁷⁷⁹. Il en est de même pour un autoentrepreneur qui est « *préssumé 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* »²⁷⁸⁰. Dès lors que les travailleurs des plateformes sont inscrits en tant qu'autoentrepreneurs, ils bénéficient d'une présomption d'indépendance qui a même été rappelée pour les travailleurs des plateformes « cadres »²⁷⁸¹. Sur ce dernier point, il s'agit là d'une innovation²⁷⁸², qui est notamment remise en cause par le projet de directive qui prévoit, à l'inverse, une présomption de salariat pour les travailleurs de plateforme²⁷⁸³.

²⁷⁷⁴ Cass. soc., 1^{er} décembre 2005, n° 05-43.031 à 05-43.035, *D. 2006. Pan. 411, obs. Peskine ; RJS 2006. 97, n° 147 ; JSL 2006, n° 181-5.*

²⁷⁷⁵ Loi n° 94-126 du 11 février 1994 relative à l'initiative et à l'entreprise individuelle, *op. cit.*, p. 199.

²⁷⁷⁶ Loi n° 2003-721 du 1^{er} août 2003 pour l'initiative économique, art. 23.

²⁷⁷⁷ M. VÉRICEL, « Le rétablissement de la présomption de non-salariat », *Dr. soc.*, 2004, p. 297.

²⁷⁷⁸ V. également à ce sujet, *supra*, n° 556.

²⁷⁷⁹ Art. L. 8221-6-1 C. trav. issu de la loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie, *op. cit.*

²⁷⁸⁰ *Ibid.*

²⁷⁸¹ Art. L. 7341-1 C. trav. ; V. *supra*, n° 549 et s.

²⁷⁸² « *Si le recours à cette partie du code pour créer un nouveau statut paraît classique, l'utilisation de celle-ci pour exclure certains travailleurs du champ d'application du droit du travail est une innovation* », K. VAN DEN BERGH, « La charte sociale des opérateurs de plateformes : « Couvrez cette subordination que je ne saurais voir » », *Dr. soc.*, 2020, p. 439.

²⁷⁸³ Proposition de directive relative à l'amélioration des conditions de travail dans le cadre du travail via une plateforme du 9 décembre 2021, COM/2021/762, *op. cit.*, art. 4 et 5 ; V. également, *supra*, n° 548.

627. La perspective de l'élaboration d'une présomption de salariat par une proposition de directive européenne. La proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative à l'amélioration des conditions de travail dans le cadre du travail *via* une plateforme, en date du 9 décembre 2021²⁷⁸⁴, n'apporte néanmoins pas une réelle amélioration sur le sujet, malgré une volonté affichée, indiquée dans l'exposé des motifs, de protéger les « *victimes d'une erreur de qualification de leur statut professionnel* »²⁷⁸⁵. Selon la Commission européenne, « *cela garantira aux faux indépendants une possibilité d'accès aux conditions de travail prévues par le droit de l'Union ou le droit national conformément à leur statut professionnel correct* »²⁷⁸⁶. Si l'article 4 du projet de directive propose une présomption de salariat, prenant le contre-pied de la législation française, celle-ci est largement conditionnée, ce qui en réduit sa portée éventuelle. Pour bénéficier de la présomption de salariat, il conviendrait, en effet, de prouver l'existence d'un contrôle de l'exécution d'un travail, qui doit s'illustrer par au moins deux actes sur les cinq listés par la directive²⁷⁸⁷. Le travailleur souhaitant bénéficier de cette présomption de salariat, devant démontrer l'existence de ces indices, se rapproche très sensiblement des preuves nécessaires pour renverser la présomption de non-salariat prévu à l'article L. 8221-6 du Code du travail²⁷⁸⁸. Bien qu'une telle liste permette de guider les États membres sur les critères à retenir, cette présomption risque d'être difficile à mettre en œuvre²⁷⁸⁹. En sus, le projet de directive impose aux États membres de prendre « *des mesures d'accompagnement pour garantir la mise en œuvre effective de la présomption légale [...] tout en tenant compte de son incidence sur les start-up, en évitant qu'elle s'applique aux véritables travailleurs non-salariés et en soutenant la croissance durable des plateformes de travail*

²⁷⁸⁴ *Ibid.*

²⁷⁸⁵ *Ibid.*, p. 2.

²⁷⁸⁶ *Ibid.*, p. 18 ; V. également à ce sujet, C. PERCHER, « L'approche européenne de la protection des travailleurs de plateforme numérique : La proposition de directive du 9 décembre 2021 », *op. cit.*, p. 214 et s.

²⁷⁸⁷ « a) déterminer effectivement le niveau de rémunération, ou en fixer les plafonds ; b) exiger de la personne exécutant un travail *via* une plateforme qu'elle respecte des règles impératives spécifiques en matière d'apparence, de conduite à l'égard du destinataire du service ou d'exécution du travail ; c) superviser l'exécution du travail ou vérifier la qualité des résultats du travail, notamment par voie électronique ; d) limiter effectivement, notamment au moyen de sanctions, la liberté de la personne exécutant un travail *via* une plateforme d'organiser son travail, en particulier sa liberté de choisir son horaire de travail ou ses périodes d'absence, d'accepter ou de refuser des tâches ou de faire appel à des sous-traitants ou à des remplaçants ; e) limiter effectivement la possibilité de la personne exécutant un travail *via* une plateforme de se constituer une clientèle ou d'exécuter un travail pour un tiers », proposition de directive du parlement européen et du conseil relative à l'amélioration des conditions de travail dans le cadre du travail *via* une plateforme, art. 4.2.

²⁷⁸⁸ V. en ce sens, R. MESA, « Travailleurs de plateformes de travail numérique : pas de délit de travail dissimulé sans établissement de l'existence d'un lien de subordination », *SSL*, n° 542, 2022, p. 13-14.

²⁷⁸⁹ C. MARZO, « La proposition de directive relative à l'amélioration des conditions de travail dans le cadre du travail *via* une plateforme : une occasion de repenser les statuts et les droits des travailleurs de plateformes », *RDT Eur.*, 2022, p. 665.

numériques »²⁷⁹⁰. Autrement dit, en cas de conflit d'intérêts entre les travailleurs et les plateformes, il est possible d'imaginer que ce seront ces dernières qui seront privilégiées, au détriment des premiers.

628. La recherche limitée d'une subordination « permanente ». Pour le moment, la présomption française de non-salarié est simple²⁷⁹¹. Pour renverser celle-ci, il faut que le travailleur apporte la preuve de l'existence d'un « *lien de subordination juridique permanent* »²⁷⁹² entre lui et son donneur d'ordre. Bien que le caractère « *permanent* » du lien de subordination ait semblé avoir disparu pendant un temps²⁷⁹³, il a été réintroduit en 2016²⁷⁹⁴. En 2018,²⁷⁹⁵ la Cour de cassation semblait aller plus loin, en intimant aux juges du fond de rechercher si le travailleur apportait la preuve « *d'un lien de subordination tout au long de ses relations contractuelles* ». Cependant, nous rejoignons la position selon laquelle les juges ne font pas grand cas de cette mention²⁷⁹⁶, comme en atteste son absence dans l'arrêt *Take Eat Easy*²⁷⁹⁷. Il y est cependant fait référence dans les arrêts *Uber*²⁷⁹⁸ et *Bolt*²⁷⁹⁹, mais la permanence de la subordination ne semble pas jouer un rôle déterminant dans la requalification, en effet, la Cour de cassation ne lui porte pas une importance particulière²⁸⁰⁰ et ne demande aucune autre

²⁷⁹⁰ Proposition de directive du parlement européen et du conseil relative à l'amélioration des conditions de travail dans le cadre du travail via une plateforme, art. 4.3.

²⁷⁹¹ T. PASQUIER, « Sens et limites de la qualification de contrat de travail. De l'arrêt FORMACAD aux travailleurs « ubérisés » », *op. cit.*, p. 96.

²⁷⁹² Art. L. 8221-6 C. trav ; v. pour une analyse à ce sujet, S. FROSSARD, *Les qualifications juridiques en droit du travail*, *op. cit.*, p. 145-147.

²⁷⁹³ Cass. soc., 8 juillet 2003, n° 01-40.464, *D. 2004, somm.* 383, *obs. T. Pasquier* ; Cass. civ. 2e, 20 mars 2008, n° 06-20.480.

²⁷⁹⁴ Cass. 2ème civ., 7 juillet 2016, n° 15-16.110, *D. actu. 7 sept. 2016, obs. Cortot* ; *D. 2016. Actu. 1574* ; *Dr. soc. 2016. 859* ; *RJS 11/2016, n° 722* ; *JCP E 2016. 1462, obs. Taquet* ; Confirmée par Cass. soc., 28 novembre 2019, n° 18-15.333 et 18-15.348, *D. 2019. Actu. 2359* ; *RJS 2/2020, n° 70* ; *JSL 2020, n° 491-3, obs. Blanc* ; *JCP S 2019. 1002, obs. Duchange*.

²⁷⁹⁵ Cass. soc., 21 mars 2018, n° 16-21.466, *Dr. soc. 2018. 656, obs. Tournaux*.

²⁷⁹⁶ « *L'expression choisie, « lien de subordination juridique permanent », est assez énigmatique. En pratique, la Cour de cassation ne distingue pas entre la preuve de ce lien et la preuve qui doit être apportée pour toute qualification en contrat de travail d'un état de subordination. Dès lors, il ne semble guère plus difficile de renverser la présomption de l'article L. 8221-6 du Code du travail, que de prouver directement la qualification de contrat de travail* », G. AUZERO, E. DOCKÈS et D. BAUGARD, *Droit du travail, op. cit.*, p. 289-290.

²⁷⁹⁷ Cass. soc., 28 novembre 2018, n° 17-20.079, *D. actu. 12 déc. 2018, obs. Peyronnet* ; *ibid. 169, avis Courcol-Bouchard, obs. Escande-Varniol* ; *RDT 2019. 36, note Peyronnet* ; *RJS 2/2019, p. 98, Rapp. Salomon* ; *ibid., n° 72* ; *SSL 2018, n° 1841, p. 6, obs. Gomes et Lokiec* ; *JCP S 2018. 1398, obs. Loiseau., op. cit.*

²⁷⁹⁸ Cass. soc., 4 mars 2020, n° 19-13.316, *D. 2020. 490* ; *Dr. soc. 2020. 374, obs. Antonmattei* ; *RDT 2020. 328, note Willocx* ; *RJS 5/2020, n° 223* ; *SSL 2020, n° 1899, p. 2, obs. Champeaux, Entretien Huglo* ; *JCP S 2020. 1080, obs. Loiseau, op. cit.* La Cour de cassation indique : « *L'existence d'un contrat de travail peut toutefois être établie lorsque ces personnes fournissent des prestations dans des conditions qui les placent dans un lien de subordination juridique permanente à l'égard du donneur d'ordre* » ; Cass. soc., 25 janvier 2023, n° 21-11.273, *op. cit.*

²⁷⁹⁹ Cass. soc., 15 mars 2023, n° 21-17.316, *op. cit.*

²⁸⁰⁰ À propos de l'arrêt du 7 juillet 2016, n° 15-16.110, l'auteur indiquait que « *c'est une des très rares fois où la Cour, dans le cadre du renversement de la présomption de non-salariat, pratique une distinction entre les travailleurs occasionnels et les travailleurs permanents. Faut-il alors en déduire que, si les formateurs avaient*

preuve que celles issues du faisceau d'indices de l'état de subordination²⁸⁰¹. À ce sujet, l'avocate générale indiquait lors de l'arrêt *Uber* que la permanence du lien de subordination juridique, prévue au sein de l'article L. 8221-6 du Code du travail, n'exige pas un lien contractuel permanent, mais exclut en revanche les tâches occasionnelles²⁸⁰².

629. Vers une prise en compte de la définition du travailleur indépendant. Depuis la multiplication des décisions de justice contrôlant l'existence d'un lien de subordination des travailleurs des plateformes, il ressort une analyse parallèle, réalisée par un faisceau d'indices qui est celui de déterminer ce que recouvre un travailleur réellement indépendant. Dans l'arrêt *Uber*, les juges ont observé l'absence de caractéristiques propres aux indépendants telles que la constitution de clientèle ou la fixation des tarifs²⁸⁰³, parallèlement au constat de l'existence de pouvoirs de la plateforme, caractéristiques d'un état de subordination. Selon Monsieur Jean-Pierre Chauchard, il existe deux catégories de travailleurs indépendants : « *ceux qui exploitent une entreprise en leur nom personnel et ceux qui louent, qui offrent ou qui mettent leur force de travail à disposition d'autrui* »²⁸⁰⁴. À ce sujet, la loi du 22 mars 2012²⁸⁰⁵ donne une définition de la profession libérale qui définit plusieurs critères comprenant l'habitude, l'indépendance de la réalisation et la responsabilité. Autrement dit, l'activité du travailleur suppose qu'elle se répète dans le temps de façon volontaire et pour la même finalité²⁸⁰⁶. En

*effectué des missions seulement occasionnelles, ils n'auraient pu être considérés comme des salariés, en dépit de leur absence d'autonomie ? Il ne semble pas, en réalité, qu'il faille accorder une grande importance à la distinction opérée par la Cour. En l'occurrence, il s'agissait surtout, pour les juges de répondre à un argument développé par le pourvoi », J. MOULY, « Quand l'auto-entreprise sert de masque au salariat », *Dr. soc.*, 2016, p. 859 ; V. également sur ce point, S. TOURNAUX, « Présomption(s) de non-salariat », dans *Mélanges offerts au Professeur Jean Mouly : voyage au bout de la logique juridique*, Pulim, 2020, p. 365-367.*

²⁸⁰¹ Ce que salue une partie de la doctrine, V. notamment, « *il serait erroné de penser qu'il existe une exigence particulière supplémentaire lorsque le travailleur est inscrit à un registre lui conférant a priori un statut d'indépendant dont il chercherait par la suite à se débarrasser. Au fond, la solution est assez logique car la qualification de contrat de travail ne saurait varier selon que les parties ont ou non placé le salarié sous un autre statut en cherchant à donner à la relation une fausse apparence* », J. MOULY, « Quand l'auto-entreprise sert de masque au salariat », *Dr. soc.*, 2016, p. 859 ; P. ADAM, « Plateforme numérique : être ou ne pas être salarié ... », *Hebdo édition sociale*, n° 766, 2018.

²⁸⁰² Avis écrit du premier avocat général relatif à l'arrêt n°374 du 4 mars 2020 (pourvoi n°19-13.316).

²⁸⁰³ Cass. soc., 4 mars 2020, n° 19-13.316, *D. 2020. 490* ; *Dr. soc. 2020. 374, obs. Antonmattei* ; *RDT 2020. 328, note Willocx* ; *RJS 5/2020, n° 223* ; *SSL 2020, n° 1899, p. 2, obs. Champeaux, Entretien Huglo* ; *JCP S 2020. 1080, obs. Loiseau, op. cit.*

²⁸⁰⁴ J.-P. CHAUCHARD, « Les avatars du travail indépendant », *op. cit.*

²⁸⁰⁵ « *Les professions libérales regroupent les personnes exerçant à titre habituel, de manière indépendante et sous leur responsabilité, une activité de nature généralement civil ayant pour objet d'assurer, dans l'intérêt du client ou du public, des prestations principalement intellectuelles, techniques ou de soins mises en œuvre au moyen de qualifications professionnelles appropriées et dans le respect de principes éthiques ou d'une déontologie professionnelle, sans préjudice des dispositions législatives applicables aux autres formes de travail indépendant.* », Loi n°2012-387 du 22 mars 2012 relative à la simplification du droit et à l'allégement des démarches administratives. art. 29.

²⁸⁰⁶ D. BERT, *Essai sur le droit de l'activité professionnelle indépendante*, Institut Universitaire Varenne, coll.« Collection des thèses », n° 55, 2011, p. 140.

principe, le travailleur indépendant organise son activité, constitue sa clientèle²⁸⁰⁷, et assume les risques économiques de son activité²⁸⁰⁸.

630. Monsieur Jean-Pierre Chauchard souligne également que « *l'exécution de l'activité libérale suppose une liberté certaine, la mise en œuvre d'une compétence particulière, le respect des règles de l'art et de principes déontologiques propres à chaque profession, tous éléments qui n'autorisent pas l'immixtion du donneur d'ouvrage et pourraient caractériser l'indépendance* »²⁸⁰⁹. Or, les travailleurs des plateformes s'intègrent dans une organisation²⁸¹⁰ et offrent leur force de travail à une offre prédéterminée par la plateforme, sans apporter, dans le cas des plateformes « cadres », une expertise particulière. Cela renvoie à la question de la prise en compte de la subordination fonctionnelle, mais qui ne peut suffire sans la subordination personnelle en l'état du droit positif, à constituer un état de subordination. L'auteur propose de distinguer entre l'indépendance volontaire constituée des professions visées par le Code de la sécurité sociale²⁸¹¹ et des présomptions légales, de l'indépendance subie constituée d'une partie des autoentrepreneurs et du travail à la demande. Il conclut son article en faisant une proposition de définition du travailleur indépendant par douze indices, qui comprennent par exemple la propriété des instruments de travail, l'accès direct à la clientèle ou encore la possibilité de fixer ses tarifs²⁸¹². Un regard complémentaire qui semble utile face à la complexification des relations de travail.

631. La double condition de la réalisation d'une prestation de travail et de l'existence d'une rémunération n'a et ne fait pas débat dans le cas des travailleurs de plateforme. C'est l'existence d'un lien de subordination, au travers des trois pouvoirs de l'employeur, qui fut l'objet de toutes les attentions lors des différents contentieux de requalification. Au préalable, la question a été de savoir si la liberté de connexion dont disposait le travailleur empêchait de reconnaître l'existence d'un lien de subordination.

²⁸⁰⁷ À cet égard, le doyen Roubier soutenait que la clientèle était la finalité de toute activité économique, P. ROUBIER, « Droits intellectuels ou droits de clientèle », *RTD Civ.*, 1935, p. 251.

²⁸⁰⁸ D. BERT, *Essai sur le droit de l'activité professionnelle indépendante*, *op. cit.*, p. 12 et p. 146.

²⁸⁰⁹ J.-P. CHAUCHARD, « Qu'est-ce qu'un travailleur indépendant ? », *Dr. soc.*, 2016, p. 947.

²⁸¹⁰ V. *supra*, n° 564 et s.

²⁸¹¹ « Le code de la sécurité sociale envisage ainsi quatre « groupes de professions » dont il énumère les activités : les professions artisanales (art. L. 622-3) ainsi que les professions industrielles et commerciales (art. L. 622-4), les professions libérales (art. L. 622-5) et les professions agricoles (art. L. 622-6) », J.-P. CHAUCHARD, « Qu'est-ce qu'un travailleur indépendant ? », *Dr. soc.*, 2016, p. 947.

²⁸¹² *Ibid.*

B- La liberté de connexion des travailleurs comme frein partiel à la reconnaissance d'un état de subordination

632. Parmi les arguments utilisés par les plateformes au soutien de l'indépendance des travailleurs, l'un des principaux concernait la liberté de connexion des travailleurs²⁸¹³. Il est certain qu'une telle organisation d'un travail à la demande paraît de prime abord contradictoire avec la législation du travail, qui prévoit une obligation pour le salarié d'exécuter sa prestation de travail²⁸¹⁴. Cependant, elle n'est pas incompatible avec l'existence d'une subordination personnelle. Cette position traduit la confusion qui est entretenue entre indépendance et autonomie (1), l'état de subordination pouvant tout à fait exister même en cas de liberté de se connecter (2), car ce sont les conditions dans lesquelles la prestation de travail est exécutée qui importent.

1- La confusion entretenue entre indépendance et autonomie

633. Bien que l'autonomie puisse être un critère de l'indépendance, il convient d'opérer une distinction entre les deux notions pour éviter la confusion qui a pu être entretenue à tort selon nous (a). Une fois l'indépendance distinguée de l'autonomie, il convient de revenir sur les modalités d'exercice de l'autonomie qui peut exister au sein d'un état de subordination, car autonomie et état de subordination sont loin d'être incompatibles (b).

²⁸¹³ La société *Uber* arguait par exemple qu'il y avait « *non pas une simple liberté pour [le chauffeur] de choisir ses horaires de travail (telle qu'elle peut exister pour certains salariés), mais une liberté totale d'utiliser ou non l'application, de se connecter aux lieux et heures choisis discrétionnairement par lui, de ne pas accepter les courses proposées par le biais de l'application et d'organiser librement son activité sans l'application* », Cass. soc., 4 mars 2020, n° 19-13.316, *D.* 2020. 490 ; *Dr. soc.* 2020. 374, obs. Antonmattei ; *RDT* 2020. 328, note Willocx ; *RJS* 5/2020, n° 223 ; *SSL* 2020, n° 1899, p. 2, obs. Champeaux, Entretien Huglo ; *JCP S* 2020. 1080, obs. Loiseau.

²⁸¹⁴ Cass. soc., 27 janvier, 1993, n° 91-41.217 ; Cass. soc., 8 février 1996, n°94-43.266.

a) *L'indépendance distincte de l'autonomie*

634. L'autonomie comme caractéristique de l'indépendance. L'autonomie peut être une expression de l'indépendance. Elle en est même presque synonyme étymologiquement²⁸¹⁵. L'autonomie se définit comme étant « *la capacité de se gouverner selon ses propres règles et signifie « qui ne dépend que de soi » ou « ce dont on peut disposer »* »²⁸¹⁶. En droit privé, elle peut également renvoyer à l'autonomie de la volonté qui est la « *théorie fondamentale selon laquelle la volonté de l'homme (face à celle du législateur) est apte à se donner sa propre loi, d'où positivement pour l'individu la liberté de contracter ou de ne pas contracter, celle de déterminer par accord le contenu du contrat [...], celle, en principe d'exprimer sa volonté sous une forme quelconque* »²⁸¹⁷. La définition du travailleur indépendant, quant à elle, est en principe une définition négative : « *elle s'appuie sur une myriade de réglementations diverses et variées organisant autant de régimes que de professions distinctes sans véritable mise en œuvre de principes généraux. La définition du travailleur indépendant s'opère en miroir de celle de travailleur salarié* »²⁸¹⁸. L'autonomie peut donc permettre d'exprimer l'indépendance. C'est en cela que la confusion a pu pleinement être entretenue. D'autres critères viennent cependant compléter une pleine compréhension du travailleur indépendant. Si l'autonomie est indispensable à l'indépendance, elle ne peut la définir entièrement²⁸¹⁹.

635. La charge des risques comme critère de l'indépendance. Tout d'abord, la charge des risques est caractéristique du travailleur indépendant, qui est exclusive de la qualification de travailleur subordonné²⁸²⁰. En principe, « *le travailleur non salarié travaille pour son propre compte, il a donc sa propre entreprise dont il supporte les risques et recueille les profits* »²⁸²¹. La répartition des risques est bien un indice de la qualification²⁸²² et est, par ailleurs, une conséquence de la qualification de contrat de travail, par laquelle le salarié ne doit pas supporter

²⁸¹⁵ « *Autonomie est synonyme d'indépendance, ce qui est proche du sens étymologique : l'adjectif « autonome » est emprunté du grec auto-nomos, qui signifie « qui est régi par ses propres lois »* », V. « *Autonomie* », A. BEVORT, A. JOBERT, M. LALLEMENT et A. MIAS, *Dictionnaire du travail*, op. cit., p. 47.

²⁸¹⁶ « *Autonomie* », *Ibid.*, p. 47.

²⁸¹⁷ V. « *Autonomie* », G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, op. cit., p. 105.

²⁸¹⁸ F. FAVENNEC-HÉRY, « *Faut-il brûler le contrat de travail ?* », op. cit., p. 158.

²⁸¹⁹ B. GOMES, *Le droit du travail à l'épreuve des plateformes numériques*, op. cit., p. 113.

²⁸²⁰ T. PASQUIER, *L'économie du contrat de travail : conception et destin d'un type contractuel*, op. cit., p. 90.

²⁸²¹ G. LYON-CAEN, *Le droit du travail non salarié*, op. cit., p. 37.

²⁸²² E. PESKINE, *Réseaux d'entreprises et droit du travail*, op. cit., p. 82.

les risques de l'entreprise. Cette analyse économique²⁸²³ permet de connaître la réelle qualification du travailleur.

636. Cependant, Monsieur Emmanuel Dockès a précisé que « *la répartition des risques n'est pas la raison d'être du droit du travail. Ce n'est pas parce que le salarié n'assume pas les pertes qu'il doit être protégé. Ce n'est pas parce qu'il bénéficie d'une responsabilité limitée que des congés payés, un SMIC et plus généralement un Code du travail lui sont applicables. C'est tout l'inverse, c'est parce qu'il doit être protégé qu'il est mis à l'abri des risques de l'exploitation* »²⁸²⁴. Selon l'auteur, la répartition des risques n'est pas un critère de l'application du droit du travail. Par conséquent, son absence n'entraînerait pas l'application du droit du travail, mais c'est plutôt l'application du droit du travail qui entraînerait son absence. Il convient donc de nuancer l'influence de ce critère sur la qualification, car si la répartition des risques peut entraîner la qualification du contrat, ce sont les pouvoirs de l'employeur et l'établissement d'une subordination qui demeurent les critères de qualification et qui justifient l'attribution des risques à l'égard de l'employeur²⁸²⁵. Depuis longtemps, la « *perspective téléologique* »²⁸²⁶ de la subordination a été suivie. Une telle analyse permet de rendre compte de la réalité de l'organisation du travail et pour qui celui-ci est réalisé. La constitution d'une clientèle répond, elle aussi, à une telle approche.

637. Une clientèle propre comme critère d'indépendance. La question de la constitution d'une clientèle a également pu être un critère de définition du travailleur indépendant. Pour illustration, la possibilité de constitution d'une clientèle a été déterminante dans le cadre des contentieux relatifs aux avocats salariés²⁸²⁷. Ce ne fut pas le constat de l'absence de clientèle propre qui emporta la conviction des juges, mais bien l'absence de possibilité de constituer une clientèle propre. Ainsi, l'employeur doit garantir la possibilité de constituer une clientèle propre pour les avocats salariés, mais n'est pas tenu d'en favoriser la constitution. Nous rejoignons ici les critiques²⁸²⁸ qui ont été formulées à l'encontre de la chambre sociale qui a pu laisser entendre

²⁸²³ T. REVET, *La force de travail*, op. cit., p. 208.

²⁸²⁴ E. DOCKÈS, « Notion de contrat de travail », op. cit.

²⁸²⁵ T. PASQUIER, *L'économie du contrat de travail : conception et destin d'un type contractuel*, op. cit., p. 102-103.

²⁸²⁶ J. NÉRET, « Les critères de distinction entre activité libérale et salariat. Les rapports de la Cour de cassation (1982-1983) », *JCP G*, n° 5, 1986, doct. 3227, n° 45.

²⁸²⁷ Cass., ch. mixte, 12 février 1999, n° 96-17.468, *Bull. ch. mixte n° 1* ; *RJS* 3/1999, n° 444 ; *Dr. soc.* 1999. 404, obs. Radé ; Cass. soc., 8 mars 2000, n° 98-14.222, *Bull. civ. V*, n° 91 ; *Dr. soc.* 2000. 548, obs. Barthélémy ; Cass. soc., 22 octobre 2008, n° 07-40.855 ; Cass. 1re civ., 14 mai 2009, n° 08-12.966, *D.* 2009. AJ 1488, obs. Avena-Robardet ; *RDT* 2009. 505, obs. Lévy-Amsallem.

²⁸²⁸ Intervention de Monsieur Dirk Baugard, <https://www.jean-jaures.org/videos-podcasts/a-lage-du-numerique-comment-accompagner-et-securiser-le-travail/> [consulté le 23 août 2023].

que la simple possibilité ne suffisait pas²⁸²⁹. Dans le cas des travailleurs du numérique, ces derniers doivent avoir la possibilité de constituer une clientèle propre, cependant la plateforme n'a pas l'obligation de favoriser cette constitution²⁸³⁰.

638. L'autonomie insuffisante à caractériser seule l'indépendance. L'autonomie ne suffit donc pas à désigner un travailleur indépendant, celui-ci se définissant par d'autres critères²⁸³¹. En outre, l'autonomie traduit également une liberté dans l'organisation du travail qui peut exister au sein d'un état de subordination.

b) L'existence possible d'une autonomie dans la subordination

639. La nécessaire distinction entre autonomie et indépendance. Il n'est pas rare de constater une part d'autonomie dans le travail salarié, avec la possibilité de choisir son organisation. En cela, l'autonomie n'est pas nécessairement synonyme d'indépendance. L'autonomie a même pu constituer un critère d'accès à certaines modalités de travail salarié, comme avec les salariés au forfait en jours²⁸³², qui montre que la liberté dans le choix des horaires peut tout à fait cohabiter avec des contraintes quant aux modalités d'exécution de la prestation de travail. Bien que la cohabitation entre l'autonomie et le lien de subordination suscite des interrogations quant aux contours de l'autonomie du salarié²⁸³³, voire jusqu'à une remise en question de l'existence même d'un lien de subordination pour une partie de la doctrine²⁸³⁴, elle n'est cependant pas exclusive du salariat²⁸³⁵. Ce constat est nécessaire et doit être rappelé dans un contexte où d'une part les travailleurs aspirent à davantage de liberté dans l'exécution de leur travail²⁸³⁶ et d'autre part le phénomène d'« ubérisation » prétend répondre à cette aspiration en entretenant une confusion entre autonomie et indépendance. Certaines

²⁸²⁹ Au sein de la note explicative de la Cour de cassation relative à l'arrêt n°374 du 4 mars 2020 (19-13.316), la chambre sociale indiquait : « *ce chauffeur a intégré un service de prestation de transport créé et entièrement organisé par cette société, service qui n'existe que grâce à cette plate-forme, à travers l'utilisation duquel il ne constitue aucune clientèle propre* ».

²⁸³⁰ V. également, *infra*, n° 676.

²⁸³¹ V. également, *supra*, n° 630 et s.

²⁸³² V. *supra*, n° 351.

²⁸³³ V. *supra*, n° 350 et s.

²⁸³⁴ V. sur la parasubordination, *infra*, n° 826.

²⁸³⁵ « *Le travail salarié peut comporter une part d'autonomie et de liberté d'organisation. Cette part de liberté est même la norme, tant il est difficile d'imaginer un travail productif entièrement contraint qui n'ait pas, d'ores et déjà, été remplacé par des robots* », E. DOCKÈS, « Le salariat des plateformes à propos de l'arrêt TakeEatEasy », *Dr. ouvr.*, 2019, p. 1-8.

²⁸³⁶ A. LAMPERT, *L'autonomie du travailleur*, *op. cit.*, p. 8 et s.

plateformes « cadres » entretiennent l'illusion d'une autonomie tenant uniquement à la liberté de connexion, dont il n'est cependant rien durant l'exécution de la prestation de travail.

640. La « tâcheronnisation » comme antithèse à l'autonomie. Est-il même possible de parler d'autonomie concernant les travailleurs des plateformes ? Les plateformes proposent majoritairement des tâches fragmentées qui se rapprochent des expériences passées²⁸³⁷ : pour une meilleure production collective, il y a une homogénéisation du travail des contributeurs, avec la nécessité, pour une meilleure efficacité, d'une standardisation et d'une segmentation des tâches demandées²⁸³⁸, ce, particulièrement dans le cas des plateformes de micro-travail²⁸³⁹. Autant d'éléments qui ne révèlent pas une autonomie pour tous les travailleurs du numérique et qui peuvent être source de risques pour leur santé et leur sécurité²⁸⁴⁰. En revanche, il est certain que ces derniers sont libres de se connecter à l'application de la plateforme. C'est le caractère de ce travail « à la demande » qui a suscité de vives interrogations quant à l'établissement d'un état de subordination.

2- La liberté de se connecter face à l'état de subordination

641. La liberté de se connecter. Les juges du fond ont considéré que la liberté de se connecter du travailleur empêchait, dans le cas des travailleurs de la plateforme *Take Eat Easy*, la requalification du contrat en contrat de travail. Cela fut notamment débattu dans le cadre des chauffeurs *Uber*, sans en être le seul élément exclusif de la requalification. Les juges du fond avaient constaté que le livreur pouvait travailler pour d'autres plateformes, n'étant pas lié par une obligation d'exclusivité ou de non-concurrence, et surtout, concernant la liberté de connexion, les juges du fond avaient alors considéré que « *cette liberté totale de travailler ou non [...] permettait, sans avoir à en justifier, de choisir chaque semaine ses jours de travail et leur nombre sans être soumis à une quelconque durée du travail ni à un quelconque forfait horaire ou journalier mais aussi par voie de conséquence de fixer seul ses périodes d'inactivité*

²⁸³⁷ V. également sur le taylorisme de plateforme, *supra*, n° 584 et s. ; V notamment, J. LE GOFF, L. BERGER et P. WAQUET, *Du silence à la parole*, *op. cit.* ; N. ALTER, *Sociologie du monde du travail*, 3^e éd., PUF, 2012, p. 7.

²⁸³⁸ A.A. CASILLI, *En attendant les robots*, *op. cit.*, p. 79.

²⁸³⁹ V. *supra*, n° 533 et s.

²⁸⁴⁰ V. à ce sujet, *infra*, n° 774 et 775.

ou de congés et leur durée, est exclusive d'une relation salariale »²⁸⁴¹. Argument non sans force, car incontestablement un salarié « classique » ne pourrait, sans faire l'objet d'une éventuelle mesure disciplinaire, ne pas travailler du tout²⁸⁴². Ce d'autant plus, que le critère de la « permanence » du lien de subordination²⁸⁴³, nécessaire, en principe, au renversement de la présomption d'indépendance, devrait s'opposer *a priori* à la reconnaissance d'une subordination s'il existe une liberté de connexion²⁸⁴⁴.

642. Bien que la liberté de travailler pose question, en revanche celle de fixer ses horaires n'est pas incompatible avec la qualité de salarié. Tant la Cour de cassation²⁸⁴⁵, que la CJUE²⁸⁴⁶, ont développé une jurisprudence admettant que la liberté dans le choix des horaires n'empêche pas la reconnaissance d'un lien de subordination juridique. La Cour de cassation a soutenu, explicitement lors de l'arrêt *Uber*²⁸⁴⁷, le raisonnement selon lequel la liberté de travailler importe moins que l'omniprésence de la plateforme dans la réalisation de la prestation de travail. Autrement dit, la disponibilité du travailleur importe moins que les conditions de réalisation et la réalité du travail qu'il exécute²⁸⁴⁸. Il s'agit d'un raisonnement que l'on ne peut qu'approuver dans un contexte de dilution du temps de la subordination²⁸⁴⁹. Il apparaîtrait alors contradictoire si cette liberté de connexion s'opposait à la reconnaissance d'une subordination personnelle.

643. Une liberté relative. De plus, lors de l'observation des conditions réelles d'exécution de la prestation de service, il s'avère que le choix peut ne pas être aussi libre que le prétendait la

²⁸⁴¹ Cass. soc., 28 novembre 2018, n° 17-20.079, *D. actu. 12 déc. 2018, obs. Peyronnet ; ibid. 169, avis Courcol-Bouchard, obs. Escande-Varniol ; RDT 2019. 36, note Peyronnet ; RJS 2/2019, p. 98, Rapp. Salomon ; ibid., n° 72 ; SSL 2018, n° 1841, p. 6, obs. Gomes et Lokiec ; JCP S 2018. 1398, obs. Loiseau., op. cit. ; Cass. soc., 24 juin 2020, n° 19-13.476, op. cit.*

²⁸⁴² P. ADAM, « Le chauffeur Uber, un salarié comme les autres », *Hebdo édition sociale*, n° 770, 2019.

²⁸⁴³ V. *supra*, n° 628.

²⁸⁴⁴ Intervention de Monsieur Dirk Baugard sur ce point, <https://www.youtube.com/watch?v=-pLxUHYsXZ8> [consulté le 20 juillet 2023].

²⁸⁴⁵ V. par exemple Cass. soc., 19 décembre 2000, n° 98-40.572, *D. 2001. IR 355 ; GADT, 4e éd., n° 3 ; RJS 2001. 203, n° 275 ; Dr. soc. 2001. 227, note Jeammaud, op. cit.*

²⁸⁴⁶ Notamment, CJCE, 13 janvier 2004, aff. C- 256/01, *Debra Allonby c/ Accrington. D. 2004. 605.*

²⁸⁴⁷ La Cour de cassation, reprenant le constat de la cour d'appel, « à propos de la liberté de se connecter et du libre choix des horaires de travail, que le fait de pouvoir choisir ses jours et heures de travail n'exclut pas en soi une relation de travail subordonnée, dès lors que lorsqu'un chauffeur se connecte à la plateforme Uber, il intègre un service organisé par la société Uber BV », Cass. soc., 4 mars 2020, n° 19-13.316, *D. 2020. 490 ; Dr. soc. 2020. 374, obs. Antonmattei ; RDT 2020. 328, note Willocx ; RJS 5/2020, n° 223 ; SSL 2020, n° 1899, p. 2, obs. Champeaux, Entretien Huglo ; JCP S 2020. 1080, obs. Loiseau.*

²⁸⁴⁸ N. ANCIAUX, « Le contrat de travail : réflexions à partir de l'arrêt Take Eat Easy », *JCP S*, n° 5, 2019, 1026.

²⁸⁴⁹ V. *supra*, n° 443 et s.

plateforme²⁸⁵⁰. Sur la plateforme *Take Eat Easy*, le coursier devait s'inscrire sur les plages horaires, dites « *shift* », pour pouvoir travailler. Une fois inscrit à une page horaire, il ne pouvait plus la modifier au-delà de « *72 heures avant son commencement* », sous peine de sanction. De plus, il devait être prêt à partir, avec l'ensemble de son matériel et l'application allumée « *au plus tard 15 minutes avant le début de la prestation* ». Si le livreur ne validait pas « *dans les cinq minutes de sa notification la proposition de livraison qui lui [était] faite via l'application, le prestataire [était] automatiquement réputé la refuser* ». L'ensemble de ces restrictions nous montre que la liberté de choisir ses horaires était toute relative et très encadrée²⁸⁵¹. « *Il semble possible de parler de « liberté totale » lorsque les travailleurs ont le choix le plus entier de se connecter et de se déconnecter quand ils le souhaitent* »²⁸⁵², or ce n'était pas le cas ici.

644. De plus, l'approche juridique relative au temps de travail s'est transformée depuis plusieurs années²⁸⁵³, ce qui contribue à amoindrir le frein que pouvait constituer une telle liberté de connexion à la reconnaissance d'un état de subordination personnelle. En atteste la création d'un droit à la déconnexion²⁸⁵⁴, des salariés au forfait jour²⁸⁵⁵, et plus généralement, d'une flexibilisation du temps de travail avec un gain d'autonomie des travailleurs, mais qui n'est pas nécessairement synonyme d'une plus grande liberté²⁸⁵⁶, ni exonératrice du statut de salarié. Quand bien même la liberté serait totale, « *le fait de pouvoir choisir ses jours et heures de travail n'exclut pas en soi une relation de travail subordonné* »²⁸⁵⁷. Par conséquent, pour la Cour de cassation « *le fait que le chauffeur [dans le cas de l'arrêt Uber] n'ait pas l'obligation de se connecter à la plateforme et que cette absence de connexion, quelle qu'en soit la durée, ne l'expose à aucune sanction, n'entre pas en compte dans la caractérisation du lien de subordination* »²⁸⁵⁸.

²⁸⁵⁰ Dans l'affaire *Bolt*, la Cour de cassation relève notamment : « *elle a ainsi retenu que le chauffeur n'était pas libre de déterminer le moment et la durée d'utilisation de l'application puisque à tout moment la société Bolt pouvait à son entière discrétion suspendre son accès à la plateforme et le priver ainsi du libre choix de se connecter* », Cass. soc., 15 mars 2023, n° 21-17.316.

²⁸⁵¹ C. COURCOL-BOUCHARD, « Le livreur, la plateforme et la qualification du contrat », *RDT*, 2018, p. 812.

²⁸⁵² A. FABRE, « Les travailleurs des plateformes sont-ils des salariés ? Premières réponses frileuses des juges français », *Dr. soc.*, 2018, p. 547.

²⁸⁵³ V. à ce sujet, *supra*, n° 443 et s.

²⁸⁵⁴ Issu de la Loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels, *op. cit.*

²⁸⁵⁵ Art. L. 3121-53 et suivants C. trav.

²⁸⁵⁶ M. PEYRONNET, « Take Eat Easy contrôle et sanctionne des salariés », *RDT*, 2019, p. 36.

²⁸⁵⁷ Cass. soc., 4 mars 2020, n° 19-13.316, *D. 2020. 490* ; *Dr. soc. 2020. 374*, *obs. Antonmattei* ; *RDT 2020. 328*, *note Willocx* ; *RJS 5/2020, n° 223* ; *SSL 2020, n° 1899, p. 2, obs. Champeaux, Entretien Huglo* ; *JCP S 2020. 1080, obs. Loiseau, op. cit. § 11*.

²⁸⁵⁸ Communiqué de presse de la Cour de cassation.

645. Le constat d'un lien de subordination malgré la liberté de connexion. Pour caractériser l'existence d'un lien de subordination, la Cour de cassation a relevé les différents indices en suivant la méthode classique du faisceau d'indices. À cet effet, la Haute juridiction n'a pas retenu la liberté de se connecter comme s'opposant à la reconnaissance des pouvoirs relevant d'un employeur et donc d'un lien de subordination personnelle. Le lien de subordination se découvre dans les modalités d'exécution du travail pendant le temps de connexion²⁸⁵⁹. Il est ainsi tout à fait possible d'être « *salarié par moments, par périodes, par épisodes, par fractions, etc.* »²⁸⁶⁰. D'autant plus, qu'au moment de l'inscription le travailleur ne savait pas en avance ni le nombre, ni la nature, ni le cadre d'exécution des tâches qui allaient lui être demandés²⁸⁶¹, laissant toute latitude de décision à la plateforme. Ce manque de transparence n'est désormais plus possible pour les plateformes de mobilité²⁸⁶², mais reste possible pour les autres plateformes, qui n'ont pas vu pour le moment leurs pratiques régulées.

646. Ces nouvelles organisations apportent de nouvelles difficultés de détermination du statut de salarié, dans un mouvement induit depuis plusieurs années²⁸⁶³, faisant apparaître des temps d'incertitude et d'indétermination de la nature du rapport contractuel²⁸⁶⁴. La réponse des juges fut étonnamment classique, face à des modalités d'expression du pouvoir, avec l'utilisation de l'algorithme, qui elles, sont nouvelles : « *sans son habit cousu d'artifice, Uber [et plus généralement, toute plateforme cadre] apparaît pour ce qu'il est, un employeur somme tout banal, usant seulement pour exercer son activité d'outils modernes de communication* »²⁸⁶⁵.

§2 : L'utilisation d'un double faisceau d'indices au service de l'identification d'un lien de subordination personnelle

647. Depuis plusieurs années, les contentieux relatifs à la situation des travailleurs de plateformes ont commencé à apparaître et le débat ne semble toujours pas clos²⁸⁶⁶. La Cour de

²⁸⁵⁹ M.-C. ESCANDE-VARNIOL, « Un ancrage stable dans un droit du travail en mutation », *op. cit.*

²⁸⁶⁰ C. PUIGELIER, « Caractérisation du lien de subordination », *JCP S*, n° 15, 2006, 1291.

²⁸⁶¹ G. DUCHANGE, « Quels droits pour les travailleurs de plateformes ? », *Hebdo édition sociale*, n° 802, 2019.

²⁸⁶² Art. L. 1326-1 et s. C. transp. V. *supra*, n° 550.

²⁸⁶³ V. par exemple Cass., crim., 14 février 2006, n° 05-82.287.

²⁸⁶⁴ C. PUIGELIER, « Caractérisation du lien de subordination », *op. cit.*

²⁸⁶⁵ P. ADAM, « Le chauffeur Uber, un salarié comme les autres », *op. cit.*

²⁸⁶⁶ V. notamment, le conseil des prud'hommes de Lyon a procédé à la requalification en contrat de travail des contrats de partenariat de 139 chauffeurs qui travaillaient pour la société *Uber*. CPH Lyon, 20 janvier 2023, n°

cassation a déjà admis la requalification de la relation contractuelle entre un travailleur et une plateforme numérique en contrat de travail. Cependant, la Cour de cassation maintient l'exigence d'une étude au cas par cas et se refuse à une requalification automatique. C'est ainsi qu'elle a pu refuser la requalification dans l'arrêt *Le Cab*²⁸⁶⁷ pour manque de base légale. Selon le doyen Huglo, il ne s'agit pas d'un revirement de jurisprudence. La Cour de cassation a estimé que la motivation était trop sommaire et rien n'empêchera la cour d'appel de renvoi de reprendre la même décision que celle de la cour d'appel de Paris avec une motivation « *plus convaincante* »²⁸⁶⁸. À l'occasion des différents arrêts, la chambre sociale de la Cour de cassation a maintenu les critères classiques de l'état de subordination. À cet égard, c'est la réunion d'un ensemble de critères et indices d'un état de subordination personnelle qui a pu conduire à la requalification de certains travailleurs de plateforme en salariés. Il s'agit là d'un point important, car il est évident que pris isolément, comme cela a pu être fait dans certaines études²⁸⁶⁹, pour des raisons analytiques, ne doit pas faire oublier que c'est le cumul de ces éléments qui conduit à la requalification et non pas un à un. À ce sujet, il convient également de rappeler que la notion de « *critère* » désigne les conditions nécessaires à l'identification de la notion. L'expression « *élément constitutif* » a pu être utilisée et peut être considérée comme synonyme. Les indices, quant à eux, ne sont pas suffisants pour identifier la notion, mais procèdent à un accompagnement de celle-ci²⁸⁷⁰. La technique du faisceau d'indices a permis au droit du travail de s'adapter aux différentes évolutions d'expression du pouvoir dans l'entreprise²⁸⁷¹ et aux nouvelles figures du numérique.

648. L'étude des décisions révèle le recours à un double faisceau d'indices. D'une part, les juges ont suivi le faisceau d'indices classique de l'état de subordination personnelle qui a conduit à la reconnaissance d'une relation salariée (A). Les décisions à ce sujet concernent principalement, pour le moment, les plateformes de mobilité. D'autre part, face à l'existence d'une présomption d'indépendance, la caractérisation de la fictivité de celle-ci a donné lieu à une analyse des critères de définition de l'indépendance, avant de conclure à son insuffisance

20/00746, *op. cit.* ; E. LILLIU, « Le CPH de Lyon écrit un nouvel épisode de la saga Uber », *SSL*, n° 2033, 2023, p. 13-14.

²⁸⁶⁷ Cass. soc., 13 avril 2022, n° 20-14.870, *D. actu.* 4 mai 2022, *obs. Couëdel* ; *D.* 2022. 796 ; *Dr. soc.* 2022. 522, *obs. Radé* ; *RJS* 6/2022, n° 343 ; *JSL* 2022, n° 544, *obs. Lhernould* ; *JCP* 2022. 565, *obs. Dedessus-Le-Moustier* ; *JCP S* 2022. 1137, *obs. Loiseau*.

²⁸⁶⁸ V. l'entretien avec le doyen Jean-Guy Huglo, F. CHAMPEAUX et C. CHERIET, « La tension entre l'exigence d'une jurisprudence cohérente et la multiplicité de la norme en droit du travail », *SSL*, n° 2004, 2022, p. 4.

²⁸⁶⁹ V. notamment, P. LOKIEC, « De la subordination au contrôle », *op. cit.*

²⁸⁷⁰ C. WOLMARK, *La définition prétorienne*, *op. cit.*, p. 115.

²⁸⁷¹ A. SUPIOT, « Les nouveaux visages de la subordination », *op. cit.*, p. 139.

dans le cadre des relations qu'entretiennent les plateformes de mobilité avec leurs partenaires (B).

A- La reconnaissance d'une relation salariée entre le travailleur et les plateformes numériques de mobilité

649. Pour connaître la nature de la relation entretenue entre le travailleur et la plateforme, la Haute juridiction cite la définition, établie depuis l'arrêt *Société générale*²⁸⁷², du lien de subordination, selon laquelle « le lien de subordination est caractérisé par l'exécution d'un travail sous l'autorité d'un employeur qui a le pouvoir de donner des ordres et des directives, d'en contrôler l'exécution et de sanctionner les manquements de son subordonné ». Ainsi elle a classiquement recherché s'il y avait l'expression des pouvoirs de l'employeur – direction, contrôle et sanction – constitutif d'un lien d'obéissance, correspondant à une subordination personnelle. Alors qu'il était possible de penser que ces nouvelles formes de travail mettraient à mal la définition classique du contrat de travail, centrée sur le lien de subordination, la Cour de cassation n'a pas souhaité modifier son approche : il y a là une certaine résistance des critères classiques du contrat de travail²⁸⁷³. À cet égard, un auteur soulignait qu'« il n'y a plus lieu aujourd'hui, de distinguer les activités en fonction de leur teneur mais en fonction de leur modalité d'accomplissement, subordonnée ou indépendante »²⁸⁷⁴. Pour ce faire, les juges ont suivi le faisceau d'indices, pour établir la situation de fait dans laquelle se trouve le travailleur²⁸⁷⁵, qui peut aller du contrôle des horaires²⁸⁷⁶, à l'existence d'un lieu de travail imposé²⁸⁷⁷, à la fourniture du matériel²⁸⁷⁸, ou encore à l'intégration à un service organisé²⁸⁷⁹.

650. La Cour de cassation a ainsi pu constater l'existence d'un pouvoir de contrôle par l'utilisation de la géolocalisation (1) et par l'encadrement des conditions d'exécution de la

²⁸⁷² Cass. soc., 13 novembre 1996, n° 94-13.187, *Société générale*. *GADT*, 4e éd., n°2 ; *Dr. soc.*, 1996, p. 1067, note J.-J. Dupeyroux ; *JCP E* 1997. II. 911, note J. Barthélémy ; *RJS* 12/96, n° 1320, *op. cit.*

²⁸⁷³ C. RADÉ, « Plateformes et contrat de travail : l'équation imparfaite », *Dr. soc.*, 2022, p. 522.

²⁸⁷⁴ C. WOLMARK, « Quelle place pour le travail dans le droit du travail ? », *op. cit.*

²⁸⁷⁵ V. *supra*, n° 625.

²⁸⁷⁶ V. notamment, Cass. soc., 30 juin 1988, n° 85-43.661, *op. cit.*

²⁸⁷⁷ V. notamment, Cass., ass. plén., 4 mars 1983, n° 81-11.647, *D.* 1983. 381, *concl. Cabannes* ; *D.* 1984. IR 164, *obs. Béraud.*, *op. cit.*

²⁸⁷⁸ Cass. crim., 29 octobre 1985, n° 84-95.559, *Gaz. Pal.*, 7 janv. 1986, n° 5 à 7, note Doucet, *op. cit.*

²⁸⁷⁹ Cass., ass. plén., 18 juin 1976, n° 74-11.210, *D.*, 1977, note A. Jeammaud ; *JCP CI* 1977. 12497, note Saint-Jour., *op. cit.* ; Cass. soc., 13 novembre 1996, n° 94-13.187, *Société générale*. *GADT*, 4e éd., n°2 ; *Dr. soc.*, 1996, p. 1067, note J.-J. Dupeyroux ; *JCP E* 1997. II. 911, note J. Barthélémy ; *RJS* 12/96, n° 1320, *op. cit.*

prestation de travail, malgré une mise en œuvre indirecte à travers l'usage d'un algorithme (2). De plus, la présence d'un système de sanction graduel, commun aux plateformes numériques cadre, a révélé l'existence d'un véritable pouvoir de sanction exercé par la plateforme (3). Enfin, le constat d'une intégration du travailleur au sein d'un service organisé a pu, dans certaines affaires, achever la reconnaissance d'une relation salariée du travailleur, qui renvoie à l'analyse d'une subordination fonctionnelle,²⁸⁸⁰ au service de l'expression d'un pouvoir de direction (4).

1- La géolocalisation comme expression d'un pouvoir de contrôle

651. La géolocalisation comme nouvelle expression du pouvoir de contrôle. Le premier élément relevé dans l'expression du pouvoir de contrôle par l'ensemble des plateformes de mobilité concerne la géolocalisation. Les travailleurs des plateformes dans les différents arrêts étaient géolocalisés, en effet, « *l'application était dotée d'un système de géolocalisation permettant le suivi en temps réel par la société de la position du coursier et la comptabilisation du nombre total de kilomètres parcourus par celui-ci* »²⁸⁸¹. De sorte que, le rôle de la plateforme ne se limitait pas à une simple mise à relation, mais elle disposait, selon la Haute juridiction, d'un pouvoir de contrôle à l'égard des travailleurs. Ce n'est pas tant la géolocalisation en elle-même, mais bien le contrôle qui est opéré par celle-ci qui a été identifié par les juges²⁸⁸². L'analyse selon laquelle la géolocalisation ne serait qu'un simple moyen d'« *assurer la prise en charge la plus rapide et la plus efficace possible des clients, la sécurité et le confort des passagers transportés, ainsi que le respect de la réglementation en matière de transport de passagers* »²⁸⁸³ a été rapidement écartée, au profit de la recherche de la véritable finalité de la géolocalisation, à savoir, contrôler l'activité du travailleur²⁸⁸⁴. La Cour de cassation évoque à ce sujet, lors de l'affaire *Take Eay Easy* « *que l'application était dotée d'un système de*

²⁸⁸⁰ V. *supra*, n° 565 et s.

²⁸⁸¹ Cass. soc., 28 novembre 2018, n° 17-20.079, *D. actu.* 12 déc. 2018, *obs. Peyronnet* ; *ibid.* 169, *avis Courcol-Bouchard*, *obs. Escande-Varniol* ; *RDT* 2019. 36, *note Peyronnet* ; *RJS* 2/2019, p. 98, *Rapp. Salomon* ; *ibid.*, n° 72 ; *SSL* 2018, n° 1841, p. 6, *obs. Gomes et Lokiec* ; *JCP S* 2018. 1398, *obs. Loiseau.*, *op. cit.*

²⁸⁸² V. l'entretien avec le doyen Jean-Guy Huglo, F. CHAMPEAUX, « Le droit du travail doit prendre en compte la situation des travailleurs des plateformes », *op. cit.*, p. 3.

²⁸⁸³ CA Paris, 7 janvier 2016, n° 15/06489.

²⁸⁸⁴ L. THOMAS, « Le travail en lien avec les plateformes devant les juges du fond », *op. cit.*

géolocalisation permettant le suivi en temps réel de la position du coursier et la comptabilisation du nombre total de kilomètres parcourus par celui-ci »²⁸⁸⁵.

652. Cette géolocalisation permet de calculer le prix de la course et de présenter des garanties quant au suivi de la livraison ou de la course pour le consommateur. De plus, le fait que les travailleurs soient surveillés par la plateforme, pour s'assurer de la bonne réalisation de la prestation de service, constitue une assurance de sérieux de la prestation, ce qui revient pour la plateforme à se porter garante de celle-ci, amoindrissant *in fine* l'indépendance prétendue des prestataires de la plateforme, qui ne deviennent alors que de simples exécutants. À cet effet, elle intime aux chauffeurs de suivre l'itinéraire proposé par l'application, alors que ces derniers sont censés être indépendants. Cet élément peut être analysé comme l'expression d'un pouvoir de direction, mais dont les juges n'ont pas fait explicitement référence, alors que la géolocalisation traduit sans doute moins le contrôle de l'activité que la direction de l'itinéraire à suivre afin d'assurer l'efficacité du service²⁸⁸⁶. De plus, la possibilité pour la plateforme, *Uber* notamment, d'ajuster unilatéralement le prix de la course, dans le cas où le chauffeur n'aurait pas suivi l'itinéraire proposé par la plateforme, au profit d'un itinéraire considéré comme « *inefficace* », révèle l'unilatéralisme de l'organisation de la plateforme sur l'ensemble des composantes. Depuis, des garanties ont été offertes aux travailleurs des plateformes de mobilité par le législateur, limitant les pouvoirs de la plateforme, bien que la fixation du prix demeure toujours à sa seule discrétion²⁸⁸⁷.

653. L'absence dommageable d'une référence explicite au pouvoir de direction lors de l'affaire *Take Eat Easy*. Lors de l'arrêt *Take Eat Easy*, la Cour de cassation est restée silencieuse quant à l'appréciation d'un pouvoir de direction. Cette absence n'a pas manqué de faire réagir²⁸⁸⁸ et a nourri les critiques relatives à l'inadaptation supposée des critères classiques du lien de subordination : « *plutôt que de faire évoluer sa jurisprudence en utilisant des propositions permettant de fondre ces nouvelles formes d'activité dans le salariat, la chambre sociale choisit de les intégrer au forceps en usant des critères traditionnels, comme s'il s'agissait de démontrer leur caractère intemporel. Ce lit de Procuste jurisprudentiel crée la*

²⁸⁸⁵ Cass. soc., 28 novembre 2018, n° 17-20.079, *D. actu.* 12 déc. 2018, obs. Peyronnet ; *ibid.* 169, avis Courcol-Bouchard, obs. Escande-Varniol ; *RDT* 2019. 36, note Peyronnet ; *RJS* 2/2019, p. 98, *Rapp. Salomon* ; *ibid.*, n° 72 ; *SSL* 2018, n° 1841, p. 6, obs. Gomes et Lokiec ; *JCP S* 2018. 1398, obs. Loiseau., *op. cit.*

²⁸⁸⁶ P. ADAM, « Plateforme numérique : être ou ne pas être salarié ... », *op. cit.*

²⁸⁸⁷ V. *supra*, n° 548 et s.

²⁸⁸⁸ V. sur le regret de ce « *laconisme* », P. ADAM, « Plateforme numérique : être ou ne pas être salarié ... », *Hebdo édition sociale*, n° 766, 2018 ; V. pour une vision critique où l'auteur évoque « *l'obsolescence programmée de la subordination* », P. LOKIEC, « De la subordination au contrôle », *SSL*, n° 1841, 2018, p. 10-11.

controverse alors que la pertinence de la décision est avérée »²⁸⁸⁹. Cet oubli n'a heureusement pas été réitéré lors des arrêts *Uber*²⁸⁹⁰. Le pouvoir de direction a été explicitement matérialisé par l'obligation qui est faite aux chauffeurs de suivre l'itinéraire indiqué²⁸⁹¹.

654. Le paradoxe de l'utilisation de la géolocalisation comme indice. Par ailleurs, le fait que la géolocalisation soit retenue comme indice du pouvoir de contrôle de la plateforme peut sembler paradoxal²⁸⁹². Cette pratique illustre, selon les juges, le pouvoir de contrôle dont dispose la plateforme démontrant la qualité de salarié des travailleurs, tout en sachant qu'un tel dispositif, en droit du travail, ne peut être mis en œuvre dans le but de contrôler de façon permanente le travail des salariés²⁸⁹³. À tout le moins, l'influence de la plateforme, sur les conditions d'exécution de la prestation de service, a révélé un état de subordination de ses partenaires. Cependant, le doyen Huglo a indiqué que la seule géolocalisation aux fins d'exercer un pouvoir de direction et de contrôle – car ce n'est pas tant la géolocalisation en elle-même, mais les pouvoirs qu'elle sert à exprimer – ne saurait suffire à caractériser un état de subordination²⁸⁹⁴. Des indices supplémentaires ont été nécessaires pour requalifier la relation en contrat de travail.

2- L'encadrement des conditions de travail, source d'expression du pouvoir de direction par la surveillance

655. La planification de l'activité par la plateforme : « les shifts ». L'organisation de la prestation de travail était encadrée par la plateforme, ce qui traduit là encore tant un pouvoir de direction que de contrôle. Pour illustration, la plateforme *Take Eat Easy* mettait en œuvre un planning, par des « *shifts* », avec un contrôle du taux de présence du livreur, de son taux de désinscription tardive et de son taux de participation aux pics de commande, ce qui a participé

²⁸⁸⁹ J. ICARD, « La requalification en salarié d'un travailleur dit indépendant exerçant par le biais d'une plateforme numérique », *BJT*, n° 1, 2019, p. 15.

²⁸⁹⁰ Cass. soc., 4 mars 2020, n° 19-13.316, *D.* 2020. 490 ; *Dr. soc.* 2020. 374, *obs. Antonmattei* ; *RDT* 2020. 328, *note Willocx* ; *RJS* 5/2020, n° 223 ; *SSL* 2020, n° 1899, p. 2, *obs. Champeaux, Entretien Huglo* ; *JCP S* 2020. 1080, *obs. Loiseau, op. cit.* ; Cass. soc., 25 janvier 2023, n° 21-11.273, *op. cit.*

²⁸⁹¹ L. WILLOCX, « L'arrêt Uber, une conception mixte de la subordination », *RDT*, 2020, p. 328.

²⁸⁹² B. KRIEF, « En étant un travailleur « contraint », le chauffeur Uber devient un salarié », *BJT*, n° 2, 2019, p. 8.

²⁸⁹³ Cass. soc., 19 décembre 2018, n° 17-14.631, *D.* 2019. *Actu.* 21 ; *RJS* 3/2019, n° 146 ; *JSL* 2019, n° 470-2, *obs. Nisol* ; *JCP S* 2019. 1038, *obs. Bossu., op. cit.*

²⁸⁹⁴ V. l'entretien avec le doyen Jean-Guy Huglo, F. CHAMPEAUX, « Le droit du travail doit prendre en compte la situation des travailleurs des plateformes », *op. cit.*, p. 3.

à la reconnaissance d'un pouvoir de contrôle. Pour pouvoir travailler sur la plateforme, le livreur avait l'obligation de s'inscrire dans un planning et de réserver des plages horaires, appelées « *shifts* ». Or, cette organisation du travail par la plateforme, certes inhérente à son mode de fonctionnement, traduisait un contrôle sur les conditions d'exécution du travail, avec des règles précises quant à la manière dont les travailleurs pouvaient se mettre à la disposition de la plateforme, ce qui relève d'une « *subordination organisationnelle* »²⁸⁹⁵, voire d'une intégration du travailleur dans un service organisé²⁸⁹⁶, la plateforme étant un « *organisateur nécessaire du service* »²⁸⁹⁷. Le travailleur était sans conteste libre de se connecter, mais une fois engagé sur une plage horaire, il ne pouvait librement se désinscrire²⁸⁹⁸. Et plus encore, son taux de connexion étant suivi, la liberté même de la connexion en est ainsi diminuée. Derrière la novlangue²⁸⁹⁹ utilisée par la plateforme se dissimulait, finalement assez mal, l'exercice d'une surveillance sur les travailleurs²⁹⁰⁰.

656. L'expression du pouvoir de direction à l'égard des chauffeurs *Uber* ne tenait pas à l'inscription sur un planning, cependant les travailleurs devaient « *suivre « les instructions du GPS de l'application »* ». La traçabilité permanente des chauffeurs a été perçue comme la manifestation d'un pouvoir de direction et de contrôle de la société, d'autant que les données issues de ce suivi sont par la suite « *analysées et suivies par les services Uber* »²⁹⁰¹. Là encore, le suivi du taux de connexion s'oppose à une réelle liberté de connexion. En outre, dans un arrêt ultérieur, la Cour de cassation a pris en compte les conditions générales ainsi que le contrat de prestation de services comme source d'ordres caractérisant un pouvoir de direction²⁹⁰².

657. Les conditions d'exécution de la prestation de travail. À l'occasion de ces affaires, il est décrit avec précision qu'elles sont les conditions d'exécution de la prestation de travail des

²⁸⁹⁵ A. FABRE, « Les travailleurs des plateformes sont-ils des salariés ? Premières réponses frileuses des juges français », *op. cit.*

²⁸⁹⁶ Au sens de Cass. soc., 13 novembre 1996, n° 94-13.187, *Société générale. GADT*, 4e éd., n°2 ; *Dr. soc.*, 1996, p. 1067, note J.-J. Dupeyroux ; *JCP E* 1997. II. 911, note J. Barthélémy ; *RJS* 12/96, n° 1320, *op. cit.*

²⁸⁹⁷ Avis de l'avocat général n° B1720079, *op. cit.*, p. 17.

²⁸⁹⁸ Désormais il est prévu au sein du Code de transport que le travailleur doit être libre de choisir ses plages horaires, V. art. L. 1326-4 C. transp.

²⁸⁹⁹ M. PEYRONNET, « Take Eat Easy contrôle et sanctionne des salariés », *op. cit.*

²⁹⁰⁰ Par exemple, « chez *Deliveroo*, on n'emploie pas le terme "recrutement" remplacé par "on-boarding" ou "embarquement" », M. JULIEN, « Le cadre juridique du travail de plateforme en France », dans *Regards croisés sur le travail de plateforme*, Mare & Martin, 2023, p. 40.

²⁹⁰¹ Cass. soc., 4 mars 2020, n° 19-13.316, *D.* 2020. 490 ; *Dr. soc.* 2020. 374, obs. Antonmattei ; *RDT* 2020. 328, note Willocx ; *RJS* 5/2020, n° 223 ; *SSL* 2020, n° 1899, p. 2, obs. Champeaux, Entretien Huglo ; *JCP S* 2020. 1080, obs. Loiseau, *op. cit.*

²⁹⁰² Cass. soc., 25 janvier 2023, n° 21-11.273, *op. cit.*

travailleurs des plateformes. Il a été, par exemple, souligné par la cour d'appel de Paris²⁹⁰³ qu'« au cours de sa relation de travail [le chauffeur] recevait par messagerie électronique de notations relatives à la qualité du service, des recommandations sur la manière de se conduire avec les clients ainsi que des décisions unilatérales d'ajustement du prix de la course ». En outre, « il a reçu toutes les semaines un rapport de « récapitulatif de paiement » ainsi qu'un « rapport hebdomadaire d'activités » ».

658. En outre, les juges ont relevé que le chauffeur de la plateforme *Uber* pouvait se voir proposer une course sans savoir quelle était la destination de celle-ci²⁹⁰⁴, tout en sachant « que le chauffeur dispose de seulement huit secondes pour accepter la course qui lui est proposée ». Au cours de l'utilisation de l'application de la plateforme, le chauffeur recevait des messages automatiques, tels que « Êtes-vous encore là ? », notamment en cas de refus répétés des sollicitations. Nonobstant le caractère uniquement incitatif²⁹⁰⁵ de ces messages, les juges ont insisté sur la mise en regard nécessaire qui doit être faite entre ces messages et les stipulations, du point 2.4 du contrat conclut entre le chauffeur et la plateforme, selon lesquelles la plateforme peut « désactiver ou autrement [...] restreindre l'accès ou l'utilisation de l'application [aux utilisateurs] [...] à [sa] discrétion raisonnable ». De l'incitation à la directive, il n'y a plus qu'un pas. Dès lors que l'incitation est sous le joug d'une éventuelle sanction à la seule discrétion de la plateforme, elle perd son caractère optionnel et la subordination commence à apparaître²⁹⁰⁶. Les stipulations contractuelles ont ainsi contribué à l'identification des conditions de l'accomplissement effectif du travail²⁹⁰⁷.

659. Au-delà de la surveillance. Par ailleurs, l'utilisation de la géolocalisation par la plateforme, considérée parfois comme inhérente aux plateformes numériques, ou le contrôle des conditions de travail, ont été complétés pour reconnaître le lien de subordination²⁹⁰⁸. La plateforme ne se contente, en effet, pas uniquement de mettre en relation les différents acteurs, elle en contrôle l'exécution et elle en sanctionne les manquements. Et c'est cette constatation

²⁹⁰³ CA Paris, 10 janvier 2019, n° RG 18/08357, *RJS 3/2019*, n° 144 ; *JSL 2019*, n° 470-1, obs. Lhernould ; *Com. com. électr. 2019. Comm. 17*, obs. Loiseau ; *AJC 2019. Actu. 53* ; *AJ Contrat 2019. 53*, obs. X. D. ; *Dalloz IP/IT 2019. 186*, obs. J. Sénéchal.

²⁹⁰⁴ Désormais, il est obligatoire d'informer le chauffeur de la destination de la course, avant que ce dernier accepte ou refuse la course. V. *supra*, n° 548 et s.

²⁹⁰⁵ V. sur le management incitatif, *infra*, n° 685.

²⁹⁰⁶ V. sur l'incitation, *infra*, n° 698 et s.

²⁹⁰⁷ A. JEAMMAUD, « L'avenir sauvegardé de la qualification de contrat de travail. A propos de l'arrêt Labbane », *op. cit.* ; P. LOKIEC, *Contrat et pouvoir*, *op. cit.*, p. 343.

²⁹⁰⁸ V. l'entretien avec le doyen Jean-Guy Huglo, F. CHAMPEAUX, « Le droit du travail doit prendre en compte la situation des travailleurs des plateformes », *op. cit.*, p. 3.

d'un dispositif de sanctions qui a achevé la conviction des juges de requalifier la situation en contrat de travail.

3- La manifestation du pouvoir de sanction décelée : le point de bascule de la requalification

660. La manifestation d'un pouvoir de sanction. À l'appui de la subordination, il a été constaté la mise en œuvre d'un système graduel de sanctions pouvant aller jusqu'à la désactivation du partenaire. D'une part, la plateforme *Take Eat Easy* avait mis en œuvre un système de bonus-malus, d'autre part *Uber* calculait le taux d'annulation de commande et de signalements ce qui pouvait, dans les deux cas, conduire à la prise de sanction pouvant aller jusqu'à la « désactivation » du travailleur. Ces systèmes ont traduit, selon les juges, l'expression d'un pouvoir de sanction. Malgré la réticence initiale des juges du fond à analyser le pouvoir de sanctionner les manquements des travailleurs en véritable pouvoir disciplinaire²⁹⁰⁹, ce n'est que depuis l'arrêt *Take Eat Easy* que l'expression de ce pouvoir a emporté la conviction des juges²⁹¹⁰, confirmée depuis à plusieurs reprises²⁹¹¹.

661. Dans l'arrêt *Take Eat East*, les juges ont décrit l'ensemble du dispositif de sanction, dit « *strikes* », mis en œuvre par la société à l'égard des coursiers. Il s'agissait d'un « système de bonus (le bonus « *Time Bank* » en fonction du temps d'attente du restaurant le bonus « *KM* » lié au dépassement de la moyenne kilométrique des coursiers) et de pénalités (« *strikes* ») distribuées en cas de manquement du coursier à ses obligations contractuelles ». Ce système graduel fonctionnait de la manière suivante : un « *strike* » ne porte aucune conséquence, deux « *strikes* » entraînent une perte de bonus, trois « *strikes* » entraînent « la convocation du coursier « pour discuter de la situation et de sa motivation à continuer comme coursier partenaire de *Take Eat Easy* » » et le cumul de quatre « *strikes* » conduit à la désactivation du

²⁹⁰⁹ L. THOMAS, « Le travail en lien avec les plateformes devant les juges du fond », *op. cit.*

²⁹¹⁰ V. l'entretien avec le doyen Jean-Guy Huglo, F. CHAMPEAUX, « *Take Eat Easy* : une application classique du lien de subordination », *SSL*, n° 1842-1843, 2018, p. 3.

²⁹¹¹ Cass. soc., 15 mars 2023, n° 21-17.316, *op. cit.* ; Cass. soc., 25 janvier 2023, n° 21-11.273, *op. cit.*

compte et la désinscription des « *shifts* »²⁹¹² réservés. Contrairement à la cour d'appel²⁹¹³, la Cour de cassation a déduit un pouvoir de sanction de ce système.

662. Dans les arrêts *Uber*, la plateforme avait établi un taux d'annulation de commandes, variable dans chaque ville, par chauffeur, au-delà duquel la société se réserve le droit de désactiver l'accès au compte, ainsi qu'en cas de signalements de « *comportements problématiques par les utilisateurs* ». Il importe alors peu aux juges que « *les faits reprochés soient constitués ou que leur sanction soit proportionnée* »²⁹¹⁴, mais uniquement que ces décisions correspondent à la manifestation d'un pouvoir de sanction. Les juges recherchent l'existence d'un pouvoir, peu importe qu'il soit justifié ou compréhensible²⁹¹⁵.

663. Même si le suivi des partenaires par géolocalisation peut se justifier, tout comme la prise de sanctions à l'égard de chauffeurs peu consciencieux, il s'avère que la mise en œuvre et l'octroi de tels pouvoirs sont ceux d'un employeur. Les juges, conformément à leurs prérogatives, n'ont fait que rendre aux faits la réalité de leur qualification juridique. Pour certains auteurs²⁹¹⁶, le pouvoir de sanction est le corollaire du pouvoir de direction, qui nous est révélé une fois encore indirectement. Selon le doyen Huglo, « *le système de sanction révèle à lui seul le lien de subordination* »²⁹¹⁷. Cette affirmation n'a pas manqué de faire réagir la doctrine à juste titre²⁹¹⁸. Il a pu être relevé, l'existence de nombreuses sanctions unilatérales en droit civil, telles que, la résolution par voie de notification²⁹¹⁹, l'exception d'inexécution²⁹²⁰ ou les clauses de résiliation unilatérale²⁹²¹, qui, pour autant, ne révèlent pas nécessairement un pouvoir de sanction en du droit du travail. Il convient néanmoins de nuancer cette remarque,

²⁹¹² Plages horaires

²⁹¹³ Selon la cour d'appel, « *si de prime abord, un tel système est évocateur du pouvoir de sanction que peut mobiliser un employeur, il ne suffit pas, dans les faits à caractériser le lien de subordination allégué, alors que les pénalités considérées, qui ne sont prévues que pour des comportements objectivables du coursier constitutifs de manquements à ses obligations contractuelles, ne remettent nullement en cause la liberté de celui-ci de choisir ses horaires de travail en s'inscrivant ou non sur un « shift » proposé par la plateforme ou de choisir de ne pas travailler pendant une période dont la durée reste à sa seule discrétion* ».

²⁹¹⁴ Cass. soc., 4 mars 2020, n° 19-13.316, D. 2020. 490 ; Dr. soc. 2020. 374, obs. Antonmattei ; RDT 2020. 328, note Willocx ; RJS 5/2020, n° 223 ; SSL 2020, n° 1899, p. 2, obs. Champeaux, Entretien Huglo ; JCP S 2020. 1080, obs. Loiseau, op. cit.

²⁹¹⁵ V. également sur la prise en compte du taux d'annulation du chauffeur sur la plateforme *Uber*, Cass. soc., 25 janvier 2023, n° 21-11.273.

²⁹¹⁶ V. notamment en ce sens, B. BOSSU, « Plateforme numérique : le droit du travail fait de la résistance », op. cit.

²⁹¹⁷ V. l'entretien avec le doyen Jean-Guy Huglo, F. CHAMPEAUX, « Take Eat Easy : une application classique du lien de subordination », op. cit.

²⁹¹⁸ V. notamment, B. KRIEF, « La cour d'appel de Paris refuse, à juste titre, de requalifier un coursier partenaire de la plateforme Deliveroo en salarié », BJT, n° 5, 2021, p. 8.

²⁹¹⁹ Art 1224 C. civ.

²⁹²⁰ Art. 1219 et 1220 C. civ.

²⁹²¹ Art. 1225 C. civ.

car la faute disciplinaire, qui permet justement une sanction disciplinaire, peut se définir comme une mauvaise exécution par le salarié de ses obligations contractuelles²⁹²². Nous rejoindrons ainsi l'affirmation selon laquelle une sanction, au sens du droit du travail, représente « *d'autres actions que celles qui sont à la disposition de n'importe quel co-contractant en droit commun des contrats* »²⁹²³. Concernant l'affaire *Uber* le doyen Huglo expliquait que lorsque les chauffeurs « *ont une moyenne de notes des passagers trop faible, il y a déconnexion, voire clôture définitive du compte, ce qui s'apparente à un pouvoir de sanction* »²⁹²⁴. Le pouvoir de sanction semble donc marquer le point de bascule, dans le cas des plateformes numériques, de la reconnaissance d'un état de subordination.

664. L'objectivité de la sanction et l'algorithme. En sus, le fait que la sanction soit appliquée par un algorithme avec un système quasiment dépourvu d'intervention humaine devait garantir une objectivité absolue de la sanction contractuelle et était donc censé exclure la reconnaissance d'un pouvoir de sanction au sens du droit du travail. Le raisonnement correspondait à celui selon lequel la sanction était nécessairement liée, comme le relevait par ailleurs la cour d'appel, à « *des comportements objectivables du coursier constitutif de manquements à ses obligations contractuelles* ». Ainsi jumelés avec la liberté de choisir ses horaires, les juges de la cour d'appel dans l'affaire *Take Eat Easy* n'avaient pas retenu le pouvoir de sanction. Mais c'est justement l'automatisme de la sanction que les juges de la Cour de cassation ont pris en compte pour la qualifier, contrairement aux juges du fond, en pouvoir de sanction avec une subordination algorithmique.

665. En dépit de la nouveauté du modèle économique des plateformes, les plateformes « cadres » n'ont pas échappé à la réalité des conditions d'exercice de leurs « *partenaires* » qui se trouvent dans une relation de travail subordonné. Dans le cadre d'une analyse de la subordination personnelle, les juges ont enfin pu caractériser l'intégration à un service organisé, introduisant ainsi une observation de l'exercice d'un pouvoir organisationnel.

²⁹²² B. BOSSU, « Plateforme numérique : le droit du travail fait de la résistance », *op. cit.*

²⁹²³ Issu d'une séance de l'AFDT organisé le 2 juin sur la jurisprudence de la Cour de cassation analysée par les magistrats de la chambre sociale, F. CHAMPEAUX, « Dernières jurisprudences sur les travailleurs de plateforme et la discrimination », *SSL*, n° 1958, 2021, p. 13.

²⁹²⁴ V. l'entretien avec le doyen Jean-Guy Huglo, F. CHAMPEAUX, « Le droit du travail doit prendre en compte la situation des travailleurs des plateformes », *op. cit.*, p. 4.

4- Le recours à l'indice de l'intégration à un service organisé

666. Le critère de l'intégration à un service organisé. L'absence de clientèle propre et l'intégration à un service organisé sont des éléments complémentaires qui auraient pu être relevés dès l'affaire *Take Eat Easy* pour caractériser le lien de subordination. L'avis de l'avocat général le soulevait par ailleurs²⁹²⁵ : « *il est bien question d'une programmation du travail, de l'existence de l'organisation dématérialisée d'un service* »²⁹²⁶. Cette organisation précise de la plateforme aurait pu renforcer de l'argumentation des juges en faveur d'une requalification. Mais la Cour de cassation n'en a pas fait mention dans un premier temps et s'est tenue à une approche classique et concise du lien de subordination. La seule présence du triptyque des pouvoirs – bien que le pouvoir de direction n'ait pas été explicitement mentionné – lui a suffi pour relever l'existence d'un état de subordination, ce qui a certainement justifié la concision de la décision. L'adoption d'un raisonnement classique par la Cour de cassation a sans doute été motivée par la volonté d'éviter d'alimenter le débat ou de dévoyer la notion de salarié. Paradoxalement, cela a pu donner l'impression d'une cassation encore plus sévère²⁹²⁷. Elle a d'ailleurs explicitement indiqué vouloir s'en tenir à la définition classique du lien de subordination juridique²⁹²⁸.

667. Simple indice²⁹²⁹, en principe, bien que la notion soit devenue un concept juridique à part entière²⁹³⁰, la mention de l'intégration à un service organisé, dans un second temps, par la Cour de cassation mérite notre attention²⁹³¹. Dès lors que la plateforme « *détermine unilatéralement les conditions d'exécution* »²⁹³² de la prestation de service, cet indice fut confirmé par la Haute

²⁹²⁵ Avis de l'avocat général n° B1720079, *op. cit.*, p. 16-18.

²⁹²⁶ G. BARGAIN, « Quel droit du travail à l'ère des plateformes numériques ? », *op. cit.*, p. 29.

²⁹²⁷ B. GOMES, « Take Eat Easy : une première requalification en faveur des travailleurs des plateformes », *SSL*, n° 1841, 2018, p. 6-9.

²⁹²⁸ Dans sa note explicative relative à l'arrêt n° 374 du 4 mars 2020, n° 19-13.316, elle indique ne pas vouloir modifier « *en quoi que ce soit la jurisprudence établie depuis l'arrêt Société générale de 1996* » et elle a rappelé que « *le droit français ne connaît que deux statuts, celui d'indépendant et de travailleur salarié* ».

²⁹²⁹ « *Le travail au sein d'un service organisé peut constituer un indice du lien de subordination lorsque l'employeur détermine unilatéralement les conditions d'exécution du travail* », Cass. soc., 13 novembre 1996, n° 94-13.187, *Société générale*. *GADT*, 4e éd., n° 2 ; *Dr. soc.*, 1996, p. 1067, note J.-J. Dupeyroux ; *JCP E* 1997. II. 911, note J. Barthélémy ; *RJS* 12/96, n° 1320 ; V. pour une position contraire, « *aussi peut-on suggérer que toute tentative de réduire la place du service organisé dans la qualification de la subordination serait condamnée à l'échec, sauf à ne plus vouloir faire correspondre exactement la subordination et les différentes figures du pouvoir patronal* », C. WOLMARK, *La définition prétorienne : étude en droit du travail*, *op. cit.*, p. 122.

²⁹³⁰ A. ARSEGUEL et P. ISOUX, « Des limites à la dérive de la notion de service organisé », *op. cit.*

²⁹³¹ Bien qu'elle ait pu être considérée comme étant insuffisante, V. CA Lyon, 15 janvier 2021, n° 19/08056.

²⁹³² Cass. soc., 4 mars 2020, n° 19-13.316, *D. 2020. 490* ; *Dr. soc. 2020. 374*, obs. Antonmattei ; *RDT 2020. 328*, note Willocx ; *RJS* 5/2020, n° 223 ; *SSL 2020, n° 1899, p. 2*, obs. Champeaux, *Entretien Huglo* ; *JCP S 2020. 1080*, obs. Loiseau, *op. cit.*, § 9.

juridiction dans les affaires *Uber*. Il a été souligné que ces plateformes « cadres », dites de « service organisé »²⁹³³ « fournissent un type de travail bien précis, coordonné et organisé »²⁹³⁴. Il y a un débordement du lien de subordination personnelle vers le lien de subordination fonctionnelle qui montre l'importance de l'organisation de la plateforme dans la qualification de l'état de subordination. Les plateformes « cadres » sont à l'origine de l'offre de service, au sein de laquelle s'intègre le chauffeur comme ce fut le cas pour *Uber*. Néanmoins, il ne suffit pas de constater l'existence d'un service organisé pour conclure à l'existence d'un contrat de travail. Il convient d'établir que l'organisation de ce service qui contraint le travailleur résulte du seul pouvoir de la plateforme, ce qui renvoie à l'exercice des pouvoirs, propres à la subordination personnelle. À défaut, comme dans l'arrêt *Le Cab*²⁹³⁵, l'état de subordination ne peut être retenu²⁹³⁶. C'est donc bien la subordination personnelle qui achève l'admission d'un état de subordination²⁹³⁷ en l'état du droit positif. Néanmoins, la recherche d'un service organisé a été évoquée presque systématiquement dans les contentieux devant les juges du fond²⁹³⁸. Deux décisions de la cour d'appel de Paris ont même laissé penser que le service organisé par la plateforme était un élément constitutif de la subordination²⁹³⁹. Pour un auteur, l'étude des décisions des juges du fond conduit à constater que le service organisé est érigé « en préalable à la contestation de la réalité de l'indépendance du travailleur »²⁹⁴⁰.

668. L'intégration à un service organisé peut avoir une double compréhension : outre la manifestation d'une subordination fonctionnelle, cet indice révèle un pouvoir de direction – tant cherché dans les analyses – dans son aspect de direction de l'activité des travailleurs²⁹⁴¹. Il traduit ainsi les deux facettes du pouvoir de direction de l'employeur : de l'activité et du personnel. Par ailleurs, le caractère unilatéral de l'organisation du travail par la plateforme avait

²⁹³³ N. AMAR et L.-C. VIOSSAT, *Les plateformes collaboratives, l'emploi et la protection sociale*, op. cit., p. 20.

²⁹³⁴ E. DOCKÈS, « Le salariat des plateformes à propos de l'arrêt TakeEatEasy », op. cit., p. 7.

²⁹³⁵ Cass. soc., 13 avril 2022, n° 20-14.870, *D. actu. 4 mai 2022, obs. Couëdel* ; *D. 2022. 796* ; *Dr. soc. 2022. 522, obs. Radé* ; *RJS 6/2022, n° 343* ; *JSL 2022, n° 544, obs. Lhernould* ; *JCP 2022. 565, obs. Dedessus-Le-Moustier* ; *JCP S 2022. 1137, obs. Loiseau*, op. cit.

²⁹³⁶ C. RADÉ, « Plateformes et contrat de travail : l'équation imparfaite », op. cit.

²⁹³⁷ L'auteur estime, par ailleurs, que cette décision illustre la coexistence de « deux modèles en matière de subordination juridique qui fonctionnent de manière autonome, celui du service organisé par l'employeur, l'autorité de ce dernier s'exprimant au travers du contrôle exercé sur l'organisation du service, et celui de la subordination plus classique qui présente un caractère résolument individuel et qui se vérifie au travers du triptyque direction/contrôle/sanction », C. RADE, « Plateformes et contrat de travail : l'équation imparfaite », op. cit., p. 522.

²⁹³⁸ L. THOMAS, « Le travail en lien avec les plateformes devant les juges du fond », op. cit.

²⁹³⁹ « Le lien de subordination se caractérise par l'accomplissement d'une prestation de 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 et ce dans le cadre d'une organisation dirigée », CA Paris, 8 octobre 2020, n° 18/05471 et n° 18/05469.

²⁹⁴⁰ L. THOMAS, « Le travail en lien avec les plateformes devant les juges du fond », op. cit.

²⁹⁴¹ V. *supra*, n° 92.

été également remarqué, par une liquidité du travail²⁹⁴², décrite de la manière suivante : « *on ouvre le robinet, le travail coule ; on ferme le robinet, le travail s'arrête* »²⁹⁴³. L'intégration à un service organisé permet ainsi de retranscrire une conception organisationnelle « *par lequel le pouvoir se définit par l'appartenance à l'organisation* »²⁹⁴⁴, se substituant, en partie, à une conception paternaliste du pouvoir caractérisé par l'obéissance.

669. L'exclusion du critère de la dépendance économique. En revanche, « *la chambre sociale a estimé qu'il n'était pas possible de s'écarter de [la définition de lien de subordination] désormais traditionnelle et a refusé d'adopter le critère de la dépendance économique suggéré par certains auteurs* »²⁹⁴⁵, et ce malgré la mention en ce sens de l'avocate générale²⁹⁴⁶. La Cour de cassation a tenu à ne pas s'écarter de la définition classique du lien de subordination pour que celle-ci soit également la plus proche de la notion de « *travailleur* » retenue en droit européen²⁹⁴⁷. Malgré tout, le fonctionnement de la plateforme et son organisation ont été pris en compte au soutien de l'exclusion de l'indépendance de ses chauffeurs. Et même plus, le fonctionnement, propre aux plateformes « cadres », se trouve être visiblement incompatible avec l'indépendance présumée de leurs « *partenaires* ».

B- L'exclusion du caractère indépendant de la relation

670. À côté des indices de la subordination, les juges ont étudié en creux la « *non-indépendance* » des travailleurs²⁹⁴⁸. Leur analyse s'attarde sur les éléments qui caractérisent l'indépendance, créant ainsi un faisceau d'indices parallèle. Encore rattachée à une vision classique de la subordination personnelle, l'analyse de la réalité de l'indépendant pourrait pourtant pleinement prendre corps dans la subordination fonctionnelle développée précédemment qui permettrait de compléter l'approche de l'état de subordination.

²⁹⁴² A. CHAIGNEAU et T. PASQUIER, « Capital, travail et entreprise numérique », *op. cit.*, p. 194.

²⁹⁴³ Entretien avec Maître Jean-Paul Teissonière, F. CHAMPEAUX, « Lorsque l'employeur est un algorithme, la subordination est violente », *SSL*, n° 1767, 2017, p. 9.

²⁹⁴⁴ P. LOKIEC, *Contrat et pouvoir*, *op. cit.*, p. 344.

²⁹⁴⁵ Note explicative de la Cour de cassation relative à l'arrêt n°374 du 4 mars 2020 (19-13.316).

²⁹⁴⁶ « Si la dépendance économique ne suffit pas à identifier un contrat de travail, des indices de dépendance économique participent à la preuve de la subordination », selon l'avis écrit du Premier avocat général.

²⁹⁴⁷ V. à ce sujet, *infra*, n° 858 et s.

²⁹⁴⁸ L. WILLOCX, « L'arrêt Uber, une conception mixte de la subordination », *op. cit.* ; A. FABRE, « Les travailleurs des plateformes sont-ils des salariés ? Premières réponses frileuses des juges français », *op. cit.*

671. La recherche de l'économie du contrat de travail a une fonction qualificative, qui permet de révéler qui supporte les risques de l'activité et qui bénéficie des profits. En fonction, le travailleur devra être considéré ou non comme un salarié²⁹⁴⁹. Pour renverser la présomption liée à l'inscription du chauffeur en tant qu'autoentrepreneurs²⁹⁵⁰, les juges observent les conditions dans lesquelles le chauffeur s'est inscrit sous ce statut. Le manque de décision libre quant au choix des partenaires de leur statut a été mis en exergue²⁹⁵¹. Il fut très justement indiqué que l'une des conditions de la constitution d'une entreprise indépendante est « *le libre choix que son auteur fait de la créer ou de la reprendre, outre la maîtrise de l'organisation de ses tâches, sa recherche de clientèle et de fournisseurs* »²⁹⁵². Or, ici, ce n'est pas le cas. Le défaut d'indépendance devient alors le point de départ de la requalification²⁹⁵³. Le travailleur ne fixe ni le tarif ni les conditions d'exercice de la prestation de transport, l'ensemble de l'activité étant régi par la plateforme « cadre »²⁹⁵⁴. Les juges ont développé un faisceau d'indices parallèle de ce qu'est censé être un véritable travailleur indépendant²⁹⁵⁵. Le fonctionnement propre aux plateformes « cadres »²⁹⁵⁶, se trouve être visiblement incompatible avec l'indépendance présumée de leurs « partenaires ». L'encadrement de la prestation de travail a été analysé comme exclusif d'une réelle indépendance (1). De plus, des critères propres à la définition de ce qu'on entend par travailleur indépendant comme la constitution d'une clientèle propre (2) ou la fixation de ses propres tarifs (3) n'ayant pas été constatée, il a pu être considéré, dans certains cas, que l'indépendance était fictive.

1- Un encadrement exclusif d'une organisation propre

672. La nature du fonctionnement de la plateforme excluant toute indépendance. La cour d'appel de Paris, dans le cas d'*Uber*, avait déjà pris en compte, le fonctionnement de la plateforme. Elle avait relevé que le travailleur s'inscrivait dans une offre de service déjà

²⁹⁴⁹ T. PASQUIER, *L'économie du contrat de travail : conception et destin d'un type contractuel*, *op. cit.*, p. 107.

²⁹⁵⁰ Art. L. 8221-6 C. trav.

²⁹⁵¹ V. *supra*, n° 585.

²⁹⁵² Cass. soc., 4 mars 2020, n° 19-13.316, *D.* 2020. 490 ; *Dr. soc.* 2020. 374, *obs. Antonmattei* ; *RDT* 2020. 328, *note Willocx* ; *RJS* 5/2020, n° 223 ; *SSL* 2020, n° 1899, p. 2, *obs. Champeaux, Entretien Huglo* ; *JCP S* 2020. 1080, *obs. Loiseau, op. cit.*

²⁹⁵³ B. KRIEF, « En étant un travailleur « contraint », le chauffeur Uber devient un salarié », *op. cit.*

²⁹⁵⁴ J.-P. LHERNOULD, « Les plateformes électroniques de mise en relation rattrapées par le salariat », *op. cit.*, p. 5.

²⁹⁵⁵ J.-P. CHAUCHARD, « Qu'est-ce qu'un travailleur indépendant ? », *op. cit.*

²⁹⁵⁶ V. *supra*, n° 511.

existante et qu'il était « loin de décider librement de l'organisation de son activité, de rechercher une clientèle ou de choisir ses fournisseurs [il intégrait alors] un service de prestation de transport créé et entièrement organisé par la société Uber BV, qui n'existe que grâce à cette plateforme »²⁹⁵⁷. Dans le courant de ce qu'a pu trancher la CJUE²⁹⁵⁸, les juges avaient considéré que la plateforme « seule centralise toutes les demandes de prestations de transport et les attribue, en fonction des algorithmes de son système d'exploitation, à l'un ou l'autre des chauffeurs connectés ». Déjà dans ses conclusions, lors de l'affaire *Elite Taxi contre Uber*²⁹⁵⁹, l'avocat général évoquait que « les chauffeurs qui roulent dans le cadre de la plateforme Uber n'exercent pas une activité propre qui existerait indépendamment de cette plateforme. Au contraire, cette activité peut exister uniquement grâce à la plateforme, sans laquelle elle n'aurait aucun sens »²⁹⁶⁰. Le chauffeur s'intègre alors dans un service exclusivement organisé et contrôlé par la plateforme.

673. Fort de ce constat, la Cour de cassation n'a pas manqué, elle aussi, de confirmer l'observation de l'absence de clientèle propre et l'impossibilité du chauffeur de fixer ses propres tarifs. Dans le cadre de l'organisation du travail par la plateforme, celle-ci interdit aux chauffeurs « pendant l'exécution d'une course réservée via l'application Uber de prendre en charge d'autres passagers en dehors du système Uber ». Or, « l'exécution de l'activité libérale suppose une liberté certaine, la mise en œuvre d'une compétence particulière, le respect des règles de l'art et de principes déontologiques propres à chaque profession, tous éléments qui n'autorisent pas l'immixtion du donneur d'ouvrage et pourraient caractériser l'indépendance »²⁹⁶¹. Ici, l'absence de liberté de fixer ses propres conditions d'exécution de la prestation de service a conduit la Cour de cassation à conclure que « le statut de travailleur indépendant du chauffeur était fictif »²⁹⁶². Une conclusion « incisive » qui laisse penser que ce n'est pas seulement le statut d'autoentrepreneur qui est impropre à l'aune de l'encadrement

²⁹⁵⁷ CA Paris, 10 janvier 2019, n° RG 18/08357, *RJS* 3/2019, n° 144 ; *JSL* 2019, n° 470-1, obs. Lhernould ; *Com. com. électr.* 2019. *Comm.* 17, obs. Loiseau ; *AJC* 2019. *Actu.* 53 ; *AJ Contrat* 2019. 53, obs. X. D. ; *Dalloz IP/IT* 2019. 186, obs. J. Sénéchal, *op. cit.*

²⁹⁵⁸ CJUE, 20 décembre 2017, aff. C-434/15, *Asociacion Profesional Elite Taxi contre Uber Systems Spain SL*, D. 2018. 934, note Balat ; *ibid.* Pan. 1413, obs. Kenfack ; *AJDA* 2018. 329, obs. Bonneville, Broussy, Cassagnabère et Gänser ; *RTD eur.* 2018. 147, obs. Grand ; *JT* 2018, n° 205, p. 12, obs. X. D. ; *RDT* 2018. 150, note Gomes ; *CCE* 2018, n° 11, obs. Loiseau ; *EEL* 2018, n° 14, obs. Charles et Schweitzer ; *RLDI* févr. 2018. 17, note Bensoussan-Brulé et Martinez, *op. cit.*

²⁹⁵⁹ *Ibid.*

²⁹⁶⁰ Conclusions de l'Avocat Général, M. Maciej Szpunar, présentées le 11 mai 2017, Affaire C434/15, *Asociación Profesional Elite Taxi Contre, Uber Systems Spain SL.*, *op. cit.*, pt. 56.

²⁹⁶¹ J.-P. CHAUCHARD, « Qu'est-ce qu'un travailleur indépendant ? », *op. cit.*

²⁹⁶² Note explicative de la Cour de cassation relative à l'arrêt n°374 du 4 mars 2020 (19-13.316).

particulièrement restrictif de la plateforme, mais qu'il est même « *injustifié* », ce, sans que la plateforme ne puisse l'ignorer²⁹⁶³.

2- L'exclusivité avec la plateforme « cadre » : l'absence de constitution de clientèle propre

674. L'existence d'une exclusivité. Dans le cadre de l'organisation du travail par la plateforme, *Uber* a pu interdire aux chauffeurs « *pendant l'exécution d'une course réservée via l'application Uber de prendre en charge d'autres passagers en dehors du système Uber* ». Lors d'affaires similaires, les juges avaient accordé une importance à l'absence de clause d'exclusivité. C'est notamment ce qui avait empêché la requalification du livreur pour les juges de la cour d'appel de Paris, lors de l'affaire *Take Eat Easy*²⁹⁶⁴. Or si l'absence d'une telle clause n'empêche pas une requalification, leur présence est à l'inverse un indice fort. Nonobstant une analyse nécessaire des conditions d'exécution de la prestation de travail, cela n'exclut pas un examen des clauses contractuelles elles-mêmes²⁹⁶⁵. Un tel examen peut ainsi révéler l'équilibre du contrat et les obligations de chacune des parties, permettant aux juges d'analyser l'économie du contrat ainsi que l'existence d'une subordination personnelle.

675. Il convient de préciser que désormais, les plateformes de mobilité ont la faculté d'adopter une charte au sein de laquelle elles peuvent préciser des règles qui « *garantissent le caractère non exclusif de la relation entre les travailleurs* »²⁹⁶⁶. Cela étant, la charte n'étant pas obligatoire, la stipulation d'une clause d'exclusivité n'est cependant directement prohibée que dans les domaines des transports de personnes depuis 2016²⁹⁶⁷.

676. L'absence de constitution d'une clientèle propre. Sous couvert de la protection des données des utilisateurs, les chauffeurs ne pouvaient pas conserver les informations

²⁹⁶³ G. LOISEAU, « Le droit du travail en boussole », *JCP S*, n° 12, 2020, 1080.

²⁹⁶⁴ Refus de requalification « *aux motifs que le coursier n'était pas lié à la plateforme numérique par aucun lien d'exclusivité ou de non-concurrence* », CA Paris, 20 avril 2017, n° 17/00511, *JurisData* n° 2017-007491 ; *CCE* 2017, *comm.* 71, *note* G. Loiseau.

²⁹⁶⁵ « *Si la qualification intéresse le pouvoir en action, la source de ce pouvoir peut être, soit l'exercice de l'autorité par l'employeur, soit un ensemble de contraintes contractuelles qui ordonnent à la volonté du salarié.* », T. PASQUIER, *L'économie du contrat de travail : conception et destin d'un type contractuel*, *op. cit.*, p. 79.

²⁹⁶⁶ Art. L. 7342-9 C. trav.

²⁹⁶⁷ Loi n° 2016-1920 du 29 décembre 2016 relative à la régulation, à la responsabilisation et à la simplification dans le secteur du transport public particulier de personnes, *op. cit.* ; V. sur le sujet, G. LOISEAU, « La protection contractuelle des travailleurs des plateformes », *op. cit.*

personnelles des passagers pour les contacter par la suite²⁹⁶⁸. Cette interdiction empêche le développement d'une clientèle propre²⁹⁶⁹, en dehors de l'intermédiaire de la plateforme. Malgré la régulation sociale de l'activité des travailleurs des plateformes « cadres », l'absence de possibilité de constituer une clientèle persiste. Nonobstant l'absence d'obligation pour la plateforme de promouvoir une telle constitution, elle devrait à tout le moins ne pas l'empêcher, pour préserver la réalité de l'indépendance des travailleurs.

677. À cet égard, un parallèle peut être fait avec le cas des avocats-collaborateurs. La qualification juridique de certains avocats-collaborateurs a pu être celle du salariat dès lors que les conditions d'exercice, au sein du cabinet, ne leur permettaient pas de constituer effectivement une clientèle propre²⁹⁷⁰. Dans le cas des avocats, la possibilité de la constitution d'une clientèle propre constitue le critère déterminant d'une possible requalification de leur contrat de collaboration en contrat de travail. Il a ainsi pu être souligné que la constitution d'une clientèle est l'un des éléments caractéristiques de l'indépendance²⁹⁷¹. Un élément supplémentaire qui en exclut les travailleurs de plateforme « cadre ».

3- L'absence de fixation du prix au sein des plateformes de mobilité

678. L'impossibilité de fixer le prix par le travailleur. Aux deux premiers points, il s'ajoute l'impossibilité pour le travailleur de fixer le prix de sa prestation. Les chauffeurs, par exemple d'*Uber* ou de *Bolt*, ne fixent pas librement ses tarifs, qui sont imposés par la plateforme, qui se réservait même la possibilité de les ajuster²⁹⁷². Une fois encore, l'omniprésence de la plateforme dans la relation et les conditions d'exécution de la prestation de service a constitué un indice

²⁹⁶⁸ « Elle a constaté qu'il n'était pas libre de se constituer une clientèle propre puisqu'il avait interdiction de traiter les données personnelles des passagers sans la permission de la plate-forme, de contacter un passager ou collecter, enregistrer, stocker, donner l'accès ou utiliser les données personnelles fournies par le passager ou accessibles via l'App Bolt et de conduire dans son véhicule d'autres passagers que le client et les personnes accompagnant le client », Cass. soc., 15 mars 2023, n° 21-17.316.

²⁹⁶⁹ B. KRIEF, « En étant un travailleur « contraint », le chauffeur Uber devient un salarié », *op. cit.*

²⁹⁷⁰ Cass. 1^{re} civ., 14 mai 2009, n° 08-12.966, *D.* 2009. *AJ* 1488, obs. Avena-Robardet ; *RDT* 2009. 505, obs. Lévy-Amsallem, *op. cit.*

²⁹⁷¹ J.-P. CHAUCHARD, « Qu'est-ce qu'un travailleur indépendant ? », *op. cit.*

²⁹⁷² Un point particulièrement développé lors CA Paris, pôle 6, ch. 2, 10 janvier 2019, n° RG 18/08357, *RJS* 3/2019, n° 144 ; *JSL* 2019, n° 470-1, obs. Lhernould ; *Com. com. électr.* 2019. *Comm.* 17, obs. Loiseau ; *AJC* 2019. *Actu.* 53 ; *AJ Contrat* 2019. 53, obs. X. D. ; *Dalloz IP/IT* 2019. 186, obs. J. Sénéchal ; V. également, « la société se réservant le droit d'ajuster le tarif en cas de violation du choix d'un trajet plus court », Cass. soc., 15 mars 2023, n° 21-17.316.

probant du manque d'indépendance des chauffeurs pour les juges de la Cour de cassation²⁹⁷³. Le travailleur ne peut, en effet, pas définir la stratégie économique de son activité, étant privé du premier élément à son établissement : la possibilité de choisir et de fixer ses prix.

679. Il est possible de faire ici un parallèle avec la situation des franchisés dont la question du prix revêt une importance toute particulière. Il est, en effet, prohibé toute pratique qui aurait comme conséquence que le franchisé se voit imposer un prix de la part du franchiseur. Une telle interdiction vise à garantir la réalité de l'indépendance du franchisé, qui peut notamment se saisir de l'article L. 7321-2 du Code du travail pour obtenir la requalification de son contrat de franchise. Le recours à cet article présente l'avantage de pouvoir bénéficier d'une partie des dispositions du droit du travail, sans avoir à apporter la preuve d'un lien de subordination juridique²⁹⁷⁴. Autrement dit, il permet « *d'appréhender la subordination économique du franchisé, sans qu'il soit nécessaire de démontrer une subordination juridique* »²⁹⁷⁵. À cet égard, la chambre sociale de la Cour de cassation a pu adopter une appréciation assez compréhensive. Dans la célèbre série d'arrêts *France Acheminement*, la Haute juridiction a considéré que si le distributeur se trouve dans l'impossibilité de pratiquer une politique commerciale personnelle de prix, dès lors que « *les tarifs étaient imposés par [la société franchiseuse] qui encaissait directement les factures de la clientèle* », même si aucun prix de revente des produits ou de fourniture de ses services ne lui est contractuellement imposé, il était possible de constater l'existence d'un « *prix imposé* »²⁹⁷⁶. Une telle lecture permet de lutter contre les « *externalisations sauvages* » ainsi que les « *tentatives de contournement des règles protectrices* » en révélant la réelle économie du contrat²⁹⁷⁷. Pour autant, certains auteurs ont appelé à la sagesse et à la prudence des juges dans la mise en œuvre des critères pour que ces dispositions ne deviennent pas « *une machine infernale* »²⁹⁷⁸. À tout le moins, la pratique des prix imposés est un signe de manque d'autonomie, requis par l'article L. 7321-2 du Code du

²⁹⁷³ V. *contra*, CA Paris, 7 avril 2021, n° 18/02846.

²⁹⁷⁴ V. à ce sujet, A. RIERA, *Contrat de franchise et droit de la concurrence*, thèse, Université de Perpignan, 2013, p. 82 et s.

²⁹⁷⁵ *Ibid.*, p. 87.

²⁹⁷⁶ Cass. soc., 4 décembre 2001, n° 99-43.440 ; Cass. soc., 4 décembre 2001, n° 99-44.452, *GADT*, 4e éd., n° 5 ; *Dr. soc.* 2002. 158, obs. *Jeammaud* ; *RJS* 2002. 190, n° 241 ; Cass. soc., 4 décembre 2001, n° 99-41.265, *D.* 2002. 1934, note *Kenfack* ; *LPA* 11 avr. 2002, note *Picca et Sauret* ; *CCC* 2002, n° 55, obs. *Leveneur* ; *JCP* 2002. I. 148, n° 20, obs. *Constantin* ; *LPA* 26 mars 2003, obs. *Jault*.

²⁹⁷⁷ F. DOROY, « La vérité sur le faux travail indépendant », *op. cit.*

²⁹⁷⁸ A. CONSTANTIN, « Requalification d'un contrat de franchise en contrat de travail », *JCP G*, n° 27, 2002, I, 148.

travail et qui présente une influence notable en matière de requalification en contrat de travail²⁹⁷⁹.

680. La caractérisation de la fictivité. L'approche « *organisationnelle* »²⁹⁸⁰ de l'activité de la plateforme, de la part des juges, sembla marquer le point de départ préalable de la reconnaissance de l'existence d'un lien de subordination. Outre le fait qu'il ne s'agisse pas du bon régime à appliquer à ces travailleurs, par la mention du caractère « *fictif* » du statut d'indépendant, la Cour de cassation suggère que le recours au statut d'indépendant est injustifié²⁹⁸¹. La fictivité²⁹⁸² se définit comme étant un « *procédé technique qui permet de considérer comme existante une situation manifestement contraire à la réalité* ». En ce sens, la fictivité est toujours en creux dans l'opération de qualification juridique, car il s'agit de donner aux faits leur exacte qualification juridique²⁹⁸³. Cette fictivité ressort d'autant plus dans l'expression nouvelle des pouvoirs de la plateforme numérique de travail.

681. L'organisation de l'indépendance des travailleurs de plateforme de mobilité par le législateur. Dès lors, le législateur a apporté des garanties aux travailleurs des plateformes de mobilité, pour justement garantir leur indépendance²⁹⁸⁴. C'est ainsi que la loi assure, notamment, qu'ils puissent choisir leur plage horaire librement²⁹⁸⁵, qu'ils aient la possibilité de refuser des propositions de mission²⁹⁸⁶, qu'ils soient informés de la destination et que soit garanti un prix minimum. Le respect de l'ensemble de ces règles par les plateformes de mobilité est de nature à réduire considérablement les possibilités de requalification²⁹⁸⁷. Si les travailleurs de plateformes ne peuvent toujours pas constituer une clientèle propre et n'ont pas la possibilité de fixer leurs tarifs, il sera néanmoins plus difficile de caractériser une subordination personnelle. C'est là où la subordination fonctionnelle, ainsi que l'analyse autour de la définition de l'indépendance, ont toute leur pertinence dans un contexte où le législateur organise le maintien d'un statut qui ne correspond pas à la réalité.

²⁹⁷⁹ A. RIERA, *Contrat de franchise et droit de la concurrence*, *op. cit.*, p. 87.

²⁹⁸⁰ S. ABDELNOUR et D. MÉDA, *Les nouveaux travailleurs des applis*, *op. cit.*, p. 87.

²⁹⁸¹ G. LOISEAU, « Le droit du travail en boussole », *op. cit.*

²⁹⁸² L. WILLOCX, « L'arrêt Uber, une conception mixte de la subordination », *op. cit.*

²⁹⁸³ T. PASQUIER, « Le travailleur, l'entreprise et la plateforme numérique. Quel encadrement juridique pour le pouvoir privé numérique ? », *op. cit.*, p. 13.

²⁹⁸⁴ V. également à ce sujet, *supra*, n° 549 et s.

²⁹⁸⁵ Art. L. 1326-4 C. transp.

²⁹⁸⁶ Art. L. 1326-2 C. transp.

²⁹⁸⁷ G. LOISEAU, « Le droit tourmenté des travailleurs de plateformes », *op. cit.*

682. Conclusion de section. Il y a une certaine indifférence du régime sous lequel s'est inscrit le travailleur du numérique. Il n'échappe pas à la réalité de son véritable statut social, malgré la présomption d'indépendance qui existe et qui a été renforcée par le législateur pour les travailleurs de plateforme « cadre », conformément au principe d'indisponibilité du contrat de travail. Le juge conserve sa liberté et son autonomie dans son pouvoir de qualification²⁹⁸⁸. À cet égard, la subordination personnelle des travailleurs de plateforme de mobilité a pu être constatée à plusieurs reprises. L'exercice des pouvoirs de direction, de contrôle et de sanction, propres à un employeur, a pu être observé par les juges. Il convient cependant de relever que si la mise en œuvre d'une géolocalisation a pu être particulièrement commentée, c'est l'exercice d'un pouvoir disciplinaire qui semble marquer un point de bascule dans la reconnaissance d'un état de subordination dans le cas des travailleurs de plateforme. Parallèlement au recours classique au faisceau d'indices d'un état de subordination, les juges ont également pris le temps d'exclure l'indépendance du travailleur, avec la mise en œuvre d'un faisceau d'indices conjoint. Un second temps riche d'enseignements, qui pourrait alimenter la prise en compte de la subordination fonctionnelle dans l'appréhension de l'état de subordination. Si la subordination personnelle a ainsi été caractérisée, il convient néanmoins de relever que les plateformes renouvellent les formes d'expression du pouvoir, ce qui explique la difficulté *a priori* de la reconnaissance d'un état de subordination.

Section 2 : Les nouvelles formes d'expression du pouvoir par la plateforme de travail

683. Au-delà des seules plateformes « cadres », nous sommes face à de nouvelles expressions du pouvoir, qui sont plus indirectes, plus insidieuses et qui relèvent davantage du domaine de l'incitation²⁹⁸⁹. Cette expression va, par ailleurs, de pair avec la confusion qui est entretenue

²⁹⁸⁸ V. par exemple, Cass. 2ème civ., 7 juillet 2016, n° 15-16.110, *D. actu. 7 sept. 2016, obs. Cortot ; D. 2016. Actu. 1574 ; Dr. soc. 2016. 859 ; RJS 11/2016, n° 722 ; JCP E 2016. 1462, obs. Taquet, op. cit.*

²⁹⁸⁹ À ce sujet, Monsieur Antonio Casilli évoque une triple coordination, « *la coordination technique (par l'appariement algorithmique) et la coordination économique (par le truchement des incitations) s'accompagnent aussi d'une coordination systémique. Celle-ci peut être décrite comme la tendance des plateformes à constituer des écosystèmes, c'est-à-dire des environnements peuplés d'utilisateurs et d'entreprises qui résistent la production de la valeur et la responsabilité de l'innovation non pas à l'intérieur des établissements mères [...], mais dans des*

entre indépendance et autonomie. Il convient de faire croire au travailleur qu'il est autonome et même indépendant dans ses choix. La technique est utilisée pour occulter le pouvoir réel du décideur et à plutôt faire œuvre d'influence²⁹⁹⁰. En ce sens, la plateforme peut parfois proposer des primes aux travailleurs pour les encourager, par exemple, à livrer lors de plages horaires particulières où le marché est en tension, afin de répondre au mieux à la demande. Véritable régulateur de l'activité, la plateforme utilise également son algorithme et ses moyens de communication pour contrôler et adopter *in fine* un management²⁹⁹¹ algorithmique incitatif, qui est cependant « *quasi coercitif* », à l'égard de ses partenaires (§1). La réputation et le succès de la plateforme reposent sur la confiance des utilisateurs à qui elle confie le soin de noter les partenaires. Cette notation par étoiles constitue une nouvelle forme d'évaluation des travailleurs, porteuse de conséquences parfois néfastes pour les travailleurs (§2).

§1 : L'exercice d'une surveillance par un management algorithmique incitatif

684. L'algorithme a pu renforcer la prégnance des pouvoirs de la plateforme, en raison de sa structuration « *qui rapproche l'offre et la demande et organise l'activité* »²⁹⁹². Outre cette fonction d'ordonnancement, l'algorithme peut avoir, tout particulièrement chez les plateformes « cadres », une fonction de contrôle des travailleurs. L'algorithme permet de rendre automatique et systématique des actions programmées. Il serait finalement un facteur de renforcement de l'emprise de la plateforme sur ses travailleurs. Les plateformes exercent une gestion par une incitation automatisée des partenaires de la plateforme, qu'elle soit organisationnelle (A) ou financière (B).

réseaux étendus d'entités plus ou moins formalisés. », A.A. CASILLI, *En attendant les robots : enquête sur le travail du clic*, *op. cit.*, 2019, p. 78.

²⁹⁹⁰ P.-Y. VERKINDT, « Intelligence artificielle, travail et droit du travail », *op. cit.*, p. 307.

²⁹⁹¹ « *Son usage s'étant imposé, il faut bien faire avec ce terme qui désigne parfois des objets, parfois des individus, parfois des manières d'agir. [Nous l'entendrons, dans son dernier sens, comme manière d'agir] [...] On parle également de méthodes, de styles, d'actes de management autour de questions portant en particulier sur ce qui permet de s'assurer que des objectifs seront atteints, sur ce que l'on doit mettre en œuvre pour cela* », V. « Management », A. BEVORT, A. JOBERT, M. LALLEMENT et A. MIAS, *Dictionnaire du travail*, *op. cit.*, p. 439.

²⁹⁹² P. FLICHY, « Le travail sur plateforme », *op. cit.*, p. 176.

A- L'incitation automatisée comme modèle organisationnel

685. Le management algorithmique peut être défini à l'aide de cinq caractéristiques : « 1) une surveillance constante du comportement des travailleurs ; 2) une évaluation permanente de leurs performances à partir des évaluations des clients, mais aussi de l'acceptation ou du rejet de leur travail par les clients ; 3) une application automatique des décisions, sans intervention humaine ; 4) une interaction des travailleurs avec un "système" plutôt qu'avec d'autres êtres humains, ce qui les prive de la possibilité de faire part de leur ressenti ou de discuter et négocier avec leur responsable, comme ils pourraient en principe le faire dans l'univers hors ligne ; et 5) une faible transparence »²⁹⁹³. Autant de caractéristiques qui ne sont pas sans rappeler celles du lien de subordination, dans sa définition classique centrée autour des trois pouvoirs²⁹⁹⁴.

686. Cette nouvelle forme d'expression du pouvoir repose sur l'emploi d'un nouveau vocabulaire²⁹⁹⁵ – que l'on pourrait qualifier de novlangue²⁹⁹⁶ – ainsi que sur son automatisation par l'usage des algorithmes. Une méthode qui est commune à l'ensemble des plateformes numériques de travail, érigée comme un modèle d'organisation de leur relation avec leur partenaire (1). Cependant, la nature incitative de ce modèle se révèle être quasi coercitive par les conséquences – qui sont indirectes, ce qui explique notre emploi du terme « *quasi* » – qui existent si les partenaires n'exécutent pas l'action attendue par l'incitation (2).

²⁹⁹³ OIT, *Les plateformes de travail numérique et l'avenir du travail : pour un travail décent dans le monde en ligne*, op. cit., p. 10. L'étude reprend les travaux de Mareike Möhlmann et Lior Zalmanson, V. M. MÖHLMANN et L. ZALMANSON, « Hands on the wheel : Navigating algorithmic management and Uber driver's autonomy », Proceedings of the International Conference on Information Systems (ICIS), 10-13 décembre. 2017, Séoul.

²⁹⁹⁴ V. en ce sens, M. PEYRONNET, « Du management algorithmique au recrutement par algorithme : le rôle des données », op. cit.

²⁹⁹⁵ Sur ce point, Pierre Bourdieu soutenait déjà qu'« on ne devrait jamais oublier que la langue [...] en produisant la représentation collectivement reconnue et ainsi réalisée de l'existence, est sans doute le support par excellence du rêve de pouvoir absolu », P. BOURDIEU, *Ce que parler veut dire. L'économie des échanges linguistiques*, Fayard, 1982, p. 21.

²⁹⁹⁶ Au sens orwellien, G. ORWELL, 1984, Folio, 1990 ; L'auteur soulignait « quand il y a un fossé entre les objectifs réels et les objectifs déclarés, on a presque instinctivement recours aux mots interminables et aux locutions rabâchées, à la manière d'une seiche qui projette son encre », G. ORWELL, *La politique et la langue anglaise (1946)*, trad. A. KRIEF, B. PECHEUR et J. SEMPRUN IVREA, Encyclopédie des Nuisances, 2005, p. 13-14 ; aujourd'hui, les expressions sont plutôt renouvelées que rabâchées, néanmoins, cette citation n'a pas perdu d'actualité. V. également, en ce sens, J. PRASSL, *L'ubérisation du travail*, op. cit., p. 51.

1- Un nouveau modèle organisationnel

687. Avant d'étudier en quoi consiste ce modèle organisationnel (b), il convient de définir ce que l'on entend par incitation (a).

a) *La définition délicate de l'incitation*

688. L'incitation. Il est d'usage de distinguer d'une part les encouragements à agir, qui relèveraient de l'incitatif et d'autre part les règles qui, au contraire, visent à empêcher un comportement désigné comme étant prohibé²⁹⁹⁷. Cette distinction conduit à considérer que l'incitation ne concerne que l'exhortation à faire et non pas celle à ne pas faire. *A contrario*, la règle ne pourrait concerner que les comportements à proscrire et non ceux à exécuter. À ce sujet, nous rejoignons le constat selon lequel cette distinction est inopérante²⁹⁹⁸. Nombreux sont les exemples qui démontrent qu'une règle peut inciter à agir. Pour illustration, le droit du travail enjoint l'employeur à mener des actions de prévention pour garantir la santé et la sécurité de ses travailleurs²⁹⁹⁹. En somme, l'incitation, tout comme la règle, peuvent concerner aussi bien des actions que des comportements à proscrire.

689. La coercition comme critère de distinction. La véritable distinction entre les deux tient dans les conséquences de la non-réalisation du comportement attendu, qu'il soit positif ou négatif. Dès lors qu'une sanction « *négative* » contraint le comportement, cela caractérise la règle de droit, comme le soulignait Hans Kelsen³⁰⁰⁰. Selon l'auteur, l'ordre juridique s'assimile à une contrainte. Il est tout à fait indifférent qu'une sanction positive, autrement dit une récompense³⁰⁰¹, soit octroyée en cas d'adoption de la conduite désirée³⁰⁰². La distinction entre la règle et l'incitation ne concerne pas la récompense. Cette dernière est nécessaire, comme

²⁹⁹⁷ J. CHEVALLIER, « La juridicisation des préceptes managériaux », *Politiques et Management Public*, vol. 11, n° 4, 1993, p. 124.

²⁹⁹⁸ O. LECLERC et T. SACHS, « Gouverner par les incitations. La diffusion d'une logique incitative dans le droit du travail », *Revue Française de Socio-Économie*, Hors-série, n° 2, 2015, p. 173.

²⁹⁹⁹ Art. L. 4121-1 C. trav. ; V. *supra*, n° 206.

³⁰⁰⁰ H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, LGDJ, 1999, p. 66.

³⁰⁰¹ « Toute décision prise par l'employeur à la suite ou en vue d'un acte du salarié, considéré par l'employeur comme méritant », P.-E. BERTHIER, *La récompense en droit du travail : contribution à l'étude du pouvoir de l'employeur*, *op. cit.*, p. 33.

³⁰⁰² *Ibid.*, p. 8.

l'avait souligné Noberto Bobbio, à la « *fonction promotionnelle* »³⁰⁰³. Une telle fonction correspond au moyen de l'incitation et qui peut également correspondre à la règle de droit³⁰⁰⁴ dans une double dimension : sanction et récompense³⁰⁰⁵.

690. Pour Noberto Bobbio, l'État devrait aller au-delà de sa fonction répressive vers une fonction protectrice promotionnelle en élaborant des règles qui auraient pour objet de promouvoir une conduite. Ces règles concerneraient les rapports entre l'État et ses citoyens, mais également les rapports économiques privés. Cette vision conduit à dépasser la vision de l'ordre juridique comme un ordre uniquement de contrainte³⁰⁰⁶. L'auteur évoquait à ce titre un phénomène d'incitation, qui correspond à « *un énoncé par lequel le législateur tente d'obtenir des destinataires d'une règle qu'ils adoptent une conduite socialement utile et désirée* »³⁰⁰⁷. Trois opérations étaient alors identifiées pour atteindre la fin voulue : celles de rendre l'action désirée « *nécessaire, facile ou avantageuse* »³⁰⁰⁸.

691. L'incitation implique néanmoins que l'individu demeure libre de réaliser ou non l'action encouragée. Il peut, certes, exister une pression morale, permettant ainsi l'obtention d'une récompense en cas de réalisation de l'incitation, cependant aucune coercition n'est censée venir s'exercer. Or, si une répression vient à encadrer cette incitation alors celle-ci, à notre sens, perd sa dimension incitative pour devenir une règle coercitive. C'est donc bien la réaction de l'algorithme face au refus de suivre les recommandations ou le comportement escompté qui détermine sa réelle qualification³⁰⁰⁹.

b) Le management incitatif : la surveillance par l'influence des comportements

692. Le management incitatif. « *Êtes-vous sûr de vouloir vous déconnecter ?* » est la question qui apparaît au moment de la déconnexion de l'application *Uber*³⁰¹⁰. Deux possibilités de

³⁰⁰³ N. BOBBIO, *Essai de théorie du droit*, LGDJ, coll.« La pensée juridique », 1998, p. 65.

³⁰⁰⁴ V. « Règle de droit », D. ALLAND et S. RIALS, *Dictionnaire de la culture juridique*, op. cit., p. 1326.

³⁰⁰⁵ M. FOUCAULT, *Surveiller et punir*, op. cit., p. 127 ; P.-E. BERTHIER, *La récompense en droit du travail*, op. cit., p. 6-7.

³⁰⁰⁶ N. BOBBIO, *Essai de théorie du droit*, op. cit., p. 65.

³⁰⁰⁷ P.-E. BERTHIER, *La récompense en droit du travail*, op. cit., p. 8.

³⁰⁰⁸ N. BOBBIO, *Essai de théorie du droit*, op. cit., p. 74.

³⁰⁰⁹ M. PEYRONNET, « Du management algorithmique au recrutement par algorithme : le rôle des données », op. cit.

³⁰¹⁰ L. BUCHANAN et A. SESHAGIRI, « How Uber Uses Psychological tricks to push its drivers' buttons », *New York Times*, 2 avril 2017.

réponse sont proposées : « *se déconnecter* » ou « *continuer de conduire* », sachant que seule la deuxième réponse est soulignée. Autant d'incitations à rester connecter, que ce soit par des biais psychologiques ou économiques, que l'algorithme automatise pour améliorer, autant que possible, le rendement des travailleurs de la plateforme. Dès lors, il est possible d'évoquer l'existence d'un management algorithmique³⁰¹¹. De plus, le vocabulaire a été soigneusement choisi pour ne faire aucune référence au droit du travail. Les travailleurs sont des « *fournisseurs* » et ils ne sont pas licenciés, ils sont « *déconnectés* ». Des éléments de langage qui sont listés et pensés par les plateformes³⁰¹².

693. La plateforme organise les tâches à effectuer. De cet ordonnancement de la plateforme, l'on peut en déduire l'existence d'une sujétion directe³⁰¹³. Par sa nature et ses choix organisationnels, la plateforme se présente comme l'organisateur central de la mise en relation³⁰¹⁴. Dans ce cadre, celle-ci exprime son pouvoir de façon plus diffuse et subtile par l'incitation. Les plateformes « *ne cherchent [...] pas à contraindre les comportements mais à les orienter, via les incitations, vers une finalité managériale. Il s'agit d'une forme plus subtile d'exercice du pouvoir, qui repose sur l'aspiration des [travailleurs] à se penser autonome* »³⁰¹⁵. Par cette subordination fonctionnelle, elle va pouvoir mettre en œuvre une subordination personnelle, mais ce, de manière diffuse et la plus indirecte possible. Dans ce cadre, l'algorithme sert alors d'intermédiaire à la direction³⁰¹⁶.

694. L'incitation automatique. Comme nous avons pu le voir précédemment, les plateformes « cadres » peuvent envoyer des messages automatiques à leurs « partenaires » pour les inciter à poursuivre leur activité. Sur la plateforme *Uber*, « *lorsqu'un chauffeur n'accepte pas trois sollicitations, il reçoit automatiquement sur son smartphone le message suivant : « Êtes-vous*

³⁰¹¹ Le management algorithmique peut se définir comme étant la mise en place d'un environnement de travail dans lequel « *des emplois humains sont attribués, optimisés et évalués par l'intermédiaire d'algorithme et de données de suivies* », L. DABBISH, D. KUSBIT, K. LEE et E. METSKY, *Working with machines : The impact of algorithmic and data-driven management on human workers*, Séoul, CHI'15 - Proceedings of the Association for Computing Machinery (ACM) Conference on Human Factor in Computing Systems, 2015, p. 1603. Cité par OIT, *Les plateformes de travail numérique et l'avenir du travail : pour un travail décent dans le monde en ligne*, op. cit., p. 9.

³⁰¹² J. PRASSL, *L'ubérisation du travail*, op. cit., p. 69 et s.

³⁰¹³ A.A. CASILLI, *En attendant les robots*, op. cit., p. 255.

³⁰¹⁴ V. également en ce sens, *supra*, n° 564 et s.

³⁰¹⁵ S. GALIERE, « De l'économie collaborative à "l'ubérisation" du travail : les plateformes numériques comme outils de gestion des ressources humaines », @GRH, n° 27, février 2018, p. 43.

³⁰¹⁶ V. *supra*, n° 590 et s. ; « *les systèmes algorithmiques des PFNT assument un rôle de gestionnaire, voire de pouvoir, qui était auparavant du ressort des cadres moyens ou supérieurs* », C. SYBORD, « Le management algorithmique des plateformes numériques : de ses origines aux pratiques d'aujourd'hui », dans *Regards croisés sur le travail et le microtravail de plateforme*, Mare & Martin, 2023, p. 258.

encore là ? Vous ne semblez pas avoir accepté de commandes depuis un moment ? »³⁰¹⁷. Cette programmation, qui entraîne un contrôle indirect, s'appuie sur des ressorts psychologiques des conducteurs pour essayer d'orienter leur comportement³⁰¹⁸. Le pouvoir de direction et de contrôle se déplace en laissant le choix au partenaire de poursuivre ou non sa connexion sur la plateforme, tout en opérant une automatisation de l'incitation³⁰¹⁹. Pour une illustration complémentaire, la plateforme de micro-travail *Clic and Walk* envoie également des notifications impératives aux micro-travailleurs inscrits : « *Connecte-toi !* », « *Clique ici* », « *Accepte cette tâche* »³⁰²⁰. La formulation d'injonctions constitue une forme de management automatisé, qui apparaît comme étant commune aux plateformes numériques de travail³⁰²¹. Cependant, s'agit-il toujours d'une incitation dès lors qu'une sanction est prévue en cas d'absence de réalisation du comportement attendu ?

2- Une incitation « quasi » coercitive

695. Une surveillance systématisée. L'envoi de ces messages à répétition a déjà pu être considéré comme une surveillance systématisée, caractéristique de la manifestation d'un contrôle permanent. À cet égard, en 2016, le tribunal londonien avait analysé la nature de ces messages conduisant au constat d'un contrôle, dont par exemple le message suivant : « *nous avons constaté que vous vous êtes éloignés de votre véhicule sans vous déconnecter de l'application et n'avons donc pas confirmé votre disponibilité ou non pour une course qui vous a été demandée ; certes, en tant que travailleur indépendant, vous avez l'absolue liberté de vous connecter ou non à tout moment ; cependant, le fait d'être connecté signifie que vous êtes*

³⁰¹⁷ CA Paris, 10 janvier 2019, n° RG 18/08357, *RJS 3/2019*, n° 144 ; *JSL 2019*, n° 470-1, obs. Lhernould ; *Com. com. électr. 2019. Comm. 17*, obs. Loiseau ; *AJC 2019. Actu. 53* ; *AJ Contrat 2019. 53*, obs. X. D. ; *Dalloz IP/IT 2019. 186*, obs. J. Sénéchal, *op. cit.*

³⁰¹⁸ G. BARGAIN, « Quel droit du travail à l'ère des plateformes numériques ? », *op. cit.*, p. 32 ; V. également sur les « *nudges* », *supra*, n° 380.

³⁰¹⁹ « *Un algorithme a été conçu pour envoyer aux conducteurs, alors même que leur course n'était pas terminée, une information concernant une opportunité d'une autre course et donc une autre facturation. Tout est fait pour que les conducteurs ne se déconnectent pas et pour les inciter à conduire encore* », G. BARGAIN, « Quel droit du travail à l'ère des plateformes numériques ? », *Lien social et Politiques*, n° 81, 2018, p. 32.

³⁰²⁰ A.A. CASILLI, *En attendant les robots*, *op. cit.*, p. 255.

³⁰²¹ « *Derrière ces algorithmes qui n'ont rien d'autosuffisants, d'autonomes, d'automates, derrière la géolocalisation, derrière l'écran du smartphone, il y a la plateforme elle-même qui contrôle, dirige, sanctionne* », M. JULIEN, « Le cadre juridique du travail de plateforme en France », dans *Regards croisés sur le travail et le microtravail de plateforme*, Mare & Martin, 2023, p. 50-51.

en situation d'accepter une course »³⁰²². En outre, pour les qualifier de « workers »³⁰²³, le tribunal avait relevé l'observation de données essentielles de la part de la plateforme, dont l'itinéraire des courses, le nom du client, les notes, qui relevaient d'un système de surveillance³⁰²⁴.

696. Une incitation « quasi » coercitive. De plus, les choix de se connecter, d'accepter ou non les missions sont faussement libres, car ceux-ci peuvent entraîner des conséquences, le taux d'acceptation étant comptabilisé³⁰²⁵ pour ordonner les propositions de mission et la poursuite de la relation avec le travailleur³⁰²⁶. Autrement dit, le système de classement joue un rôle sur la motivation du travailleur, dès lors que celui-ci présente nécessairement des conséquences quant à la visibilité du travailleur, dont sa réputation constitue son « capital social »³⁰²⁷. Certaines plateformes tiennent à jour une rubrique intitulée « taux d'annulation » pour chaque travailleur³⁰²⁸, qui est susceptible d'entraîner la « désactivation du partenaire » si ce taux dépasse la limite maximale, à l'instar du système mis en place par Uber³⁰²⁹. Subséquemment, ces incitations deviennent des ordres et manifestent de l'exercice d'un pouvoir omniscient de la part de la plateforme³⁰³⁰. L'algorithme est bien l'expression de pouvoirs, de direction, de contrôle et de sanction, qui est conçue pour rationaliser le comportement des partenaires de la plateforme afin qu'il soit conforme aux attentes stratégiques³⁰³¹.

697. Par son caractère indirect, nous pouvons parler d'une « quasi » - coercition. Ce constat d'un encadrement par la récompense, et surtout, l'existence de sanction négative indirecte en fonction de la réalisation du comportement attendu, nous conduit à constater une fausse

³⁰²² Employment Tribunals London, 28 octobre 2016, Uber London Ltd-Uber Britannia Ltd/Y. Aslam-J/ Farrar, cases n°2202550/2015 & Others.

³⁰²³ V. notamment à ce sujet, M. VICENTE, « Les coursiers Deliveroo face au droit anglais », *op. cit.* ; M. VICENTE, « Les chauffeurs Uber sont des travailleurs pour la juridiction suprême du Royaume-Uni », *op. cit.*

³⁰²⁴ P. LOKIEC et J. ROCHFELD, « Nouvelle surveillance, nouvelle subordination ? », *op. cit.*, p. 561.

³⁰²⁵ CNNum, *Travail à l'ère des plateformes. Mise à jour requise*, *op. cit.*, p. 38.

³⁰²⁶ V. *supra*, n° 649 et s.

³⁰²⁷ C. SYBORD, « Le management algorithmique des plateformes numériques : de ses origines aux pratiques d'aujourd'hui », *op. cit.*, p. 262.

³⁰²⁸ V. notamment à ce sujet, P. RÈME-HARNAY, « Comment les plateformes numériques accroissent la dépendance dans les relations de sous-traitance : le cas de la livraison à vélo », *Revue Française de Socio-Économie*, vol. 25, n° 2, 2020, p. 183.

³⁰²⁹ La charte de la communauté Uber stipulait que « les annulations rendent l'expérience du passager désagréable et ont aussi un impact négatif sur les autres chauffeurs. Nous comprenons que, parfois, un événement inattendu peut vous obliger à annuler une course précédemment acceptée. Cependant, un faible taux d'annulation est primordial pour la fiabilité du système et la satisfaction des passagers », Cass. soc., 4 mars 2020, n° 19-13.316, D. 2020. 490 ; Dr. soc. 2020. 374, obs. Antonmattei ; RDT 2020. 328, note Willocx ; RJS 5/2020, n° 223 ; SSL 2020, n° 1899, p. 2, obs. Champeaux, Entretien Huglo ; JCP S 2020. 1080, obs. Loiseau.

³⁰³⁰ Deliveroo a, par ailleurs, été condamné pour harcèlement moral, CA Paris, 6 juillet 2022, n° 20/01914.

³⁰³¹ B. GOMES, *Le droit du travail à l'épreuve des plateformes numériques*, *op. cit.*, p. 134.

incitation qui correspond davantage à l'exercice d'un véritable pouvoir. Ainsi l'affirmation selon laquelle « *le dépassement d'une conception purement contraignant du pouvoir en général et du pouvoir de l'employeur en particulier est-il nécessaire afin de le saisir dans toutes ses dimensions et d'en identifier l'ensemble des dangers* »³⁰³² doit être pleinement approuvée. À cet égard, les dangers du pouvoir de récompenser apparaissent également tout particulièrement dans le cas des incitations financières.

B- L'exercice d'une incitation financière par la plateforme

698. Dans un objectif d'attractivité de maintien de la fidélité de ses partenaires, la plateforme de travail, et tout particulièrement les plateformes « cadres », peut proposer des compléments de revenus conditionnés à la réalisation d'un objectif. Ces incitations financières sont indéniablement l'expression d'un pouvoir révélant une subordination personnelle (1), mais sont également porteuses de risques (2).

1- L'expression d'un pouvoir

699. Les incitations financières, signe de pouvoir. Le rapport de l'Institut Montaigne distingue trois catégories d'incitation financières : les bonus et compléments de revenus garantis, les bons conditionnels soumis aux aléas de l'offre et de la demande et les bonus potentiels (gamification du revenu)³⁰³³. L'ensemble de ces incitations financières font partie intégrante des choix de gestion des plateformes de travail. Elles révèlent une véritable direction de la part de la plateforme. La faculté de celle-ci d'attribuer des avantages relève de l'expression d'un pouvoir de récompenser³⁰³⁴. Comme le soulignait Emmanuel Gaillard, « *la faculté de décision est de l'essence même du pouvoir* »³⁰³⁵, et, ici, au travers de la programmation d'événements particuliers ou de son algorithme, la plateforme décide d'attribuer des compléments de rémunération. Bien que d'apparence contraire au pouvoir de sanctionner, il

³⁰³² P.-E. BERTHIER, *La récompense en droit du travail*, op. cit., p. 12.

³⁰³³ B. MARTINOT et L. VITAUD, *Travailleurs des plateformes : liberté oui, protection aussi*, op. cit., p. 89.

³⁰³⁴ P.-E. BERTHIER, *La récompense en droit du travail*, op. cit., p. 19.

³⁰³⁵ E. GAILLARD, *Le pouvoir en droit privé*, op. cit., p. 98.

implique néanmoins l'attribution d'une conséquence, autrement dit d'une sanction, à un comportement et n'exclut donc pas cette capacité à sanctionner. Le pouvoir de récompenser peut même impliquer une forme de sanction indirecte pour ceux qui sont exclus de cette récompense³⁰³⁶.

700. Fidélisation par l'incitation financière. De plus, l'incitation financière est un moyen de fidélisation des travailleurs. Selon la pyramide de Maslow³⁰³⁷, la sécurité financière appartient aux premiers besoins de l'individu. Sur le même modèle que les entreprises de travail temporaire, la capacité de fidélisation apparaît comme un avantage concurrentiel³⁰³⁸. Outre un attachement aux valeurs de l'organisation, à son mode d'organisation ou à son climat³⁰³⁹, la fidélité du travailleur peut s'attacher à son intérêt ou à une utilité personnelle, qu'elle soit matérielle ou financière³⁰⁴⁰. Cette fidélisation permet de constituer un « vivier » de travailleurs pour répondre à l'attente du marché et résister à la concurrence. Mais aussi, une meilleure implication du travailleur permet de prolonger l'influence de son comportement vers celui qui est attendu par la plateforme. La plateforme cherche à encourager un meilleur investissement des travailleurs dans leur activité³⁰⁴¹. Au-delà de la seule incitation financière, la plateforme peut également mettre en œuvre des stratégies de fidélisation, en valorisation l'implication des travailleurs les plus actifs. Par exemple, des plateformes de livraison ont mis en place un système d'ambassadeurs « *chargés de répondre aux questions des coursiers, de faire remonter les problèmes éventuellement rencontrés et de transmettre les messages de la plateforme* »³⁰⁴².

701. Il convient enfin de souligner que l'incitation financière s'inscrit dans un contexte de dépendance économique³⁰⁴³ de certains travailleurs vis-à-vis de la plateforme. La dépendance renforce tant l'attractivité de la récompense, que l'influence dans la réalisation des prestations. Cette dernière dimension révèle la nécessité d'encadrer ces pratiques et plaide également en la faveur d'une prise en compte de la dépendance économique conjoncturelle³⁰⁴⁴. Sans qu'il soit nécessaire que la dépendance ne soit plus qu'un indice de qualification du contrat de travail, les

³⁰³⁶ B. GOMES, *Le droit du travail à l'épreuve des plateformes numériques*, op. cit., p. 227.

³⁰³⁷ A.H. MASLOW, *A Theory of Human Motivation*, Wilder Publications, 2018.

³⁰³⁸ I. GALOIS et A. LACROUX, « Regards croisés sur la fidélisation des salariés intérimaires », op. cit., p. 53.

³⁰³⁹ Qui peut se retrouver particulièrement au sein des plateformes de micro-travail au travers des forums de discussion, V. *supra*, n° 539.

³⁰⁴⁰ L. LATARTE, *Le travail temporaire et la fidélisation des intérimaires sont-ils paradoxaux ?*, Gestion et management, Université de Reims, 2014, p. 23.

³⁰⁴¹ CNum, *Travail à l'ère des plateformes. Mise à jour requise*, op. cit., p. 34.

³⁰⁴² *Ibid.*

³⁰⁴³ V. *supra*, n° 579 et s.

³⁰⁴⁴ O. RIVOAL, « La dépendance économique en droit du travail », op. cit.

dérives liées à celle-ci démontrent la nécessité de la prendre en compte pour lutter contre ces abus. Ce, d'autant que les prix sont fixés par l'algorithme et que les modes de calcul demeurent opaques : « à travers la machine, on réintroduirait des rapports de dépendance »³⁰⁴⁵.

2- Les risques liés à l'incitation financière

702. Un risque pour la sécurité des travailleurs. Dans le cadre de concours ou d'événements exceptionnels, à l'instar de conditions météorologiques défavorables, la plateforme peut proposer, pour inciter le travailleur à se connecter, des bonus de rémunération par la réalisation d'un nombre de courses donné³⁰⁴⁶. En réaction à la méthode de rétribution à la course, suivant un certain délai, et à ces incitations financières, différentes enquêtes révèlent que les livreurs enfreignent régulièrement le Code de la route pour aller plus vite et obtenir davantage de primes financières³⁰⁴⁷.

703. N'étant pas soumis à la législation sociale, les objectifs fixés par la plateforme pour obtenir des bonus n'ont pas à répondre aux exigences de réalisme et de raisonabilité³⁰⁴⁸. Ainsi, elles peuvent parfois paraître inatteignables à moins que les travailleurs ne mettent leur sécurité en danger. Or, il convient de souligner que nous en revenons aux fonctions premières du droit du travail : la protection de la santé et de la sécurité des travailleurs³⁰⁴⁹. Ce qui souligne une nouvelle fois la nécessité d'un encadrement³⁰⁵⁰. Certes, une prise en charge des accidents peut être organisée par les plateformes de mobilité³⁰⁵¹, permettant de couvrir les secteurs les plus accidentogènes, mais celle-ci repose sur le volontarisme des travailleurs qui souhaitent se

³⁰⁴⁵ P. FLICHY, « Le travail sur plateforme », *op. cit.*, p. 198.

³⁰⁴⁶ A. AGUILERA, L. DABLANC et A. RALLET, « L'envers et l'endroit des plateformes de livraison instantanée. Enquête sur les livreurs micro-entrepreneurs à Paris », *Réseaux*, vol. 212, n° 6, 2018, p. 41.

³⁰⁴⁷ V. notamment en ce sens, *Ibid.*, p. 41-42.

³⁰⁴⁸ Cass. soc., 30 mars 1999, n°97-41.028, *D. 1999. IR 115* ; *RJS 1999. 398, n° 641, op. cit.* ; Cass. soc., 18 janvier 2012, n° 10-19.569, *op. cit.* ; Cass. soc., 31 janvier 2018, n° 16-22.287 ; Cass. soc., 16 mai 2018, n° 16-25.689.

³⁰⁴⁹ V. *infra*, n° 773 et s. ; A. SUPIOT, *Le droit du travail, op. cit.*, p. 114.

³⁰⁵⁰ Sur l'intérêt de l'application du Code du travail, V. *infra*, n° 887 et s.

³⁰⁵¹ Art. L. 7342-2 et L. 7342-3 C. trav.

protéger³⁰⁵². Une protection en « *trompe l'œil* »³⁰⁵³ qui demeure insuffisante. L'absence de protection sociale contribue ainsi à accroître la dépendance de ces travailleurs³⁰⁵⁴.

704. En somme, l'incitation est source de sujétion, qui se veut non explicitée, mais est exigée. La forme est différente, mais les effets correspondent à des expressions classiques du pouvoir, autrement dit, ces invitations ont un effet coercitif³⁰⁵⁵. À ce sujet, la proposition de directive européenne aspire à renforcer les obligations d'information et de transparence concernant la surveillance et la prise de décision automatisées³⁰⁵⁶. Dès lors qu'une décision ayant une « *incidence significative* » sur les conditions de travail, celle-ci doit faire l'objet d'une « *évaluation humaine* »³⁰⁵⁷. Enfin, la proposition prévoit que les États membres doivent s'assurer que les plateformes, qui seront qualifiées d'employeurs, effectuent l'ensemble des obligations sociales afférentes³⁰⁵⁸. Autant d'éléments, inspirés par les travaux de l'OIT, qui méritent d'être salués et dont l'adoption pourrait améliorer certainement la situation des travailleurs de plateforme³⁰⁵⁹, qui, pour le moment, outre les sollicitations continues, connaissent également une évaluation numérique de leurs comportements³⁰⁶⁰.

§2 : La notation par étoiles, une nouvelle forme d'évaluation des travailleurs

705. Les plateformes numériques de travail exercent une évaluation permanente de leurs partenaires³⁰⁶¹. Or, cet exercice est caractéristique d'un pouvoir patronal. Cependant l'application du droit du travail ayant été écartée, par le législateur, de la relation entre la

³⁰⁵² V. à ce sujet, *supra*, n° 553 et s.

³⁰⁵³ M. DEL SOL, « La protection sociale complémentaire des travailleurs de plateforme au risque du marché », *op. cit.*

³⁰⁵⁴ J. DIRINGER, « L'avenir du droit de la protection sociale dans un monde ubérisé », *RFAS*, n° 2, 2018, p. 42 ; M. DEL SOL, « La protection sociale complémentaire des travailleurs de plateforme au risque du marché », *op. cit.*

³⁰⁵⁵ B. GOMES, *Le droit du travail à l'épreuve des plateformes numériques*, *op. cit.*, p. 232.

³⁰⁵⁶ Proposition de directive relative à l'amélioration des conditions de travail dans le cadre du travail via une plateforme du 9 décembre 2021, COM/2021/762, *op. cit.*, art. 6 et 7.

³⁰⁵⁷ *Ibid.*, p. 3, art. 8.

³⁰⁵⁸ Proposition de directive relative à l'amélioration des conditions de travail dans le cadre du travail via une plateforme du 9 décembre 2021, COM/2021/762, *op. cit.*, art. 12.

³⁰⁵⁹ V. également à ce sujet, C. PERCHER, « L'approche européenne de la protection des travailleurs de plateforme numérique : La proposition de directive du 9 décembre 2021 », *op. cit.*, p. 214-220.

³⁰⁶⁰ A.A. CASILLI, *En attendant les robots*, *op. cit.*, p. 258.

³⁰⁶¹ V. également à ce sujet, B. GOMES, *Le droit du travail à l'épreuve des plateformes numériques*, *op. cit.*, p. 222 et s.

plateforme et leurs partenaires³⁰⁶², ces derniers ne peuvent bénéficier des garanties issues du Code du travail et les prémunir face à certaines dérives de cette nouvelle forme d'évaluation. D'autant que la plateforme a déplacé, du moins en apparence, son pouvoir d'évaluation vers le consommateur, « *qui, en lieu et place du « commanditaire », assure l'appréciation de la qualité du service fourni* »³⁰⁶³. Au-delà de contribuer à un dispositif incitatif³⁰⁶⁴, l'évaluation par la plateforme en tant que telle pose une nouvelle approche de l'expression du pouvoir qui se veut objective et nécessaire à l'organisation, mais qui en réalité révèle la volonté de surveillance de la plateforme. Après avoir observé les méthodes d'évaluation des travailleurs des plateformes (A), nous observerons la mise en œuvre de la notation par étoiles et sa gestion par un algorithme (B).

A- L'évaluation des travailleurs numériques au cœur du rapport de pouvoir

706. L'évaluation correspond à la détermination de la valeur de ce qui a été réalisé³⁰⁶⁵. Il convient de rappeler que le pouvoir d'évaluer renvoie à celui que détient un employeur sur ses salariés. En principe, « *l'employeur tient de son pouvoir de direction né du contrat de travail le droit d'évaluer le travail de ses salariés* »³⁰⁶⁶. Le fait d'évaluer une prestation de travail s'assimile au pouvoir de direction que possède un employeur envers son salarié, découlant du lien de subordination juridique. L'évaluation peut même venir compléter le lien de subordination comme critère complémentaire de distinction³⁰⁶⁷.

707. Une évaluation existe dès la candidature des travailleurs pour s'inscrire sur la plateforme de travail. Il est, en effet, d'usage de vérifier les aptitudes du travailleur en amont sur les plateformes (1). Également, une forme d'évaluation par la notation s'effectue – tout particulièrement sur les plateformes « cadres » – sur la prestation du travailleur (2).

³⁰⁶² V. *supra*, n° 549 et s.

³⁰⁶³ G. BARGAIN, « Quel droit du travail à l'ère des plateformes numériques ? », *op. cit.*, p. 33.

³⁰⁶⁴ V. sur l'évaluation comme technique d'incitation, B. GOMES, *Le droit du travail à l'épreuve des plateformes numériques*, *op. cit.*, p. 222.

³⁰⁶⁵ V. sur l'évaluation, *supra*, n° 210 et s.

³⁰⁶⁶ Cass. soc., 10 juillet 2002, n° 00-42.368, *RJS* 10/02, n° 1066, p. 811 ; *Dr. ouvrier* 2002, p. 535, *obs. V. Wauquier, op. cit.*

³⁰⁶⁷ M. ROUSSEL, *L'évaluation professionnelle des salariés*, *op. cit.*, p. 463.

1- L'évaluation de la candidature du travailleur

708. L'évaluation au service de la mise en relation. La plateforme peut parfois mettre en œuvre une véritable procédure de recrutement avec une évaluation des candidatures pour une meilleure pertinence de la mise en relation entre la mission commandée et la compétence des travailleurs. Cette procédure traduit une direction de l'activité, qui peut être certes considérée comme nécessaire, mais qui trahit là encore l'usage d'un pouvoir par l'évaluation des travailleurs, dont le résultat est affiché sur leur profil. Ce processus révèle une véritable organisation de la performance de la part de la plateforme.

709. À ce sujet, certaines plateformes de *jobbing* mettent en place des questionnaires préalables pour vérifier les compétences du candidat³⁰⁶⁸. Cette évaluation a pour objet de pouvoir assurer une certaine pertinence de la mise en relation. Elle permet d'opérer une vérification préalable des compétences du candidat et, ainsi, de garantir la bonne tenue de la future prestation de travail auprès des utilisateurs.

710. Il en est de même au sein des plateformes de micro-travail, notamment pour opérer une sélection avant de confier une mission au travailleur. En l'absence d'application du droit du travail, cette sélection échappe aux impératifs de pertinence³⁰⁶⁹ et de finalité³⁰⁷⁰, en sus, la plateforme évalue ainsi dès la candidature des travailleurs. La plateforme *Foule Factory* a par exemple mis en place des « *systèmes de certification* ». Certaines missions, nécessitant une expertise particulière, ne seront ainsi proposées qu'aux travailleurs qualifiés³⁰⁷¹, autrement dit, ceux qui ont obtenu la certification afférente par la plateforme. Outre la sélection des candidats, cette évaluation encourage la fidélité des travailleurs qui espèrent accéder à des missions plus intéressantes tant dans le contenu que dans la rétribution.

711. Un tel processus témoigne tout d'abord de la nécessaire adhésion des travailleurs dans l'offre de service défini par la plateforme, au sein de laquelle ils apportent leur force de travail.

³⁰⁶⁸ V. les « *Manoadvisors* », *supra*, n° 525.

³⁰⁶⁹ Art. L. 1221-8 C. trav.

³⁰⁷⁰ Art. L. 1221-6 C. trav. ; Cass. soc., 17 octobre 1973, n° 72-40.360, *JCP 1974. II. 17698*, note *Saint-Jours*, *op. cit.*

³⁰⁷¹ S. RENAULT, « Le «crowdsourcing» de micro-tâches : contours et enjeux d'une nouvelle figure du travail. Le cas de la plateforme *Foule Factory* », *op. cit.*, p. 93.

Ensuite, il présente des similitudes avec les processus de recrutement dans le cadre du salariat. Par ailleurs, une évaluation va également s'opérer sur la prestation de travail.

2- La notation de la prestation du travailleur par les utilisateurs

712. L'évaluation est utilisée par la plateforme comme un outil d'incitation comptabilisant la performance des travailleurs, jusqu'à l'afficher sur leur profil (a). Mais cette évaluation est assez restreinte dans son appréciation par sa simplification en notation (b).

a) *L'évaluation de la performance comme outil d'incitation*

713. L'organisation de la performance. Par des mécanismes d'incitation – en attribuant des récompenses – allant jusqu'à une « *quasi-coercition* »³⁰⁷² – en attribuant des sanctions – la plateforme organise la performance de ses contributeurs. Une évaluation continue s'exerce sur la prestation de travail de ces derniers. Leur performance peut même être affichée sur leur profil. Il est entendu qu'un tel affichage incite les travailleurs à être les plus performants, ce, pour être reconnus et pour accéder aux missions conditionnées à un certain taux de participation ou de réussite.

714. L'évaluation sur les plateformes de micro-travail. À cet égard, Monsieur Antonio Casilli a décrit comment la plateforme de micro-travail *Amazon Mechanical Turk* évalue les compétences des travailleurs de sa plateforme³⁰⁷³. Pour ce faire, la plateforme leur propose de remplir un questionnaire, qui se veut ludique, et dont l'assiduité est récompensée par l'octroi de badges sur leur profil. Sur la page de leur profil est également affiché des scores censés retranscrire leur performance : « *le pourcentage des tâches effectuées, celui des feedbacks positifs, etc.* »³⁰⁷⁴. L'évaluation continue de la performance des travailleurs est alors utilisée comme un outil d'indication et d'intensification du travail³⁰⁷⁵.

³⁰⁷² V. *supra*, n° 696.

³⁰⁷³ A.A. CASILLI, *En attendant les robots*, *op. cit.*, p. 126-127.

³⁰⁷⁴ *Ibid.*, p. 126.

³⁰⁷⁵ A. BEVORT, A. JOBERT, M. LALLEMENT et A. MIAS, *Dictionnaire du travail*, *op. cit.*, p. 546.

715. Finalement, cette forme d'évaluation rejoint les mouvements actuels de l'évolution de l'exercice du pouvoir : « *les ordres sont donnés sous forme d'objectifs ; le contrôle s'effectue ex-post sur les résultats ; la sanction se déguise sous l'aspect de récompense* »³⁰⁷⁶. Ce mouvement n'est pas exempt de critiques par les dérives qui ont pu être identifiées. À ce propos, Monsieur Christophe Dejourns soutenait déjà que « *la mesure des performances n'est pas l'évaluation du travail parce qu'il n'y a aucune proportionnalité entre performance et travail* »³⁰⁷⁷. Mais cette mesure a été simplifiée en se réduisant à une notation, marquant un basculement de l'évaluation à la notation.

b) De l'évaluation à la notation

716. La notation, nouvelle évaluation des travailleurs. Dans l'élaboration du modèle des plateformes, et tout particulièrement des plateformes « cadres », une place importante est faite à la notation par étoile des « *prestataires de service* ». La notation n'est cependant pas synonyme d'évaluation, en effet, mesurer par une note n'est pas équivalent à une véritable évaluation. Ce basculement traduit une rationalisation de l'évaluation par la notation³⁰⁷⁸. Au sein des plateformes, les utilisateurs sont invités, voire incités, à donner une note au travailleur une fois la prestation effectuée. Or, cette notation est loin d'être anodine et est porteuse de conséquences sur les relations du prestataire avec la plateforme. Ce dernier peut, en effet, se voir « *désactivé* » de la plateforme, temporairement puis définitivement en cas d'attribution d'une mauvaise note par un utilisateur.

717. L'exemple d'Uber. Chez *Uber*, si un chauffeur atteint une note en deçà de 4,5 étoiles³⁰⁷⁹, sur une moyenne des 500 dernières notes³⁰⁸⁰, il peut se voir « *désactivé* ». Les conditions générales d'utilisations justifiaient cette exigence pour maintenir un « *niveau des standards de qualité qu'attendent les utilisateurs d'Uber* »³⁰⁸¹. *Uber* a développé un fonctionnement bilatéral

³⁰⁷⁶ M.-C. ESCANDE-VARNIOL, « L'évaluation du salarié », *op. cit.*, p. 103.

³⁰⁷⁷ C. DEJOURNS, *L'évaluation du travail à l'épreuve du réel. Critique des fondements de l'évaluation*, *op. cit.*, p. 30.

³⁰⁷⁸ V. *supra*, n° 248.

³⁰⁷⁹ Ce qui équivaut à une note de 18/20.

³⁰⁸⁰ « *Soit environ 2 mois de travail* », F. BRUGIÈRE, « Faire face à la dépendance économique et au contrôle numérique : des résistances aux mobilisations professionnelles des chauffeurs des plateformes », *La Nouvelle Revue du Travail*, novembre 2019.

³⁰⁸¹ *Ibid.*

de la notation : les clients notent les chauffeurs, mais les chauffeurs ont également la possibilité de noter les clients. Par-là, *Uber* tente de s'exonérer de sa responsabilité, en faisant comme si les conséquences liées à la notation leur étaient extérieures. À ce sujet, la plateforme indiquait des conseils gradués en fonction de la note moyenne du conducteur sur son site internet, sachant qu'une note en dessous de 4.5/5 était considérée comme n'étant pas « *au niveau des standards de qualité* » attendus³⁰⁸².

718. Depuis les différentes condamnations de la plateforme, il n'est plus indiqué clairement l'existence d'un système gradué en fonction des notes. La plateforme *Uber* se contente d'expliquer brièvement le fonctionnement de la notation par étoiles, sans exprimer clairement les conséquences liées à une mauvaise notation. La plateforme a certainement tiré les leçons des arrêts qui ont admis un état de subordination des chauffeurs travaillant par son intermédiaire. Le site propose néanmoins une liste de conseils pour savoir « *comment obtenir 5 étoiles* », où nous pouvons retrouver les préconisations suivantes : avoir une voiture « *impeccable* », ou demander au passager s'il a un trajet préféré. Ce ne sont pas des directives directes, mais des conseils pour obtenir les 5 étoiles tant espérées. Une fois encore, nous sommes face à une incitation « *quasi* » coercitive, car en cas de note trop basse, le travailleur peut se voir exclure de la plateforme³⁰⁸³.

719. La décentralisation de la notation. Par ailleurs, le pouvoir d'évaluation est décentralisé³⁰⁸⁴ auprès des usagers de la plateforme. Une telle décentralisation permet à la plateforme de contrôler le bon comportement du travailleur au travers du retour d'expérience de l'utilisateur, qui est par ailleurs fortement incité à évaluer le prestataire. Cependant, il est important de préciser que la décision de mettre fin à la relation de travail est aux mains de la

³⁰⁸² « La note moyenne des conducteurs sur le réseau Uber est actuellement proche de 4.7. Il est nécessaire de vous comparer aux autres chauffeurs pour savoir si votre service est au niveau des exigences Uber.

- Si votre moyenne est au-dessus de 4.7 : Bravo ! Votre service est excellent !
- Si votre moyenne est entre 4.5 et 4.7 c'est que vous avez compris le niveau de service attendu par les utilisateurs d'Uber, mais vous pouvez encore faire un effort. Nous vous recommandons de suivre les quelques conseils ci-dessous qui ont permis à la grande majorité de nos partenaires d'avoir une note élevée !
- Par contre, si vous êtes en dessous de 4.5 de moyenne, vous n'êtes malheureusement pas au niveau des standards de qualité qu'attendent les utilisateurs d'Uber : il y a suffisamment de clients qui n'ont pas été complètement satisfaits par votre service pour que cela pose problème », <https://www.Uber.com/fr-CH/drive/resources/qualite-service/> [consulté le 27 juillet 2019] ; V. également, https://www.francetvinfo.fr/economie/transports/un-chauffeur-de-vtc-temoigne-j-etais-note-4-1-sur-5-et-uber-m-a-desactive-mon-compte_1914621.html [consulté le 24 août 2023] ; V. à ce sujet, S. BERNARD, *UberUsés. Le capitalisme radical de plateforme*, PUF, 2023, p. 247-258.

³⁰⁸³ « On peut soutenir que c'est le résultat de la pression exercée par le système d'évaluation qui maintient les travailleurs à haut niveau, en excluant les moins performants du marché », J. PRASSL, *L'ubérisation du travail : promesses et risques du travail dans l'économie des petits boulots*, op. cit., p. 89.

³⁰⁸⁴ A. CHAIGNEAU et T. PASQUIER, « Capital, travail et entreprise numérique », op. cit., p. 193.

plateforme : « *si les utilisateurs notent, la plateforme décide* »³⁰⁸⁵. Certes, le pouvoir d'évaluation a été décentralisé – ce qui s'inscrit dans le mouvement de dispersion du pouvoir de direction que peuvent déjà connaître les entreprises³⁰⁸⁶ – aux usagers, cependant les conséquences qui en découlent relèvent du choix et du seul exercice du pouvoir de direction par la plateforme. Afin de rééquilibrer les relations, il a été ajoutée la fonctionnalité pour les travailleurs de noter les utilisateurs. Il s'agit là d'un véritable système de double contrôle où travailleur et utilisateur viennent à se surveiller entre eux.

720. Les conditions de rémunération pour les micro-travailleurs. Enfin, pour les micro-travailleurs, l'évaluation présente un enjeu de rémunération. Outre le fait que la rétribution du micro-travailleur dépende de la validation de la tâche par le client³⁰⁸⁷, le score de réputation du micro-travailleur sera également affecté par la décision de validation³⁰⁸⁸. La rétribution est présentée comme une récompense et non comme un salaire, ce qui implique qu'elle est versée en cas de réussite, mais pas en cas d'échec. Ce système peut provoquer des abus de la part de certains clients, qui renforcent l'importance de leur pouvoir d'évaluation. Les conséquences issues de l'évaluation continue des travailleurs peuvent sembler d'autant plus inhumaines et implacables que celles-ci sont préprogrammées et appliquées par un algorithme. Mais là encore, il convient de souligner que les conséquences liées à l'évaluation du client sont décidées par la plateforme. Bien que l'évaluation soit déléguée au client, c'est la plateforme qui décide seule du fonctionnement de son intermédiation et des conséquences à donner sur l'évaluation. Elle reste responsable de ses décisions, même si elle décide de les préprogrammer au travers d'un algorithme.

B- La notation et l'algorithme : une automatisation présumée objective

721. La notation est laissée aux soins des utilisateurs, ce qui a pour effets, d'une part, de justifier la sanction en fonction de l'expérience de l'utilisateur, tout en déresponsabilisant la plateforme de la prise de décision, et, d'autre part, de déplacer l'exercice du pouvoir de direction en partie

³⁰⁸⁵ B. GOMES, *Le droit du travail à l'épreuve des plateformes numériques*, op. cit., p. 223.

³⁰⁸⁶ V. *supra*, n° 72 et s.

³⁰⁸⁷ V. *supra*, n° 533 et s.

³⁰⁸⁸ A.A. CASILLI, *En attendant les robots*, op. cit., p. 127.

vers l'utilisateur. De plus, est accordée à cette notation une présomption d'objectivité, comme si l'utilisateur était exempt de biais et que le recours au chiffre, au travers de la notation, permettait de révéler la bonne ou mauvaise réalisation de la prestation de service. Cette objectivité reste, somme toute relative (1). En outre, ces nouvelles formes de notation présentent indéniablement des dérives qu'il conviendra d'identifier (2) afin de pouvoir les prévenir.

1- Une objectivité relative de la notation

722. La notation des travailleurs se veut fondée sur des raisons objectives relevant de la « *raison numérique* »³⁰⁸⁹ (a). Cependant, l'opacité persistante de la « *boîte noire* » de l'algorithme, utilisé par les plateformes, conforte la relativité de cette objectivité, laissant même place à une part d'arbitraire dans la prise de décision (b).

a) *Notation et raison numérique*

723. La « *raison numérique* ». L'évaluation des travailleurs n'a pas pour premier objectif, du moins affiché, de sanctionner les prestataires, mais elle aurait pour objet de garantir l'efficacité du service³⁰⁹⁰ en assurant la qualité de la prestation. Or, la raison économique ne garantit pas l'objectivité de la sanction. À ce sujet, Madame Barbara Gomes soulignait dans sa thèse que « *l'objectivité qu'on prête à ce mode de sélection peut alors offrir le prétexte à une déresponsabilisation des personnes qui exploitent les algorithmes et qui les mettent en œuvre : l'ordinateur choisirait seul. Pourtant, l'algorithme, qu'il soit déterministe ou probabiliste, ne naît pas de façon spontanée, et aussi autonome qu'il soit dans son développement et dans les réponses qu'il offre aux questions qu'on lui pose, il reste déterminé par ce pour quoi il a été programmé* »³⁰⁹¹. Autrement dit, bien que la décision soit en partie déléguée à un algorithme, celui-ci a pour origine une programmation humaine et n'échappe donc pas à son créateur.

³⁰⁸⁹ A. CHAIGNEAU et T. PASQUIER, « Capital, travail et entreprise numérique », *op. cit.*, p. 193 ; D. CARDON, *A quoi rêvent les algorithmes ? Nos vies à l'heure des big data*, *op. cit.*

³⁰⁹⁰ A. CHAIGNEAU et T. PASQUIER, « Capital, travail et entreprise numérique », *op. cit.*, p. 194.

³⁰⁹¹ B. GOMES, *Le droit du travail à l'épreuve des plateformes numériques*, *op. cit.*, p. 128-129.

724. La notation par les utilisateurs ne se fonde ni sur des objectifs quantifiables – autre que sur le nombre d'étoiles à atteindre – ni sur des critères d'évaluation vérifiables ou pertinents, elle est laissée à sa seule subjectivité³⁰⁹². Bien que la plateforme se retranche en partie derrière l'utilisateur, en lui confiant la tâche de noter le travailleur, c'est bien la plateforme qui choisit d'appliquer des conséquences à cette évaluation³⁰⁹³. Derrière cette décentralisation de l'évaluation³⁰⁹⁴ se cache toujours le pouvoir de décision de la plateforme. Au-delà de la notation de l'utilisation, la plateforme a fixé des critères d'évaluation de l'utilisateur, tels que sa notation, son taux de présence, le nombre de missions réalisées, qui sont intégrés dans le code de l'algorithme, dont l'agrégat permet la comparaison avec le niveau de fonctionnement souhaité de l'exécution de la prestation de travail, également défini par la plateforme. Bien que le fonctionnement de l'algorithme soit opaque, l'action de programmation réalisée par la plateforme n'est autre que l'expression de sa volonté dans la définition du niveau des services, imprégnant alors la décision de subjectivité. Par-delà l'inaccessibilité de l'algorithme, la complexification constante des paramètres de prise de décision laisse, malgré la part de subjectivité intégrée par la plateforme, place à une trop grande opacité.

b) L'opacité du fonctionnement de l'algorithme

725. Opacité persistante. Malgré l'institution d'une obligation de transparence incombant aux plateformes numériques, nous pouvons regretter que cette obligation ne fasse pas mention des informations sur les critères choisis de l'algorithme, ce, d'autant plus que sa présence est commune à l'ensemble des plateformes³⁰⁹⁵. L'accès à la « boîte noire » des algorithmes utilisés par la plateforme constitue l'un des points essentiels de blocage. Cette opacité concerne tant les utilisateurs consommateurs, concernant la transparence du classement, que les prestataires de services, concernant les modalités d'exécution de la prestation ou de tarification. Ce manque de transparence est d'autant plus regrettable que les prises de décision des algorithmes ont un caractère automatique par leur préprogrammation.

³⁰⁹² V. M. ROUSSEL, *L'évaluation professionnelle des salariés*, *op. cit.*, p. 322 et suiv.

³⁰⁹³ B. GOMES, *Le droit du travail à l'épreuve des plateformes numériques*, *op. cit.*, p. 223.

³⁰⁹⁴ A. CHAIGNEAU et T. PASQUIER, « Capital, travail et entreprise numérique », *op. cit.*, p. 194.

³⁰⁹⁵ Art. L. 111-7 I C. conso. ; C. ZOLYNSKI, « Loyauté des plateformes. De la réglementation à l'inter-régulation », *op. cit.*

726. Les décisions automatiques. Le règlement P2B³⁰⁹⁶ a apporté des garanties complémentaires pour tenter de « discipliner » les pratiques des plateformes dans les conditions générales concernant notamment les décisions de déconnexion de leurs partenaires, par l'introduction d'une exigence de motivation³⁰⁹⁷. Ce règlement a pour objectif d'assurer davantage de transparence dans l'utilisation des algorithmes par les plateformes numériques. Bien qu'il faille saluer cette avancée sur la transparence, il convient de souligner qu'une fois la motivation apportée, la question du contrôle de motivation demeure, tant dans ce qui va pouvoir être fait que pour le degré d'exigence de motivation qui sera retenu. En outre, des garanties venaient déjà en principe entourer toute prise de décision automatique par le biais d'un algorithme³⁰⁹⁸. Cependant, l'exigence d'une intervention humaine semble bien imprécise et insuffisante dans son application, pour véritablement offrir une garantie aux travailleurs, face aux sanctions prises par la plateforme numérique. Par ailleurs, il convient de noter que c'est par cette automatisation algorithmique que les plateformes numériques pensaient masquer la nature de leur pouvoir. Finalement, ce fut l'inverse, car le caractère automatique de la sanction a renforcé le constat d'un contrôle particulièrement prégnant. De plus, ce mode de gestion des sanctions automatisées est source de nombreux risques et dérives.

2- Les risques liés à ces nouvelles formes d'évaluation

727. La notation comme technique de fidélisation et d'emprise. Sur les plateformes de micro-travail, et notamment sur celle d'*Amazon Mechanical Turk*, à la fin de chaque tâche, le requérant est invité à noter le travailleur. Il a même la possibilité de refuser de valider la mission, ce qui a pour conséquence l'absence de rémunération et fait par la même occasion baisser le « score de réputation » du « Turker ». À cela s'ajoute une évaluation complémentaire continue sur le profil du travailleur. Sont affichés des scores qui mesurent la performance, ainsi que des badges à collectionner décernés par la plateforme pour récompenser symboliquement des qualifications³⁰⁹⁹. Des éléments qui contribuent à une fidélisation des travailleurs, qui sont motivés par l'obtention des différents badges, en parallèle de l'exercice d'une certaine

³⁰⁹⁶ Règlement n° 2019/1150 du 20 juin 2019 promouvant l'équité et la transparence pour les entreprises utilisatrices de services d'intermédiation en ligne, *op. cit.*

³⁰⁹⁷ G. LOISEAU, « La protection contractuelle des travailleurs des plateformes », *op. cit.*

³⁰⁹⁸ V. *supra*, n° 136 et s.

³⁰⁹⁹ A.A. CASILLI, *En attendant les robots*, *op. cit.*, p. 126-127.

influence, voire d'emprise, exercée par la plateforme qui détient le pouvoir d'attribuer ou non la récompense espérée.

728. Sur certaines plateformes, pour contrebalancer le pouvoir que possèdent les utilisateurs sur les travailleurs, ces derniers peuvent également les noter. Cette double notation permet, en principe, d'éviter les abus et de dissuader les requérants de proposer des tâches infaisables dans le temps imparti, ou de refuser trop fréquemment de payer la prestation. Cependant, cette double notation contribue à l'effet d'allègement de responsabilité recherché par la plateforme, qui se présente comme seul « *intermédiaire technique* », en toute neutralité, du système de double notation³¹⁰⁰. Autant de mécanismes qui peuvent mettre en danger la santé psychologique ou physique des travailleurs par une « *ludification* »³¹⁰¹ ou « *gamification* »³¹⁰² qui encourage les travailleurs à rester connectés le plus longtemps possible sur la plateforme.

729. L'expression d'une « *sur-subordination* » ou « *hypersubordination* ». Ce phénomène entre dans le cadre d'une « *sur-subordination* »³¹⁰³ ou d'une « *hypersubordination* »³¹⁰⁴ marquée par l'existence d'une obligation de résultat pour les travailleurs. Cette notion, développée à l'égard des salariés, trouve également son application pour les travailleurs de plateformes, qui sont dirigés par des indices métriques de taux de réponse ou de taux de performance. Autant d'éléments qui conduisent à une surveillance quasi permanente et à une omniprésence de la plateforme, et ce, sans le bénéfice d'une réelle réglementation sociale³¹⁰⁵. Dans le même sens, Maître Szpunar relevait, dans le cadre de l'affaire *Elite Taxi contre Uber*³¹⁰⁶, « *un contrôle indirect tel que celui exercé par Uber, basé sur des incitations financières et une évaluation décentralisée par les passagers, avec l'effet d'échelle permet une gestion tout aussi efficace, sinon plus, que celui basé sur des ordres formels donnés par un employeur à ses employés et le contrôle direct et de leur exécution* »³¹⁰⁷. Cette intensité dans le

³¹⁰⁰ S. ABDELNOUR et D. MÉDA, *Les nouveaux travailleurs des applis*, op. cit., p. 76 et s.

³¹⁰¹ CNNum, *Travail à l'ère des plateformes. Mise à jour requise*, op. cit., p. 38.

³¹⁰² R. GAURIAU, « La « gamification » au travail via les plateformes numériques : un outil ludique au service de l'intensification de la charge de travail », *JCP S*, n° 13, 2022, 1096.

³¹⁰³ J.-E. RAY, « De la sub/ordination à la sub/organisation », *Dr. soc.*, 2002, p. 5.

³¹⁰⁴ V. également, *supra*, n° 331 et s. ; A. CHAIGNEAU et T. PASQUIER, « Capital, travail et entreprise numérique », op. cit., p. 195.

³¹⁰⁵ V. *supra*, n° 547 et s.

³¹⁰⁶ CJUE, 20 décembre 2017, aff. C-434/15, *Asociacion Profesional Elite Taxi contre Uber Systems Spain SL*, D. 2018. 934, note Balat ; *ibid.* Pan. 1413, obs. Kenfack ; *AJDA* 2018. 329, obs. Bonneville, Broussy, Cassagnabère et Gänser ; *RTD eur.* 2018. 147, obs. Grand ; *JT* 2018, n° 205, p. 12, obs. X. D. ; *RDT* 2018. 150, note Gomes ; *CCE* 2018, n° 11, obs. Loiseau ; *EEL* 2018, n° 14, obs. Charles et Schweitzer ; *RLDI* févr. 2018. 17, note Bensoussan-Brulé et Martinez, op. cit.

³¹⁰⁷ Conclusions de l'Avocat Général, M. Maciej Szpunar, présentées le 11 mai 2017, Affaire C434/15, *Asociación Profesional Elite Taxi Contre, Uber Systems Spain SL*, op. cit., p. 52.

contrôle des travailleurs met en exergue la nécessaire adoption d'une régulation pour encadrer véritablement les pratiques des plateformes numériques de travail.

730. La notation, source possible de discrimination. Enfin, la notation par étoiles peut également être source de discrimination, à double titre : tant par la détention d'une partie de la notation aux mains des utilisateurs que par le suivi du taux de connexion du travailleur. Tout d'abord, le fait de fonder une décision sur la notation par l'utilisateur peut être source de discrimination³¹⁰⁸ et qui ne pourrait constituer une cause réelle et sérieuse de licenciement, si le droit du travail était appliqué. Il convient, en effet, de souligner que le seul mécontentement d'un client ne saurait justifier le licenciement d'un salarié. C'est ainsi que, par exemple, la volonté d'un employeur de prendre en compte les souhaits d'un client qui ne souhaitait plus être en contact avec une salariée qui portait le foulard islamique n'a pas été considérée comme répondant à des exigences professionnelles et déterminantes qui justifieraient le licenciement de la salariée³¹⁰⁹. En l'absence de réglementation sociale, les travailleurs de plateforme sont exposés à d'éventuelles décisions fondées sur une notation qui peut être motivée par des raisons discriminantes. De plus, la CJUE a jugé récemment que la protection contre les discriminations s'étend aux travailleurs indépendants³¹¹⁰. Selon elle, la directive 2000/78/CE sur l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail³¹¹¹ doit être entendue largement afin d'inclure dans la notion de licenciement la décision de ne pas renouveler le contrat d'un travailleur indépendant en raison d'un critère discriminant.

731. En outre, les critères de surveillance retenus par la plateforme peuvent être également source de discrimination. Sur ce point, le Tribunal du travail de Bologne³¹¹² a condamné la plateforme *Deliveroo* pour discrimination indirecte dans l'accès aux offres d'emploi, la priorité étant donné, dans le choix des créneaux horaires, aux livreurs les mieux classés et qui donc seraient considérés comme les plus fiables pour la plateforme. Pour réaliser ce classement des travailleurs, l'algorithme de la plateforme traitait les absences résultant d'une participation à une grève de la même manière que toutes les autres situations dans lesquelles un livreur ne s'inscrit pas sur un créneau. Or, un tel traitement a été analysé par les juges comme une

³¹⁰⁸ V. notamment, J. PRASSL, *L'ubérisation du travail*, op. cit., p. 106.

³¹⁰⁹ CJUE, 14 mars 2017, aff. C-188/15, *Bouagnaoui et ADDH c. Micropole SA*. D. actu. 20 mars 2017, obs. Peyronnet ; D. 2017. 947, obs. Mouly ; RDT 2017. 422, note Adam ; RJS 2017/5, n° 384. V. également, Cass. soc., 14 avril 2021, n°19-24.079, D. 2021. 805 ; RDT 2021. 390, obs. Meiffret ; RJS 6/2021, n° 293 ; JSL 2021, n° 521-2 ; JCP 2021. 492, obs. Corrignan-Carsin ; JCP S 2021. 1161, obs. Bossu.

³¹¹⁰ CJUE, 12 janvier 2023, aff. C-356/21.

³¹¹¹ Directive 2000/78/CE du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail.

³¹¹² Tribunal du travail de Bologne, 27 décembre 2020, n° 2949/2019.

discrimination indirecte en raison d'une appartenance syndicale³¹¹³. Cette affaire illustre la nécessité d'un encadrement des conditions dans lesquelles sont prises les décisions par les plateformes à l'égard des travailleurs.

732. Conclusion de section. L'expression de la subordination par l'évaluation illustre un affaiblissement de l'encadrement du pouvoir privé en lien avec l'usage croissant de dispositifs incitatifs³¹¹⁴. Davantage dissimulée, l'expression du pouvoir par l'élaboration d'un système algorithmique incitatif, utilisant des biais comportementaux, présente des risques tant pour la santé que pour la sécurité des travailleurs – par l'intensification du travail et l'allongement des durées de connexion – ainsi que des risques liés à la prise de décisions automatiques par la plateforme, parfois, sur des fondements discriminants. Les plateformes renouvellent ainsi les formes d'expression du pouvoir. Cependant, une nouvelle forme d'expression du pouvoir n'est pas synonyme de disparition de celui-ci. Autrement dit, ce n'est pas parce que le pouvoir s'exprime différemment qu'il n'existe plus. Bien au contraire, l'expression du pouvoir à travers une direction algorithmique automatisée ainsi que l'utilisation de dispositifs incitatifs renforce indubitablement l'influence qu'exercent les plateformes numériques de travail. Un tel renouvellement de l'expression du pouvoir doit être pris en compte dans l'analyse de la subordination personnelle face aux nouvelles formes de travail à l'ère numérique.

733. Conclusion de chapitre. Malgré l'évolution des formes d'expression du pouvoir de la plateforme avec la mise en œuvre d'un pouvoir incitatif, d'une décentralisation du pouvoir d'évaluation, l'usage d'un système algorithmique, l'existence d'un lien de subordination personnelle a été décelée entre certaines plateformes de mobilité et leurs « *partenaires* » travaillant par leur intermédiaire. Le renouvellement des modalités d'expression du pouvoir

³¹¹³ « Sur ce point, l'ordonnance est tranchante en affirmant que le système d'accès aux opportunités de travail, apparemment neutre, « met une certaine catégorie de travailleurs (ceux qui participent à l'abstention syndicale au travail) dans une position de désavantage particulier potentiel », même en l'absence de victime de discrimination », M. PEYRONNET et L. RATTI, « Controverse : Algorithmes et risque de discrimination : quel contrôle du juge ? », *RDT*, 2021, p. 81.

³¹¹⁴ M. ROUSSEL, *L'évaluation professionnelle des salariés*, *op. cit.*, p. 255 ; O. LECLERC et T. SACHS, « Gouverner par les incitations. La diffusion d'une logique incitative dans le droit du travail », *op. cit.*, p. 181.

n'emporte pas la disparition d'un état de subordination, à travers la recherche classique d'une subordination personnelle, à l'occasion de laquelle le pouvoir de sanction semble avoir pris une importance particulière dans l'analyse des juges, comme point de bascule de la requalification des travailleurs de plateforme. En revanche, cela ne revient pas à dire que les autres pouvoirs – direction, contrôle et même l'indice de l'intégration à un service organisé – ne recouvrent plus d'importance dans la recherche d'une subordination personnelle. Néanmoins, c'est l'exercice d'un pouvoir de sanction qui semble constituer l'élément déclencheur de la requalification, au même titre que les contentieux concernant la libre constitution d'une clientèle³¹¹⁵ ou la rémunération³¹¹⁶. Parallèlement au faisceau d'indices classique, la caractérisation de la réalité de l'indépendance des travailleurs a été menée par les juges. Cette analyse, davantage économique, complète utilement la subordination personnelle pour une compréhension plus fine des nouvelles formes d'organisation du travail à l'ère numérique. L'étude des contentieux de requalification des plateformes numériques, essentiellement « cadres », illustre bien la résistance du lien de subordination face à une tentative de dissimulation de la véritable nature juridique de leurs relations avec leurs « *partenaires* » travailleurs.

734. Conclusion de titre. L'étude du fonctionnement des plateformes numériques de travail ne peut que conduire à constater l'exercice d'une direction de l'activité et l'organisation d'une activité économique, dont l'encadrement juridique semble encore à parfaire. Face à la création d'un statut insuffisant à apporter une protection effective aux travailleurs des plateformes, une prise en compte de la subordination fonctionnelle s'avère nécessaire. Malgré l'hétérogénéité qui peut exister entre les plateformes numériques de travail, la recherche d'une influence déterminante pourrait constituer un nouveau critère pour prendre en compte la subordination fonctionnelle correspondant à l'exercice d'une direction sur l'exécution de la prestation de travail. Un tel critère a pu être utilisé pour redonner à l'activité de la plateforme *Uber* sa véritable qualification juridique, qui était celle de transport et non de la seule intermédiation³¹¹⁷.

³¹¹⁵ Cass. 1re civ., 14 mai 2009, n° 08-12.966, *D. 2009. AJ 1488*, obs. Avena-Robardet ; *RDT 2009. 505*, obs. Lévy-Amsallem, *op. cit.*

³¹¹⁶ Cass. soc., 28 avril 2011, n° 10-15.573, *D. actu. 19 mai 2011*, obs. Perrin ; *ibid. 2011. 2325*, note Karaquillo ; *RDT 2011. 370*, obs. Auzero ; *Dr. soc. 2011. 1119*, obs. Barthélémy ; *RJS 2011. 527*, n° 571 ; *JCP S 2011. 1362*, obs. Puigelier, *op. cit.*

³¹¹⁷ CJUE, 20 décembre 2017, aff. C-434/15, *Asociacion Profesional Elite Taxi contre Uber Systems Spain SL*, *D. 2018. 934*, note Balat ; *ibid. Pan. 1413*, obs. Kenfack ; *AJDA 2018. 329*, obs. Bonneville, Broussy, Cassagnabère

Nonobstant la nouveauté et l'innovation de ces organisations, les plateformes ne pourront échapper bien longtemps à un cadre juridique correspondant à la réalité de leur activité, lié à l'impératif de la qualification juridique. Le constat d'une subordination fonctionnelle marque un premier élément de compréhension nécessaire de l'état de sujétion de leur contributeur face à ces nouvelles formes d'organisation destinées à échapper à la réglementation sociale.

735. Dans ce contexte, les contentieux en requalification se sont multipliés, mais sont, pour le moment, concentrés principalement sur les plateformes « cadres ». Les juges ont, à cette occasion, pu constater l'existence d'une subordination personnelle, malgré les tentatives de dissimulation du pouvoir par les plateformes « cadres ». Bien que l'expression soit nouvelle, la nature reste identique : celle de l'exercice d'un pouvoir patronal. À cet égard, la définition classique du lien de subordination personnelle³¹¹⁸ a su montrer toute sa modernité et son actualité, en étant largement à même d'appréhender ces nouvelles formes de travail. Il s'agit d'un contentieux connu et ancien en droit du travail qui a été renouvelé par l'usage d'algorithmes et de mécanismes incitatifs, correspondant malgré tout à la reconnaissance d'une subordination personnelle, menant, dès lors, à la requalification de leur relation avec leur partenaire en contrat de travail. Un contentieux qui intervient cependant *a posteriori* et qui n'apporte donc pas une protection aux travailleurs durant la réalisation de leur prestation. Le constat est néanmoins nécessaire, car le contournement du lien de subordination est indéniablement source de fraudes multiples et son ignorance, notamment par le législateur, interroge notre modèle social, construit autour du travail subordonné.

et Gänser ; RTD eur. 2018. 147, obs. Gard; JT 2018, n° 205, p. 12, obs. X. D. ; RDT 2018. 150, note Gomes ; CCE 2018, n° 11, obs. Loiseau ; EEI 2018, n° 14, obs. Charles et Schweitzer ; RLDI févr. 2018. 17, note Bensoussan-Brulé et Martinez, op. cit.

³¹¹⁸ Cass. soc., 13 novembre 1996, n° 94-13.187, Société générale. GADT, 4e éd., n°2 ; Dr. soc., 1996, p. 1067, note J.-J. Dupeyroux ; JCP E 1997. II. 911, note J. Barthélémy ; RJS 12/96, n° 1320, op. cit.

Titre 2 : La contribution du lien de subordination à l’appréhension juridique des plateformes numériques de travail

736. L’identification d’un lien de subordination exercé par les plateformes numériques de travail, malgré la tentative de dissimulation d’une telle existence, pose question sur les conséquences à en tirer. Face aux analyses sur le sujet, le sens téléologique du lien de subordination est interrogé. En d’autres termes, la question est de savoir s’il est possible, et même peut être souhaitable, d’aller au-delà de la subordination³¹¹⁹. D’aucuns présentent les contentieux de requalification autour des plateformes numériques comme menant à une impasse et appellent à repenser le contrat de travail³¹²⁰. S’il convient de constater les limites d’une requalification *a posteriori*, il n’est en revanche pas certain que les contentieux sur le sujet illustrent la fin du lien de subordination, mais plutôt de sa résistance. Finalement, c’est bien de cela qu’il s’agit : du modèle social français, au travers de la contribution du lien de subordination, pour appréhender juridiquement les plateformes numériques de travail.

737. L’ignorance volontaire du lien de subordination déstabilise les modèles existants et engendre en réalité des conséquences potentielles qui dépassent le seul droit du travail, renouvelant ainsi l’enjeu qui entoure la qualification juridique des travailleurs de plateforme. La méconnaissance du lien de subordination peut, en effet, être source de multiples fraudes, dont il convient de se saisir (**Chapitre 1**). En ce sens, le lien de subordination au-delà d’être le critère du contrat de travail serait la clé de voûte d’un certain équilibre. Pourtant nombreuses

³¹¹⁹ V. notamment, P. LOKIEC, *Droit du travail, op. cit.*, p. 156-159.

³¹²⁰ V. notamment, J. BARTHÉLÉMY et G. CETTE, *Travailler au XXIème siècle. L’ubérisation de l’économie ?*, Odile Jacob, 2017, p. 67 ; J.-E. RAY, « De Germinal à Internet : une nécessaire évolution du critère du contrat de travail », *op. cit.*

ont été les propositions qui aspirent à un dépassement du lien de subordination³¹²¹. Porteuses d'espoir pour certaines, il conviendra d'analyser si elles sont source de solutions satisfaisantes dans un objectif de protection des travailleurs (**Chapitre 2**).

³¹²¹ A. SUPLOT (dir.), *Au-delà de l'emploi*, *op. cit.*

Chapitre 1 : La méconnaissance de la subordination par les plateformes numériques de travail source de fraudes

738. L'identification d'un lien de subordination pour déterminer la véritable qualification des travailleurs de plateforme concerne d'autres matières que le droit du travail. L'organisation de sa méconnaissance mène, en effet, à de multiples fraudes³¹²². Difficile à définir³¹²³, mais néanmoins banalisée³¹²⁴, la fraude³¹²⁵ consiste en un agissement illicite, qui « *implique au premier chef la violation d'une règle dont les conditions d'application sont réunies* »³¹²⁶ et qui se rapproche de l'intention frauduleuse³¹²⁷. La fraude appartiendrait au « *droit mou* »³¹²⁸. Elle implique la violation d'une règle, mais sa spécificité tient au caractère volontaire de la transgression de la part du sujet³¹²⁹. En ce sens, la fraude doit être distinguée de la simple erreur ou de l'ignorance³¹³⁰. Deux cas de figure sont alors possibles : soit, la fraude s'effectue grâce à la définition, autrement dit la règle de droit est utilisée pour éviter l'application d'une autre

³¹²² V. déjà à ce sujet, T. AUBERT-MONPEYSSSEN, « Les frontières du salariat à l'épreuve des stratégies d'utilisation de la force de travail », *Dr. soc.*, 1997, p. 616.

³¹²³ « La notion de « fraude », au sens strict du terme, désigne une réalité juridique précise, qui se caractérise essentiellement par trois éléments : un manquement à des obligations, l'existence d'un préjudice et, surtout, un élément intentionnel. À l'évidence pourtant, la frontière entre la fraude avérée et l'erreur non intentionnelle, mais aussi entre la fraude et l'abus ou encore entre la fraude et l'optimisation peut s'avérer délicate à tracer dans de nombreuses hypothèses », J.-M. SAUVÉ, « Fraudes et protection sociale », *Dr. soc.*, 2011, p. 481.

³¹²⁴ M. DEL SOL, « Un cadre juridique en recherche d'équilibre », *Dr. soc.*, 2011, p. 491.

³¹²⁵ V. sur le sujet, notamment, J. VIDAL, *Essai d'une théorie générale de la fraude en droit français : le principe « Fraus omnia corrumpit »*, Dalloz, 1957 ; J. MOULY, *La fraude à la loi en droit du travail : contribution à l'étude générale de la fraude*, thèse, Université de Limoge, 1979.

³¹²⁶ V. « Fraude », D. ALLAND et S. RIALS, *Dictionnaire de la culture juridique*, *op. cit.*, p. 755.

³¹²⁷ V. « Fraude », G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, p. 482.

³¹²⁸ J. CARBONNIER, *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, 10^e éd., LGDJ, 2013 ; La notion oscille « entre une définition incluant un caractère d'intentionnalité, un élément subjectif et une définition parfois purement objective », R. SALOMON et A. MARTINEL, *Droit pénal social : droit pénal du travail et de la sécurité sociale*, 7^e éd., Economica, coll. « Corpus. Droit privé », 2023, p. 9.

³¹²⁹ V. à ce sujet, P. DE VAREILLES-SOMMIERES, « Fraude à la loi », dans *Répertoire de droit international*, Dalloz, 2009, n^o55 ; V. pour une théorie objective de la fraude à la loi, A. LIGEROPULO, *Le problème de la fraude à la loi*, thèse, Université d'Aix-Marseille, 1928, spé. p. 56-57.

³¹³⁰ R. SALOMON et A. MARTINEL, *Droit pénal social*, *op. cit.*, p. 9.

règle ; soit, la fraude est issue d'une mise en scène pour éviter l'application d'une règle de droit³¹³¹.

739. C'est le second cas de figure qui retiendra l'attention au sein de ce chapitre. Après avoir constaté lors du précédent titre, l'existence d'un état de subordination des travailleurs de plateforme, par l'analyse de la subordination fonctionnelle et personnelle, il convient de s'intéresser aux conséquences connexes de la manière dont les plateformes se sont organisées pour échapper à l'application de la définition du contrat de travail par la méconnaissance volontaire du lien de subordination³¹³². Or, une telle entreprise pour éviter l'application des dispositions sociales est source de fraude à la définition³¹³³. D'autres contentieux sont ainsi nés devant le juge pénal et le juge commercial. Les décisions qui en ont résulté ont ainsi déplacé l'enjeu de la qualification. S'il s'agit toujours de faire reconnaître l'existence d'un lien de subordination, la portée en est, elle, élargie et donne une nouvelle dynamique du contentieux³¹³⁴. Pour démontrer comment la méconnaissance du lien de subordination peut être source de fraudes, il convient de distinguer celles qui sont communes à l'ensemble des plateformes de travail (**Section 1**) de celles qui sont propres à certaines catégories (**Section 2**).

Section 1 : Les conséquences communes d'une fraude à la définition : le renouvellement de l'enjeu du statut du travailleur de plateforme

740. Dès lors qu'est constatée l'existence d'un lien de subordination qui unirait la plateforme numérique de travail – qu'elle soit « cadre » ou de « marché » par l'admission d'une subordination fonctionnelle pour ces dernières³¹³⁵ – la preuve de l'organisation d'un faux statut

³¹³¹ La fraude a pour but d'obtenir « un résultat juridique que n'auraient pu assurer les dispositions compétentes en l'absence d'un tel montage, ou bien à se soustraire aux conséquences de droit qu'auraient dictées ces dernières », A. JEAMMAUD, « Fraus omnia corrumpit », *D.*, 1997, p. 19 ; V. également, C. WOLMARK, *La définition prétorienne : étude en droit du travail*, *op. cit.*, p. 154-155.

³¹³² V. déjà sur la constitution d'une fraude à la loi, A. JEAMMAUD, « Uber, Deliveroo : requalification des contrats ou dénonciation d'une fraude à la loi ? », *op. cit.*, p. 6-8.

³¹³³ « La fraude à la définition correspond à l'hypothèse où un justiciable agence la situation de telle sorte que les critères de la définition ne soient pas remplis », C. WOLMARK, *La définition prétorienne : étude en droit du travail*, *op. cit.*, p. 157.

³¹³⁴ V. en ce sens, G. LOISEAU, « Les plateformes dans les turbulences de la concurrence déloyale », *JCP S*, 2022, 1072.

³¹³⁵ V. *supra*, n° 563 et s.

peut conduire à une condamnation pour fraude³¹³⁶. La requalification de la relation intéresserait alors le droit pénal du travail ainsi que le droit de la sécurité sociale.

741. Tout d'abord, le contournement du lien de subordination peut être source d'une fraude à la protection de l'emploi. Le juge pénal a pu alors être saisi de la question sur le terrain de l'infraction de travail dissimulé constituée par la dissimulation volontaire d'emploi salarié. Autrement dit, le fait de ne pas appliquer la bonne qualification peut conduire à la reconnaissance de cette infraction pénale, si le caractère intentionnel de celle-ci vient à être démontré³¹³⁷ (§1). La requalification se rapproche ainsi d'une sanction de la fraude à la loi où la requalification permet de rendre inefficace la manœuvre frauduleuse³¹³⁸.

742. De plus, le contentieux en requalification que connaissent les plateformes numériques de travail pourrait également s'étendre au droit de la sécurité sociale. Il est, en effet, admis de longue date en matière de sécurité sociale qu'« *est frauduleux tout contrat [dont on tente de faire croire qu'il n'est pas un contrat de travail] destiné à permettre à une partie de se soustraire à la réglementation de la sécurité sociale* »³¹³⁹. Dans ce sens, la fraude liée au travail dissimulé s'en trouve renouvelée à l'ère des plateformes numériques³¹⁴⁰. Un rapport du Sénat relève à ce sujet que « *ces activités posent des problèmes de frontières entre économie du partage et activité lucrative, mais aussi des questions économiques quand elles émergent à la faveur d'une absence de prélèvements sociaux et ne se maintiennent qu'à cette condition* »³¹⁴¹. Alors que le droit de la protection sociale fait partie des préoccupations majeures concernant la situation des travailleurs des plateformes, il est paradoxalement absent du contentieux³¹⁴². Or, le constat d'une fraude sociale³¹⁴³ est indispensable pour mettre en lumière la multiplicité des fraudes qu'un contournement du lien de subordination entraîne (§2).

³¹³⁶ V. à ce sujet, C. WOLMARK, *La définition prétorienne*, op. cit., p. 159-162.

³¹³⁷ Art. L. 8221-1 et s. C. trav.

³¹³⁸ F. GAUDU et R. VATINET, *Les contrats du travail*, op. cit., p. 22.

³¹³⁹ Cass., ass. plén., 18 juin 1976, n° 74-11.210, D., 1977, note A. Jeammaud ; JCP CI 1977. 12497, note Saint-Jour., op. cit.

³¹⁴⁰ V. cependant sur la distinction entre fraude sociale et travail illégal, K. ZARLI-MEIFFRET DELSANTO, *La fraude en droit de la protection sociale*, PUAM, coll. « Centre de droit social », 2018, p. 174 et s.

³¹⁴¹ A. CANAYER et A. EMERY-DUMAS, *Rapport d'information fait au nom de la mission d'évaluation et de contrôle de la sécurité sociale de la commission des affaires sociales sur la lutte contre la fraude*, Sénat, n° 599, 2017, p. 21.

³¹⁴² L. THOMAS, « Le travail en lien avec les plateformes devant les juges du fond », op. cit.

³¹⁴³ L'expression fraude sociale sera entendue comme « *fraude en matière sociale* », V. Droit pénal de la sécurité sociale, P. MORVAN, « Droit pénal de la sécurité sociale », dans *JCl Protection sociale Traité*, fasc. 201-20, 2022, n° 11.

§1 : L'existence d'un travail dissimulé par dissimulation d'emploi salarié commune aux plateformes numériques de travail

743. La question du statut des travailleurs de plateforme a intéressé le domaine pénal. Le plan national de lutte contre le travail illégal 2019-2021 avait, en effet, prévu des actions pour mieux lutter contre les « faux-statuts »³¹⁴⁴. À cet égard, les plateformes numériques de travail, et particulièrement les plateformes « cadres », ont été explicitement visées. Dans la continuité, les orientations du plan 2023-2027 indiquent « engager des travaux de réflexion sur les responsabilités des plateformes organisant la mise à disposition de faux travailleurs indépendants auprès d'entreprises clientes »³¹⁴⁵. La question du réel statut juridique des relations entre les travailleurs des plateformes et ces dernières est au cœur de la détermination d'une dissimulation d'emploi salarié, car, conformément à la jurisprudence constante de la chambre criminelle, « la caractérisation du délit de travail dissimulé par dissimulation de salariés suppose l'existence d'un contrat de travail »³¹⁴⁶.

744. Il existe trois cas de travail dissimulé par dissimulation d'emploi salarié³¹⁴⁷. Le premier concerne la dissimulation d'un travailleur salarié, par exemple avec l'absence de déclaration ou l'absence de délivrance du bulletin de salaire³¹⁴⁸. Le deuxième concerne la dissimulation d'un travailleur par son emploi sous un faux statut, ce qui intéressera tout particulièrement le sujet des plateformes numériques. Enfin, la loi n° 2010-1594 du 20 décembre 2010³¹⁴⁹ a ajouté un troisième cas qui consiste en l'absence d'accomplissement auprès des organismes de sécurité sociale des déclarations relatives aux salaires et aux cotisations sociales afférentes³¹⁵⁰. Plusieurs contentieux ont conduit des plateformes numériques devant le juge pénal, interrogeant alors sur

³¹⁴⁴ Comité interministériel anti fraude lutte contre le travail illégal, *Bilan - Plan national de lutte contre le travail illégal (2019-2021)*, t. 1, Direction générale du travail, 2022, p. 12 et s., spé. p. 14.

³¹⁴⁵ Commission nationale de lutte contre le travail illégal, *Plan national de lutte contre le travail illégal (2023-2027)*, Direction générale du travail, 2023, p. 8.

³¹⁴⁶ V. par exemple, Cass. crim., 30 novembre 2021, n° 21-80.665.

³¹⁴⁷ V. plus généralement sur le travail dissimulé, A. COEURET, É. FORTIS et F. DUQUESNE, *Droit pénal du travail. Infractions, responsabilités, procédure pénale en droit du travail et de la sécurité sociale*, 7^e éd., LexisNexis, coll. « Manuel », 2022, p. 563 ; R. SALOMON et A. MARTINEL, *Droit pénal social, op. cit.*, p. 307 et s. ; G. AUZERO, « Travail », dans *JCl Lois pénales spéciales*, fasc. 40, 2022, n° 4 ; T. AUBERT-MONPEYSSSEN, « Travail illégal », dans *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, Dalloz, 2021, n°5 ; F. DUQUESNE, « Travail dissimulé », dans *JCl Travail Traité*, fasc. 17-40, 2021 ; V. également, art. L. 8221-5 C. trav.

³¹⁴⁸ Cass. crim., 17 juin 2008, n° 07-87.518, *D. 2008, AJ, p. 2151* ; *Bull. crim.*, n° 155 ; *Dr. pén. 2008, comm. 132, obs. J.-H. Rober*.

³¹⁴⁹ Loi n° 2010-1594 du 20 décembre 2010 de financement de la sécurité sociale pour 2011 art. 40.

³¹⁵⁰ V. par exemple, Cass. civ. 2e, 22 octobre 2020, n° 19-21.933, *Dr. soc. 2021. 170, étude Salomon* ; *RJS 1/2021, n° 31* ; *JCP S 2020. 3101, obs. Riancho*.

la caractérisation d'un recours à un faux statut de travailleur indépendant (A). À cette occasion, l'intentionnalité de la plateforme fut observée à l'aune de l'organisation de leur activité économique (B).

A- Le recours à un faux statut de travailleur indépendant par les plateformes numériques de travail

745. Le recours à un faux statut. Dans une logique d'optimisation des coûts de main-d'œuvre, liée à une application du droit du travail et du droit de la sécurité sociale, il peut être tentant de recourir à l'emploi d'un faux statut, qui ne relève pas du salariat, tel que le stage³¹⁵¹, le bénévolat³¹⁵², ou encore le travail indépendant³¹⁵³. Le but est bien entendu de contourner les contraintes qui découlent d'une application des dispositions sociales, tout particulièrement celles qui concernent le temps de travail, la rémunération, les congés payés ou encore le licenciement³¹⁵⁴. L'intérêt est également d'être compétitif, car par le recours à des travailleurs indépendants, l'entreprise n'est pas soumise au versement de charges sociales, ni au respect du SMIC ou à un salaire minimum conventionnel, ce qui lui permet de proposer des tarifs particulièrement concurrentiels³¹⁵⁵. Face à un état de subordination, le juge répressif pourra requalifier la relation contractuelle en contrat de travail, étape préalable indispensable à la qualification du délit de travail dissimulé par dissimulation d'emploi salarié. Cela peut ainsi être le cas de contrat de sous-traitance qui dissimulait une relation de subordination³¹⁵⁶.

746. Le rôle de l'inspection du travail. Dans le cadre de la lutte contre le travail illégal, l'inspection du travail est un acteur privilégié³¹⁵⁷. Il est compétent pour constater des infractions relatives au travail illégal³¹⁵⁸. Pour ce faire, il possède des pouvoirs étendus³¹⁵⁹ lui permettant

³¹⁵¹ Cass. crim., 28 septembre 2010, n° 09-87.689.

³¹⁵² Cass. crim., 8 octobre 1996, n° 95-83.319 ; Cass. crim., 3 novembre 1999, n° 99-81.616 ; Cass. crim., 30 janvier 2001, n° 00-84.433.

³¹⁵³ L'employeur qui fait travailler ses anciens salariés sous le statut d'auto-entrepreneur, dans des conditions qui les placent dans un lien de subordination juridique permanente à son égard, se rend coupable de travail dissimulé. Cass. crim., 15 décembre 2015, n° 14-85.638, *JSL 2016*, n° 403-6, *obs. Taquet*.

³¹⁵⁴ R. SALOMON et A. MARTINEL, *Droit pénal social*, *op. cit.*, p. 326-327 et 335.

³¹⁵⁵ V. en ce sens, J. GALLOIS, « Travail dissimulé : les clicwalkers ne sont pas liés à leur plateforme par un lien de subordination », *AJ Pénal*, 2022, p. 311.

³¹⁵⁶ Cass. crim., 24 février 1998, n° 97-80.236 ; Cass. crim., 3 novembre 1999, n° 99-81.616, *op. cit.*

³¹⁵⁷ V. sur l'inspection du travail, R. SALOMON et A. MARTINEL, *Droit pénal social*, *op. cit.*, p. 621 et s.

³¹⁵⁸ Art. L. 8112-1

³¹⁵⁹ Art. L. 8113-1 et suivants C. trav.

de mener une enquête et collecter l'ensemble des documents nécessaires pour pouvoir établir le cas échéant une mise en demeure ou un procès-verbal d'infraction³¹⁶⁰. Si un inspecteur du travail a connaissance d'un crime ou d'un délit lors d'une enquête, il devra également porter les éléments à la connaissance du parquet³¹⁶¹. Concernant les travailleurs de plateforme, le tribunal administratif de Paris a dû rappeler que l'inspection du travail était tout à fait compétente pour contrôler les conditions de travail de ces derniers³¹⁶². La présomption d'indépendance de ces travailleurs ne justifie pas l'absence de compétence de l'inspection du travail, car le doute raisonnable qui entoure la réalité du statut de ces travailleurs a permis de relever l'erreur de droit d'une décision administrative refusant de diligenter un contrôle au sein de la société *Uber* sur le fondement de l'existence d'un travail dissimulé³¹⁶³. Une situation, qui a pu être qualifiée d'ubuesque³¹⁶⁴, a conduit le tribunal à enjoindre l'unité départementale de Paris de l'inspection du travail de mettre en œuvre sa mission de contrôle au sein de la société *Uber*, dans un délai de quatre mois à compter de la notification du jugement. Cette injonction bienvenue, bien qu'anachronique³¹⁶⁵, permettra de nourrir la question de la qualification de l'infraction de dissimulation d'emploi salarié des plateformes de travail. Il convient enfin de souligner que la collaboration entre les agents de contrôle, de l'inspection du travail et de l'URSSAF notamment, serait particulièrement opportune, pour faciliter la lutte contre le travail dissimulé dans le cadre d'actions combinées³¹⁶⁶.

747. Le caractère fictif de l'indépendance du travailleur de plateforme. L'établissement d'un lien de subordination entre une plateforme numérique et l'un de ses « *partenaire* » peut constituer une infraction pénale dès lors que la plateforme a employé un travailleur sous un statut fictif d'indépendant³¹⁶⁷. L'identification de la réalité de la relation constitue l'élément matériel du délit de travail dissimulé. Cette possibilité a été soulignée dès les premières requalifications rendues par la chambre sociale de la Cour de cassation³¹⁶⁸, dès lors que celle-ci a, par exemple, pu qualifier de « *fictif* » le statut d'indépendant d'un prestataire de la plateforme

³¹⁶⁰ Art. L. 8112-1 C. trav.

³¹⁶¹ Art. 40 C. proc. pén.

³¹⁶² TA Paris, 30 novembre 2022, n° 2105773.

³¹⁶³ V. notamment, M.-N. PRIVET, « L'inspection du travail face aux plateformes numériques », *AJDA*, 2023, p. 203.

³¹⁶⁴ T. PASQUIER, « Travailleurs des plateformes : l'inspection du travail est compétente pour mettre en œuvre son contrôle », *BJT*, n° 2, 2023, p. 32.

³¹⁶⁵ V. en ce sens, *Ibid.*, p. 34.

³¹⁶⁶ V. sur l'URSSAF, *infra*, n° 768 et s. ; V. à ce sujet, A. CERF-HOLLENDER, « Travail dissimulé », dans *Répertoire de droit du travail*, Dalloz, 2018, n° 124 et s. .

³¹⁶⁷ V. sur le faux travail indépendant, R. SALOMON et A. MARTINEL, *Droit pénal social, op. cit.*, p. 334 et s..

³¹⁶⁸ V. à ce sujet, R. SALOMON, « La solution de l'arrêt Uber et ses incidences pénales en matière de travail dissimulé », *JCP S*, n° 18, 2020, 2014.

*Uber*³¹⁶⁹. Le juge pénal examinera, lui aussi, les conditions réelles d'exécution du travail entre les parties, pour « *en restituer la véritable nature juridique* »³¹⁷⁰, selon la méthode du faisceau d'indices³¹⁷¹. Il a toute la latitude pour examiner les circonstances dans lesquelles l'activité est exercée et n'a pas à s'en tenir à « *l'objet apparent de l'activité* »³¹⁷².

748. Il y a une large convergence dans l'appréhension de l'élément matériel du travail dissimulé entre la chambre criminelle, la chambre sociale et la deuxième chambre civile³¹⁷³. La seule divergence entre ces trois chambres réside dans l'appréciation de la présomption de non-salariat prévue par l'article L. 8221-6 du Code du travail. Là où la chambre criminelle se fonde sur les circonstances de fait sans évoquer la présomption de non-salariat³¹⁷⁴, la chambre sociale l'évoque, mais sans en tirer de réelles conséquences en se contentant de l'existence d'un lien de subordination juridique pendant l'exécution de la prestation de travail³¹⁷⁵. En revanche, la deuxième chambre civile indique que la présomption peut être renversée si le travailleur prouve qu'il réalise une prestation de travail « *directement ou par une personne interposée des prestations au donneur d'ordre dans des conditions qui [le place] dans un lien de subordination juridique permanente à l'égard de celui-ci* »³¹⁷⁶. Une divergence qui demeure néanmoins relativement minime, l'attention se focalisant très largement sur l'existence d'un lien de subordination.

749. Le refus de condamnation pour dissimulation d'emploi salarié de la plateforme de micro-travail *Clic and walk*. À cet égard, pour les plateformes de micro-travail, qui se trouve dans une situation hybride³¹⁷⁷, leur situation peine à être clarifiée. Le délit de travail dissimulé par dissimulation d'emploi salarié avait pu être retenu par les juges du fond à l'encontre de la

³¹⁶⁹ Cass. soc., 4 mars 2020, n° 19-13.316, *D.* 2020. 490 ; *Dr. soc.* 2020. 374, obs. Antonmattei ; *RDT* 2020. 328, note Willocx ; *RJS* 5/2020, n° 223 ; *SSL* 2020, n° 1899, p. 2, obs. Champeaux, Entretien Huglo ; *JCP S* 2020. 1080, obs. Loiseau, op. cit.

³¹⁷⁰ R. SALOMON et A. MARTINEL, *Droit pénal social*, op. cit., p. 335.

³¹⁷¹ V. *supra*, n° 625 ; V. par exemple, Cass., ass. plén., 4 mars 1983, n° 81-11.647, *D.* 1983. 381, concl. Cabannes ; *D.* 1984. IR 164, obs. Béraud, op. cit. ; Cass. crim., 29 octobre 1985, n° 84-95.559, *Gaz. Pal.*, 7 janv. 1986, n° 5 à 7, note Doucet, op. cit. ; Cass. crim., 15 décembre 2015, n° 14-85.638, *JSL* 2016, n° 403-6, obs. Taquet, op. cit.

³¹⁷² A. COEURET, É. FORTIS et F. DUQUESNE, *Droit pénal du travail. Infractions, responsabilités, procédure pénale en droit du travail et de la sécurité sociale*, op. cit., p. 570.

³¹⁷³ R. SALOMON, « Analyse comparative de la jurisprudence de la chambre criminelle et des chambres civiles en matière de travail dissimulé », *JCP S*, n° 8, 2021, 1052.

³¹⁷⁴ V. sur la présomption de non-salariat, *supra*, n° 626 ; V. par exemple dans le domaine des transports, Cass. crim., 17 juin 2003, n° 02-84.224, *JCP E* 2004, n° 72, obs. J.-H. Robert ; *Dr. pénal* 2003, n° 127, obs. J.-H. Robert.

³¹⁷⁵ V. *supra*, n° 628.

³¹⁷⁶ Cass. 2ème civ., 7 juillet 2016, n° 15-16.110, *D. actu.* 7 sept. 2016, obs. Cortot ; *D.* 2016. Actu. 1574 ; *Dr. soc.* 2016. 859 ; *RJS* 11/2016, n° 722 ; *JCP E* 2016. 1462, obs. Taquet, op. cit.

³¹⁷⁷ V. *supra*, n° 533 et s.

plateforme *Clic and walk*³¹⁷⁸, mais la décision a été ensuite infirmée par la Cour de cassation³¹⁷⁹. La plateforme de micro-travail avait pour objet « *la réalisation et le traitement de collecte de données portant sur des photographies, des vidéos et autres données qui y sont rattachées, la vente sous forme de fichiers ou d'analyses du résultat des données assorties ou non d'études de marché, la diffusion de publicités via tous types de smartphones* ». Pour réaliser ces prestations, à la demande de clients, la plateforme sollicitait sa communauté, les « *clicwalkers* », qui sont des particuliers, qui, *via* l'application, participent à des missions qui peuvent constituer en la réponse à des questionnaires, la réalisation de sondages ou encore de photographies dans des magasins. Le résultat de la mission était transmis à la société, qui contrôlait et validait ou non la mission. Si celle-ci était validée, le « *clicwalker* » était rémunéré en points cadeaux ou en euros. Enfin, la société transmettait à son client le résultat de la mission et facture sa prestation. En 2016, l'Office central de lutte contre le travail illégal a diligenté une enquête pour travail dissimulé à l'encontre de la société. À la suite de l'établissement d'un procès-verbal à l'encontre de la plateforme, la cour d'appel de Douai³¹⁸⁰ a condamné la société et la dirigeante pour travail dissimulé par dissimulation de salariés. Pour retenir cette infraction, les juges du fond ont tout d'abord exclu la qualification de plateforme d'intermédiation, ce qui rendit inapplicables les dispositions du Code de la consommation mais ils n'ont pas pour autant retenu que l'activité de la plateforme s'assimilait à celle d'un institut de sondage classique. Ce premier temps d'analyse de la qualification juridique à retenir quant à l'activité de la plateforme mérite d'être relevé, car il démontre les interrogations qui entourent la situation hybride des plateformes de micro-travail et l'importance d'identifier le fonctionnement de la plateforme. Une telle démarche va dans le sens d'une prise en compte de la subordination fonctionnelle.

750. Ensuite, les juges se sont attachés à observer les critères du contrat de travail. Il y avait bien, selon eux, une prestation de travail, une rémunération – bien qu'elle soit faible – ainsi qu'un état de subordination. Cet état s'appuyait sur la constatation de consignes très précises quant au lieu, au créneau et à la teneur de la mission. Le contributeur devait, par exemple, prendre des photos selon un certain angle ou poser des questions à des interlocuteurs identifiés³¹⁸¹. Ils ont également constaté un pouvoir de contrôle dans la qualité de la mission rendue, qui fut jumelée avec un pouvoir de sanction qui consistait en une sanction pécuniaire

³¹⁷⁸ CA Douai, 6e ch. corr., 10 février 2020, n° 19/00137, *op. cit.*

³¹⁷⁹ Cass. crim., 5 avril 2022, n° 20-81.775, *D.* 2022. 709 ; *ibid.* 1280, *obs. S. Vernac et Y. Ferkane ; AJ pénal* 2022. 311, *note J. Gallois, op. cit.*

³¹⁸⁰ CA Douai, 6e ch. corr., 10 février 2020, n° 19/00137, *op. cit.*

³¹⁸¹ D. JULIEN-PATURLE, « Les “clicwalkers” sont-ils des salariés ? », *JSL*, n° 495, 2020, p. 18-20.

en cas de réalisation insuffisante, par le non-paiement de la mission ainsi que le non-remboursement des frais engagés. Il était également prévu au sein des conditions générales la possibilité d'exclure un utilisateur. Ils sont même allés au-delà du simple constat d'un contrat de travail³¹⁸², en ajoutant que « *il s'agit en effet, sous couvert de faire appel à des consommateurs de la vraie vie* », *d'utiliser un personnel très faiblement rémunéré pour recueillir quasi-gratuitement des données importantes, revendues ensuite à un prix relativement conséquent* », prenant ainsi en compte l'économie de la relation, adoptant ainsi une approche fonctionnelle de la subordination.

751. Cependant, ce raisonnement n'a pas été suivi par la chambre criminelle de la Cour de cassation qui a jugé que les « *clickwalkers n'exécutent pas une prestation de travail sous un lien de subordination en raison de la liberté dont ils disposent d'abandonner librement les missions qui leur sont proposées et en l'absence d'instructions ou consignes données pour l'exécution de ces missions, la société ne disposant pas d'un pouvoir de contrôle et sanctions d'éventuels manquements. La simple vérification des tâches accomplies dont découle le refus du versement de la rémunération prévue et du remboursement des frais en cas de manquement constaté ne caractérise donc pas l'exercice d'un tel pouvoir* »³¹⁸³. Une position qui rejoint celle de l'avis qui avait été sollicité auprès de la chambre sociale³¹⁸⁴, montrant, par ailleurs, le dialogue existant entre les deux chambres³¹⁸⁵. Ce refus, regrettable selon nous à l'aune de l'existence d'une subordination fonctionnelle, a, à tout le moins, le mérite d'illustrer la diversité des plateformes numériques de travail, qui doit appeler à une analyse scrupuleuse du mode de fonctionnement pour pouvoir apporter une réponse adaptée aux différentes situations. En ce sens, le juge pénal a pu adopter une autre position concernant la dissimulation d'emploi salarié d'une plateforme « cadre ».

752. La qualification d'un délit de travail dissimulé par dissimulation d'emploi salarié de la plateforme « cadre » Deliveroo. Le tribunal correctionnel de Paris a, dans une affaire qui a

³¹⁸² V. pour une critique de la décision, I. CHANTRIER et V. REBERIOUX, « Les "ClickWalkers" hors du droit du travail », *SSL*, n° 1896, 2020, p. 12-14.

³¹⁸³ Cass. crim., 5 avril 2022, n° 20-81.775, *D. 2022. 709* ; *ibid. 1280*, obs. S. Vernac et Y. Ferkane ; *AJ pénal 2022. 311*, note J. Gallois ; En outre, « *l'intérêt de cette décision tient dans le fait que, selon les juges, les missions, réalisées par des contributeurs envisagés comme des consommateurs, ne constituent pas des prestations de travail, en raison de leur caractère occasionnel, irrégulier et faiblement rémunéré, ce qui justifie le rejet de la qualification de contrat de travail* », F. KHODRI et E. MAZUYER, « Le micro-travail numérique et la force attractive du droit du travail », *RDT*, 2023, p. 91.

³¹⁸⁴ Cass. soc., avis, 15 décembre 2021, n° 21-70.017, *JCP S 2022. 1039*, note G. Loiseau, *op. cit.*

³¹⁸⁵ J. GALLOIS, « Travail dissimulé : les clicwalkers ne sont pas liés à leur plateforme par un lien de subordination », *op. cit.*

eu un certain retentissement, le 19 avril 2022, condamné la plateforme *Deliveroo* et certains de ses anciens dirigeants pour travail dissimulé³¹⁸⁶. Les juges ont admis le renversement de la présomption d'indépendance, en relevant l'existence d'une concentration des pouvoirs entre les mains de l'entreprise³¹⁸⁷. La plateforme exerçait un pouvoir de direction – par notamment « *l'impossibilité pour un livreur de ne plus attendre devant chez un client absent tant que le service client ne l'a pas autorisé à partir* »³¹⁸⁸ – de contrôle – par l'usage de la géolocalisation, jumelée de messages collectifs illustrant l'exercice d'un pouvoir de surveillance tel que « *pour les petits malins qui seraient tentés d'essayer, sachez que nous avons la possibilité de vous localiser précisément quand vous êtes connectés* » – et d'un pouvoir de sanction – par la comptabilisation des manquements des livreurs – constituant ainsi un lien de subordination juridique³¹⁸⁹. Une décision qui confirme la réelle qualification des travailleurs de plateforme « cadre », au regard de la preuve d'une subordination personnelle. Faute d'avoir accompli l'ensemble des déclarations obligatoires en tant qu'employeur, comme la déclaration préalable à l'embauche ou la remise de bulletins de paie, le comportement de la plateforme était ainsi constitutif de l'élément matériel du délit de travail dissimulé par dissimulation d'emploi salarié³¹⁹⁰.

753. Cependant, la seule requalification en contrat de travail n'implique pas nécessairement la reconnaissance du délit de travail dissimulé par dissimulation d'emploi salarié. Après avoir constitué l'élément matériel, il est nécessaire de démontrer l'intention délictueuse qui entoure le recours à un travailleur indépendant, autrement dit la preuve de l'élément moral³¹⁹¹.

³¹⁸⁶ T. corr. Paris, 19 avril 2022, *Deliveroo* ; V. également condamnation de *Deliveroo* au versement d'une somme forfaitaire pour travail dissimulé, CA Paris, 6 juillet 2022, n° 20/01914 ; V. concernant *Take Eat Easy*, CA Toulouse, 29 janvier 2021, n° 19/04534 ; V. en revanche le refus de condamnation pour travail dissimulé de la plateforme *Stuart*, CA Paris, 15 février 2022, n° 19/12511.

³¹⁸⁷ A. CASADO, « Travail illégal : deux natures de plateformes, deux salles d'audience, deux ambiances », *BJT*, n° 5, 2022, p. 33.

³¹⁸⁸ Document de travail des juges, p. 14.

³¹⁸⁹ V. à ce sujet, B. GOMES, « *Deliveroo* : condamnation d'un travail dissimulé érigé en système d'organisation », *SSL*, n° 2001, 2022, p. 12-13.

³¹⁹⁰ Art. L. 8221-5 et 8221-6 C. trav.

³¹⁹¹ Cass. crim., 9 juillet 2003, n° 02-42.127.

B- La caractérisation de l'élément moral au travers de l'organisation économique de la plateforme

754. La recherche de l'intentionnalité. La caractérisation de l'élément intentionnel³¹⁹² est une opération délicate qui nécessite la recherche d'éléments suffisants désignant la volonté de l'auteur³¹⁹³. Au sens étymologique, l'intention signifie la volonté tendue vers un certain but, autrement dit, il s'agit d'une volonté dirigée³¹⁹⁴. En droit pénal, l'intention est composée en principe d'un dol général et, le cas échéant, d'un dol spécial. Le dol général consiste en la volonté d'accomplir un acte que l'on sait défendu par la loi³¹⁹⁵. Le dol spécial est celui, exigé en plus pour certaines infractions, qui correspond à une intention précise, requise par le texte d'incrimination³¹⁹⁶. Il convient de rappeler que sont communs à l'ensemble des comportements prohibés, l'exigence de la preuve que l'auteur a agi ou s'est abstenu volontairement³¹⁹⁷. Cet élément est apprécié souverainement par les juges du fond³¹⁹⁸. Cette caractérisation de l'élément moral, bien que parfois difficile à appréhender et à prouver³¹⁹⁹, est un élément indispensable pour retenir l'infraction de travail dissimulé.

755. Les divergences d'approches entre chambre sociale et criminelle. Il existe cependant une divergence entre la chambre sociale qui exige que le salarié apporte la preuve de l'intention et la chambre criminelle qui tient une position plus souple à cet égard³²⁰⁰. Cette dernière se

³¹⁹² V. à ce sujet, B. BOULOC, *Droit pénal général*, 27^e éd., Dalloz, coll. « Précis », 2021, p. 261 et s. ; R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel*, 7^e éd., t. 1, Cujas, 1997, p. 719 et s. ; A.-C. DANA, *Essai sur la notion d'infraction pénale*, t. XXIII, Librairie générale de droit et de jurisprudence, coll. « Bibliothèque de sciences criminelles », 1982, p. 454 et s.

³¹⁹³ Le caractère intentionnel de l'infraction de travail dissimulé a été introduit par la loi n° 87-39 du 27 janvier 1987. De manière générale, l'intentionnalité correspond à l' « élément constitutif de l'infraction consistant dans une manifestation d'hostilité aux valeurs sociales protégées, caractérisée par une double volonté, et du comportement matérialisant l'infraction, et du résultat de celle-ci. L'intention est différente des mobiles, qui n'interviennent pas dans sa définition, et ne participent donc pas des éléments de la responsabilité pénale. », V. « Intention », T. DEBARD et S. GUINCHARD, *Lexique des termes juridiques*, op. cit., p. 592.

³¹⁹⁴ B. BOULOC, *Droit pénal général*, op. cit., p. 265.

³¹⁹⁵ V. notamment, A. CERF-HOLLENDER, « Droit pénal du travail », dans *Répertoire de droit du travail*, Dalloz, 2018, n° 158 ; R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel*, 7^e éd., t. 1, Cujas, 1997, p. 729 et s.

³¹⁹⁶ A. CERF-HOLLENDER, « Droit pénal du travail », dans *Répertoire de droit du travail*, Dalloz, 2018, n° 159 ; il est également possible de parler de « dol spécifique », B. BOULOC, *Droit pénal général*, op. cit., p. 271.

³¹⁹⁷ Art. 121-3 C. pén. ; A. CERF-HOLLENDER, « Travail dissimulé », op. cit., n° 55.

³¹⁹⁸ Cass. soc., 19 janvier 2005, n° 02-46.967, *Dr. soc.* 2005. 472, obs. Radé ; Cass. crim., 11 mars 1997, n° 95-82.009 ; Cass. soc., 2 décembre 2015, n° 14-22.311, *RJS* 2/2016, n° 142 ; *JCP S* 2016.1034, obs. Guyot.

³¹⁹⁹ C. BALLOT SQUIRAWSKI, *Les éléments constitutifs : essai sur les composantes de l'infraction*, thèse, Université Paris-Saclay, 2017, p. 373.

³²⁰⁰ Bien que cette divergence puisse apparaître comme étant davantage « apparente que réelle », R. SALOMON, « L'autonomie du droit pénal et le droit des relations individuelles de travail », *Cahiers de droit de l'entreprise*, n° 4, 2021, p. 28 ; V. également à ce sujet, K. ZARLI-MEIFFRET DELSANTO, *La fraude en droit de la protection sociale*, op. cit., p. 139 et s.

contente, en effet, de la preuve d'une violation en « *connaissance de cause* » d'une prescription légale ou réglementaire³²⁰¹, sans exigence d'un dol spécial³²⁰². L'intention de dissimulation peut notamment se déduire, pour la chambre criminelle, de la matérialité des faits constatés par les juges du fond, et ce, notamment par le recours à un statut fictif³²⁰³. À ce titre, certains auteurs³²⁰⁴ ont même pu questionner le caractère quasi irréfragable d'une telle présomption, voir, ont pu qualifier le travail dissimulé de délit à « *intention présumée* »³²⁰⁵. D'autres auteurs préfèrent parler d'une preuve par implication, plutôt que par présomption³²⁰⁶. La recherche de l'intentionnalité des plateformes n'a ainsi pas été un obstacle en soi lors du contentieux relatif à la dissimulation d'emploi salarié par des plateformes numériques de travail.

756. La caractérisation de l'intentionnalité de la plateforme *Deliveroo* par la chambre criminelle. Le caractère intentionnel a ainsi pu être reconnu, dans la retentissante affaire *Deliveroo*, qui a condamné la société ainsi que certains de ses dirigeants pour travail dissimulé³²⁰⁷. Au soutien d'une caractérisation de l'intentionnalité, les juges se sont appuyés sur plusieurs éléments, offrant une approche assez détaillée sur ce point. Tout d'abord, celle-ci s'est faite à l'aune de la mise en œuvre volontaire et consciente de la plateforme d'une organisation visant à obliger le travailleur à s'inscrire comme autoentrepreneur pour pouvoir travailler sur la plateforme, alors même que des juges ont considéré à plusieurs reprises, que leur véritable statut était celui de salarié³²⁰⁸. En outre, lors du contrôle de l'inspection du travail, des documents intitulés « *Ops vs legal* » listant des situations considérées comme étant « à risque », ainsi que les comportements à avoir pour éviter toute requalification des relations entre les prestataires et la plateforme ont contribué à la caractérisation de l'intentionnalité de la plateforme. Les juges ont soulevé que « *de telles directives sont pour le moins étonnantes si les*

³²⁰¹ Cass. crim., 19 mars 2002, n° 01-83.509, *Dr. pénal* 2002, n° 87, obs. J.-H. Robert ; V. à ce sujet, B. GÉNIAUT, « L'intention du travail dissimulé et la qualification de contrat de travail. À propos d'une divergence persistante de jurisprudence », *JCP S*, n° 22, 2022, 1152 ; V. également, J.-Y. FROUIN et V. MALABAT, « Définition du travail dissimulé : dialogue ou opposition des chambres sociale et criminelle ? », *Dr. pén.* n° 9, 2014, dossier 4 ; R. SALOMON, « Analyse comparative de la jurisprudence de la chambre criminelle et des chambres civiles en matière de travail dissimulé », *op. cit.*

³²⁰² V. par exemple, Cass. crim., 20 janvier 2009, n° 08-82.615, *Dr. pénal* 2009. comm. 55, obs. Robert ; *Dr. pénal* 2009. chron. 10, n° 11, obs. Segonds.

³²⁰³ « *De ce qui fait l'infraction, l'accusation ne doit prouver que la moitié : la matérialité du fait commis. L'autre moitié, à savoir l'élément psychologique, se présume à son tour, à partir de l'élément matériel* », C. LOMBOIS, « La présomption d'innocence », *Pouvoirs*, n° 55, 1990, p. 85.

³²⁰⁴ J.-H. ROBERT, « Ce que parler ne veut pas toujours dire », *Dr. pén.* n° 10, 2008 ; Cass. crim., 17 juin 2008, n° 07-87.518, *D. 2008, AJ*, p. 2151 ; *Bull. crim.*, n° 155 ; *Dr. pén. 2008, comm. 132*, obs. J.-H. Rober, *op. cit.*

³²⁰⁵ J.-H. ROBERT, « Tout travailleur devra être encarté », *Dr. pén.* n° 7-8, 2002, comm. 87.

³²⁰⁶ V. FERREIRA, *Essai sur l'intention coupable en droit pénal. Pour une théorie de l'intention dans l'action*, thèse, Université de Rennes 1, 2018, p. 374.

³²⁰⁷ T. corr. Paris, 19 avril 2022, *Deliveroo*, *op. cit.*

³²⁰⁸ V. *supra*, n° 745.

prévenus pensaient agir en toute légalité »³²⁰⁹. La caractérisation de l'intentionnalité par l'analyse de l'organisation contribue à l'évolution dans l'appréhension de la subordination vers une prise en compte grandissante de l'aspect fonctionnel³²¹⁰. À cet égard, les juges ont souligné que les préconisations de la plateforme pour éviter la reconnaissance d'une relation de subordination illustraient « *parfaitement la pleine conscience des prévenus que ce qui est en cause est bien la traduction pratique de l'organisation économique initialement conçue* »³²¹¹. Enfin, l'argument de la plateforme selon lequel les livreurs étaient des sous-traitants « *en raison de la technicité de leur prestation* » n'a pas convaincu les juges. Il a en effet été repris la réponse des livreurs à ce sujet qui ont précisé « *avec malice qu'en dehors de savoir faire du vélo « sans les petites roues », il n'y avait rien de spécifique* ». L'ensemble de ces éléments ont caractérisé l'intention coupable qui a conduit à la condamnation « *exemplaire* »³²¹² de *Deliveroo*.

757. La prise en compte du modèle économique de la plateforme lors de la recherche de l'intentionnalité pour la plateforme *Clic and Walk*. Par ailleurs, bien qu'infirmée, dans l'affaire *clic and walk*, la chambre correctionnelle de la cour d'appel³²¹³ avait offert une approche originale dans la caractérisation de l'intentionnalité par la prise en compte de l'organisation économique de la plateforme. Les juges avaient tout d'abord indiqué que « *même si le cadre juridique était incertain, la société CLIC AND WALK et sa présidente ne peuvent utilement se prévaloir de leur bonne foi et d'une absence d'intention frauduleuse* ». Ils avaient également relevé que la convention collective des instituts de sondage avait été retrouvée dans les locaux de la société lors de la perquisition et qu'au sein de leur livre blanc le coût particulièrement bas était un argument commercial, constituant ainsi pour les juges un premier élément de la pleine conscience des dirigeants quant à l'économie réalisée par l'absence d'application des dispositions sociales. Enfin, les juges avaient conclu sévèrement en jugeant que « *ne pouvait donc ignorer que le succès de l'entreprise était lié à l'utilisation d'un personnel non déclaré et peu rémunéré* » et ajoutaient que « *le fait qu'il existe aujourd'hui nombre d'autres applications rémunératrices ne saurait l'exonérer d'une quelconque responsabilité* ». Sur ce dernier point, c'est l'économie de la relation qui fut en cause. Il a été reproché à l'entreprise, par les juges de la cour d'appel, d'avoir eu conscience du détournement

³²⁰⁹ Document de travail des juges, p. 19.

³²¹⁰ R. SALOMON, « La solution de l'arrêt Uber et ses incidences pénales en matière de travail dissimulé », *op. cit.* ; A. FABRE, « Les travailleurs des plateformes sont-ils des salariés ? Premières réponses frileuses des juges français », *op. cit.*

³²¹¹ Document de travail des juges, p. 19

³²¹² B. GOMES, « Deliveroo : condamnation d'un travail dissimulé érigé en système d'organisation », *op. cit.*, p. 14.

³²¹³ CA Douai, 6e ch. corr., 10 février 2020, n° 19/00137, *op. cit.*

de la législation aux fins de réduire les coûts. La Cour de cassation ayant cependant exclu la requalification, qui est un préalable nécessaire à la reconnaissance de la dissimulation, elle n'a pas répondu sur la question de l'intentionnalité³²¹⁴.

758. L'intentionnalité par la connaissance de l'état de la jurisprudence. Un parallèle peut être fait avec l'appréhension sur le sujet de la chambre sociale de la Cour de cassation. Elle a pu se montrer plus exigeante que la chambre criminelle, par exemple, elle a jugé que le travail dissimulé ne pouvait se déduire de la seule application d'une convention de forfait illicite³²¹⁵. Mais sa position a su dans certains cas s'assouplir, notamment concernant les émissions de télé réalité. Après avoir jugé que le seul recours à un contrat inapproprié ne caractérisait pas l'intentionnalité nécessaire à la qualification de travail dissimulé, dans la célèbre affaire *Ile de la Tentation*³²¹⁶, elle l'a néanmoins admise à la suite de la multiplication des requalifications dans le domaine de la télé réalité, qui pourrait finir par faire écho dans le cas des plateformes numériques cadre. Sur point, elle avait, en effet, énoncé, dans l'affaire *Koh-Lanta*, qui retient l'intention de dissimulation : « *par arrêt du 3 juin 2009 la Cour de cassation avait tranché les contentieux multiples relatifs à ce genre d'émission, de sorte que lors du recrutement des salariés début 2010 et du tournage de l'émission Koh Lanta du 25 avril au 12 juin 2010, il n'existait plus de doute sur la qualification de contrat de travail pour définir la prestation des participants, la cour d'appel a caractérisé l'élément intentionnel de la dissimulation d'emploi* »³²¹⁷. Autrement dit, le seul choix d'une mauvaise qualification contractuelle ne suffit pas à caractériser le caractère intentionnel, pour la chambre sociale, en revanche, le fait que la jurisprudence ait été réitérée et connue sur le sujet a caractérisé un agissement « *en toute connaissance de cause* ». Elle a ainsi donné une portée normative à sa jurisprudence, en faisant référence à son arrêt *Ile de la Tentation*³²¹⁸. Ce raisonnement pourrait tout à fait être repris, à terme, dans le cas des travailleurs de plateformes, tout particulièrement « cadres ».

³²¹⁴ Cass. crim., 5 avril 2022, n° 20-81.775, *D.* 2022. 709 ; *ibid.* 1280, obs. S. Vernac et Y. Ferkane ; *AJ pénal* 2022. 311, note J. Gallois, *op. cit.*

³²¹⁵ Cass. soc., 16 juin 2015, n° 14-16.953, *RJS* 10/2015, n° 656 ; *JSL* 2015, n° 394-3, obs. Lhernould ; *JCP S* 2015. 1388, note Bossu ; Cass. soc., 2 décembre 2015, n° 14-22.311, *RJS* 2/2016, n° 142 ; *JCP S* 2016.1034, obs. Guyot, *op. cit.*

³²¹⁶ Cass. soc., 3 juin 2009, n° 08-40.981 à 08-40.983 et 08-41.712 à 08-41.714, *D.* 2009. *AJ* 1530, obs. Serna ; *ibid.* 2116, note Cesaro et Gautier ; *ibid.* 2517, note Edelman ; *RDT* 2009. 507, obs. Auzero ; *RJS* 2009. 615, n° 678 ; *Dr. soc.* 2009. 780, avis Allix et obs. Dupeyroux ; *ibid.* 930, note Radé ; *JCP E* 2009. 1714, note Thouzellier ; *JSL* 2009, n° 258-2 ; *SSL*, n° spécial 1403, *op. cit.*

³²¹⁷ Cass. soc., 18 février 2016, n° 14-23.396, 14-25.763 et 14-25.764, *Dr. soc.* 2916. 650, étude S. Tournaux ; V. auparavant, Cass. soc., 5 février 2014, n° 13-11.653.

³²¹⁸ B. GÉNIAUT, « L'intention du travail dissimulé et la qualification de contrat de travail. À propos d'une divergence persistante de jurisprudence », *op. cit.*

759. Par ailleurs, il y a pu avoir une prise en compte de l'état de la jurisprudence au sein d'une décision de la cour d'appel de Paris en date du 12 mai 2021³²¹⁹. Pour rejeter la condamnation de la plateforme pour travail dissimulé, les juges ont, en effet, estimé que le caractère intentionnel de la dissimulation d'emploi ne pouvait résulter de la seule abstention de déclaration des activités, ce, dans la mesure où « *le statut de salarié a été amplement discuté et a nécessité un débat judiciaire nourri de nombreuses controverses* ». Ce qui signifie *a contrario* qu'en cas de multiplication des contentieux, et d'un certain consensus sur le sujet, l'intentionnalité pourrait en être déduite. De plus, nous rejoindrons les commentaires selon lesquels la plateforme ayant déjà été condamnée sur le sujet l'on peut regretter l'indulgence des juges sur ce point³²²⁰. Un tel raisonnement pourrait en revanche faire l'objet d'une certaine critique, en cas de reprise par la chambre criminelle, vis-à-vis du principe de légalité³²²¹, car cela pourrait conduire, à partir d'un contexte jurisprudentiel, de présumer de l'intentionnalité de l'auteur. Le contexte peut néanmoins constituer un indice quant à la connaissance de l'auteur de la réelle qualification de sa relation contractuelle, cependant les juges ne peuvent en principe se contenter de celui-ci sans rechercher sa véritable intention, sauf à assouplir leur position³²²².

760. L'assouplissement des juges du fond. Il convient néanmoins de relever que dans les affaires où les juges du fond ont eu à connaître de la qualification des relations contractuelles entre un travailleur et une plateforme numérique, des demandes relatives à l'octroi de dommages et intérêts au titre de la dissimulation d'emploi salarié ont pu être faites³²²³. Les juges ont le plus souvent déduit l'élément moral du contournement qui a motivé la requalification en contrat de travail pour éviter les obligations afférentes à tout employeur³²²⁴. Les juges ont ainsi pu constater le « *mode opératoire utilisé par la société pour éviter* » l'application du droit du travail³²²⁵. En somme, à partir du moment où la requalification était

³²¹⁹ CA Paris, 12 mai 2021, n° 18/02660.

³²²⁰ V. notamment en ce sens, B. GOMES, « Chauffeurs Uber : richesse argumentative d'une mise au point de la cour d'appel de Paris », *La lettre juridique*, n° 869, 17 juin 2021.

³²²¹ Art. 112-2 et 111-3 C. pén. ; W. BENESSIANO, *Légalité pénale et droits fondamentaux*, PUAM, 2011 ; V. FERNANDEZ, *Les qualités de la loi pénale : contribution à l'étude de la légalité criminelle*, thèse, Université Toulouse 1, 2003.

³²²² Comme en appelle de ses vœux certains auteurs, pour une « *révision de son interprétation restrictive de l'intention dissimulatrice* », B. GÉNIAUT, « L'intention du travail dissimulé et la qualification de contrat de travail. À propos d'une divergence persistante de jurisprudence », *JCP S*, n° 22, 2022, p. 1152.

³²²³ L. THOMAS, « Le travail en lien avec les plateformes devant les juges du fond », *op. cit.*

³²²⁴ V. par exemple, CA Paris, 13 décembre 2017, n° 17/00349 et 17/00351 ; CA Paris, 11 septembre 2019, n° 17/12307.

³²²⁵ CA Toulouse, 29 janvier 2021, n° 19/04534, *op. cit.*

acceptée, les dommages et intérêts au titre de la dissimulation d'emploi salarié l'ont été également, marquant ainsi un certain assouplissement.

761. La dissimulation d'emploi salariée comme fraude sociale. Le travail dissimulé est également réprimé en droit de la sécurité sociale comme étant constitutif d'une fraude sociale³²²⁶. Le recours à un faux statut permet, en effet, d'éviter le paiement des cotisations sociales, patronales et salariales qui sont dues aux organismes de protection sociale ainsi qu'une rétention des sommes dues au régime de l'assurance chômage³²²⁷. Parallèlement, il empêche donc le travailleur d'accéder au régime général des salariés, bien plus favorable et protecteur que celui des indépendants auquel la plateforme exige qu'il s'inscrive pour pouvoir travailler par son intermédiaire.

§2 : L'existence d'une fraude à la définition source d'une fraude sociale commune aux plateformes numériques de travail

762. Pour pouvoir bénéficier du régime général de sécurité sociale, ainsi que de toutes les prestations afférentes, le travailleur de plateforme n'a pas d'autres voies que celle d'engager une action en requalification de sa relation contractuelle, conformément aux dispositions L. 311-11 al. 1 du Code de la sécurité sociale. Cependant, cette solution n'a pour le moment pas été empruntée³²²⁸. Cette situation peut sembler étonnante alors que l'enjeu entourant leur accès à une protection sociale suffisante est particulièrement important. Une telle observation appelle deux constats.

763. Tout d'abord, elle montre encore l'enjeu particulier de la qualification des travailleurs pour un accès au régime général. En cas de reconnaissance au recours à un faux statut par les plateformes, une fraude en matière de protection sociale pourrait également être reconnue (A). Outre les conséquences liées à la reconnaissance du statut salarié, ces questions ont permis de renouveler le débat sur l'accès à un droit à la santé et à sécurité efficient (B).

³²²⁶ K. ZARLI-MEIFFRET DELSANTO, *La fraude en droit de la protection sociale*, *op. cit.*, spé. p. 158-159.

³²²⁷ R. SALOMON, « Analyse comparative de la jurisprudence de la chambre criminelle et des chambres civiles en matière de travail dissimulé », *op. cit.*

³²²⁸ L. THOMAS, « Le travail en lien avec les plateformes devant les juges du fond », *op. cit.*

*A- Le constat possible d'une fraude en droit de la protection sociale
en cas de requalification*

764. Le statut du travailleur a un enjeu en droit de la protection sociale. En cas de requalification de la relation entre le travailleur et la plateforme numérique en contrat de travail, il pourrait être constaté une fraude sociale, par l'absence de versement de cotisations par la plateforme et d'accès pour le travailleur au régime de sécurité sociale des salariés liés à l'existence d'une fraude à la définition. Autrement dit, le contournement du lien de subordination entraîne des fraudes multiples, dont la fraude sociale³²²⁹ (2). Cependant, dans le cas des travailleurs des plateformes, un contentieux propre en droit de la protection sociale est totalement absent (1). Ce constat étonnant est également regrettable à l'aune de l'enjeu qui existe autour de l'accès à une protection de la santé et à la sécurité pour ces travailleurs.

1- L'absence actuelle d'un contentieux en droit de la protection sociale

765. Qualification et assujettissement du travailleur en droit de la sécurité sociale. Dans une « démarche unificatrice »³²³⁰, la définition du salariat, au travers du lien de subordination³²³¹, est commune au droit du travail et au droit de la sécurité sociale³²³². Cependant, le droit de la sécurité sociale peut assimiler au salariat certaines catégories de travailleur indépendant³²³³. Ces travailleurs, bien qu'assimilés à des salariés en droit de la sécurité sociale, ne le sont en revanche pas nécessairement en droit du travail³²³⁴. Dans le prolongement de cette dualité possible entre droit de la sécurité sociale et droit du travail, la

³²²⁹ V. *supra*, note de bas de page n° 3143.

³²³⁰ J.-J. DUPEYROUX, « A propos de l'arrêt Société générale », *op. cit.*

³²³¹ V. par exemple, sur le redressement de cotisations et contributions de sécurité sociale conditionné par l'existence d'un lien de subordination, Cass. 2ème civ., 8 octobre 2020, n° 19-16.606, *RJS 2020, n° 617*; *JCP S 2020, n° 3065*, note Millet-Ursin et Yin.

³²³² V. à ce sujet, M. BORGETTO et R. LAFORE, *Droit de la sécurité sociale*, 19^e éd., Dalloz, coll.« Précis », 2019, p. 473-474.

³²³³ V. par exemple, art. L. 311-3 et L. 382-1 CSS.

³²³⁴ V. à ce sujet, X. AUMERAN, V. BAUDET-CAILLE, P. LANGLOIS, P. MONTANIER, E. GERSTENER, T. GUYOT-PETYT, G. HUTEAU et J.-P. LHERNOULD, *Le Lamy protection sociale*, Wolters Kluwer, coll.« Lamy expert », 2022, n° 75 et 2128.

Cour de cassation pose le principe selon lequel la requalification par un conseil de prud'hommes d'une relation en contrat de travail ne s'impose pas en droit de la sécurité sociale³²³⁵.

766. La présomption d'indépendance prévue à l'article L. 8221-6 du Code du travail, dont relèvent les travailleurs de plateforme³²³⁶, a également des incidences en droit de la sécurité sociale. Il est, en effet, prévu que les personnes ainsi visées par cette présomption sont présumées appartenir au régime des travailleurs non-salariés et ne peuvent relever « *du régime général de la sécurité sociale que s'il est établi que leur activité les place dans un lien de subordination juridique permanente à l'égard d'un donneur d'ordre* »³²³⁷. Une présomption qui a pu faire l'objet de vives critiques, une partie de la doctrine estimant qu'elle pouvait inciter à la fraude³²³⁸. Seule la requalification par la preuve d'un lien de subordination entraînera l'assujettissement du travailleur au régime général³²³⁹. Dès lors, le donneur d'ordre, ayant alors la qualité d'employeur, devient soumis au paiement des cotisations et contributions sociales dues pour tous salariés³²⁴⁰ et l'ensemble des sommes versées sont réintégrées dans l'assiette des cotisations de l'employeur³²⁴¹.

767. L'absence regrettable de contentieux en droit de la protection sociale. Malgré l'enjeu indéniable de la protection sociale des travailleurs des plateformes³²⁴², il demeure un « *angle mort* » tant dans la régulation³²⁴³ que dans le contentieux³²⁴⁴. Seule une procédure de redressement a été engagée contre la société *Uber*. Cependant, en raison de l'absence de communication des procès-verbaux d'audition, conformément aux dispositions R. 133-8 du Code de la sécurité sociale ainsi qu'en l'absence du respect du formalisme de la lettre

³²³⁵ Il a par exemple été jugé qu'un employeur n'a pas à régulariser, sous astreinte, la situation du salarié auprès des organismes sociaux par le versement des cotisations mentionnées sur le bulletin de paie récapitulatif. Cass. soc., 16 juin 2021, n° 20-13.877.

³²³⁶ V. *supra*, n° 626.

³²³⁷ Art. L. 311-11 CSS.

³²³⁸ Il s'agirait d'« *une incitation à peine déguisée à la fraude : n'encourage-t-elle pas certains employeurs à exiger, avant « embauche », une inscription susceptible de rendre plus aléatoire leur demande de rattachement au régime général ?* », M. BORGETTO et R. LAFORE, *Droit de la sécurité sociale*, 19^e éd., Dalloz, coll.« Précis », 2019, p. 479.

³²³⁹ V. *supra*, n° 748.

³²⁴⁰ Cass. 2^eème civ., 28 novembre 2019, n° 18-15.333, *D. 2019. Actu. 2359*; *RJS 2/2020, n° 70*; *JSL 2020, n° 491-3, obs. Blanc*; *JCP S 2019. 1002, obs. Duchange*.

³²⁴¹ Cass. 2^eème civ., 7 juillet 2016, n° 15-16.110, *D. actu. 7 sept. 2016, obs. Cortot*; *D. 2016. Actu. 1574*; *Dr. soc. 2016. 859*; *RJS 11/2016, n° 722*; *JCP E 2016. 1462, obs. Taquet, op. cit.*

³²⁴² V. sur les risques, *infra*, n° 773 et s.

³²⁴³ V. notamment, J. DIRRINGER, « La protection sociale, un “angle mort” de la régulation du travail des plateformes », *op. cit.* V. également, *supra*, n° 553 et s.

³²⁴⁴ L. THOMAS, « Le travail en lien avec les plateformes devant les juges du fond », *op. cit.*

d'observation prévue par l'article R. 133-8 du Code de la sécurité sociale³²⁴⁵, la société *Uber* n'a pas été condamnée au paiement d'un redressement de cotisations dans le cadre d'un contrôle en matière de travail dissimulé. Cette décision³²⁴⁶, confirmée en appel³²⁴⁷, n'a néanmoins pas répondu à la question de la qualification des travailleurs du fait de l'irrégularité de la procédure de redressement. En d'autres termes, la reconnaissance d'une fraude sociale reste possible, fondée sur la fraude à la définition des plateformes numériques de travail, constituée par le contournement du lien de subordination.

2- La reconnaissance possible d'une fraude sociale

768. La reconnaissance possible d'une fraude en droit de la protection sociale. À l'aune des décisions qui ont pu être rendues en droit du travail³²⁴⁸ cela pourrait conduire, en cas de requalification, à reconnaître une fraude à la loi en matière de droit de la sécurité sociale³²⁴⁹. En ce sens, il convient de rapprocher les décisions relatives aux travailleurs de plateforme de l'arrêt *Hebdo Presse* rendu en matière de sécurité sociale, qui indique qu'« *est frauduleux tout contrat [dont on tente d'éluder l'existence d'un lien de subordination] destiné à permettre à une partie de se soustraire à la réglementation de la sécurité sociale* »³²⁵⁰. Il avait ainsi été conclu que ces travailleurs devaient être affiliés au régime général de la sécurité sociale. Une décision similaire pourrait, en effet, être appliquée aux travailleurs de plateformes, particulièrement ceux des plateformes « cadres », concomitamment à la reconnaissance d'un travail dissimulé³²⁵¹. Il s'agirait alors de reconnaître l'existence d'une fraude sociale qui consiste en « *toute action ou abstention licite ou illicite, le cas échéant assortie de manœuvres, accomplie de manière intentionnelle dans le dessin d'obtenir un avantage à caractère pécuniaire illégitime qui*

³²⁴⁵ V. à ce sujet, F. TAQUET, « Les démêlés d'Uber avec l'Urssaf ... : Uber 1/Urssaf 0 », *JSL*, n° 433, 2017, p. 27-28.

³²⁴⁶ TASS Paris, 14 décembre 2016, RG n° 16-03915, *JSL*, 2017, n° 433, p. 27 note F. Taquet.

³²⁴⁷ CA Paris, 2 avril 2021, n° 17/00435.

³²⁴⁸ V. notamment, Cass. soc., 28 novembre 2018, n° 17-20.079, *D. actu. 12 déc. 2018*, obs. Peyronnet ; *ibid.* 169, avis Courcol-Bouchard, obs. Escande-Varniol ; *RDT 2019. 36*, note Peyronnet ; *RJS 2/2019*, p. 98, *Rapp. Salomon* ; *ibid.*, n° 72 ; *SSL 2018*, n° 1841, p. 6, obs. Gomes et Lokiec ; *JCP S 2018. 1398*, obs. Loiseau., *op. cit.* ; Cass. soc., 4 mars 2020, n° 19-13.316, *D. 2020. 490* ; *Dr. soc. 2020. 374*, obs. Antonmattei ; *RDT 2020. 328*, note Willocx ; *RJS 5/2020*, n° 223 ; *SSL 2020*, n° 1899, p. 2, obs. Champeaux, *Entretien Huglo* ; *JCP S 2020. 1080*, obs. Loiseau, *op. cit.*

³²⁴⁹ V. en ce sens, A. JEAMMAUD, « Uber, Deliveroo : requalification des contrats ou dénonciation d'une fraude à la loi ? », *op. cit.*

³²⁵⁰ Cass., ass. plén., 18 juin 1976, n° 74-11.210, *D.*, 1977, note A. Jeammaud ; *JCP CI 1977. 12497*, note Saint-Jour., *op. cit.*

³²⁵¹ V. *supra*, n° 752.

occasionne un dommage financier directement supporté par les organismes de protection sociale et met en cause le principe de solidarité »³²⁵². Dès lors, qu'il est apporté la preuve du contournement volontaire du lien de subordination pour ne pas avoir à supporter les charges sociales afférentes, apportant un avantage concurrentiel³²⁵³ d'une part, et occasionnant un dommage tant aux salariés qu'aux organismes sociaux d'autre part, la fraude sociale peut être retenue.

769. Les conséquences de la requalification du statut du travailleur en droit de la protection sociale. Le constat d'un contournement du statut d'indépendant, pour éviter le paiement des charges sociales, notamment avec la reconnaissance du délit de travail dissimulé, peut donner lieu à un redressement rétroactif, une fois l'employeur condamné³²⁵⁴. Sachant que le caractère accessoire d'une activité, ce qui est souvent le cas chez les travailleurs de plateforme, est sans conséquence concernant la rémunération qui aurait dû être soumise aux cotisations et contributions sociales³²⁵⁵. Tout d'abord, le travailleur pourra faire valoir une demande de dommages et intérêts issue du préjudice de perte de ses droits à la retraite notamment³²⁵⁶. Ensuite, l'URSSAF peut alors avoir intérêt à agir, car cette situation cause un dommage aux organismes de protection sociale par l'absence de recouvrement des charges sociales dues au regard de la qualification réelle des travailleurs³²⁵⁷. Il convient de préciser qu'en principe l'URSSAF n'était initialement reconnue comme étant légitime à réclamer des cotisations que pour l'avenir, c'est-à-dire que l'assujettissement du travailleur ainsi requalifié ne prenait effet qu'au jour de la notification de la caisse³²⁵⁸. Par exception, le rattachement au régime général pouvait être rétroactif en cas de fraude à la loi³²⁵⁹. En revanche, en cas de travail dissimulé par le recours à un faux statut, la rétroactivité du recouvrement des cotisations dues par l'employeur n'était pas admise, le travailleur ayant déjà cotisé dans un régime indépendant³²⁶⁰. La requalification ne valait que pour l'avenir, en raison du principe de

³²⁵² K. ZARLI-MEIFFRET DELSANTO, *La fraude en droit de la protection sociale*, op. cit., p. 158.

³²⁵³ V. *infra*, n° 793.

³²⁵⁴ V. à ce sujet, K. MEIFFRET-DELSANTO, « Droit social et plateformes numériques : quels risques économiques et contentieux ? », *Lexbase Social*, n° 792, 2019.

³²⁵⁵ A. GROUT-HEURGUIER, « La responsabilité des plateformes collaboratives à l'égard de l'URSSAF : traitement social des sommes issues des plateformes et statut social des acteurs des plateformes », *Lexbase Social*, n° 792, 2019.

³²⁵⁶ V. par exemple, Cass. soc., 23 septembre 2015, n° 14-13.471.

³²⁵⁷ K. ZARLI-MEIFFRET DELSANTO, *La fraude en droit de la protection sociale*, op. cit., p. 175.

³²⁵⁸ Cass. soc., 27 février 1992, n° 89-20.301 et n° 89-20.538, *RJS 1992*, n° 495.

³²⁵⁹ V. en ce sens, Cass. soc., 6 décembre 1990, n° 88-15.146, *RJS 1991*, n° 104.

³²⁶⁰ Cass. 2ème civ., 9 mars 2006, n° 04-30.220, *Dr. soc. 2006. 697, obs. Coursier ; RJS 2006. 433, n° 624.*

l'interdiction de la double affiliation³²⁶¹, ce qui avait pour effet de ne pas condamner le « *donneur d'ordre-employeur* » à supporter le paiement des charges sociales qu'il avait justement entendu éviter³²⁶². Cela avait donc pour conséquence de limiter considérablement les incidences d'une requalification. Cependant, depuis la loi de financement de la sécurité sociale pour 2012, la condamnation au paiement rétroactif est de nouveau possible en cas de condamnation pour travail dissimulé³²⁶³. Une évolution qu'il convient de saluer, car elle permet de sanctionner réellement ce type de fraude dont le recours aux faux indépendants permet aux plateformes de se procurer un avantage pécunier illégitime. Par ailleurs, en cas de condamnation pour travail dissimulé, il sera appliqué une majoration de cotisations sur les montants redressés³²⁶⁴. Il y a ainsi des enjeux financiers particulièrement importants. Pour illustration, lors du contentieux qui opposait la plateforme *Uber* à l'URSSAF les montants approchaient les 5 millions d'euros³²⁶⁵.

770. La possible consultation de l'URSSAF. Il serait enfin possible d'imaginer un recours à la consultation de l'URSSAF : le rescrit social³²⁶⁶. Cette consultation prévoit que les travailleurs relevant de l'article L. 8221-6 du Code du travail puissent demander aux URSSAF de leur indiquer si l'activité pour laquelle ils se sont immatriculés en tant qu'indépendants relève du régime général³²⁶⁷. À défaut de réponse dans les deux mois, l'URSSAF est présumée avoir refusé l'affiliation du travailleur au régime général. Cette compétence attribuée aux URSSAF, issue de la loi Madelin³²⁶⁸, leur permet de répondre aux interrogations liées au régime à appliquer³²⁶⁹. Cependant, le délai étant particulièrement bref, il est estimé qu'il ne permet pas

³²⁶¹ V. par exemple, « *il est contraire aux principes généraux du droit de la Sécurité sociale qu'une même personne relève au titre de la même activité de deux régimes différents* », Cass. soc., 21 janvier 1970, n° 67-14.745.

³²⁶² K. ZARLI-MEIFFRET DELSANTO, *La fraude en droit de la protection sociale*, op. cit., p. 96.

³²⁶³ V. en ce sens, *Ibid.* ; M. DEL SOL, « LFSS pour 2012 : mesures relatives au recouvrement, au contrôle et à la lutte contre la fraude », *JCP S*, n° 3, 2012, 1019.

³²⁶⁴ Art. L. 243-7-7 CSS.

³²⁶⁵ TASS Paris, 14 décembre 2016, RG n° 16-03915, *JSL*, 2017, n° 433, p. 27 note F. Taquet, op. cit. ; V. également, « *les montants de cotisations éludées par Deliveroo entre 2015 et 2016 dépasseraient les 6,4 millions d'euros* », K. MEIFFRET-DELSANTO, « Droit social et plateformes numériques : quels risques économiques et contentieux ? », op. cit.

³²⁶⁶ Art. L. 311-11 CSS.

³²⁶⁷ Il appartient à l'organisme du recouvrement, pour procéder à la réintégration des sommes versées par un donneur d'ordre à une personne physique bénéficiant de la présomption de non-salariat, de rapporter la preuve de l'existence d'un lien de subordination juridique entre le donneur d'ordre et cette personne. Cass. 2ème civ., 24 juin 2021, n° 20-13.944 ; Cass. 2ème civ., 17 février 2022, n° 20-19.493, *RJS* 4/2022, n° 218 ; *RDSS* 2022. 385, obs. Tauran ; *JCP S* 2022, n° 1098, note Millet-Ursin et Yin.

³²⁶⁸ Loi n° 94-126 du 11 février 1994 relative à l'initiative et à l'entreprise individuelle, op. cit.

³²⁶⁹ V. sur les interférences de la loi Madelin, T. TAURAN, « Régime général : champ d'application », dans *JCI Protection sociale Traité*, fasc. 217, 2022, n° 55.

de procéder à un examen approfondi, ce qui rend difficile la décision d'un rattachement³²⁷⁰, sauf en cas de fraude où un rattachement ultérieur est possible³²⁷¹.

771. Malgré l'absence d'un contentieux propre au droit de la protection sociale, l'enjeu autour de la protection des travailleurs de plateforme demeure. Les tentatives du législateur³²⁷² en « *trompe l'œil* »³²⁷³ ne doivent pas occulter une mise en lumière nécessaire d'un accès au droit à la santé et à la sécurité qui doit être effectif.

B- La mise en lumière d'un accès nécessaire au droit à la santé et à la sécurité des travailleurs de plateforme

772. Face à l'absence d'avancée des contentieux en protection sociale ainsi qu'à la frilosité du législateur à imposer des dispositions sociales aux plateformes, la protection contre les risques s'avère nettement insatisfaisante pour les travailleurs de plateforme (1). Cette situation renouvelle la question auprès de la doctrine de l'application universelle, au-delà des statuts, de la protection sociale face à la fraude sociale (2).

1- Une protection insatisfaisante contre les risques

773. Le renouvellement de la question de la protection des indépendants. Les travailleurs de plateforme sont exposés à des risques tant pour leur santé que pour leur sécurité. En étant considéré comme des indépendants, leur régime de protection sociale est nettement moins favorable que celui applicable aux salariés³²⁷⁴. Les questions liées au statut de ces travailleurs ont ainsi renouvelé le débat autour de l'universalité du droit de la protection sociale et ont mis en lumière l'accès nécessaire à un droit à la santé et à la sécurité qui soit effectif et satisfaisant. Les travailleurs des plateformes sont, en effet, exposés d'une part aux risques du marché

³²⁷⁰ M. BORGETTO et R. LAFORE, *Droit de la sécurité sociale, op. cit.*, p. 481.

³²⁷¹ V. par exemple, Cass. 2ème civ., 12 juillet 2006, n° 05-10.661, *RJS 2006*, n° 1115 ; *JCP S 2006*, n° 1784, note Tauran ; *Dr. soc. 2006. 1071, obs. Coursier*.

³²⁷² V. *supra*, n° 548 et s.

³²⁷³ J. DIRINGER (dir.), *Transformations sociales et Economie Numérique, op. cit.*, p. 4.

³²⁷⁴ V. *supra*, n° 553 et s. ; V. en ce sens, L. HE, « La sécurité sociale à l'ère du numérique : quel renouveau de la solidarité ? », *RDSS*, 2023, p. 301.

traditionnel et d'autre part à des risques propres liés à leurs conditions de travail définis par la plateforme.

774. L'exposition des travailleurs de plateforme aux risques du marché traditionnel. Ils sont tout d'abord nécessairement exposés aux risques du marché traditionnel, c'est-à-dire, ceux qui sont inhérents à l'activité dans laquelle ils s'inscrivent. Par exemple, les travailleurs exerçant une activité de livraison à vélo *via* une plateforme de mobilité, qu'ils soient indépendants – en tant que travailleurs de plateforme – ou salariés d'une entreprise de livraison, ils sont exposés tous deux aux risques de chute et d'accident de la circulation³²⁷⁵. Or, si la réparation a été inscrite en partie dans le régime des travailleurs de plateforme « cadre »³²⁷⁶ – bien que différant largement de celle des salariés et fondée sur l'autorégulation – la prévention demeure largement absente³²⁷⁷, malgré sa mention comme thème possible au sein de la charte facultative des plateformes de mobilité³²⁷⁸. De même, les travailleurs sur les plateformes de mise à disposition qui exercent principalement dans le secteur du bricolage ou de l'hôtellerie restauration sont exposés aux mêmes risques que les salariés de ces secteurs. À la différence que les plateformes de mise à disposition ne sont même pas visées par les dispositions du Code du travail relatives à la responsabilité sociale des plateformes³²⁷⁹, les travailleurs devant ainsi assumer seuls la prise en charge des risques liés à leur activité³²⁸⁰ ; sauf si la plateforme met en œuvre un système assurantiel, mais qui là encore est basé d'une part sur la seule volonté de la plateforme et d'autre part qui n'équivaudra cependant pas au régime existant pour les travailleurs salariés³²⁸¹.

775. L'exposition des travailleurs de plateformes à des risques propres. Outre les risques existant de façon similaire pour les autres travailleurs du même secteur d'activité, les travailleurs de plateformes connaissent des risques propres en matière de santé et de sécurité au travail³²⁸². En l'absence d'application du droit du travail, ils peuvent être exposés à des risques

³²⁷⁵ Un risque qui a même été relevé au sein du rapport Frouin comme étant « *un des plus urgent* », à qui il convient d'apporter une réponse, J.-Y. FROUIN, *Réguler les plateformes numériques de travail*, Rapport au Premier Ministre, 2020, p. 58.

³²⁷⁶ V. *supra*, n° 549.

³²⁷⁷ M. DEL SOL, « La protection sociale complémentaire des travailleurs de plateforme au risque du marché », *op. cit.*

³²⁷⁸ Art. L. 7342-9, 4°, b), C. trav.

³²⁷⁹ V. *supra*, n° 516.

³²⁸⁰ V. par exemple à ce sujet, M.-A. DUJARIER, « Le sens de l'entrepreneuriat de soi sur les places de marché numériques de bricolage », *op. cit.*

³²⁸¹ R. CARELLI, P. CINGOLANI et D. KESSELMAN, *Les travailleurs des plateformes numériques*, *op. cit.*, p. 110.

³²⁸² I. DAUGAREILH, « La santé des travailleurs de plateforme en France », *op. cit.*

physiques liés au manque de repos face à de grandes amplitudes horaires. Ils ne sont, en effet, pas soumis aux dispositions relatives au temps de travail³²⁸³ et sont exclus de l'application du droit au repos³²⁸⁴. En outre, leur santé mentale peut également être sujette à certains risques liés à la surveillance algorithmique, qui déshumanise les conditions de travail et qui augmente la pression liée à l'attente d'une rentabilité, renforcée par l'automatisation³²⁸⁵. Leurs conditions de travail peuvent être rapprochées des salariés « *sur-subordonnés* » par le contrôle possible qu'offrent les outils numériques qui ont tendance à intensifier le rythme de travail³²⁸⁶. Enfin, leur santé mentale peut être également affectée par leur statut qui présente une certaine précarité³²⁸⁷, leur rémunération étant dépendante et incertaine³²⁸⁸, ce, tout particulièrement pour ceux qui tirent leur activité principale du travail de plateforme³²⁸⁹. À cet égard, le risque lié à la création de nouvelles formes de précarité a été identifié par la Commission européenne³²⁹⁰, qui a annoncé se saisir des conditions de travail des travailleurs de plateforme, dont le projet de directive est censé leur apporter un socle de droits sociaux³²⁹¹.

776. L'absence d'accès satisfaisant. Face à ces risques, ils peuvent bénéficier des garanties minimales prévues pour les personnes résidant sur le sol français³²⁹². Cependant, cette couverture est largement insatisfaisante, le statut d'indépendant ayant également des incidences sur la prise en charge des risques³²⁹³. Par ailleurs, les travailleurs de plateforme « cadre » peuvent être pris en charge si un accord a été mis en place par la plateforme³²⁹⁴. À défaut, ce sera au titre de l'indemnisation des accidents de la circulation ou d'une éventuelle négociation entre les parties³²⁹⁵. En dernier recours, il conviendra que le travailleur passe par la voie de la

³²⁸³ V. notamment, art. L. 3121-18, 3121-20 et s. et L. 3121-27 C. trav ; Directive 2003/88/CE du 4 novembre 2003 concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail, *op. cit.*

³²⁸⁴ V. notamment, art. L. 3121-16 C. trav.

³²⁸⁵ V. sur le management algorithmique, *supra*, n° 685 et s. ; V. notamment, S. FISCHMAN et B. GOMES, « Intelligences artificielles et droit du travail : contribution à l'étude du fonctionnement des plateformes numériques », *op. cit.*, p. 51 et s.

³²⁸⁶ V. *supra*, n° 338.

³²⁸⁷ V. sur la notion, A. KONE-SILUE, « Précarité », dans *Dictionnaire de la recherche en droit social (DRDS)*, 2022 ; V. également, « Précarité », A. BEVORT, A. JOBERT, M. LALLEMENT et A. MIAS, *Dictionnaire du travail*, *op. cit.*, p. 554-560.

³²⁸⁸ Malgré les dispositions pour les plateformes de mobilité, V. art. L. 1326-2 C. transp.

³²⁸⁹ V. à ce sujet, S. ABDELNOUR et S. BERNARD, « Vers un capitalisme de plateforme ? Mobiliser le travail, contourner les régulations », *op. cit.*

³²⁹⁰ https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/fr/fs_20_49 [consulté le 24 juillet 2023].

³²⁹¹ V. également à ce sujet, J. DIRRINGER (dir.), *Transformations sociales et Economie Numérique*, *op. cit.*, p. 91 et s.

³²⁹² Art. L. 160-1 et s. CSS ; V. sur la protection universelle maladie (PUMA), J.-Y. KERBOUC'H, C. WILLMANN et J.-P. CHAUCHARD, *Droit de la sécurité sociale*, 10^e éd., LGDJ, coll. « Manuel », 2022, p. 375 ; M. BORGETTO et R. LAFORE, *Droit de la sécurité sociale*, *op. cit.*, p. 498 et s.

³²⁹³ V. en ce sens, I. DAUGAREILH, « La santé des travailleurs de plateforme en France », *op. cit.*

³²⁹⁴ V. *supra*, n° 549 et s.

³²⁹⁵ L. THOMAS, « Le travail en lien avec les plateformes devant les juges du fond », *op. cit.*

requalification afin qu'une fois sa situation contractuelle requalifiée en contrat de travail, il puisse demander des dommages et intérêts liés à l'accident³²⁹⁶. Ce qui montre, s'il fallait s'en convaincre, de l'urgence d'un accès à un droit à la santé et à la sécurité effectif de ces travailleurs. Un tel constat a pu raviver le thème de l'universalisation de la protection sociale.

2- Le renouvellement de la question de l'universalisation de la protection sociale face à la fraude sociale

777. Le renouvellement de la question d'une protection sociale universelle. Le cas des travailleurs de plateforme a, en effet, fait ressurgir des débats anciens concernant l'universalité³²⁹⁷ possible d'un droit de la protection sociale³²⁹⁸. Nombreux sont les auteurs qui aspirent à une ouverture aux indépendants d'une meilleure sécurité sociale³²⁹⁹, ce qui aurait pour effet, concernant les travailleurs de plateformes, d'offrir une autre voie, tout aussi globale, qui ne supposerait pas de remettre en cause leur statut d'indépendant³³⁰⁰, mettant ainsi de côté ce débat qui peut sembler sans fin. En ce sens, il a pu être imaginé une application du régime général aux travailleurs de plateforme sur le modèle des articles L. 311-3 à L. 311-10 ainsi que L. 382-1 à L. 382-31 du Code de la sécurité sociale³³⁰¹, car, malgré les tentatives de régulation du législateur, la protection sociale des travailleurs de plateformes s'avère largement

³²⁹⁶ *Ibid.* ; V. par exemple, en cas de travail dissimulé, un salarié peut demander des dommages et intérêts pour compenser le préjudice subi par la privation des allocations d'assurance chômage et des indemnités journalières d'assurance maladie, Cass. soc., 14 avr. 2010, n° 08-43.124, *D. 2010. Actu. 1151* ; *D. actu. 14 mai 2010, obs. Maillard* ; *RJS 6/2010, n° 540* ; *JSL 2010, n° 280-6, obs. Julien-Paturle* ; *Dr. ouvrier 2010. 688, obs. Ferraro* ; *JCP S 2010. 1327, obs. Willmann*.

³²⁹⁷ V. pour une analyse des différents sens qu'a pu recouvrir la notion d'« universalisation », B. BUCHARLES, « L'« universalisation » : une notion à interroger ? », *RFAS*, n° 4, 2018, p. 119-128.

³²⁹⁸ Y compris concernant le compromis qu'a opéré le système français entre le modèle bismarckien et beveridgien, V. déjà à ce sujet, B. PALIER et G. BONOLI, « Entre Bismarck et Beveridge. « Crises » de la sécurité sociale et politique(s) », *Revue française de science politique*, vol. 45, n° 4, 1995, p. 668-699 ; V. sur l'universalité et l'ambition d'un régime commun de sécurité sociale, C. LARRAZET, *La solidarité dans la protection sociale des travailleurs non-salariés*, *op. cit.*, p. 203 et s. ; V. historiquement sur l'avènement de la sécurité sociale, P. DURAND, *La politique contemporaine de sécurité sociale*, Réédition 1953, Dalloz, coll. « Bibliothèque Dalloz », 2005, p. 104-165, spé. p. 119-126.

³²⁹⁹ V. notamment, P.-H. ANTONMATTEI et J.-C. SCIBERRAS, *Le travailleur économiquement dépendant : quelle protection ?*, *op. cit.* ; A. SUPIOT (dir.), *Au-delà de l'emploi*, *op. cit.* ; V. également pour une étude sur le sujet, C. MARZO, « L'accès aux soins des travailleurs de plateformes numériques : perspectives comparées et internationales », *RDSS*, 2022, p. 987.

³³⁰⁰ I. DAUGAREILH, « La santé des travailleurs de plateforme en France », *op. cit.*

³³⁰¹ *Ibid.*

insuffisante et est facultative, ne reposant donc pas sur les mêmes fondements que le régime général salarié³³⁰².

778. Fort de ce constat, une partie de la doctrine a proposé le rapprochement du régime de protection sociale des indépendants avec celui des salariés : l'idée d'un « *état professionnel des personnes* » ou d'une « *sécurité sociale professionnelle* » est d'offrir une continuité des droits face à la discontinuité des emplois³³⁰³. Pour faire face à la précarité liée au statut³³⁰⁴, ce mouvement s'inscrit vers des droits attachés à la personne du salarié³³⁰⁵. Depuis longtemps, les auteurs proposent une harmonisation. Gérard Lyon-Caen proposait « *l'éclosion d'un droit de l'activité, à la fois commun et divers* », afin d'éviter le risque d'une « *prolifération de petits indépendants en situation d'auto-emploi ou de sous-emploi et sans aucune garantie sociale* »³³⁰⁶. De même, Monsieur Alain Supiot suggérait l'instauration des droits de tirage sociaux, directement attachés à la personne du travailleur³³⁰⁷, afin « *d'assurer la continuité d'un statut social au-delà de la diversité des expériences de travail* »³³⁰⁸. Malgré des évolutions de la législation menant vers une certaine uniformisation des prestations sociales³³⁰⁹, notamment fondées sur la résidence³³¹⁰, l'exemple des travailleurs de plateforme a montré l'insuffisance de protection que connaissent les travailleurs indépendants. Nonobstant la nécessité d'un accès à une meilleure couverture sociale, l'uniformisation du système n'est pas forcément souhaitable, ne serait-ce que par l'adossement au régime général salarié qui augmenterait considérablement les charges sociales des indépendants pour des raisons d'égalité³³¹¹. Il conviendrait plutôt que

³³⁰² V. sur le statut de travailleur de plateforme, *supra*, n° 553 ; V. également, J. DIRRINGER (dir.), *Transformations sociales et Economie Numérique*, *op. cit.*, p. 59-65.

³³⁰³ V. notamment, A. SUPIOT (dir.), *Au-delà de l'emploi*, *op. cit.* ; V. en ce sens à propos des travailleurs de plateforme, J. DIRRINGER, « Quel droit social en Europe face au capitalisme de plateforme ? », *La Nouvelle Revue du Travail*, octobre 2018, p. 1-16.

³³⁰⁴ V. en ce sens, V. « Précarité », A. BEVORT, A. JOBERT, M. LALLEMENT et A. MIAS, *Dictionnaire du travail*, *op. cit.*, p. 557.

³³⁰⁵ F. GAUDU, « Du statut de l'emploi au statut de l'actif », *Dr. soc.*, 1995, p. 535 ; J.-P. CHAUCHARD, « Universalisation de la protection sociale : vers la personnalisation des droits sociaux ? », *RFAS*, 2018, p. 129-148 ; F. GAUDU, *L'emploi dans l'entreprise privée : essai de théorie juridique*, *op. cit.*, p. .

³³⁰⁶ G. LYON-CAEN, *Le droit du travail : une technique réversible*, Dalloz, coll.« Connaissance du droit », 1995, p. 26.

³³⁰⁷ A. SUPIOT (dir.), *Au-delà de l'emploi*, *op. cit.*, p. 83.

³³⁰⁸ *Ibid.*, p. 12 ; V. également *infra*, n° 830 et s.

³³⁰⁹ Depuis le 1er janvier 2020, la protection sociale des indépendants est désormais intégrée au régime général de la sécurité sociale. Loi n° 2018-1203 du 22 décembre 2018 de financement de la sécurité sociale pour 2019 ; V. également, J. DIRRINGER, « Quel droit social en Europe face au capitalisme de plateforme ? », *op. cit.*, p. 9 et s.

³³¹⁰ Loi n° 78-2 du 2 janvier 1978 relative à la généralisation de la sécurité sociale ; A. GAURON, « La protection sociale à l'heure du numérique : l'enjeu de l'affiliation et des cotisations patronales », *RFAS*, février 2018, p. 87 ; C. LARRAZET, *La solidarité dans la protection sociale des travailleurs non-salariés*, *op. cit.*, p. 210.

³³¹¹ J. DIRRINGER, « L'avenir du droit de la protection sociale dans un monde ubérisé », *op. cit.*, p. 23.

ce soient les plateformes qui contribuent au financement de la protection sociale³³¹². À défaut, il y aurait une baisse de la protection en cas de généralisation pour combler le déficit³³¹³.

779. Bien que séduisante et outre les difficultés de mise en œuvre³³¹⁴, l'idée d'une protection sociale universelle ne fait qu'éviter la question du statut³³¹⁵. Elle permettrait certes un accès au droit de la protection sociale³³¹⁶, mais elle ne résout pas entièrement la question³³¹⁷ et occulterait le détournement du lien de subordination. Or, ce détournement provoque des conséquences liées à la dissimulation de l'emploi salarié menant à une fraude sociale. Mais il présente également d'autres conséquences propres aux différents fonctionnements des plateformes.

780. Conclusion de section. La constitution d'une fraude à la définition avec le recours à un faux statut indépendant par les plateformes numériques mène au constat d'une fraude commune à l'ensemble des plateformes de travail, à savoir, la dissimulation d'emploi salarié ainsi qu'une fraude sociale. Bien que distincts, le travail dissimulé et la fraude sociale ont des liens qui permettent de mettre en exergue la multiplicité des conséquences du recours à un faux statut par la méconnaissance volontaire du lien de subordination. Cette situation montre que la détermination du lien de subordination dépasse largement les murs du conseil des prud'hommes et occupe une place essentielle dans l'appréhension juridique des nouvelles activités numériques. À cet égard, les juges ont commencé à être saisis de la question en matière pénale, cependant le droit de la protection sociale peine encore à se faire une place dans le contentieux.

781. La lutte contre le travail illégal, avec le recours à de faux indépendants a également un enjeu économique. Cette forme de travail «*joue directement contre l'emploi notamment*

³³¹² I. DAUGAREILH, « Protection sociale et économie des plateformes », dans *La numérisation du travail. Enjeux juridiques et sociaux en santé au travail*, L'Harmattan, coll.« Psych-Logiques », 2021, p. 141-142.

³³¹³ J. DIRINGER, « L'avenir du droit de la protection sociale dans un monde ubérisé », *op. cit.*, p. 23.

³³¹⁴ V. pour une étude sur le sujet, C. LARRAZET, *La solidarité dans la protection sociale des travailleurs non-salariés*, *op. cit.*, p. 203 et s. V. spé sur le droit de l'activité professionnelle, p. 280 et s.

³³¹⁵ V. pour une évolution mais contre une remise en cause du système français, A. GAURON, « La protection sociale à l'heure du numérique : l'enjeu de l'affiliation et des cotisations patronales », *op. cit.*, spé. p. 91.

³³¹⁶ V. également en faveur d'une garantie universelle, N. GUILLEMY, « La santé et la sécurité au travail à l'épreuve de la transformation numérique : enjeux juridiques », *op. cit.*, p. 31 et s.

³³¹⁷ «*La charge positive que recèle l'universalité ne doit cependant pas tromper : son invocation n'est pas nécessairement gage d'avancée, et il n'est pas rare qu'elle serve d'abord à légitimer le discours ou l'action de celui qui s'en réclame. [...] Plus un système couvre de personnes, plus il apparaît comme légitime. Pourtant, à elle seule, l'universalité ne garantit pas un haut niveau de protection* », L. ISIDRO, « L'universalité en droit de la protection sociale », *Dr. soc.*, 2018, p. 378.

lorsque les entreprises considérées sont trop petites pour avoir les moyens de résister à cette concurrence frauduleuse »³³¹⁸. Les plateformes numériques perturbent ainsi l'équilibre du marché tant sur le volet économique que sur celui du travail. Il convient néanmoins de différencier leur situation en fonction de leur organisation.

Section 2 : Les conséquences distinctes d'une fraude à la définition : la différenciation nécessaire entre plateformes « cadres » et de mise à disposition de personnel

782. À l'instar de la fraude fiscale³³¹⁹, le travail illégal constitue une menace pour les entreprises qui respectent les dispositions du Code du travail, générant ainsi une distorsion de concurrence, qui peut être considérée comme étant déloyale³³²⁰. La nouvelle économie se confronte aux acteurs de la vieille économie³³²¹. Cependant, la question est de savoir qui est concerné par la concurrence des plateformes de travail. Sur ce point, les acteurs ne seront pas les mêmes en fonction de la catégorie de plateforme. Il convient bien de différencier les plateformes numériques de travail, et c'est bien là toute la difficulté qu'a le droit à appréhender cette nouvelle forme de travail.

783. Face à l'existence d'une fraude à la définition des plateformes de travail, il sera distingué d'une part les plateformes-« marchés », plus particulièrement celles de mise à disposition³³²², qui, au-delà d'une simple intermédiation, font de la mise à disposition de personnel et qui concurrencent ainsi le secteur du travail temporaire, et d'autre part, les plateformes « cadres » dont la mise en relation a pu être jugée comme étant accessoire à une activité principale, qui s'inscrivent dans un secteur d'activité, principalement dans le transport et la livraison, dont ils

³³¹⁸ R. SALLES, *Rapport sur le projet de loi relatif au renforcement de la lutte contre le travail illégal*, AN n° 3190, 1996, p. 15.

³³¹⁹ A. LEPAGE, P. MAISTRE DU CHAMBON et R. SALOMON, *Droit pénal des affaires*, 6^e éd., LexisNexis, 2020, p. 791 et s.

³³²⁰ R. SALOMON, « Analyse comparative de la jurisprudence de la chambre criminelle et des chambres civiles en matière de travail dissimulé », *op. cit.*

³³²¹ M. BEHAR-TOUCHAIS, « Ubérisation de l'économie et droit de la concurrence », dans *Les conséquences juridiques de l'ubérisation de l'économie*, IRJS éditions, coll.« Bibliothèque de l'Institut de recherche juridique de la Sorbonne - André Tunc », 2017, p. 95.

³³²² Les plateformes de micro-travail ne sont, en effet, pas concernées par des conséquences distinctes, autres que celles développées dans la première section de ce chapitre. S'inscrivant dans un marché nouveau et propre, elles n'ont pas été concernées par des questions relatives à l'existence possible d'une concurrence déloyale.

concurrentent les acteurs appartenant à ce marché³³²³. Là où l'organisation d'une fraude à l'activité commence à être reconnue à l'encontre des plateformes « cadres » par les juges (§1), celle concernant la mise à disposition de personnel peine en revanche à l'être (§2). Les questions de la concurrence et de la légalité de la mise à disposition de personnel renouvellent l'enjeu autour de la qualification des travailleurs, nécessitant toujours la recherche d'un lien de subordination. Plus largement, ces questions pourraient être une autre voie vers une véritable réglementation sociale, malgré la réticence des juges, qui font « *au cas par cas* », ne voulant pas systématiser les condamnations à l'égard des plateformes numériques de travail et qui, par ailleurs, ne peuvent pas se substituer au législateur.

§1 : La reconnaissance progressive de l'organisation d'une fraude à l'activité par les plateformes numériques de travail « cadres »

784. Il commence à être admis que les plateformes numériques « cadres » dépassent dans leur organisation la simple intermédiation. Cette intermédiation est, en effet, au service d'une activité principale, majoritairement dans le domaine des transports et de la livraison³³²⁴. Face au flou qui entoure encore la réglementation afférente aux plateformes numériques, les plateformes « cadres », en tant qu'elles s'inscrivent dans une activité déterminée, autre que celle des sociétés de l'information³³²⁵, ont été traités devant le juge commercial sur le terrain du droit de la concurrence. L'activité des plateformes en ligne bouscule, en effet, largement les concepts du droit de la concurrence, qui a eu à connaître du cas des plateformes numériques cadre³³²⁶.

785. Le juge commercial a été saisi pour connaître de l'existence d'une concurrence déloyale des plateformes « cadres » qui serait constituée tant par le contournement des dispositions du Code du travail, que par celles propres à l'activité dans laquelle elles s'inscrivent.

³³²³ V. sur le transport, *supra*, n° 596 et s.

³³²⁴ V. *supra*, n° 511 ; V. également, CJUE, 20 décembre 2017, aff. C-434/15, *Asociacion Profesional Elite Taxi contre Uber Systems Spain SL*, D. 2018. 934, note Balat ; *ibid.* Pan. 1413, obs. Kenfack ; AJDA 2018. 329, obs. Bonneville, Broussy, Cassagnabère et Gänser ; RTD eur. 2018. 147, obs. Grard ; JT 2018, n° 205, p. 12, obs. X. D. ; RDT 2018. 150, note Gomes ; CCE 2018, n° 11, obs. Loiseau ; EEI 2018, n° 14, obs. Charles et Schweitzer ; RLDI févr. 2018. 17, note Bensoussan-Brulé et Martinez, *op. cit.*

³³²⁵ V. *supra*, n° 541.

³³²⁶ V. en ce sens, M. CHAGNY, « L'adaptation du droit de la concurrence à l'économie numérique », JCP G, n° 49, 2015, doctr. 1340 ; L. ARCELIN, « Le droit de la concurrence mis à l'épreuve par le numérique », JCP E, n° 45, 2019, 1493 ; D. FASQUELLE, « Le droit de la concurrence à la croisée des chemins face à l'émergence du numérique », *Contrats, conc. consom.*, n° 7, 2019, doss. 11.

L'organisation d'un évitement du bénéfice de l'application du droit du travail, par la tentative de dissimulation de l'existence d'un lien de subordination, peut être constitutive d'une faute sur le terrain du droit de la concurrence. Dans ce contexte, le droit social est compris comme un facteur de concurrence³³²⁷. Ce contentieux a apporté un nouveau prisme à la question de la qualification des travailleurs (A), dont le contournement du lien de subordination constitue une faute en ce qu'il procure un avantage concurrentiel (B).

A- L'existence d'une distorsion de concurrence par l'absence d'application des dispositions sociales

786. L'inscription de la plateforme « cadre » dans un marché. Préalablement, il convient de rappeler que les plateformes numériques sont bien considérées comme des entreprises au sens du droit de la concurrence³³²⁸. Dès lors, elles sont donc bien soumises aux règles du droit de la concurrence³³²⁹. Pour le moment, seules les plateformes de mobilité ont été susceptibles de voir leurs activités déclarées comme pouvant être source de concurrence déloyale³³³⁰.

787. Pour connaître le périmètre à l'intérieur duquel la concurrence s'exerce entre les entreprises, il convient de définir le marché « pertinent »³³³¹ ou le marché de « référence »³³³². Concernant les plateformes numériques, il s'est posé la question de savoir si elles évoluaient sur un marché propre et nouveau, ou sur un marché distinct et préexistant. Cependant, la référence à la notion de marché pertinent peut présenter des difficultés pour saisir le marché correspondant en matière numérique. À tout le moins, il est possible de considérer que les plateformes « cadres » s'inscrivent dans une activité définie, où l'intermédiation s'intègre dans

³³²⁷ L. DRIGUEZ, *Droit social et droit de la concurrence*, Bruylant, 2006, p. 418 et s.

³³²⁸ V. S. ZINTY, « Droit commun des plateformes numériques », dans *JCl Commercial*, fasc. 872, 2019, n° 75 ; V. également, *supra*, n° 502 et s.

³³²⁹ V. à ce sujet, M. CHAGNY, « Les plateformes numériques et le droit de la concurrence », *Cahiers de droit de l'entreprise*, n° 3, 2017, doss. 17.

³³³⁰ V. sur la concurrence déloyale, M.-A. FRISON-ROCHE et J.-C. RODA, *Droit de la concurrence*, 2^e éd., Dalloz, coll. « Précis », 2022, p. 709 et s. ; V. Concurrence déloyale et parasitaire, D. LEGEAIS, « Concurrence déloyale et parasitaire », dans *JCl Commercial*, fasc. 254, 2021 ; Y. PICOD et N. DORANDEU, « Concurrence déloyale », dans *Répertoire de droit commercial*, Dalloz, 2022 ; V. Droit commun des plateformes numériques, S. ZINTY, « Droit commun des plateformes numériques », dans *JCl Commercial*, fasc. 872, 2019 ; V. pour une proposition de typologie des actes de concurrence déloyale, P. ROUBIER, *Le droit de la propriété industrielle*, Librairie du Recueil Sirey, 1952, p. 536 et s.

³³³¹ S. ZINTY, « Droit commun des plateformes numériques », dans *JCl Commercial*, fasc. 872, 2019, n° 76.

³³³² V. également à ce sujet, communication de la Commission sur la définition du marché en cause aux fins du droit communautaire de la concurrence du 9 décembre 1997, JO 97/C 372/03.

un secteur d'activité autre que celui relevant de la mise à disposition de personnel. Il a ainsi été retenu concernant la plateforme *Uber*, que l'intermédiation était accessoire à une activité principale de transport, car elle faisait « *partie intégrante d'un service global dont l'élément principal est un service de transport* »³³³³. La plateforme *Uber* relève désormais de la législation relative aux transports, et non à celle de la société de l'information. Les plateformes numériques « cadres » peuvent ainsi être source de distorsions de concurrence au sein du marché dans lequel elles s'inscrivent, caractérisant le cas échéant un abus dans l'exercice de la liberté d'entreprendre³³³⁴. Ce mouvement a, par ailleurs, été identifié par la Commission européenne qui a pu constater qu'« *au sein de l'économie numérique, les intermédiaires d'hier sont devenus les fournisseurs de contenu d'aujourd'hui* »³³³⁵. Or, il apparaît comme étant nécessaire que les plateformes répondent au même cadre réglementaire que les acteurs concurrents du marché auquel elles appartiennent, ce, y compris en droit du travail, ce dont le contentieux récent en droit de la concurrence est venu renouveler la question. L'égalité concrète des conditions de concurrence est, en effet, un principe de bon fonctionnement de l'économie de marché³³³⁶.

788. La reconnaissance d'une concurrence déloyale. Dans un premier temps, il a été refusé de reconnaître l'existence d'actes de concurrence déloyale de la part des plateformes « cadres ». Malgré le constat qui a pu être fait, par exemple, par la cour d'appel de Paris que la plateforme *Uber* était « *en situation de concurrence de l'activité exercée par la société Viacab* »³³³⁷, gestionnaire d'une centrale de réservation de taxis en région parisienne³³³⁸, la concurrence n'a pas été considérée comme étant déloyale. La Cour de cassation a cependant eu une autre lecture en censurant une autre décision de la cour d'appel de Paris³³³⁹, qui opposait *Viacab* et la

³³³³ CJUE, 20 décembre 2017, aff. C-434/15, *Asociacion Profesional Elite Taxi contre Uber Systems Spain SL*, D. 2018. 934, note Balat ; *ibid.* Pan. 1413, obs. Kenfack ; AJDA 2018. 329, obs. Bonneville, Broussy, Cassagnabère et Gänser ; RTD eur. 2018. 147, obs. Grard ; JT 2018, n° 205, p. 12, obs. X. D. ; RDT 2018. 150, note Gomes ; CCE 2018, n° 11, obs. Loiseau ; EEI 2018, n° 14, obs. Charles et Schweitzer ; RLDI févr. 2018. 17, note Bensoussan-Brulé et Martinez, *op. cit.*

³³³⁴ « *À la différence de la concurrence interdite qui prohibe l'exercice même de l'activité concurrentielle en vertu de la loi (concurrence illégale) ou d'un contrat (concurrence anticontractuelle ; v. Y. Serra, Concurrence interdite - Concurrence déloyale et parasitisme - Centre de droit de la concurrence, D. 2014. 2488), la concurrence déloyale sanctionne l'abus d'une liberté qui se manifeste par des comportements déloyaux spécifiques* », G. DE MONCUIT DE BOISCUILLE, « Concurrence déloyale », dans *Dictionnaire de droit de la concurrence*, Concurrences, 2023, p., art. n° 89139.

³³³⁵ *Rapport sur les plateformes en ligne et le marché unique numérique*, 2016/2276(INI), Commission de l'industrie, de la recherche et de l'énergie et Commission du marché intérieur et de la protection des consommateurs, 2017.

³³³⁶ L. DRIGUEZ, *Droit social et droit de la concurrence*, *op. cit.*, p. 420.

³³³⁷ CA Paris, 12 décembre 2019, n° 17/03541.

³³³⁸ Et qui a aussi exploité une activité de voitures de transport avec chauffeur (VTC) de juin 2011 à juin 2017.

³³³⁹ CA Paris, 4 novembre 2019, n° 17/03896.

plateforme *Transopco*, pour manque de base légale³³⁴⁰. La Haute juridiction a reproché aux juges du fond de ne pas avoir analysé concrètement « *les conditions effectives dans lesquelles les chauffeurs exerçaient leur activité* », dès lors qu'ils étaient saisis d'une action en responsabilité pour concurrence déloyale, formée contre une plateforme de mise en relation d'exploitants de voitures de transport avec chauffeurs (VTC) avec des clients (la plateforme *Transopco*), par une société exploitant les activités de VTC et de taxi (la société *Viacab*). Ce, alors que les chauffeurs sont soumis à de nombreuses contraintes qui excèdent « *ce qui est classique en matière de contrat de prestation de service* », permettant de conclure à l'existence d'un lien de subordination.

789. En contournant le lien de subordination et en imposant le statut d'indépendant aux travailleurs³³⁴¹ pour s'affranchir des dispositions du droit du travail, la plateforme peut ainsi voir sa responsabilité engagée, sur le fondement de l'article 1240 du Code civil pour actes constitutifs de concurrence déloyale, renouvelant ainsi l'enjeu autour de la détermination du lien de subordination. Il convient alors d'apporter la preuve d'une faute, d'un lien de causalité et d'un préjudice. La faute correspond, dans le domaine de l'action en concurrence déloyale, en une « *violation de devoirs dans l'exercice de la liberté de la concurrence qui traduiraient, pour certains, des impératifs de loyauté et d'honnêteté en matière professionnelle ou pour d'autres, des impératifs d'utilité sociale et, particulièrement, en ce qui concerne le bon fonctionnement du marché* »³³⁴². L'approche jurisprudentielle semble consacrer l'idée d'une rupture d'égalité. La nature de la faute – intentionnelle ou non intentionnelle – importe peu³³⁴³. Dans l'affaire opposant *Viacab* à *Transopco*, la chambre commerciale a suivi l'analyse qui a pu être faite par la chambre sociale à ce sujet³³⁴⁴. Elle laisse également entendre que la violation du droit du travail ainsi que du droit des transports peut être de nature à constituer un avantage concurrentiel

³³⁴⁰ Cass. com., 12 janvier 2022, n° 20-11.139, *D. 2022. 1280*, obs. Vernac et Ferkane ; *RJDA 4/2022*, n° 233 ; *JCP 2022. 291*, obs. G. Loiseau ; *Contrats, conc. consom 2022, comm. 43*, obs. M. Malaurie-Vignal.

³³⁴¹ V. à ce sujet, *supra*, n° 585.

³³⁴² N. DORANDEU et Y. PICOD, « Concurrence déloyale », dans *Répertoire de droit commercial*, Dalloz, 2022, n° 83.

³³⁴³ Y. PICOD, « Concurrence déloyale et parasitisme : l'indifférence de la nature intentionnelle de la faute », *Concurrences*, n° 1, 2016, art. n° 77744.

³³⁴⁴ Cass. soc., 28 novembre 2018, n° 17-20.079, *D. actu. 12 déc. 2018*, obs. Peyronnet ; *ibid.* 169, avis Courcol-Bouchard, obs. Escande-Varniol ; *RDT 2019. 36*, note Peyronnet ; *RJS 2/2019*, p. 98, *Rapp. Salomon* ; *ibid.*, n° 72 ; *SSL 2018, n° 1841*, p. 6, obs. Gomes et Lokiec ; *JCP S 2018. 1398*, obs. Loiseau., *op. cit.* ; Cass. soc., 4 mars 2020, n° 19-13.316, *D. 2020. 490* ; *Dr. soc. 2020. 374*, obs. Antonmattei ; *RDT 2020. 328*, note Willocx ; *RJS 5/2020, n° 223* ; *SSL 2020, n° 1899*, p. 2, obs. Champeaux, *Entretien Huglo* ; *JCP S 2020. 1080*, obs. Loiseau, *op. cit.*

qui permet de caractériser une concurrence déloyale³³⁴⁵. Il y a ainsi un lien entre la qualification des travailleurs qui va rejoindre les questions concurrentielles, car l'absence de respect du droit du travail – par le contournement du lien de subordination – peut caractériser une concurrence déloyale³³⁴⁶. La violation d'obligations sociales est, en effet, prise en compte par le droit de la concurrence « *dans la mesure où elle altère l'égalité de moyens requise par une compétition saine et efficace* »³³⁴⁷.

B- Le contournement du lien de subordination comme constitutif d'un avantage concurrentiel

790. Le contournement du lien de subordination comme fautive. La Haute juridiction enjoint à rechercher la véritable situation des travailleurs, par une appréciation *in concreto*, conformément au principe d'indisponibilité du contrat de travail³³⁴⁸. À cet égard, elle a pu relever que la plateforme fixait le prix de la course et déterminait les conditions dans lesquelles les travailleurs exerçaient leur activité, avec par exemple l'interdiction d'entrer en contact avec les clients ou encore la fixation d'un nombre minimum de courses à réaliser. La Cour de cassation a ainsi évoqué la mise en œuvre d'une « *procédure à suivre pour la réalisation d'une course [ce qui] correspondait à un véritable « ordre de course* » » ainsi que la soumission des chauffeurs à « *un système de sanctions vigoureux* ». Autant d'éléments qui laissent voir l'exercice d'un lien de subordination, caractéristique de l'organisation d'une plateforme « *cadre* », malgré une certaine réticence des juges du fond³³⁴⁹. Cet arrêt permet ainsi de dépasser les aspects de droit du travail en érigeant la recherche de la juste qualification des travailleurs de plateforme en un élément constitutif d'un acte de concurrence déloyale³³⁵⁰, le contournement du lien de subordination caractérisant une fautive.

³³⁴⁵ V. notamment à ce sujet, Cass. com., 17 mars 2021, n° 19-10.414, *JCP G 2021. 581, note A. Mendoza-Caminade* ; *CCE. 2021, comm. 36, note G. Loiseau* ; *Contrats, conc. consom. 2021, comm. 96, note M. Malaurie-Vignal*.

³³⁴⁶ V. en ce sens, M. MALAURIE-VIGNAL, « Concurrence déloyale des plateformes de réservation de voiture de transport avec chauffeur (VTC) à l'égard des taxis », *Contrats, conc. consom.*, 2022, 43.

³³⁴⁷ L. DRIGUEZ, *Droit social et droit de la concurrence*, *op. cit.*, p. 425.

³³⁴⁸ V. *supra*, n° 621 et s. ; Cass. soc., 19 décembre 2000, n° 98-40.572, *D. 2001. IR 355* ; *GADT, 4e éd., n° 3* ; *RJS 2001. 203, n° 275* ; *Dr. soc. 2001. 227, note Jeammaud, op. cit.*

³³⁴⁹ V en ce sens, G. LOISEAU, « Les plateformes dans les turbulences de la concurrence déloyale », *op. cit.*

³³⁵⁰ *Ibid.*

791. L'inobservation du droit du transport comme faute. Outre l'inobservation des dispositions du droit du travail, celles du droit des transports et du droit de la consommation viennent compléter la constitution de la preuve d'une faute de concurrence déloyale de la part de la plateforme³³⁵¹. Il était, en effet, reproché à la plateforme la violation de l'interdiction de maraude pour les chauffeurs VTC³³⁵². La Cour de cassation a ainsi demandé aux juges du fond de rechercher « *si, par les préconisations qu'elle délivrait aux chauffeurs pour les périodes entourant les prestations, la plateforme ne favorisait pas la maraude sur la voie publique* ». Cette position rejoint celle adoptée lors d'un arrêt concernant *Uber* qui avait été condamné pour avoir recommandé à ses chauffeurs de ne pas se connecter chez eux pour « *repérer la zone où la demande est la plus forte* » en violation des dispositions mentionnées précédemment³³⁵³. De plus, il a été reproché de ne pas avoir recherché la violation de la loi Loti³³⁵⁴, tant sur le transport collectif, que sur l'information sur la localisation et la disponibilité d'un véhicule avant la réservation. Ce qui confirme l'inscription de la plateforme dans un marché déterminé qui n'est pas celui de la seule intermédiation, mais bien celui de l'activité de transport.

792. L'inobservation du droit de la consommation comme faute. Enfin, l'inobservation des dispositions du droit de la consommation a été soulevée comme constitutive d'une faute de concurrence déloyale. Les articles L. 111-1 et L. 121-1 du Code de la consommation imposent l'information préalable du consommateur, notamment sur le prix. Or, il a été reproché à la cour d'appel de ne pas avoir vérifié si les informations concernant notamment les modalités de paiement étaient « *communiquées au client avant toute réservation d'un véhicule* ». Un élément supplémentaire qui est venu compléter la constitution de la faute de la plateforme numérique *Transopco*. L'ensemble de ces constats faits par la Cour de cassation permet, de façon salutaire, de rappeler la nécessité pour les plateformes de respecter les conditions de la réglementation des autres entreprises opérant dans le même secteur d'activité.

793. La constitution d'un avantage concurrentiel entraînant un trouble commercial. Or l'ensemble de ces violations aux dispositions du droit du travail, du droit des transports ainsi que du droit de la consommation par la plateforme sont susceptibles de constituer une pratique

³³⁵¹ V. également en ce sens, CA Paris, 4 octobre 2023, n° 21/22383 ; V. sur la décision, W. CHAIEHLOUJ, « *Uber condamné pour concurrence déloyale : la cour d'appel de Paris indemnise les chauffeurs de taxi* », *D.*, 2023, p. 2036.

³³⁵² Art. L. 3120-2, II et L. 3122-9 C. transp. ; validé par le Conseil constitutionnel, Cons. const., 22 mai 2015, QPC n° 2015-468/469/472, *Société Uber France SAS et autre*, *op. cit.*

³³⁵³ Cass. com., 10 janvier 2018, n° 16-20.615, *RTD com.* 2018. 188, *obs. Bouloc* ; *CCC* 2018, n° 44, *obs. Malaurie-Vignal* ; *CCE* 2018, n° 20, *obs. Loiseau*, *op. cit.*

³³⁵⁴ Décret n° 85-891 du 16 août 1985 relatif aux transports urbains de personnes et aux transports routiers non urbains de personnes.

commerciale déloyale de nature à conférer un avantage concurrentiel à son auteur³³⁵⁵. Conformément au courant jurisprudentiel d'élargissement et de diversification du préjudice réparable pour l'action en concurrence déloyale³³⁵⁶, la Haute juridiction a censuré le refus des juges du fond de réparer la perte de chance fondée sur le trouble commercial³³⁵⁷. Il est, en effet, de jurisprudence constante de considérer qu'il « *s'infère nécessairement des actes déloyaux l'existence d'un préjudice résultant des procédés fautifs utilisés* »³³⁵⁸ qui sont « *des faits générateurs d'un trouble commercial* ». Autrement dit, le préjudice se déduit de la faute³³⁵⁹. La cassation semblait ainsi inévitable. Il est admis par la Cour de cassation « *qu'en matière de responsabilité pour concurrence déloyale, il s'infère nécessairement un préjudice, fût-il seulement moral, de toute pratique consistant, pour son auteur, à s'affranchir d'une réglementation impérative dont le respect a nécessairement un coût, ce qui, dès lors, lui donne, un avantage concurrentiel indu* »³³⁶⁰. L'organisation de l'éviction de l'application des dispositions légales ne peut pas être une technique commerciale admise. Le préjudice est donc largement admis « *fût-il seulement moral* »³³⁶¹.

794. Le préjudice de trouble commercial est un préjudice « *extrêmement large* »³³⁶². Selon Monsieur Yves Picod, le trouble commercial tendrait à devenir un « *préjudice autonome englobant tous les comportements susceptibles de perturber le jeu du marché* »³³⁶³. La grande largesse qu'offre l'appréciation de cette notion a pu faire l'objet de critiques³³⁶⁴, jusqu'à la comparer à une notion « *fourre-tout* »³³⁶⁵. Si le trouble commercial permet de présumer

³³⁵⁵ M. MALAURIE-VIGNAL, « Concurrence déloyale des plateformes de réservation de voiture de transport avec chauffeur (VTC) à l'égard des taxis », *op. cit.*

³³⁵⁶ N. DORANDEU et Y. PICOD, « Concurrence déloyale », dans *Répertoire de droit commercial*, Dalloz, 2022, n° 127.

³³⁵⁷ V. sur cette notion, C. GUILLEMAIN, *Le trouble en droit privé*, PUAM, 2000, spé. p. 86 et s.

³³⁵⁸ V. notamment, Cass. com., 22 février 2000, n° 97-18.728, *CCC 2000*, n° 81, *obs. M. Malaurie-Vignal*.

³³⁵⁹ P. LE TOURNEAU, « Agissements fautifs dans l'exercice des droits et concurrence déloyale », dans *Droit de la responsabilité et des contrats*, 12^e éd., Dalloz, coll.« Dalloz Action », 2021, p. 905 ; si bien que Monsieur Brun parlera à ce sujet de « *préjudice virtuel* », P. BRUN, « Responsabilité civile », *D.*, 2010, p. 49 ; V. également à ce sujet, L. GRATTON, « Le dommage déduit de la faute », *RTD Civ.*, 2013, p. 275.

³³⁶⁰ V. par exemple, Cass. com., 3 mars 2021, n° 18-24.373.

³³⁶¹ V. également, Cass. com., 25 avril 2001, n° 98-19.670, *PIBD 2001. III. 451*.

³³⁶² G. DE MONCUIT DE BOISCUILLE, *La faute lucrative en droit de la concurrence*, Concurrences, coll.« Concurrences », 2020, p. 237.

³³⁶³ Y. PICOD, « Plaidoyer pour une consécration législative de la concurrence déloyale », dans *Études sur le droit de la concurrence et quelques thèmes fondamentaux. Mélanges en l'honneur d'Yves Serra*, Dalloz, 2006, p. 369.

³³⁶⁴ V. en ce sens, G. DE MONCUIT DE BOISCUILLE, *La faute lucrative en droit de la concurrence*, *op. cit.*, p. 237-239.

³³⁶⁵ Y. PICOD et N. DORANDEU, « Concurrence déloyale », dans *Répertoire de droit commercial*, Dalloz, 2022, n° 127.

l'existence d'un préjudice³³⁶⁶, il appartiendra néanmoins à la victime de prouver l'étendue de son préjudice et de le chiffrer³³⁶⁷.

795. La proximité avec une concurrence illégale. Il serait même possible de considérer que ce contournement de la réglementation, qui permet une baisse des coûts pour la plateforme, relève de la violation de la réglementation révélant ainsi un lien étroit avec l'existence d'une concurrence illégale³³⁶⁸. Pour rappel, la concurrence illégale « *vise à sanctionner un concurrent qui ne respecterait pas les dispositions légales contraignant la liberté des opérateurs et qui profiterait, de manière illicite, de conditions plus avantageuses* »³³⁶⁹. Ce qui pourrait correspondre aux pratiques de certaines plateformes numériques « cadres ». Au fur et à mesure des décisions, la situation réelle des différentes formes de plateformes de travail sera saisie de plus en plus finement permettant ainsi d'effacer progressivement le flou juridique qui entoure les règles applicables à leur activité. Dès lors, en cas d'inobservation des dispositions notamment sociales, la proximité avec l'existence d'une concurrence illégale sera de plus en plus forte.

796. Là où l'on peut constater une reconnaissance progressive d'une fraude à la définition des plateformes « cadres », renouvelant ainsi la question de la qualification des travailleurs, les juges sont en revanche plus réticents concernant les plateformes de mise à disposition de personnel, qui sont encore méconnues et peu appréhendées en tant que telles. Cependant, un raisonnement similaire à celui des plateformes « cadres » pourrait s'étendre aux plateformes de mise à disposition³³⁷⁰.

§2 : L'organisation d'une fraude de mise à disposition de personnel par les plateformes de mise à disposition encore méconnue

797. Les plateformes-« marchés », plus particulièrement les plateformes de mise à disposition de personnel, entretiennent une subordination fonctionnelle avec leurs travailleurs en organisant

³³⁶⁶ Cass. com., 1er juillet 2003, n° 01-13.052.

³³⁶⁷ Cass. com., 10 février 2021, n° 18-26.035, *Contrats conc. consom. 2021, comm. 56, obs. M. Malaurie-Vignal*.

³³⁶⁸ Sur l'ambiguïté relative à la distinction entre concurrence déloyale et concurrence illégale, V. M.-A. FRISON-ROCHE et J.-C. RODA, *Droit de la concurrence, op. cit.*, p. 732 et s.

³³⁶⁹ S. GERRY-VERNIERES, « Concurrence déloyale et plateformes de réservation de voiture de transport avec chauffeur (VTC) », *Gaz. Pal.*, n° 17, 2022, p. 8.

³³⁷⁰ V. en ce sens, G. LOISEAU, « Les plateformes dans les turbulences de la concurrence déloyale », *op. cit.*

leur mise à disposition auprès des utilisateurs³³⁷¹. Une telle mise à disposition a pu interroger la doctrine dès les premiers travaux sur le sujet comme concurrençant l'activité des entreprises de travail temporaire, questionnant alors sur l'application de la réglementation afférente³³⁷². L'activité même d'intermédiation a suscité des interrogations, jusqu'à mener les entreprises de travail temporaire à introduire des contentieux à l'encontre des plateformes de mise à disposition. L'organisation d'un « *exo salariat* »³³⁷³ par ces plateformes constituerait ainsi, selon elles, une concurrence déloyale (A). En outre, la concurrence des plateformes de mise à disposition, par le recours à un modèle triangulaire similaire au travail temporaire, pourrait alors conduire à considérer qu'il s'agit d'une fourniture illicite de main-d'œuvre, renouvelant ainsi la question de la qualification des travailleurs (B).

A- La mise à disposition des travailleurs comme concurrence déloyale vis-à-vis des entreprises de travail temporaire

798. Le refus initial de la reconnaissance d'une concurrence déloyale. Sur le terrain du droit de la concurrence, des contentieux ont été engagés pour faire reconnaître l'activité des plateformes dites d'intermédiation comme constituant une fraude à la loi ainsi que des actes de concurrence déloyale³³⁷⁴. Les premiers contentieux contestaient l'admission même de l'activité d'intermédiation des plateformes numériques de travail, spécifiquement celles de mise à disposition³³⁷⁵, en ce qu'une telle activité concurrence les entreprises de travail temporaires, sans avoir à respecter la réglementation afférente. Cette première approche a échoué à convaincre les juges, ces derniers estimant que « *le modèle économique des plateformes de mise en relation par voie électronique est reconnu légalement* »³³⁷⁶. Il n'y aurait donc selon eux

³³⁷¹ V. *supra*, n° 519 et s.

³³⁷² V. par exemple, L. GRATTON, « Ubérisation de l'économie et droit social », dans *Les conséquences juridiques de l'ubérisation de l'économie*, IRJS éditions, coll.« Bibliothèque de l'Institut de recherche juridique de la Sorbonne - André Tunc », 2017, p. 115-117.

³³⁷³ G. LOISEAU et A. MARTINON, « Plateformes numériques : l'exosalariat ne peut plus être dissimulé », *op. cit.*

³³⁷⁴ V. notamment à ce sujet, M.-A. FRISON-ROCHE et J.-C. RODA, *Droit de la concurrence*, 2^e éd., Dalloz, coll.« Précis », 2022, p. 709 et s. ; N. DORANDEU et Y. PICOD, « Concurrence déloyale », dans *Répertoire de droit commercial*, Dalloz, 2022, n° 55 et s. .

³³⁷⁵ V. sur la définition de plateforme-marché, *supra*, n° 509 et s.

³³⁷⁶ CA Paris, 30 mai 2018, n° 17/19711, *Staffmatch France c/ Le Club des extras* ; V. également, CA Versailles, 5 novembre 2020, n°19/08569, *Stés J4D et LMDC c/ Sté Student Pop. Comm.com. électr. 2020, comm. 88, note G. Loiseau.*

aucun trouble manifestement illicite³³⁷⁷ dès lors que le législateur a accompagné l'essor des plateformes numériques « *en renforçant le cadre dans lequel les travailleurs indépendants y ayant recours exercent leur activité* »³³⁷⁸. Le constat d'un trouble manifestement illicite³³⁷⁹ aurait permis au juge des référés, même en présence d'une contestation sérieuse, d'intervenir pour ordonner des mesures pour faire cesser le trouble³³⁸⁰. Cependant, aucun acte de concurrence déloyale n'a été retenu.

799. Or, une première critique mérite d'être relevée. L'indifférenciation de nature entre les plateformes numériques de travail contribue à une régulation minimum, si ce n'est, son absence, et permet aux plateformes de mise à disposition de s'affranchir de la réglementation existante³³⁸¹. Les juges semblent encore désemparés par la modernité apparente des plateformes et peinent à les distinguer entre elles jusqu'à refuser de constater qu'elles s'inscrivent dans un secteur d'activité, et que, dans la continuité de la jurisprudence de la CJUE³³⁸², les plateformes doivent relever de la réglementation du secteur d'activité dans lequel elles s'inscrivent³³⁸³. Pourtant, le placement de personnel *via* des plateformes de mise à disposition relève nettement de l'activité du travail temporaire³³⁸⁴ en mettant à la disposition temporaire un travailleur au bénéfice d'un client pour l'exécution d'une mission, correspondant à la définition du travail temporaire prévue à l'article L. 1251-1 du Code du travail³³⁸⁵. La plateforme détourne le statut d'indépendant pour ne pas salarier les travailleurs, dont elle assure l'intermédiaire avec des

³³⁷⁷ V. art. 808, 809, 872 et 873 CPC.

³³⁷⁸ CA Paris, 30 mai 2018, n° 17/19711, *Staffmatch France c/ Le Club des extras*.

³³⁷⁹ Un trouble manifestement illicite correspond à « *toute perturbation résultant d'un fait matériel ou juridique qui, directement ou indirectement, constitue une violation évidente de la règle de droit* », S. GUINCHARD (dir.), *Droit et pratique de la procédure civile*, 10^e éd., Dalloz, coll. « Dalloz action », 2021, p. 295 ; V. également, Cass. ass. plén., 28 juin 1996, n° 94-15.935, *JCP G 1996, II, 22712, note Mémeteau* ; *JCP G 1996, I, 3972, obs. H. Périnet-Marquet* ; *D. 1996, p. 501, note Coulon* ; *Gaz. Pal. 1996, 2, p. 398, note Perdriau* ; *RTD civ. 1997, p. 216, obs. J. Normand*.

³³⁸⁰ Art. 835 CPC ; V. également, V. Référés, X. VUITTON, « Référés », dans *JCI Procédure civile*, fasc. 1200-95, 2022, p.

³³⁸¹ « *La modernité est à la dématérialisation et c'est à croire que cet état s'accommode mal des réglementations rigides, n'appelant tout au plus qu'une simple régulation* », G. LOISEAU, « Le déréglementarisme des plateformes de mise à disposition de personnel », *SSL*, n° 1936, 2021, p. 13.

³³⁸² CJUE, 20 décembre 2017, aff. C-434/15, *Asociacion Profesional Elite Taxi contre Uber Systems Spain SL*, *D. 2018. 934, note Balat* ; *ibid. Pan. 1413, obs. Kenfack* ; *AJDA 2018. 329, obs. Bonneville, Broussy, Cassagnabère et Gänser* ; *RTD eur. 2018. 147, obs. Grand* ; *JT 2018, n° 205, p. 12, obs. X. D.* ; *RDT 2018. 150, note Gomes* ; *CCE 2018, n° 11, obs. Loiseau* ; *EI 2018, n° 14, obs. Charles et Schweitzer* ; *RLDI févr. 2018. 17, note Bensoussan-Brulé et Martinez, op. cit. V. supra, n° 596 et s.*

³³⁸³ I. EYNAUD-CHEVALIER et M. BONNICHON, « Le travail temporaire face à l'ubérisation du travail : le combat de la « première ligne » contre l'irresponsabilité sociale », *BJT*, n° 3, 2021, p. 69.

³³⁸⁴ V. également, *infra*, n° 893.

³³⁸⁵ Le premier alinéa de l'article L. 1251-1 du Code du travail dispose que : « *Le recours au travail temporaire a pour objet la mise à disposition temporaire d'un salarié par une entreprise de travail temporaire au bénéfice d'un client utilisateur pour l'exécution d'une mission* ».

clients, mais dont elle assure également la pertinence de la mise en relation et surveille la bonne exécution de la prestation de service³³⁸⁶.

800. Une seconde approche a entendu démontrer que les plateformes de mise à disposition ne sont pas de simples intermédiaires, dans la lignée, là encore, de la jurisprudence de la CJUE³³⁸⁷, et qu'elles relèveraient ainsi « *un service global qui doit être soumis à la législation sur le travail temporaire* »³³⁸⁸. Cependant, les juges y sont restés hermétiques en l'absence de preuve suffisante pour démontrer la fictivité de l'indépendance des travailleurs, ce qui aurait justifié l'application de la réglementation du travail temporaire³³⁸⁹. À cet égard, la chambre sociale s'est également refusée à caractériser des actes de concurrence déloyale, en déduction du non-respect de la réglementation relative au travail temporaire³³⁹⁰. Il a, en effet, été jugé que l'activité d'une plateforme numérique, qui a vocation à mettre en relation des autoentrepreneurs et des entreprises du secteur de l'hôtellerie et de la restauration, ne cause pas de trouble manifestement illicite au détriment des agences de travail temporaire. En l'absence d'indices suffisants et manifestes attestant de la fictivité de l'indépendance des travailleurs, la présomption de non-salariat³³⁹¹ n'a pas pu être renversée en référé. La présomption d'indépendance a ainsi pu être qualifiée de « *bouclier anti-référé* »³³⁹². Ce faisant, ce contentieux ne clôt pas le débat sur la question, la Cour de cassation ayant été saisie au référé, il n'a ainsi pas donné lieu à une discussion de fond, éludant ainsi finalement le débat sur la licéité de l'activité de la plateforme de mise à disposition³³⁹³.

801. L'existence d'une mise à disposition temporaire de travailleur relevant de la réglementation du travail temporaire. En recherchant à redonner l'exacte qualification du service fourni par les plateformes de travail de mise à disposition, il convient de constater

³³⁸⁶ V. sur la subordination fonctionnelle des plateformes-marchés, *supra*, n° 519 et s.

³³⁸⁷ CJUE, 20 décembre 2017, aff. C-434/15, *Asociacion Profesional Elite Taxi contre Uber Systems Spain SL*, D. 2018. 934, note Balat ; *ibid.* Pan. 1413, obs. Kenfack ; AJDA 2018. 329, obs. Bonneville, Broussy, Cassagnabère et Gänser ; RTD eur. 2018. 147, obs. Grard ; JT 2018, n° 205, p. 12, obs. X. D. ; RDT 2018. 150, note Gomes ; CCE 2018, n° 11, obs. Loiseau ; EEI 2018, n° 14, obs. Charles et Schweitzer ; RLDI févr. 2018. 17, note Bensoussan-Brulé et Martinez, *op. cit.*

³³⁸⁸ CA Paris, 26 novembre 2020, n° 19/21650.

³³⁸⁹ CA Paris, 15 novembre 2018, n° 18/06296, *Stés Staffmatch France et Staffmatch France 1 c/ stéBrigad* ; CA Versailles, 5 novembre 2020, n° 19/08569, *Stés J4S et LMDC c/ Sté Student Pop*.

³³⁹⁰ Cass. soc., 12 novembre 2020, n° 19-10.606, D. actu. 26 nov. 2020, obs. Couëdel ; D. 2020. 2295 ; JSL 2021, n° 512-5, obs. Nassom-Tissandier.

³³⁹¹ Art. L. 7341-1 C. trav. ; V. *supra*, n° 626.

³³⁹² A. BUGADA, « Entreprises de travail temporaire versus plateformes numériques : la présomption de non-salariat comme bouclier anti-référé », *Procédures*, n° 1, 2021, p. 32-33.

³³⁹³ « *Faut-il en déduire que la Cour de cassation valide le « modèle économique » des plateformes numériques ? Certainement pas* », H. NASOM-TISSANDIER, « Staffmatch v. Brigad : de la concurrence entre plateformes numériques et agences de travail temporaire », *JSL*, n° 512, 2021, p. 21.

qu'elles ne se contentent pas d'une mise en relation de travailleurs indépendants, mais qu'elles ont pour objet « *une mise à disposition organisée de travailleurs au bénéfice de clients utilisateurs pour l'exécution de missions de courte durée, la qualification de service de mise à disposition temporaire de travailleurs devrait être [alors] retenue* »³³⁹⁴. Mais jusqu'à lors, le succès d'une telle reconnaissance repose sur la preuve d'un lien de subordination « *permanent* »³³⁹⁵ entre les travailleurs autoentrepreneurs et la plateforme-« *marché* »³³⁹⁶. Or, les actions ayant été faites pour le moment, par voie de référé et face à l'existence d'une subordination qui est plus fonctionnelle que personnelle, les entreprises de travail temporaire ont vu leurs chances de succès largement réduites³³⁹⁷.

802. S'oppose donc à la reconnaissance d'une concurrence déloyale, dans les arguments retenus par les juges, l'existence d'un régime juridique des plateformes « *de mise en relation par voie électronique* » ainsi que la preuve d'une situation de subordination. Le premier élément peut laisser perplexe, car il semble lier l'absence de fraude à l'existence d'un cadre juridique de l'activité des plateformes numériques. Or, le dispositif prévu dans le Code du travail n'encadre pas en soi l'activité des plateformes, mais prévoit quelques droits pour certains travailleurs³³⁹⁸. De plus, les plateformes-« *marchés* » ne sont concernées que par l'article L. 7341-1 du Code du travail qui renvoie à l'article 242 bis du code général des impôts, mais ne relèvent pas des dispositions organisant une responsabilité sociale des plateformes prévue au sein du Code du travail³³⁹⁹. En outre, l'existence d'un régime juridique, n'empêche pas de redonner à une activité son exacte qualification, comme a pu le faire la CJUE avec *Uber*³⁴⁰⁰. Cet argument semble donc se rapprocher d'un raisonnement tautologique. En outre, selon Monsieur Grégoire Loiseau c'est justement le recours à des travailleurs indépendants pour réaliser une prestation de travail au service d'une entreprise cliente, par l'intermédiaire de la plateforme, dans le but de s'affranchir des dispositions du travail temporaire, qui constitue le détournement de la

³³⁹⁴ G. LOISEAU, « Les plateformes dans les turbulences de la concurrence déloyale », *op. cit.*

³³⁹⁵ V. à ce sujet, *supra*, n° 628.

³³⁹⁶ Art. L. 8221-6 C. trav.

³³⁹⁷ V. en ce sens, G. LOISEAU, « Le déréglementarisme des plateformes de mise à disposition de personnel », *op. cit.*, p. 14 ; V. notamment, CA Versailles, 5 novembre 2020, n°19/08569, *Stés J4D et LMDC c/ Sté Student Pop. Comm.com. électr. 2020, comm. 88, note G. Loiseau, op. cit.* ; CA Paris, 15 novembre 2018, n° 18/06296, *stés Staffmatch France et Staffmatch France 1 c/ stéBrigad, op. cit.* ; Cass. soc., 12 novembre 2020, n° 19-10.606, *D. actu. 26 nov. 2020, obs. Couëdel ; D. 2020. 2295 ; JSL 2021, n° 512-5, obs. Nassom-Tissandier, op. cit.*

³³⁹⁸ G. LOISEAU, « Le déréglementarisme des plateformes de mise à disposition de personnel », *op. cit.*, p. 14.

³³⁹⁹ V. *supra*, n° 518 et s.

³⁴⁰⁰ CJUE, 20 décembre 2017, aff. C-434/15, *Asociacion Profesional Elite Taxi contre Uber Systems Spain SL, D. 2018. 934, note Balat ; ibid. Pan. 1413, obs. Kenfack ; AJDA 2018. 329, obs. Bonneville, Broussy, Cassagnabère et Gänsler ; RTD eur. 2018. 147, obs. Grand ; JT 2018, n° 205, p. 12, obs. X. D. ; RDT 2018. 150, note Gomes ; CCE 2018, n° 11, obs. Loiseau ; EEI 2018, n° 14, obs. Charles et Schweitzer ; RLDI févr. 2018. 17, note Bensoussan-Brulé et Martinez, *op. cit.**

législation, rendant selon lui, indépendant la reconnaissance d'un lien de subordination et non pas concomitante à la reconnaissance d'une fraude³⁴⁰¹. L'auteur procède ainsi à une distinction entre une violation de la loi, dont la preuve du lien de subordination est nécessaire rendant ainsi illicite l'activité de la plateforme, et un contournement de la réglementation du travail temporaire, qui ne nécessiterait pas la preuve de l'existence d'un lien de subordination. Une telle lecture pourrait aller dans le sens d'une reconnaissance d'une concurrence déloyale des plateformes de mise à disposition vis-à-vis des entreprises de travail temporaire.

803. Vers la reconnaissance d'une concurrence déloyale des plateformes numériques de mise à disposition. Il importe, en effet, peu, que les travailleurs exécutent leur prestation de travail sous le statut d'indépendant du point de vue du droit de la concurrence. Ici, la seule organisation d'une mise à disposition temporaire de travailleur – quel que soit leur statut – devrait suffire à constater l'application de la réglementation du travail temporaire, dont l'affranchissement de la part des plateformes de mise à disposition caractérise une faute, permettant de constituer un acte de concurrence déloyale vis-à-vis des entreprises de travail temporaire. À ce sujet, la jurisprudence a établi clairement que « *constitue un acte de concurrence déloyale le non-respect d'une réglementation dans l'exercice d'une activité commerciale qui induit nécessairement un avantage concurrentiel indu pour son auteur* »³⁴⁰². Or, les juges semblent considérer ici que la concurrence peut être faussée sans être nécessairement déloyale³⁴⁰³, laissant le soin au législateur de clarifier les conditions de mise en concurrence des deux modèles. Malgré l'admission de « *points de friction* »³⁴⁰⁴ entre le modèle des plateformes de mise à disposition et des entreprises de travail temporaire, par le constat qu'elles se situent « *sur le même marché [...] mais avec des propositions différentes* »³⁴⁰⁵, l'existence d'un cadre légal a freiné les juges à reconnaître un trouble manifestement illicite. Il

³⁴⁰¹ G. LOISEAU, « Le déréglementarisme des plateformes de mise à disposition de personnel », *op. cit.*, p. 15.

³⁴⁰² V. notamment, Cass. com., 17 mars 2021, n° 19-10.414, *JCP G 2021. 581, note A. Mendoza-Caminade* ; *CCE. 2021, comm. 36, note G. Loiseau* ; *Contrats, conc. consom. 2021, comm. 96, note M. Malaurie-Vignal, op. cit.* ; Cass. com., 12 février 2020, n° 17-31.614, *JCP G 2020, 792, note V. Rebeyrol* ; *JCP E 2020* ; 1522, *obs. D. Mainguy* ; *Contrats, conc. consom. 2020, comm. 62, note M. Malaurie-Vignal* ; *Contrats, conc. consom. 2020, comm. 74, note S. Berheim-Desvaux* ; *D. 2020, p. 1086, note J.-S. Borghetti* ; *RDC 2020, p. 36, note S. Pellet* ; *RTD com. 2020, p. 313, obs. M. Chagny* ; *RTD civ. 2020, p. 391, obs. H. Barbier* ; *RTD civ. 2020, p. 401, obs. P. Jourdain*.

³⁴⁰³ G. LOISEAU, « Le déréglementarisme des plateformes de mise à disposition de personnel », *op. cit.*, p. 14 ; V. sur la place de la notion de loyauté dans l'action en concurrence déloyale, L. VOGEL, « Loyauté et droit des affaires : l'impossible mariage ? », dans *Liber amicorum. Mélanges en l'honneur de Philippe Merle*, Dalloz, coll. « Etudes, mélanges, travaux », 2012, p. 745-753 ; M.-A. FRISON-ROCHE et J.-C. RODA, *Droit de la concurrence, op. cit.*, p. 713.

³⁴⁰⁴ C. COUËDEL, « Intérim et plateforme numérique de mise en relation : les enjeux des nouvelles formes d'intermédiation », *Dalloz actualité*, 26 novembre 2020.

³⁴⁰⁵ T. com. Créteil, ord. réf., 13 mars 2018, *Sté Staffmatch France c/ Sté Brigad*.

conviendra ainsi de prouver d'une part que la plateforme exerce une activité concurrentielle, qui n'est pas de la simple intermédiation, et d'autre part que cet exercice est fautif³⁴⁰⁶. Par conséquent, les plateformes numériques de mise à disposition ne sont, pour le moment, pas soumises, aux nombreuses règles qui régissent l'activité de travail temporaire, telles que : les garanties financières³⁴⁰⁷ lors de l'établissement, la durée du contrat de mission³⁴⁰⁸, ou le délai de carence³⁴⁰⁹. Autant d'éléments qui entourent le recours au travail temporaire, auxquels les plateformes numériques n'ont pas à répondre.

804. Cependant, une décision récente du conseil des prud'hommes de Paris a jugé qu'une plateforme de « *jobbing* », *Staffme*, devait être considérée comme une entreprise de travail temporaire³⁴¹⁰. Un jugement qui pourrait entraîner des conséquences certaines pour la reconnaissance d'une concurrence déloyale, mais également dans le domaine du droit pénal du travail. En effet, comme le prévoit l'article L. 1251-3 du Code du travail « *toute activité de travail temporaire s'exerçant en dehors d'une telle entreprise est interdite, sous réserve des dispositions relatives aux opérations de prêt de main-d'œuvre à but non lucratif autorisées par l'article L. 8241-2* », dès lors, une telle mise à disposition relèverait alors d'une fourniture illicite de main-d'œuvre.

B- La mise à disposition des travailleurs comme fourniture illicite de main-d'œuvre

805. L'hypothèse de l'existence d'une fourniture illicite de main-d'œuvre par la plateforme de mise à disposition. Dans l'hypothèse d'une reconnaissance de l'application de la réglementation du travail temporaire aux plateformes de mise à disposition, leur activité pourrait alors être qualifiée de fourniture illicite de main-d'œuvre en l'absence de respect des dispositions du travail temporaire³⁴¹¹. Il s'agirait ici d'une « *fraude à la mise à disposition de*

³⁴⁰⁶ M. MALAURIE-VIGNAL, « Concurrence déloyale des plateformes de réservation de voiture de transport avec chauffeur (VTC) à l'égard des taxis », *op. cit.*

³⁴⁰⁷ Art. R. 1251-15 C. trav.

³⁴⁰⁸ Art. L. 1251-35 C. trav.

³⁴⁰⁹ Art. L. 1251-36 C. trav.

³⁴¹⁰ Cons. prud'h. Paris, 9 janvier 2023, n° 20/05493, *JCP S 2023. 1064, étude Loiseau, op. cit.*

³⁴¹¹ V. sur le sujet, A. COEURET, É. FORTIS et F. DUQUESNE, *Droit pénal du travail. Infractions, responsabilités, procédure pénale en droit du travail et de la sécurité sociale, op. cit.*, p. 545 et s. ; R. SALOMON et A. MARTINEL, *Droit pénal social, op. cit.*, p. 394 et s. ; T. AUBERT-MONPEYSSSEN, « Travail illégal »,

personnel »³⁴¹² qui pourrait relever cumulativement³⁴¹³ du travail dissimulé par dissimulation d'emploi salarié³⁴¹⁴, du délit de marchandage³⁴¹⁵ et du prêt illicite de main-d'œuvre³⁴¹⁶.

806. La qualification de salarié comme point départ de l'infraction. Tout d'abord, les infractions de marchandage et de prêt de main-d'œuvre illicite ne peuvent être constituées que si le travailleur « *prêté* » est un salarié. La preuve d'un lien de subordination est donc le point de départ pour retenir la fourniture illicite de main-d'œuvre. Autrement dit, l'infraction de prêt de main-d'œuvre à but lucratif ne peut pas être retenue si une entreprise met à la disposition d'une autre entreprise un travailleur indépendant³⁴¹⁷, sauf à ce que sa relation soit requalifiée en contrat de travail³⁴¹⁸. Il appartient, le cas échéant, au juge de rechercher la véritable nature de la convention qui existe entre les parties. Dès lors, si la qualification du travailleur était celle de salarié, sa mise à disposition auprès d'un client pourrait relever de l'interdiction prévue à l'article L. 1251-3 du Code du travail. Est, en effet, interdite toute opération à but lucratif de prêt de salarié, qui est effectuée par une entreprise qui met à disposition du personnel auprès d'une autre entreprise, sans respecter la législation du travail temporaire³⁴¹⁹. Dans le cadre des travailleurs de plateforme, la question n'est pas tant celle de leur relation avec les entreprises utilisatrices³⁴²⁰, ou plus largement les clients de la plateforme, mais bien celle de leur relation avec la plateforme qui les met à disposition.

807. En ce sens, la Cour de cassation a, par exemple, condamné un dirigeant de société exerçant une activité de surveillance et de gardiennage, pour délit de marchandage pour avoir eu recours à des sous-traitants, qui étaient mis à la disposition d'entreprises utilisatrices³⁴²¹. Dans cette affaire, certains de ces sous-traitants travaillaient exclusivement pour lui. De plus, les sociétés de gardiennage et de sécurité ne fonctionnant que par le recours à la sous-traitance, par des

dans *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, Dalloz, 2021, n° 109 et s. ; V. également, pour une étude critique, M. CARESSA, *Marchandage et prêt illicite de main-d'œuvre*, LGDJ, coll.« Bibliothèque de droit social », 2022.

³⁴¹² T. AUBERT-MONPEYSSEN, « Travail illégal », dans *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, Dalloz, 2021, n° 110.

³⁴¹³ V. sur le cumul des infractions, A. COEURET, É. FORTIS et F. DUQUESNE, *Droit pénal du travail. Infractions, responsabilités, procédure pénale en droit du travail et de la sécurité sociale, op. cit.*, p. 562 ; R. SALOMON et A. MARTINEL, *Droit pénal social, op. cit.*, p. 407 et s. ; E. JEANSEN, « Prêt de main-d'œuvre », dans *JCl Travail traité*, fasc. 3-20, 2021, n° 108 et s.

³⁴¹⁴ Art. L. 8221-5 C. trav. ; V. *supra*, n° 745 et s.

³⁴¹⁵ Art. L. 8231-1 C. trav.

³⁴¹⁶ Art. L. 8241-1 C. trav.

³⁴¹⁷ CA Poitiers, 12 janvier 1990, *Dr. pén.* 1991, *comm.* 242.

³⁴¹⁸ E. JEANSEN, « Prêt de main-d'œuvre », *op. cit.*, n° 74.

³⁴¹⁹ R. SALOMON et A. MARTINEL, *Droit pénal social, op. cit.*, p. 403.

³⁴²⁰ V. par exemple, Cass. crim., 17 juin 2005, n° 03-13.707, *RJS* 2005. 743, n° 1056 ; *JSL* 2005, n° 174-6.

³⁴²¹ Cass. crim., 4 septembre 2012, n° 11-87.418.

entreprises ou des travailleurs indépendants, et ces derniers ne bénéficiant d'aucune autonomie, étant sous l'autorité directe du prévenu, il a été jugé qu'il s'agissait d'une fausse sous-traitance. Il a été reproché au prévenu de se comporter comme un « véritable chef d'entreprise ». Or, le détournement du statut d'indépendant avait pour conséquence de priver le personnel des dispositions protectrices de la législation sociale et des conventions collectives. Cette solution pourrait tout à fait être transposée aux plateformes de mise à disposition dès lors que le caractère fictif de l'indépendance de leurs partenaires serait reconnu, et sous réserve de remplir les conditions de la fourniture illicite de main-d'œuvre.

808. L'existence d'un but lucratif. Est commun aux infractions de prêt illicite de main-d'œuvre et de marchandage le caractère lucratif de l'opération³⁴²². Le seul caractère onéreux de l'opération ne suffit pas à caractériser le but lucratif, il doit, en effet, consister « en un bénéfice, un profit ou un gain pécuniaire »³⁴²³. Au-delà de ce triptyque dont la jurisprudence a su se départir³⁴²⁴, ce n'est pas le profit en soi qui est prohibé, mais le « profit injuste »³⁴²⁵. Ce qui est recherché ce n'est pas uniquement l'enrichissement, mais si l'opération a été faite au détriment d'autres³⁴²⁶. Une telle recherche est liée à l'existence d'un avantage concurrentiel déloyal³⁴²⁷. La fourniture illicite de main-d'œuvre se rapproche de la question du jeu de la concurrence. À ce sujet, Madame Thérèse Aubert-Monpeyssen indiquait, à propos de la lutte contre le travail illégal, que « cette économie parallèle est à l'origine de fuites fiscales et sociales considérables lesquelles sont nécessairement répercutées sur les entreprises en situation régulière »³⁴²⁸. Il a ainsi pu être jugé, après avoir constaté un enrichissement déloyal d'une entreprise par « la différence de montants existant entre le prix du marché signé avec le donneur d'ordre principal et le prix global figurant les contrats qualifiés de sous-traitance », que les proportions de cette différence « ne s'expliquent pas autrement que par les économies qu'elle génère en utilisant de la main-d'œuvre qui ne supporte aucun coût de charges

³⁴²² Art. L. 8241-1 et L. 8231-1 C. trav. ; V. pour une étude sur le sujet, M. CARESSA, *Marchandage et prêt illicite de main-d'œuvre*, op. cit., p. 37 et s.

³⁴²³ Cass. crim., 20 mars 2007, n° 05-85.253, D. 2007. AJ 1275 ; RJS 2007. 681, n° 898 ; RSC 2007. 536, obs. Mascala ; Dr. pénal 2007. 88, obs. J.-H. Robert ; Rev. sociétés 2007. 590, note Bouloc ; Dr. sociétés 2007, n° 141, note R. Salomon ; BJS 2007. 953, note J.-F. Barbiéri ; RJDA 2007, n° 978.

³⁴²⁴ V. sur le sujet, M. CARESSA, *Marchandage et prêt illicite de main-d'œuvre*, op. cit., p. 42 et s. ; V. notamment, Cass. soc., 18 mai 2011, n° 09-69.175, D. actu. 20 juin 2011, obs. Ines ; RJS 2011. 611, n° 659 ; JSL 2011, n° 302-2, obs. Hautefort.

³⁴²⁵ Y. CHALARON, « Pour un nouveau concept pénal de marchandage ou "trafic de main-d'œuvre" », Dr. soc., 1980, p. 508.

³⁴²⁶ « Que ce soit leurs salariés, les entreprises placées dans la même situation ou encore l'État », M. CARESSA, *Marchandage et prêt illicite de main-d'œuvre*, op. cit., p. 54-55.

³⁴²⁷ V. à ce sujet, supra, n° 782 et s.

³⁴²⁸ T. AUBERT-MONPEYSSEN, « Le renforcement de la lutte contre le travail illégal. Loi du 11 mars 1997 », Dr. soc., 1997, p. 915.

sociales »³⁴²⁹. En d'autres termes, la reconnaissance d'une distorsion de concurrence par l'évitement du lien de subordination pourrait contribuer à reconnaître tant un acte de concurrence déloyale³⁴³⁰ que le caractère lucratif de l'opération de prêt de main-d'œuvre, dans le cadre d'une fourniture illicite de main-d'œuvre. L'enjeu du contentieux relatif à la concurrence déloyale des plateformes de mise à disposition vis-à-vis des entreprises de travail temporaire en a ainsi également un propre à la reconnaissance d'acte de concurrence déloyale et à celle de la caractérisation du but lucratif en droit pénal du travail dont pourrait découler une telle reconnaissance.

809. Le caractère exclusif requis pour le prêt illicite de main-d'œuvre. Pour retenir le délit de prêt illicite de main-d'œuvre, la mise à disposition des salariés doit être exclusive de toute autre prestation³⁴³¹. L'exigence d'exclusivité concerne la situation du prêteur et non celle de l'utilisateur³⁴³². Le caractère exclusif sert ici à sanctionner le fait que l'entreprise fournissant la main-d'œuvre n'a pas la qualité d'entreprise de travail temporaire³⁴³³. S'agissant des plateformes de mise à disposition, leur objectif exclusif est bien celui de faire de l'intermédiation pour mettre à disposition des travailleurs dans un marché déterminé. Elles n'apportent aucun conseil ou expertise sur le domaine qui pourrait faire douter du caractère exclusif. Pour le moment, elles sont cependant exemptées des règles régissant les entreprises de travail temporaire. Il serait ainsi possible d'imaginer que les entreprises puissent faire appel à des travailleurs indépendants, par leur intermédiaire, pour remplacer des salariés grévistes, afin de contourner l'interdiction prévue à l'article L. 1251-10 du Code du travail³⁴³⁴. Une hypothèse qui montre, s'il fallait s'en convaincre, de la nécessité d'un encadrement de la mise à disposition de personnel, que le droit pénal du travail pourrait venir sanctionner.

810. Le préjudice causé au salarié requis pour le délit de marchandage. Si le caractère exclusif n'est pas exigé pour le délit de marchandage, il est en revanche demandé qu'il soit établi une violation de la loi ou un préjudice causé aux salariés³⁴³⁵. Dès lors qu'il est établi une volonté d'éluder l'application d'une disposition légale de la part de l'entreprise, telle que celle

³⁴²⁹ Cass. crim., 30 octobre 2018, n° 17-86.601.

³⁴³⁰ V. *supra*, n° 803.

³⁴³¹ Art. L. 8241-1 C. trav. ; V. par exemple, Cass. crim., 23 juin 1987, *Bull. n° 263*, p. 713.

³⁴³² T. AUBERT-MONPEYSSSEN, « Travail illégal », dans *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, Dalloz, 2021, n° 132.

³⁴³³ R. SALOMON et A. MARTINEL, *Droit pénal social*, *op. cit.*, p. 410.

³⁴³⁴ V. à ce sujet, G. LOISEAU, « Le dérélementarisme des plateformes de mise à disposition de personnel », *op. cit.*, p. 16.

³⁴³⁵ Art L. 8231-1 C. trav.

relative au travail temporaire par exemple, le délit de marchandage peut être retenu³⁴³⁶. De même, il convient d'apporter la preuve du préjudice du salarié³⁴³⁷, qui peut concerner tant l'absence de bénéfice de garantie légale³⁴³⁸ ou le maintien dans un statut précaire³⁴³⁹. En cas de requalification d'un travailleur de plateforme, la preuve d'un préjudice en l'absence d'application du droit du travail ne semble pas poser de difficulté. En cas de requalification, l'absence de bénéfice du droit du travail par le travailleur peut tout à fait être considérée tant comme violation de la loi – par l'éviction volontaire du lien de subordination – qu'un préjudice causé au salarié – par l'absence d'application des garanties légales – permettant ainsi de retenir possiblement le délit de marchandage.

811. Le cumul possible. Face à la convergence du régime juridique des délits de marchandage et de prêt illicite de main-d'œuvre³⁴⁴⁰, il est possible d'imaginer un cumul en cas de reconnaissance d'un lien de subordination entre la plateforme de mise à disposition et ses partenaires, et ce, également avec l'infraction de travail dissimulé³⁴⁴¹. La jurisprudence retient régulièrement ces différentes infractions de façon cumulée³⁴⁴². Cependant, les contentieux restent encore limités en droit pénal du travail concernant les plateformes, et encore plus, concernant les plateformes de mise à disposition qui n'ont pour le moment fait l'objet d'aucune décision en matière de droit pénal du travail.

812. L'insuffisance actuelle du droit pénal du travail. Il y a, en effet, une difficulté d'application de ces infractions face à la dématérialisation des techniques de mise en relation entre les entreprises à laquelle les plateformes participent³⁴⁴³. En outre, en l'absence de modifications dans l'appréhension de la fraude, pour faciliter sa reconnaissance, le travailleur de plateforme risque d'avoir une protection pénale largement réduite. À cet égard, face aux fraudes à la définition, Monsieur Cyril Wolmark plaidait, dans sa thèse, pour restaurer un véritable rôle de la fraude à la définition. À ce sujet, il indiquait que « *la fraude viendrait*

³⁴³⁶ V. par exemple, Cass. crim., 25 avril 1989, n° 87-81.212 ; Cass. crim., 18 mars 1997, n° 96-82.254 ; Cass. crim., 28 mars 2017, n° 15-84.795, *D. 2017. Actu. 824* ; *RJS 6/2017*, n° 395 ; V. également, H. BLAISE, « À la frontière du licite et de l'illicite : la fourniture de main-d'œuvre », *Dr. soc.*, 1990, p. 418.

³⁴³⁷ V. pour une tentative de classification des préjudices du salarié F. DOROY, « Le préjudice causé au salarié dans le délit de marchandage », *Dr. soc.*, 1994, p. 547.

³⁴³⁸ V. par exemple, Cass. crim., 16 novembre 1999, n° 98-87.686 ; Cass. crim., 2 octobre 2001, n° 01-82.290.

³⁴³⁹ V. par exemple, Cass. crim., 5 juin 2012, n° 11-85.662.

³⁴⁴⁰ En ce sens, R. SALOMON et A. MARTINEL, *Droit pénal social*, *op. cit.*, p. 406.

³⁴⁴¹ V. *supra*, n° 745 et s.

³⁴⁴² V. sur le concours et cumul d'infractions, E. LETOUZEY, « Concours et cumul d'infractions », dans *JCI Pénal Code*, fasc. 20, 2022, p., art. 132-2 à 132-7 ; V. plus spécifiquement, R. SALOMON et A. MARTINEL, *Droit pénal social*, *op. cit.*, p. 407-410 ; V. sur les personnes punissables, *Ibid.*, p. 411-415.

³⁴⁴³ A. COEURET, É. FORTIS et F. DUQUESNE, *Droit pénal du travail. Infractions, responsabilités, procédure pénale en droit du travail et de la sécurité sociale*, *op. cit.*, p. 562.

utilement redresser les manœuvres dont l'unique but est d'éviter l'application de la définition. Peu importerait alors que les critères de cette dernière ne soient pas remplis : le simple constat d'une manipulation ayant pour objet d'empêcher l'application de la notion définie suffirait à imposer la qualification »³⁴⁴⁴. En ce sens, il constatait que la Cour de cassation avait pu se montrer souple dans la caractérisation d'un lien de subordination dans le cas de salariés qui ont continué à exécuter les mêmes tâches au profit de son ancien employeur, sous un autre statut³⁴⁴⁵. Dès lors que dans ces affaires la Cour de cassation semble se montrer « *moins exigeante sur les critères de la subordination et fait découler la qualification de la volonté de l'employeur* »³⁴⁴⁶, il serait possible d'imaginer une suspicion de fraude. Autrement dit, dès lors, qu'un acteur – tel que les plateformes numériques de travail – organise sciemment l'absence d'application du droit du travail, pour mettre à disposition des travailleurs, par le contournement volontaire du lien de subordination, il se constituerait une suspicion de fraude.

813. Conclusion de section. La lutte contre le travail illégal a pour but de préserver l'égalité et la loyauté de la concurrence sur le marché par l'application du droit du travail³⁴⁴⁷. C'est ainsi que le contournement du lien de subordination a un enjeu particulier en droit de la concurrence et en droit pénal du travail, car sa méconnaissance constitue une fraude à la définition. La question du statut réel des travailleurs de plateforme s'en est ainsi trouvée renouvelée par l'émergence de contentieux dans ces matières. Il a ainsi pu être constaté l'existence d'actes de concurrence déloyale des plateformes « cadres » par l'absence de respect des dispositions du droit du travail, mais également par la violation des dispositions de l'activité dans laquelle elles s'inscrivent. Il convient ainsi de constater que « *le droit de la concurrence déloyale œuvre dans le sens de l'effectivité du droit social* »³⁴⁴⁸.

814. Là où les plateformes « cadres » commencent à être condamnées sur ce terrain, les plateformes-« marchés » tardent en revanche à être saisies par le juge. Or, les plateformes de

³⁴⁴⁴ C. WOLMARK, *La définition prétorienne*, *op. cit.*, p. 161.

³⁴⁴⁵ V. notamment, Cass. soc., 17 avril 1991, n° 88-40.121, *D. 1991. IR 139* ; *Dr. soc. 1991. 516* ; *RJS 1991. 338, n° 640* ; Cass. soc., 26 mars 1998, n° 96-17.907, *RJS 1998, n° 781*.

³⁴⁴⁶ C. WOLMARK, *La définition prétorienne*, *op. cit.*, p. 161.

³⁴⁴⁷ G. AUZERO, « Travail », dans *JCI Pénal des Affaires*, fasc. 10, 2022, n° 1 ; V. également en ce sens, la recommandation n°7 du Conseil national du numérique, CNum, *Travail à l'ère des plateformes. Mise à jour requise*, *op. cit.*, p. 174-175.

³⁴⁴⁸ L. DRIGUEZ, *Droit social et droit de la concurrence*, *op. cit.*, p. 427.

mise à disposition de personnel présentent une activité similaire à celle des entreprises de travail temporaire, mettant, comme elles, à disposition des travailleurs auprès de clients pour une tâche précise et une durée limitée, mais sans se voir appliquer la réglementation afférente. La reconnaissance de leur appartenance au régime du travail temporaire conduirait à constater une fraude, tant en droit de la concurrence qu'en droit pénal, par l'existence d'une fourniture illicite de main-d'œuvre. Fort de cette situation, il commence à y avoir une certaine urgence pour que le législateur réglemente effectivement ces activités.

815. Conclusion de chapitre. Véritable « *fléau social* »³⁴⁴⁹ le travail dissimulé a été identifié très tôt, par sa triple dimension – manque à gagner pour l'État, dissimulation de l'emploi salarié et jeu de la concurrence faussée – et il s'en trouve renouvelé à l'ère des plateformes numériques. La méconnaissance du lien de subordination par les plateformes numériques de travail occasionne, en effet, une triple fraude : en droit pénal du travail, en droit de la concurrence et en droit de la protection sociale. L'existence d'une dissimulation d'un état de subordination peut entraîner la caractérisation d'un travail dissimulé par dissimulation d'emploi salarié, car l'organisation d'un recours à un faux statut pour éviter l'application des dispositions sociales constitue une fraude à la définition saisie par le droit pénal. En outre, la requalification concerne également l'assujettissement de ces travailleurs en droit de la sécurité sociale, constituant dès lors une fraude sociale. Aux côtés de conséquences communes à l'ensemble des plateformes de travail, une distinction a cependant dû être opérée entre les plateformes « cadres » et celles de mise à disposition, en matière de concurrence, pour analyser pleinement le marché dans lequel elles s'inscrivent. L'absence d'application de la réglementation sociale peut être considérée comme étant un avantage concurrentiel indu et constituer un trouble commercial auprès des entreprises qui se trouvent sur le même marché qu'elles. Un contentieux est naissant en ce domaine, mais demeure encore insuffisant à faire émerger une réglementation de leur activité, qui s'avère pourtant particulièrement nécessaire.

816. Le constat de cette multiple fraude illustre l'importance d'une appréhension juridique de ces nouveaux acteurs numériques par le lien de subordination, qui n'a rien perdu de sa pertinence, dépassant les enjeux qui ne semblaient concerner le seul droit du travail. Face à la

³⁴⁴⁹ A. CERF-HOLLENDER, « Travail dissimulé », dans *Répertoire de droit du travail*, Dalloz, 2018, n° 2.

promotion du modèle des plateformes, avec l'encouragement du modèle de l'auto-entreprenariat, il a pu être questionné la possible carence fautive de l'État³⁴⁵⁰ qui contribuerait donc à la méconnaissance volontaire du lien de subordination.

³⁴⁵⁰ V. pour une réflexion sur la mise en cause de la responsabilité de l'État sur le fondement d'une carence fautive, T. PASQUIER, « Travailleurs des plateformes : l'inspection du travail est compétente pour mettre en œuvre son contrôle », *op. cit.*

Chapitre 2 : La tentation d'une troisième voie au-delà de la subordination source de solutions insatisfaisantes

817. À l'épreuve de la révolution numérique, le droit ne suit pas le même rythme que celui de l'apparition de nouvelles technologies et d'organisations du travail. Il est alors accusé de ne pas savoir saisir suffisamment ces nouveaux mouvements. Ses référentiels sont ainsi régulièrement remis en question. Le lien de subordination n'échappe pas à cette envie de renouveau. Effectivement, une partie de la doctrine s'interroge sur son aptitude à saisir les nouvelles relations de travail issues de la révolution numérique³⁴⁵¹. Correspondant davantage au temps de l'usine qu'à celui du numérique, la tentation d'une troisième voie au-delà de la subordination se trouve renouvelée. Face à des travailleurs « *en zone grise* »³⁴⁵², à mi-chemin entre subordination et indépendance, la pertinence du lien de subordination, en tant que critère du contrat de travail, est questionnée. En ce sens, certaines propositions, qui aspiraient à dépasser les statuts, ont pu être remises au goût du jour pour trouver des solutions face aux transformations du travail à l'ère numérique.

818. À cet égard, de nombreuses solutions ont été avancées pour tenter de dépasser la notion de lien de subordination. Il s'agit d'un vœu ancien, dont la situation des travailleurs de plateforme a contribué à raviver les propositions. Cependant, elles s'avèrent pour certaines insuffisantes à assurer une protection plus efficace aux travailleurs en conduisant, au mieux, à

³⁴⁵¹ V. par exemple, sur la définition du lien de subordination, il a été souligné l'existence d' « *une première difficulté qui tient à l'évolution des contours du pouvoir de direction, lequel, précisément, se traduit de moins en moins par des ordres et les directives. On ne dirige pas le travail d'un informaticien qui, de surcroît, est en télétravail, comme on dirige celui d'un ouvrier chargé de monter des pièces sur un véhicule* », P. LOKIEC, « Les contours récents du pouvoir de direction », *op. cit.*, p. 297.

³⁴⁵² « *Une catégorie intermédiaire, dans ce qu'on nomme parfois « une zone grise » mal définie, se développe entre travail salarié et travail indépendant. Ces « faux travailleurs indépendants », sont en réelle dépendance économique avec un « employeur » principal mais avec un statut d'indépendance juridique.* », E. MAZUYER, « Les mutations des droits du travail sous influence européenne », *Revue de la régulation*, n° 13, 2013, p. 9 et s.

une application distributive des dispositions sociales (**Section 1**). Une fois l'analyse faite des propositions qui ont pu être formulées, il sera étudié comment le lien de subordination peut encore présenter un intérêt dans l'analyse juridique des nouveaux travailleurs du numérique comme critère du contrat de travail. En tant qu'acte-condition, le contrat de travail est celui qui permet l'application du statut de salarié. Par conséquent, l'enjeu principal de la détermination du lien de subordination est bien celui de l'accès au statut de salarié, car impliquant l'application des dispositions sociales. Il s'agit de son sens téléologique. Au-delà du lien de subordination, ces questions ont trait à l'avenir du droit du travail et des critères de son application³⁴⁵³ (**Section 2**).

Section 1 : Le renouvellement des propositions de dépassement du lien de subordination à l'ère numérique

819. Nombreuses sont les interrogations qui nourrissent la doctrine concernant les frontières du salariat. En outre, le numérique, avec l'apparition de nouvelles formes d'organisation, a bousculé les frontières qui avaient pu être établies par le droit du travail, ce qui renouvelle le débat qui a déjà pu exister à ce sujet. À cet égard, il convient de rappeler le constat fait par Monsieur Alain Supiot, selon lequel, « *le travailleur salarié n'est plus nécessairement un simple rouage dépourvu d'initiative dans une organisation fortement hiérarchisée. Et le travailleur indépendant n'est plus nécessairement un entrepreneur libre d'œuvrer comme bon lui semble* »³⁴⁵⁴. Tant l'évolution, au sein de l'entreprise, des modes d'organisation du travail, que le contexte des nouveaux travailleurs des plateformes numériques ont contribué à un renouvellement des propositions sur l'appréhension du contrat de travail. L'existence d'une dépendance dans l'indépendance contribue à perturber la dichotomie salarié et indépendant, dont les travailleurs de plateforme en sont un exemple particulièrement criant à l'ère numérique. Face au questionnement de la pertinence du lien de subordination comme critère du contrat de

³⁴⁵³ « *La question que nous pose en fin de compte la relation du salariat et de l'indépendance, c'est celle de l'avenir même du droit du travail* », A. SUPIOT, « Les nouveaux visages de la subordination », *op. cit.*, p. 131.

³⁴⁵⁴ L'auteur poursuit « *le travail salarié fait place à ce qu'on peut appeler l'autonomie dans la subordination, tandis que réciproquement le travail non salarié s'est ouvert à ce qu'on peut appeler l'allégeance dans l'indépendance* », *Ibid.*

travail, les propositions qui ont pu être formulées concernent d'une part la figure du travailleur (§1) et d'autre part celle de l'employeur (§2).

§1 : Les propositions d'une nouvelle figure du travailleur : entre indépendance et salariat

820. Le droit du travail français est construit autour du contrat de travail où, initialement, la définition du travailleur indépendant est en miroir de celle du salarié³⁴⁵⁵. En d'autres termes, est indépendant celui qui n'est pas subordonné. Cependant, cette construction binaire fait l'objet de vives critiques d'une partie de la doctrine face à la porosité de la frontière de la subordination³⁴⁵⁶. Cette situation a conduit à un renouvellement, considéré comme étant nécessaire, de la figure du travailleur. La question de la figure du travailleur à l'épreuve du numérique fait cependant face à un paradoxe : d'un côté une partie des salariés qui gagnent en autonomie, et dont le télétravail a participé à l'accentuation d'un sentiment d'éloignement de la subordination vers une parasubordination³⁴⁵⁷ et de l'autre côté des travailleurs indépendants juridiquement, mais dépendants économiquement. Cette porosité a été identifiée depuis le début du siècle³⁴⁵⁸, dont la naissance de l'informatique et la croissance des travailleurs dans le domaine du tertiaire ont participé à amorcer cette tendance³⁴⁵⁹. Mais la situation des travailleurs des plateformes illustre une réitération de la remise en cause du modèle du salariat à l'ère numérique³⁴⁶⁰. Deux voies ont alors été envisagées : la première est celle de la création d'un statut intermédiaire pour prendre en compte ces travailleurs en « zone grise » (A), la seconde est celle d'un dépassement de la subordination par la création d'un socle de droits indépendamment du statut ou de l'emploi du travailleur (B).

³⁴⁵⁵ F. FAVENNEC-HÉRY, « Faut-il brûler le contrat de travail ? », *op. cit.*, p. 158 ; V. également, la figure de l'indépendant est construite en opposition à celle du salarié, P. PUIG, *La qualification du contrat d'entreprise*, LGDJ, coll.« Droit privé », 2002, p. 241.

³⁴⁵⁶ V. notamment, J.-E. RAY, « De Germinal à Internet : une nécessaire évolution du critère du contrat de travail », *op. cit.* ; J. BARTHÉLÉMY et G. CETTE, *Travail et changements technologiques. De la civilisation de l'usine à celle du numérique.*, *op. cit.*

³⁴⁵⁷ J. BARTHÉLÉMY, « Le professionnel parasubordonné », *JCP E*, n° 47, 1996, 606 ; A. PERULLI, *Travail économiquement dépendant, parasubordination : les aspects juridiques, sociaux, économiques*, *op. cit.* ; J. BARTHÉLÉMY, « Essai sur la parasubordination », *SSL*, n° 1134, 2003, p. 6.

³⁴⁵⁸ A. SUPIOT, « Les nouveaux visages de la subordination », *op. cit.*

³⁴⁵⁹ V. *supra*, n° 42.

³⁴⁶⁰ F. FAVENNEC-HÉRY, « Les frontières de l'emploi : des évolutions ? », *op. cit.*

A- La création d'un statut intermédiaire, une solution en trompe-l'œil

821. Pour prendre en compte les travailleurs en « *zone grise* », comme ce peut être le cas des travailleurs de plateforme numérique de travail³⁴⁶¹, la tentation est forte de recourir à une catégorie intermédiaire comme ont pu le faire d'autres pays européens³⁴⁶². À mi-chemin entre subordination et indépendance,³⁴⁶³ inspirée par certains modèles étrangers³⁴⁶⁴, la doctrine a régulièrement proposé des moyens de se départir de la binarité du droit français qui oppose indépendant et salarié. Deux tendances se dégagent : la première est un retour vers la prise en compte de la dépendance économique, qui peut être soit source d'une extension du salariat soit d'une création d'un statut intermédiaire (1) ; l'autre vers celle d'une prise en compte des travailleurs en « *zone grise* », qui se traduit par le concept de parasubordination (2).

1- Pour une prise en compte de la dépendance économique indépendamment d'un statut intermédiaire

822. Pour une prise en compte de la dépendance économique. Face à la remise en question du critère du lien de subordination par l'émergence des nouvelles activités numériques, le débat autour des frontières du salariat se pose à nouveau. La question est de savoir comment lutter contre les stratégies de contournement du salariat, ce qui a conduit à s'interroger sur le critère

³⁴⁶¹ À ce sujet, il a pu être considéré que « *la création d'un sous-salariat à destination d'une partie des travailleurs actuellement qualifiés de salariés n'a été développée qu'au sujet des travailleurs de plateformes. [...] Dans l'esprit du législateur, il s'agit d'accorder quelques droits minimaux à ces travailleurs, dans l'espoir que le plus choquant de leur situation soit réduit, afin de faire obstacle à leur qualification de salariés* », G. AUZERO, E. DOCKÈS et D. BAUGARD, *Droit du travail*, *op. cit.*, p. 304.

³⁴⁶² V. pour une étude des législations étrangères, tels que l'Italie, le Royaume-Uni, l'Allemagne ou l'Espagne, qui ont adopté un tiers statut, B. GOMES, *Le statut juridique des travailleurs économiquement dépendants*, *op. cit.* ; B. GOMES, *Le droit du travail à l'épreuve des plateformes numériques*, *op. cit.*, p. 351 et s. ; V. également, T. PASQUIER, *L'économie du contrat de travail : conception et destin d'un type contractuel*, *op. cit.*, p. 229-237 ; A. PERULLI, *Travail économiquement dépendant, parasubordination : les aspects juridiques, sociaux, économiques*, *op. cit.*

³⁴⁶³ L'idée d'un droit du travail des non-salariés est ancienne, V. à ce sujet, G. LYON-CAEN, *Le droit du travail non salarié*, *op. cit.*

³⁴⁶⁴ Comme le modèle anglais avec les « *workers* », ou le modèle espagnol avec le statut de « *TRADE* », V. à ce sujet, B. GOMES, *Le droit du travail à l'épreuve des plateformes numériques*, *op. cit.*, p. 361 et s. ; F. VALDES DAL-RE et O. LECLERC, « Les nouvelles frontières du travail indépendant. A propos du Statut du travail autonome espagnol. », *op. cit.*

du lien de subordination comme principal critère du contrat de travail³⁴⁶⁵. Là où le lien de subordination traduit le comportement de l'employeur, autrement dit le rapport de pouvoir, la dépendance économique rend compte de l'effet du pouvoir³⁴⁶⁶. La prise en compte de la dépendance économique³⁴⁶⁷ peut conduire à deux solutions : soit celle d'étendre la définition du contrat de travail, soit celle de créer un statut intermédiaire à mi-chemin entre salarié et indépendant.

823. La dépendance économique source d'extension du droit du travail : les propositions du GR-PACT. Dans la proposition du GR-PACT, qui a élaboré une proposition de Code du travail³⁴⁶⁸, la dépendance économique est considérée comme un critère alternatif du contrat de travail³⁴⁶⁹. Elle est définie comme étant « *la situation de faiblesse qui peut être constatée lorsque l'activité professionnelle d'une personne dépend des moyens et de la volonté d'autrui* »³⁴⁷⁰. Cette proposition revient sur les premiers débats où « *au critérium de la subordination, il fallait non pas substituer, mais juxtaposer celui de la dépendance* »³⁴⁷¹. Une telle approche permettrait ainsi de répondre aux interrogations que connaît actuellement le régime des travailleurs de plateforme numérique³⁴⁷². Cette proposition mérite d'être saluée en

³⁴⁶⁵ « *S'il faut lutter sans merci contre le faux travail indépendant, la question se pose en effet de modifier les frontières du salariat. Le lien de subordination doit-il être maintenu comme seul et unique critère du salariat ? Le moment n'est-il pas venu de prendre acte de ce qu'un nombre croissant de salariés sont vis-à-vis de leur employeur dans un rapport de pouvoir ou de dépendance qui ne se confond pas avec la subordination ?* », P. LOKIEC, *Il faut sauver le droit du travail !*, op. cit., p. 61.

³⁴⁶⁶ « *La théorie de la dépendance économique appréhende l'effet du pouvoir, celle du lien de subordination s'intéresse à l'exercice du pouvoir lui-même. Ainsi, alors que la dépendance économique invite à considérer la situation concrète dans laquelle se trouve placé le salarié du fait de l'exercice d'un pouvoir, le lien de subordination s'intéresse au comportement de l'employeur lui-même* », O. LECLERC et T. PASQUIER, « La dépendance économique en droit du travail : éclairages en droit français et en droit comparé. 1ère partie : la tentation de la dépendance économique », *RDT*, 2010, p. 83.

³⁴⁶⁷ La dépendance économique entre les parties a été soulignée depuis longtemps pour certains contrats, V. notamment, G. VIRASSAMY, *Les contrats de dépendance*, op. cit. ; O. RIVOAL, « La dépendance économique en droit du travail », op. cit.

³⁴⁶⁸ E. DOCKÈS (dir.), *Proposition de code du travail 2017. Sous l'égide du Groupe de recherche pour un autre Code du travail (GR-PACT)*, op. cit. ; Selon Monsieur Emmanuel Dockès, à propos de la vision guidant la proposition du Code du travail, « *pour l'essentiel, ce ne sont pas des interprétations différentes de la situation économique ou sociale qui expliquent les affrontements qu'occasionnent les réformes du droit social. Ce sont des sociétés voulues qui s'opposent* », E. DOCKÈS, « Le droit du travail dans l'affrontement des mondes possibles », *Dr. soc.*, 2018, p. 216.

³⁴⁶⁹ V. art. L. 11-3 et L. 11-5 et « *il s'agit d'une innovation importante de ce code : les salariés ne sont plus seulement ceux qui obéissent, ce sont aussi ceux qui jouissent d'une véritable autonomie dans l'organisation et dans l'exécution de leur travail, mais qui n'en demeurent pas moins dans une situation de faiblesse parce qu'ils travaillent sous la dépendance d'autrui* », E. DOCKÈS (dir.), *Proposition de code du travail 2017. Sous l'égide du Groupe de recherche pour un autre Code du travail (GR-PACT)*, op. cit., p. 6.

³⁴⁷⁰ Art. L. 11-5, E. DOCKÈS (dir.), *Proposition de code du travail 2017. Sous l'égide du Groupe de recherche pour un autre Code du travail (GR-PACT)*, op. cit.

³⁴⁷¹ P. CUCHE, « La définition du salarié et le critérium de la dépendance économique », op. cit., p. 102.

³⁴⁷² « *Mais elle conduit également à une architecture profondément renouvelée du code, tant en ce qui concerne les salariés que dans la manière de définir l'employeur, l'établissement et les conditions de la représentation des*

ce qu'elle prend en compte l'évolution des relations qui s'insèrent désormais dans une dispersion de l'unité de direction avec la constitution de réseaux³⁴⁷³, mais sans renoncer à l'accès au salariat, qui n'a rien perdu de son intérêt. De plus, l'objectif est de protéger non seulement les travailleurs considérés actuellement comme indépendants, mais économiquement dépendants, ainsi que ceux qui possèdent une autonomie dans l'organisation de leur travail et de leur emploi du temps³⁴⁷⁴. Dans la continuité d'un élargissement du salariat, le GR-PACT souhaite ainsi prendre en compte la situation des « *salariés autonomes* », qui seraient intégrés au Code du travail tout en prévoyant des adaptations quant à leur situation³⁴⁷⁵. Tout en maintenant la distinction entre salarié et indépendant, la solution renoue avec la fonction économique du contrat de travail³⁴⁷⁶. Ils excluent ainsi, à juste titre selon nous, la création d'un statut intermédiaire, qui a eu pour effet dans d'autres pays de « *vider le salariat* » vers cette catégorie intermédiaire³⁴⁷⁷.

824. La dépendance économique source d'une catégorie intermédiaire. Une autre partie de la doctrine prône, en effet, la création d'une catégorie de travailleur économiquement dépendant³⁴⁷⁸. Estimant qu'une extension du domaine du salariat conduirait à sa dénaturation, il conviendrait, selon eux, d'offrir « *au travail économiquement dépendant un régime plus homogène* »³⁴⁷⁹. Dans cette démarche, il convient tout d'abord d'identifier précisément les critères pour élaborer le champ du travailleur économiquement dépendant, pour ensuite définir la protection qui lui serait applicable. L'identification pose déjà une première difficulté, particulièrement en ce qui concerne ce que l'on doit entendre par la dépendance économique³⁴⁸⁰. Dans le cadre de l'élaboration d'une définition précise et objective, la fixation

salariés », C. DIDRY, « Au-delà de la subordination, les enjeux d'une définition légale du contrat de travail », *Dr. soc.*, 2018, p. 229 ; V. également pour la prise en compte de la dépendance économique, B. GOMES, *Le droit du travail à l'épreuve des plateformes numériques*, *op. cit.*, p. 335 et s.

³⁴⁷³ V. *supra*, n° 72.

³⁴⁷⁴ Art. L. 11-9 et L. 44-3, E. DOCKÈS (dir.), *Proposition de code du travail 2017. Sous l'égide du Groupe de recherche pour un autre Code du travail (GR-PACT)*, *op. cit.*

³⁴⁷⁵ Art. L. 11-7 à L. 11-10, *Ibid.*

³⁴⁷⁶ V. déjà à ce sujet, T. PASQUIER, *L'économie du contrat de travail : conception et destin d'un type contractuel*, *op. cit.*, spé. p. 68 et s.

³⁴⁷⁷ « Ces solutions n'ont pas été retenues par les auteurs du projet de code car elles ont fonctionné comme « une trappe à salariat » : des travailleurs, « qui sont en France qualifiés de salariés, y sont tombés et ont ainsi perdu une part essentielle de leurs droits ». Par ailleurs, il est difficile de tracer les frontières entre le salarié, le semi-salarié et l'indépendant », B. BOSSU, « Quel contrat de travail au XXIème siècle ? », *Dr. soc.*, 2018, p. 232. Nous rejoignons donc en partie cette proposition, sous la forme de la subordination fonctionnelle, V. *supra*, n° 564 et s.

³⁴⁷⁸ P.-H. ANTONMATTEI et J.-C. SCIBERRAS, *Le travailleur économiquement dépendant : quelle protection ?*, *op. cit.*

³⁴⁷⁹ *Ibid.*, p. 5.

³⁴⁸⁰ Le rapport propose d'entendre comme travailleur économiquement dépendant celui qui : « - Appartient à la catégorie des travailleurs indépendants - Exerce seul son activité - Perçoit au moins 50% de ses revenus d'un seul

d'un seuil, par exemple du chiffre d'affaires est incontournable. Cependant, cela engendre nécessairement l'inconvénient de possibles effets de seuil³⁴⁸¹. Autrement dit, un donneur d'ordre qui ne souhaiterait pas voir sa relation avec son sous-traitant requalifiée dans cette nouvelle catégorie pourrait limiter le volume d'activité confié. De même, l'application distributive de la protection, avec une distinction entre les droits fondamentaux communs à l'ensemble des travailleurs de ceux appliqués en fonction de son statut³⁴⁸², a montré des effets délétères possibles dans un mouvement de vases communicants : là où des indépendants gagneraient en protection avec cette nouvelle catégorie, des salariés autonomes pourraient parallèlement se voir appliquer cette nouvelle catégorie perdant ainsi en protection³⁴⁸³.

825. Pour une dépendance économique indépendamment d'un statut intermédiaire. En dépit des réserves concernant la création d'un statut du travailleur économiquement dépendant, l'élargissement de la subordination avec la dépendance économique dans le cadre d'une subordination fonctionnelle pourrait constituer une voie utile. Elle permettrait ainsi de prendre en compte « *les ressorts économiques* »³⁴⁸⁴ de la subordination. Cependant, c'est une troisième voie qui a tendance à retenir l'attention³⁴⁸⁵, notamment avec l'élaboration du concept de parasubordination. Face aux enjeux des nouveaux travailleurs numériques, le législateur semble opter pour l'élaboration de statut spécifique hybride plutôt que vers une extension du salariat avec une prise en compte de la situation économique du travailleur.

donneur d'ordres dans le cadre d'une relation contractuelle d'une durée minimale de deux mois - Exécute sa prestation dans le cadre d'une organisation productive dépendante de l'activité de son donneur d'ordres » P.-H. ANTONMATTEI et J.-C. SCIBERRAS, *Le travailleur économiquement dépendant : quelle protection ?*, Rapport à M. le Ministre du Travail, des Relations sociales, de la Famille et de la Solidarité, 2008, p. 22.

³⁴⁸¹ Il convient de jumeler la présomption d'objectivité liée au chiffre à un questionnement de la pertinence du calcul, V. *supra*, n° 124 et s.

³⁴⁸² V. sur la protection proposée, P.-H. ANTONMATTEI et J.-C. SCIBERRAS, *Le travailleur économiquement dépendant : quelle protection ?*, *op. cit.*, p. 14 et s.

³⁴⁸³ V. également, appliqué aux travailleurs de plateformes, les inconvénients de la création d'un tiers statut, J.-Y. FROUIN, *Réguler les plateformes numériques de travail*, *op. cit.*, p. 30-33.

³⁴⁸⁴ H. GROUDEL, « Le critère du contrat de travail », *op. cit.*, p. 59 ; V. également en ce sens, avec la proposition d'une prise en compte de l'intégration économique comme critère du contrat de travail, C. RADÉ, « Des critères du contrat de travail », *Dr. soc.*, 2013, p. 202.

³⁴⁸⁵ E. PESKINE, « Entre subordination et indépendance : en quête d'une troisième voie », *op. cit.*

2- L'hypothèse de la parasubordination : un cadre de réflexion plus qu'une solution

826. La notion de parasubordination. Le concept de parasubordination a pu avoir plusieurs définitions³⁴⁸⁶. Bien qu'il se distingue de la dépendance économique, la parasubordination ne lui est néanmoins pas totalement étrangère, car elle a, en effet, pu être définie comme désignant « toutes les situations dans lesquelles un travailleur, non salarié, peut néanmoins jouir de certaines dispositions protectrices, inspirées ou même issues du droit du travail, en raison de la situation de dépendance dans laquelle il se trouve placé »³⁴⁸⁷. Cette définition a le mérite de souligner l'origine du déséquilibre entre les parties qui justifie le recours à la notion de parasubordination pour une application partielle de dispositions sociales, néanmoins, sans extension du salariat³⁴⁸⁸. Cette situation est connue du droit du travail, qui a d'ailleurs pu prévoir des dispositions spécifiques pour certains travailleurs³⁴⁸⁹. Cependant, la parasubordination aurait vocation à recouvrir également la situation du salarié, cadre, qui présenterait un degré élevé d'autonomie et une certaine indépendance technique³⁴⁹⁰. Dans l'hypothèse de la parasubordination, le maintien dans le salariat de ces travailleurs autonomes serait une entrave plus qu'une réelle protection selon certains auteurs³⁴⁹¹.

827. L'ambition d'une construction de ce nouvel instrument que pourrait être la parasubordination est d'offrir les moyens au contrat de travail de « faire réellement la loi des parties », et même d'être un « facteur d'épanouissement de l'Homme au travail »³⁴⁹². Il

³⁴⁸⁶ V. notamment, A. SUPIOT, « Les nouveaux visages de la subordination », *op. cit.*, p. 131 ; J. BARTHELEMY, « Essai sur la parasubordination », *op. cit.*, p. 6 ; Il s'agit d'une notion empruntée au droit italien, mais qui est utilisée ici dans un contexte de débat français, V. pour une étude sur la « *parasubordinazione* » du droit italien, T. PASQUIER, *L'économie du contrat de travail : conception et destin d'un type contractuel*, *op. cit.*, p. 229 et s.

³⁴⁸⁷ E. PESKINE, « Entre subordination et indépendance : en quête d'une troisième voie », *op. cit.*

³⁴⁸⁸ La notion de parasubordination vient du droit italien, mais elle a été utilisée dans un contexte français d'analyse des frontières de la subordination. En ce sens, il a pu être souligné la différence d'interprétation de la notion entre le droit italien et français. V. à ce sujet, T. PASQUIER, *L'économie du contrat de travail : conception et destin d'un type contractuel*, *op. cit.*, p. 229-234.

³⁴⁸⁹ V. sur les différentes techniques, J. PÉLISSIER, A. LYON-CAEN, A. JEAMMAUD et E. DOCKÈS, *Les grands arrêts du droit du travail*, *op. cit.*, p. 18 et s. ; V. les dispositions au sein de la septième partie du Code du travail, *infra*, n° 877 et s.

³⁴⁹⁰ V. sur la question de l'autonomie contrôlée, *supra*, n° 348 ; « le travail salarié fait place à ce qu'on peut appeler l'autonomie dans la subordination, tandis que réciproquement le travail non salarié s'est ouvert à ce qu'on peut appeler l'allégeance dans l'indépendance. », A. SUPIOT, « Les nouveaux visages de la subordination », *op. cit.*, p. 131 ; P. LOKIEC, « Prendre en compte l'autonomie au travail », dans *Paix et libertés en droit social*, Dalloz, coll. « Thèmes & commentaires », 2021, p. 49-56.

³⁴⁹¹ V. en ce sens, J. BARTHÉLÉMY et G. CETTE, *Travail et changements technologiques. De la civilisation de l'usine à celle du numérique.*, *op. cit.*, p. 119.

³⁴⁹² J. BARTHÉLÉMY, « Essai sur la parasubordination », *op. cit.*

s'agirait ici d'essayer de trouver un équilibre entre protection et liberté contractuelle³⁴⁹³. L'adoption de ce statut intermédiaire permettrait pour ses défenseurs d'apporter une réponse adaptée aux travailleurs en « *zone grise* », comme ceux des plateformes numériques, sans avoir à les intégrer au salariat. Une partie de la doctrine est particulièrement critique à l'égard des contentieux de requalification³⁴⁹⁴ et hostile à l'assimilation de certaines professions libérales dans le champ du salariat³⁴⁹⁵, pour eux, la recherche d'un lien de subordination semblerait dater d'une autre époque, qui serait celle de la hiérarchie verticale ancrée dans la « *civilisation de l'usine* »³⁴⁹⁶. Bien que cette position puisse être considérée comme étant particulièrement sévère à l'endroit des contentieux en requalification ainsi que du lien de subordination³⁴⁹⁷, il convient néanmoins de reconnaître que le concept de parasubordination permet de matérialiser les tensions qui peuvent exister dans l'expression des rapports de pouvoir à l'ère numérique. Il traduit le double mouvement qui existe depuis le début du XXI^{ème} siècle d'une autonomie dans la subordination et d'une allégeance dans l'indépendance³⁴⁹⁸. En d'autres termes, il illustre les limites auxquelles est confrontée la conception binaire du droit français, dont la frontière est matérialisée par l'existence d'un état de subordination, face au renouvellement des rapports de pouvoir à l'ère numérique.

828. Les limites du recours à la notion de parasubordination. Bien que les tenants de la parasubordination se défendent que ce système puisse constituer une « *protection au rabais* »³⁴⁹⁹, il convient néanmoins de constater que, tout comme pour le tiers statut fondé sur la dépendance économique, outre la création d'une certaine insécurité juridique³⁵⁰⁰, le risque de « *vider le salariat* » vers cette catégorie intermédiaire est grand et peu souhaitable. Les catégories intermédiaires se heurtent souvent à une forte opposition, comme en attestent les

³⁴⁹³ « Appliquer à tous le même arsenal protecteur que celui nécessaire pour l'ouvrier se traduit par une surprotection injustifiée dès lors que le contrat peut faire aisément la loi des parties. », J. BARTHELEMY et G. CETTE, *Travail et changements technologiques. De la civilisation de l'usine à celle du numérique.*, Odile Jacob, 2021, p. 118.

³⁴⁹⁴ « Pour les ministères sociaux, derrière tout travailleur indépendant il y a un salarié qui s'ignore, ce qu'atteste l'acharnement à la requalification. », G. CETTE et J. BARTHELEMY, *Travailler au XXI^{ème} siècle. L'ubérisation de l'économie ?*, Odile Jacob, 2017, p. 67 ; V. également, J.-E. RAY, « De Germinal à Internet : une nécessaire évolution du critère du contrat de travail », *Dr. soc.*, 1995, p. 634.

³⁴⁹⁵ V. en ce sens, J. BARTHÉLÉMY, « Le surprenant statut social de l'avocat salarié », *Dr. soc.*, 1992, p. 302 ; P. PUIG, *La qualification du contrat d'entreprise*, *op. cit.*, p. 239 et s.

³⁴⁹⁶ J. BARTHÉLÉMY et G. CETTE, *Travail et changements technologiques. De la civilisation de l'usine à celle du numérique.*, *op. cit.*, p. 181.

³⁴⁹⁷ Le lien de subordination a su s'adapter si ce n'est se renforcer à l'épreuve du numérique. Il a également parfaitement su se saisir les nouvelles formes d'expression du pouvoir, V. *supra*, n° 683 et s.

³⁴⁹⁸ V. déjà en ce sens, A. SUPIOT, *Critique du droit du travail*, *op. cit.*, p. 165 ; A. SUPIOT, « Les nouveaux visages de la subordination », *op. cit.*

³⁴⁹⁹ J. BARTHÉLÉMY, « Essai sur la parasubordination », *op. cit.*

³⁵⁰⁰ A. LAMPERT, *L'autonomie du travailleur*, *op. cit.*, p. 190-192.

débats autour du CDI intérimaire, dont l'adoption a suscité de vives controverses³⁵⁰¹. Finalement adopté³⁵⁰², ce contrat continue de faire l'objet de critiques en ce qu'il constitue une adaptation au marché dans un objectif de flexibilisation, qui contribue à la multiplication des exceptions³⁵⁰³.

829. En ce sens, l'hypothèse de la parasubordination constituerait davantage un cadre de réflexion des tensions que connaît la frontière de la subordination plus qu'une véritable solution³⁵⁰⁴, en raison des effets pervers que peut entraîner la création d'un tiers statut. De plus, une telle création, de l'aveu de défenseurs de la notion eux-mêmes, tels que Messieurs Jacques Barthélémy et Gilbert Cette³⁵⁰⁵, remplacerait une frontière pour une autre, apportant une réponse particulièrement limitée concernant les interrogations quant aux contours de l'application du Code du travail. L'observation de cette principale limite au recours au tiers statut a conduit à l'hypothèse d'un dépassement des frontières, d'un « *au-delà de l'emploi* »³⁵⁰⁶, et particulièrement du lien de subordination, pour imaginer un autre modèle.

³⁵⁰¹ Les organisations syndicales ont pu considérer ce contrat comme étant « *un cheval de Troie du patronat pour déréglementer l'intérim* », F. SARFATI et C. VIVES, « Le CDI intérimaire. La loi au secours du patronat », *Les notes de l'IES*, n° 38, 2016, p. 3.

³⁵⁰² Expérimenté avec la loi n° 2015-994 du 17 août 2015 relative au dialogue social et à l'emploi, *op. cit.*, art. 56 ; Confirmée par la loi n° 2018-771 du 5 septembre 2018 pour la liberté de choisir son avenir professionnel, *op. cit.*

³⁵⁰³ G. BARGAIN et M. FERRACI, « Le CDI intérimaire : un outil de sécurisation ou de flexibilité ? », *RDT*, 2014, p. 522. V. également, S. TOURNAUX, « Le contrat de travail, nouveau laboratoire d'expérimentation ? », *RDT*, 2018, p. 671 ; S. TOURNAUX, « Le CDI intérimaire : histoire d'un hors-la-loi protégé par ... la loi », *Dr. soc.*, 2018, p. 810.

³⁵⁰⁴ V. également à ce sujet, où « *la para-subordination, associée à une approche résolument économique des relations de travail, peut générer ici ou là, des emplois indignes, marqués par la soumission du travailleur à une domination économique dont il est totalement dépendant* », B. PETIT, « Formes légales de travail et formes contemporaines d'esclavage », *Les Cahiers de la Justice*, n° 2, 2020, p. 224.

³⁵⁰⁵ « *Quel que soit l'attrait d'un statut spécifique de professionnel parasubordonné, il pêche par un inconvénient majeur. Il remplace une frontière floue entre salarié et indépendant – de plus en plus floue du fait de l'inadéquation du droit social au contexte nouveau dans lequel il prospère – par deux autres frontières qui le sont tout autant, entre salarié et professionnel parasubordonné d'un côté, entre professionnel parasubordonné et entrepreneur indépendant de l'autre* », J. BARTHELEMY et G. CETTE, *Travail et changements technologiques. De la civilisation de l'usine à celle du numérique.*, *op. cit.*, p. 124.

³⁵⁰⁶ A. SUPIOT (dir.), *Au-delà de l'emploi*, *op. cit.*

B- La création d'un socle universel, vers un droit de l'activité professionnelle au-delà de la subordination

830. Les origines de la thèse d'un droit de l'activité professionnelle. L'idée d'un droit du travail qui irait au-delà des séparations entre le droit privé et droit public³⁵⁰⁷, ou au-delà de la frontière entre salarié et indépendant persistent depuis longtemps chez les auteurs. Dès 1952, Paul Durand a consacré, dans ses travaux, la création d'un droit de l'activité professionnelle, « où viennent se fondre les différentes formes du travail humain »³⁵⁰⁸. Dans la continuité, François Gaudu proposait une réflexion sur le statut de l'actif³⁵⁰⁹. Il y aura également, quelques années après, le désormais célèbre rapport, Monsieur Alain Supiot, à la demande de la Commission européenne, qui proposa un « au-delà de l'emploi » par la définition d'un état professionnel des personnes³⁵¹⁰ et l'élaboration de « droits de tirage sociaux »³⁵¹¹. Il s'agit donc bien d'un « vieux rêve »³⁵¹², qui ont pour point commun de proposer une continuité des droits face à la diversité des formes d'emploi.

831. Il convient de préciser que l'ensemble de ces démarches qui consistent à s'émanciper de la figure du travailleur subordonné n'implique pas nécessairement de prédire une fin de la subordination – dont il n'en est rien selon nous – mais d'élargir le droit du travail à l'ensemble des prestations de travail qu'elles soient réalisées de façon indépendante, salariée, voire gratuite³⁵¹³. Les propositions envisagent différents degrés d'extension, elles vont d'une sécurité sociale professionnelle³⁵¹⁴, à un état professionnel³⁵¹⁵, à un statut de l'actif³⁵¹⁶, ou encore à un

³⁵⁰⁷ V. notamment sur les rapports entre droit de la fonction publique et droit du travail, N. MAGGI-GERMAIN, « Existe-t-il un droit commun du travail ? », *Dr. soc.*, 2019, p. 1034.

³⁵⁰⁸ P. DURAND, « Naissance d'un droit nouveau. Du droit du travail au droit de l'activité professionnelle », *op. cit.*, p. 438.

³⁵⁰⁹ F. GAUDU, « Du statut de l'emploi au statut de l'actif », *op. cit.*

³⁵¹⁰ A. SUPIOT (dir.), *Au-delà de l'emploi : Les voies d'une vraie réforme du droit du travail*, *op. cit.* ; la notion d'un droit à l'emploi est en revanche battue en brèche, « on s'enfoncé d'autant plus aveuglément dans ces impasses que la notion d'emploi est juridiquement ambiguë. Elle sert à désigner à la fois un état collectif mesurable (le degré de participation des personnes à la production de biens et services) et un état individuel des personnes (le statut professionnel conféré par un contrat de travail ou une fonction publique). », A. SUPIOT, « Le droit du travail bradé sur le "marché des normes" », *Dr. soc.*, 2005, p. 1087.

³⁵¹¹ Dont « leur réalisation dépend d'une double condition : la constitution d'une "provision" suffisante, et la décision de leur titulaire d'user de cette provision. », A. SUPIOT (dir.), *Au-delà de l'emploi : Les voies d'une vraie réforme du droit du travail*, *op. cit.*, p. 84.

³⁵¹² T. PASQUIER, « Sens et limites de la qualification de contrat de travail. De l'arrêt FORMACAD aux travailleurs « ubérisés » », *op. cit.*

³⁵¹³ T. PASQUIER, « Le droit social confronté aux défis de l'ubérisation », *Dalloz IP/IT*, 2017, p. 368.

³⁵¹⁴ V. également, *supra*, n° 777 ; V. notamment, P. CAHUC et F. KRAMARZ, *De la précarité à la mobilité : vers une Sécurité sociale professionnelle*, La documentation française, 2005.

³⁵¹⁵ A. SUPIOT (dir.), *Au-delà de l'emploi*, *op. cit.*

³⁵¹⁶ F. GAUDU, « Du statut de l'emploi au statut de l'actif », *op. cit.*

droit de l'activité professionnelle³⁵¹⁷. Il y a un mouvement de déplacement du sujet du droit du travail vers un droit de la personne³⁵¹⁸.

832. Le champ d'application d'un droit de l'activité professionnelle. Le premier point de tension de la construction d'un droit de l'activité professionnelle concerne son champ d'application. Il convient, en effet, de distinguer les règles qui seront applicables à l'ensemble des travailleurs de celles qui seront conditionnées à une situation particulière. Une telle approche conduit à faire une application distributive du droit du travail, qui n'est par ailleurs pas sans risque. À ce sujet, des groupes de règles ont ainsi pu être identifiés. Le rapport de Monsieur Alain Supiot distinguait ainsi quatre cercles : le premier, les droits sociaux « *universaux* » ; le deuxième, les droits fondés sur le travail non professionnel ; le troisième, celui du droit commun de l'activité professionnelle ; le quatrième, celui du droit propre au travail salarié³⁵¹⁹. En d'autres termes, il y aurait ainsi trois groupes de règles : celles à vocation universelle ou quasi universelle ; celles qui définissent les conditions de travail et d'emploi minimales, quel que soit le statut ; et celles spécifiques au travail subordonné³⁵²⁰. Il convient de constater que, malgré une recherche d'universalité qui est proposée avec les deux premiers cercles, la solution proposée ne se départit pas complètement de la frontière entre travail subordonné et indépendant qui a des effets sur les dispositions applicables aux travailleurs en fonction de leur statut.

833. L'objectif d'un au-delà de la subordination. L'objectif de la construction d'un droit de l'activité professionnelle serait de lutter contre les techniques de contournement du droit du travail. L'idée principale qui anime l'ensemble de ces propositions est de renforcer la corrélation entre la responsabilité et l'exercice du pouvoir, qui comprendrait aussi le pouvoir économique³⁵²¹. En ce sens, le rapport de Monsieur Adalberto Perulli concluait avec la création d'un « *noyau dur de droits sociaux applicables à tous les rapports de travail, au-delà de leur*

³⁵¹⁷ P. DURAND, « Naissance d'un droit nouveau. Du droit du travail au droit de l'activité professionnelle », *op. cit.* ; J. BARTHÉLÉMY, « Du droit du travail au droit de l'activité professionnelle », *Les Cahiers du DRH*, n° 265, 2019, p. 59-60.

³⁵¹⁸ P. LOKIEC, « Le travailleur et l'actif », *Dr. soc.*, 2009, p. 1017 ; V. également, P. ADAM, *L'individualisation du droit du travail*, *op. cit.* ; B. TEYSSIÉ (dir.), G. CHAMPENOIS, A. GHOZI, L. LEVENEUR et J.-M. OLIVIER, *La personne en droit du travail*, Éditions Panthéon-Assas, coll.« Droit privé », 1999, spé. p. 32 à 92.

³⁵¹⁹ A. SUPIOT (dir.), *Au-delà de l'emploi*, *op. cit.*, p. 82.

³⁵²⁰ P. LOKIEC, « Le travailleur et l'actif », *op. cit.*

³⁵²¹ V. déjà en ce sens, « *pour réguler le domaine des stratégies d'utilisation de la force de travail, l'idée d'une responsabilité sociale invoquée semble particulièrement souhaitable, dans la mesure où si ces stratégies visent avant tout à améliorer la compétitivité, c'est cependant les personnes qu'elles mettent en jeu* », T. AUBERT-MONPEYSSEN, « Les frontières du salariat à l'épreuve des stratégies d'utilisation de la force de travail », *Dr. soc.*, 1997, p. 616.

qualification formelle en termes d'autonomie ou de subordination »³⁵²². Cependant, face aux difficultés de la mise en œuvre d'un droit au-delà du statut, un droit de l'activité professionnelle n'a pour le moment pas été adopté par le législateur. Il y a, en effet, d'une part tout à construire, et d'autre part l'élargissement vers une couverture universelle pose de nombreuses questions quant aux modalités d'application ainsi qu'à l'encadrement d'un tel système, qui constitue un important changement de paradigme.

834. La tendance vers le recours aux droits fondamentaux. Dans la continuité, d'une recherche de protection du travailleur au-delà de son statut, il y a un certain regain de l'intérêt de la doctrine vers les droits fondamentaux³⁵²³, qui peuvent s'appliquer indifféremment du statut du travailleur, car s'attachant à la personne même³⁵²⁴. Cette piste permet d'éviter les critiques liées à l'extension du salariat, dont il est parfois reproché son dévoiement, en apportant une protection fondée sur la dignité humaine³⁵²⁵ qui imposerait un socle protecteur commun qui a pu être envisagé à l'ensemble des travailleurs³⁵²⁶, dans la continuité des travaux sur le sujet³⁵²⁷. Les difficultés que posent les plateformes numériques pourraient être ainsi l'occasion de renforcer les garanties de certaines valeurs fondamentales, comme la dignité au travail³⁵²⁸. En outre, le recours aux droits fondamentaux pourrait répondre à ce vœu d'universalisation.

835. Cependant, cette piste se heurte à une difficulté : certains droits fondamentaux spécifiques au travailleur sont attachés au salariat³⁵²⁹. Il existe, en effet, un arsenal important concernant

³⁵²² A. PERULLI, *Travail économiquement dépendant, parasubordination : les aspects juridiques, sociaux, économiques*, *op. cit.*, p. 103-104.

³⁵²³ V. récemment, F. GABROY, *Essai sur la protection du travailleur numérique par les droits fondamentaux*, *op. cit.*

³⁵²⁴ V. notamment à ce sujet, C. GIRARD, *Des droits fondamentaux au fondement du droit. Réflexions sur les discours théoriques relatifs au fondement du droit*, Éditions de la Sorbonne, 2010 ; X. DUPRÉ DE BOULOIS, « Les notions de liberté et de droit fondamentaux en droit privé », *JCP G*, n° 49, 2007 ; V. également pour un retour sur la définition de droits fondamentaux, F. GABROY, *Essai sur la protection du travailleur numérique par les droits fondamentaux*, *op. cit.*, p. 18 et s.

³⁵²⁵ V. à ce sujet, X. DUPRÉ DE BOULOIS, *Droit des libertés fondamentales*, 3^e éd., PUF, coll. « Thémis Droit », 2022, p. 307-323 ; C. GIRARD (dir.) et S. HENNETTE-VAUCHEZ (dir.), *La dignité de la personne humaine. Recherche sur un processus de juridicisation*, PUF, coll. « Droit et justice », 2005 ; T. REVET (dir.) et M.-L. PAVIA (dir.), *La dignité de la personne humaine*, *op. cit.* ; M. FABRE-MAGNAN, « La dignité en Droit : un axiome », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, vol. 58, n° 1, 2007, p. 1-30 ; Spé. appliquée au travailleur, F. HÉAS, « Observations sur le concept de dignité appliqué aux relations de travail », *op. cit.* ; P. ADAM, « La "dignité du salarié" et le droit du travail (Première partie) », *op. cit.* ; P. ADAM, « La dignité du salarié (Deuxième partie) », *op. cit.*

³⁵²⁶ V. notamment, F. GABROY, *Essai sur la protection du travailleur numérique par les droits fondamentaux*, *op. cit.*, p. 256 et s.

³⁵²⁷ V. *supra*, n° 830.

³⁵²⁸ V. en ce sens, T. PASQUIER, « Sens et limites de la qualification de contrat de travail. De l'arrêt FORMACAD aux travailleurs « ubérisés » », *op. cit.*

³⁵²⁹ « Beaucoup de droits individuels, propres au salarié-individu, consacrés plus ou moins récemment, apparaissent soit comme des prolongements dans la vie au travail des droits et libertés fondamentaux de l'homme,

les salariés³⁵³⁰, notamment dans le contexte d'un renforcement de la subordination numérique³⁵³¹, mais cette tendance ne concerne néanmoins pas les indépendants. Bien qu'un mouvement existe vers une reconnaissance de droits fondamentaux aux travailleurs indépendants, celui-ci est principalement porté par la doctrine, là où le droit positif reste encore particulièrement attaché à une distinction en fonction de l'état de subordination³⁵³². Si l'on prend l'exemple du droit de grève, il est réservé en principe aux salariés du secteur privé et à certains travailleurs des services publics³⁵³³. Bien que la loi du 8 août 2016³⁵³⁴ ait reconnu un droit inspiré du droit de grève des salariés aux travailleurs de plateforme, il ne peut être considéré comme étant similaire³⁵³⁵. Les travailleurs indépendants sont donc exclus du droit de grève³⁵³⁶, ce qui peut se justifier par la différence de situation entre les deux : là où le travailleur subordonné est tenu par une obligation de réaliser sa prestation de travail, le travailleur indépendant peut refuser de conclure un contrat de prestation de service³⁵³⁷. Pour autant, nous rejoignons le souhait d'une évolution dont les propositions qui tendent à faire reconnaître un droit d'action collective à l'ensemble des travailleurs plus largement³⁵³⁸.

836. Néanmoins, il existe des pistes pour garantir un état professionnel au-delà du lien de subordination. À cet égard, le droit de la protection sociale a largement amorcé ce mouvement d'abolition des frontières³⁵³⁹, qui ne règle cependant pas totalement la question du statut. Dans

soit comme la consécration de droits fondamentaux spécifiques aux travailleurs » P. ADAM, *L'individualisation du droit du travail. Essai sur la réhabilitation juridique du salarié-individu*, *op. cit.*, p. 413.

³⁵³⁰ F. GABROY, *Essai sur la protection du travailleur numérique par les droits fondamentaux*, *op. cit.*, p. 258-260.

³⁵³¹ A. CHAIGNEAU et T. PASQUIER, « Capital, travail et entreprise numérique », *op. cit.*, p. 194.

³⁵³² F. GABROY, *Essai sur la protection du travailleur numérique par les droits fondamentaux*, *op. cit.*, p. 260.

³⁵³³ G. AUZERO, E. DOCKÈS et D. BAUGARD, *Droit du travail*, *op. cit.*, p. 1945 et s. ; P. ADAM, « Grève dans le secteur privé », dans *Répertoire de droit du travail*, Dalloz, 2020, n° 36-38.

³⁵³⁴ Loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels, *op. cit.* ; art. L. 7342-5 C. trav. .

³⁵³⁵ Qui a pu être qualifié de « sorte de droit de grève », F. MASSON, « Un droit de grève en droit des contrats ? », *Dr. soc.*, 2017, p. 861.

³⁵³⁶ V. par exemple, Cass. soc., 11 janvier 2006, n° 04-16.114, *Dr. soc.* 2006. 470, *obs. Verkindt* ; Bien que « le Préambule de la Constitution de 1946 ne subordonne d'ailleurs pas l'exercice de ce droit à l'existence d'un lien de subordination », P. ADAM, « Grève dans le secteur privé », dans *Répertoire de droit du travail*, Dalloz, 2020, n° 38.

³⁵³⁷ « La grève des salariés, des fonctionnaires ou des contractuels de droit public passe toujours par l'inexécution de la prestation à laquelle le travailleur est tenu, soit par contrat, soit du fait de son statut. Or, dans le cas des travailleurs des plateformes, la cessation du travail ne se traduit pas en général par l'inexécution d'un contrat déjà conclu, mais par un refus de contracter », F. MASSON, « Un droit de grève en droit des contrats ? », *Dr. soc.*, 2017, p. 861.

³⁵³⁸ F. GABROY, *Essai sur la protection du travailleur numérique par les droits fondamentaux*, *op. cit.*, p. 349-356.

³⁵³⁹ V. en ce sens, F. FAVENNEC-HÉRY, « Les frontières de l'emploi : des évolutions ? », *op. cit.* ; V. sur le rapprochement de la situation juridique entre les salariés et les indépendants, *supra*, n° 548 et s. ; V. également, sur l'existence d'une définition unitaire du revenu en droit de la sécurité sociale, G. LYON-CAEN, *Le droit du travail non salarié*, *op. cit.*, p. 132.

le contexte du numérique, et plus largement de l'avenir du travail, l'OIT a formulé un rapport en ce sens³⁵⁴⁰. Elle préconise, en effet, « *une garantie universelle pour les travailleurs intégrant les droits fondamentaux des travailleurs* »³⁵⁴¹. Cette préconisation a permis de rappeler la nécessité d'une technologie au service d'un travail décent³⁵⁴², selon le principe d'adaptation du travail et des techniques à l'Homme. Le rapport recommande ainsi la vigilance quant à l'impact du numérique pour assurer le respect de la dignité des travailleurs³⁵⁴³. Plus largement, les orientations de l'OIT vont dans le sens d'une universalisation³⁵⁴⁴, elle l'a d'ailleurs prônée en matière de protection sociale dans son agenda sur le travail décent³⁵⁴⁵. Les appels de l'OIT concernant une universalisation de la protection sociale se sont, en effet, multipliés, jusqu'à intégrer la protection sociale dans la liste des droits et principes fondamentaux³⁵⁴⁶. Concernant les plateformes numériques, l'OIT a marqué sa volonté d'universalité en indiquant qu'« *il est important que les principes et les droits fondamentaux au travail de l'OIT s'appliquent à tous les travailleurs des plateformes, quel que soit leur statut* »³⁵⁴⁷.

837. Dans ce sens, l'Union européenne a également commencé à se saisir de la situation spécifique des travailleurs de plateforme, avec une proposition de directive³⁵⁴⁸ qui a pu être

³⁵⁴⁰ OIT, *Travailler pour bâtir un avenir meilleur*, *op. cit.*

³⁵⁴¹ *Ibid.*, p. 39.

³⁵⁴² V. sur « *la réactivations des ambitions historiques de l'OIT* », B. GOMES, *Le droit du travail à l'épreuve des plateformes numériques*, *op. cit.*, p. 415 et s. ; V. également, O. LECLERC, « La technologie au service du travail décent », *Dr. soc.*, 2020, p. 33.

³⁵⁴³ OIT, *Travailler pour bâtir un avenir meilleur*, *op. cit.*, p. 46.

³⁵⁴⁴ La recommandation n°202 de l'OIT suggère que tous les travailleurs, au-delà de leur statut, puissent jouir d'un socle de protection sociale universelle. V. sur la nature juridique des recommandations de l'OIT, M. VIRALLY, « La valeur juridique des recommandations des organisations internationales », *Annuaire français de droit international*, vol. 2, 1956, p. 66-96 ; V. également sur le sujet, G. LOISEAU, « Le travailleur dans le droit de l'OIT », *JCP S*, n° 30-34, 2019, 1228.

³⁵⁴⁵ https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/documents/publication/wcms_470341.pdf [consulté le 24 juillet 2023].

³⁵⁴⁶ V. convention n°102 de l'OIT ; V. notamment, OIT, *Travailler pour bâtir un avenir meilleur*, *op. cit.* ; OIT, *Rapport mondial sur la protection sociale. Protection sociale universelle pour atteindre les objectifs du développement durable 2017-2019*, Bureau internationale du travail, 2019 ; M. KEIM-BAGOT et F. KESSLER, « L'OIT et le droit français de la sécurité sociale », *JCP S*, n° 30-34, 2019, 1231 ; M. KEIM-BAGOT, « Renforcer la protection sociale pour un avenir meilleur », *Dr. soc.*, 2020, p. 22 ; V. également à ce sujet, C. MARZO, « L'accès aux soins des travailleurs de plateformes numériques : perspectives comparées et internationales », *op. cit.* À cet égard, l'auteur indique que « *l'universalité est double : d'une part, les statuts ne doivent pas influencer sur l'accès à la protection sociale ; d'autre part, les garanties élémentaires de sécurité sociale doivent être proposées à tous les résidents et les enfants, telles qu'elles sont définies dans la législation et la réglementation nationales* ».

Depuis le 10 juin 2022 la santé et la sécurité au travail sont considérés comme un droit fondamental par l'OIT, V. convention n° 155 et 187 de l'OIT ; <https://www.ilo.org/declaration/thedeclaration/textdeclaration/lang--fr/index.htm> [consulté le 24 juillet 2023].

³⁵⁴⁷ OIT, *Emploi et questions sociales dans le monde. Le rôle des plateformes numériques dans la transformation du monde du travail*, Bureau internationale du travail, 2021, p. 27 ; V. également, OIT, *Les plateformes de travail numérique et l'avenir du travail : pour un travail décent dans le monde en ligne*, *op. cit.*

³⁵⁴⁸ Proposition de directive relative à l'amélioration des conditions de travail dans le cadre du travail via une plateforme du 9 décembre 2021, COM/2021/762, *op. cit.*

analysée comme constituant un premier pas vers un socle de droits fondamentaux³⁵⁴⁹. Conformément à ses articles 1, 2 et 10, il est prévu que « *des droits minimaux s'appliquent à toute personne exécutant un travail via une plateforme dans l'Union, qui a ou qui, sur la base d'une évaluation des faits, peut être réputée avoir un contrat de travail ou une relation de travail au sens du droit* ». L'article 10 de la proposition de directive précise que certains articles s'appliqueront à l'ensemble de ces travailleurs³⁵⁵⁰. Ce qui constitue donc un socle minimal de protection. Cet article 10 permet, pour un auteur, « *de prendre conscience de l'émergence d'un corpus de droits numériques fondamentaux* »³⁵⁵¹. À cet égard, le législateur français se trouve donc pour le moment à contre-courant du législateur européen³⁵⁵². Plus largement, la Commission européenne a, par ailleurs, présenté le 4 mars 2021 un plan d'action pour mettre en œuvre un socle européen des droits sociaux qui comprend vingt principes³⁵⁵³. Un projet qui renouvelle le droit social européen, et qui a pu susciter des propositions comme l'élaboration d'un « *droit économique comme ordre juridique au sein duquel peut désormais s'envisager une protection, cette dernière n'étant plus limitée au salariat* »³⁵⁵⁴.

838. Le renouvellement des propositions. Aux côtés de ces propositions qui offrent un renouvellement de la figure du travailleur, soit en étendant les critères du salariat, soit en créant un statut intermédiaire pour encadrer les « *zones grises* », soit en recherchant des droits universels pour garantir une meilleure protection, la figure de l'employeur est aussi en proie à de nouvelles propositions à l'ère numérique.

³⁵⁴⁹ V. également sur la proposition de directive, *supra*, n° 627.

³⁵⁵⁰ « *L'article 6, l'article 7, paragraphes 1, et 3, et l'article 8 s'appliquent également aux personnes exécutant un travail via une plateforme qui n'ont pas de contrat de travail ou de relation de travail* », proposition de directive relative à l'amélioration des conditions de travail dans le cadre du travail via une plateforme du 9 décembre 2021, COM/2021/762, art. 10.

³⁵⁵¹ « *Dans l'ensemble, il s'agit de faire glisser la catégorie juridique du travailleur vers celle de la personne* », C. MARZO, « La proposition de directive relative à l'amélioration des conditions de travail dans le cadre du travail via une plateforme : une occasion de repenser les statuts et les droits des travailleurs de plateformes », *RDT Eur.*, 2022, p. 665.

³⁵⁵² V. en ce sens, I. DAUGAREILH, « La santé des travailleurs de plateforme en France », *op. cit.*

³⁵⁵³ V. Communication de la commission au parlement européen, au conseil, au comité économique et social européen et au comité des régions, *Mise en place d'un socle européen des droits sociaux*, COM (2017) 250 final, 2017. V. également, <https://op.europa.eu/webpub/empl/european-pillar-of-social-rights/fr/index.html> [consulté le 23 août 2023].

³⁵⁵⁴ T. PELLERIN, « Les fonctionnalités du droit économique européen pour de nouvelles régulations du travail de plateforme – l'exemple du règlement P2B 2019/1150 », *RFAS*, n° 1, 2022, p. 34 ; L'auteur propose une démarche de comparaison entre le droit social de l'Union européenne et le règlement P2B en utilisant la méthode de l'équivalence. À l'issue de son étude, il conclut en faveur d'une troisième voie qui consisterait en une « *protection en équilibre entre le droit social et le droit économique afin de reconnaître des droits et des garanties* » aux travailleurs des plateformes, par une découverte « *dans l'ordre économique du droit européen avec pour étendard, ou a minima source d'inspiration, le règlement P2B.* », *Ibid.*, p. 35 ; V. également en ce sens, concernant la négociation collective, J. DIRRINGER et Y. FERKANE, « Modéliser la négociation collective dans le champ économique », *Dr. soc.*, 2021, p. 598.

§2 : Les propositions d'une nouvelle figure de l'employeur : le questionnement du lien entre responsabilité et pouvoirs

839. Face aux reproches de rigidité du salariat, la réflexion s'est également portée sur la figure de l'employeur³⁵⁵⁵. Le lien de subordination est censé traduire une relation de pouvoirs qui entraîne des responsabilités. Cependant, les nouveaux modèles économiques que sont les plateformes numériques tentent de dépasser ce modèle, voire d'en faire fi. Les propositions précédentes qui visaient à renouveler la figure du travailleur conduisent parallèlement à envisager sous un nouvel angle les relations entretenues et donc ce que l'on doit entendre par employeur. À cet égard, le rapport Frouin³⁵⁵⁶ fait figure d'exemple, par sa proposition de recours à un tiers employeur (A). Il propose ainsi de dissocier pouvoirs et responsabilité. Malgré les critiques – en grande partie justifiées – qui ont été portées à son égard, il a offert conjointement une voie de réflexion pour certains auteurs autour du modèle coopératif comme alternative possible aux modèles de plateforme actuels (B).

A- Les propositions du rapport Frouin : la dissociation entre pouvoirs et responsabilité, un changement de paradigme critiqué

840. Le rapport Frouin était très attendu et a retenu à sa sortie l'attention des juristes quant à ses propositions concernant les travailleurs de plateforme. L'objet de la mission qui a été confiée relevait d'un jeu d'équilibriste particulièrement difficile³⁵⁵⁷ : poursuivre le processus de régulation en apportant des protections complémentaires, tout en ne remettant pas en cause le statut d'indépendant des travailleurs de plateforme, ou à tout le moins tout en ne basculant pas dans le salariat « classique »³⁵⁵⁸. Après de nombreux rebondissements³⁵⁵⁹, le rapport a été rendu le 1^{er} décembre 2020 et s'articule autour de cinq parties : clarifier le statut des travailleurs

³⁵⁵⁵ V. également pour une étude de la figure de l'employeur en droit international, F. JAULT-SESEKE, « A la recherche de l'employeur. Miscellanées autour de la mise à disposition, de l'intérim et du portage salarial dans un contexte de mobilité internationale », *RDT*, 2020, p. 769.

³⁵⁵⁶ J.-Y. FROUIN, *Réguler les plateformes numériques de travail*, *op. cit.*

³⁵⁵⁷ « Difficile (sinon impossible) », B. GOMES, « « Réguler les plateformes numériques de travail » : lecture critique du « rapport Frouin » », *Dr. soc.*, 2021, p. 207.

³⁵⁵⁸ J.-Y. FROUIN, *Réguler les plateformes numériques de travail*, *op. cit.*, p. 109-116.

³⁵⁵⁹ V. à ce sujet, J.-Y. FROUIN, « Réguler les plateformes numériques de travail. Retour sur une mission compliquée », *Dr. soc.*, 2021, p. 201.

des plateformes ; garantir les droits des travailleurs et sécuriser les relations par le recours à un tiers ; assurer une régulation collective des plateformes s'appuyant sur des représentants légitimes des travailleurs ; réglementer et contrôler les plateformes numériques de travail ; compléter les fondations d'un « *statut commun* » pour toutes les formes de travail. Les solutions proposées présentent un certain paradoxe, car elles refusent le recours au modèle « *classique* » du salariat (1) d'une part, tout en proposant de faire accéder au salariat les travailleurs de plateforme, par le recours à un tiers employeur d'autre part (2).

1- Le refus critiqué d'un recours au modèle « *classique* » du salariat

841. L'évacuation critiquée de la question du statut de salarié « *classique* » des travailleurs de plateforme. La première partie du rapport conclut sur l'inopportunité du statut de salarié « *classique* » pour les travailleurs de plateforme et propose ainsi de combiner « *statut de salarié, autonomie d'exercice et travail au sein des plateformes* » avec le recours à un tiers « *sécurisateur* »³⁵⁶⁰. Une première conclusion qui peut laisser perplexe et sembler contradictoire, car, le statut de salarié est considéré comme inadapté pour être ensuite choisi, mais sous une forme aménagée par le recours à un tiers employeur. De plus, l'autonomie et la liberté d'organisation ne sont pas incompatibles avec la subordination³⁵⁶¹. Finalement au-delà d'une volonté d'évacuer le salariat « *classique* » comme solution³⁵⁶², il convient bien de constater que visiblement ce n'est pas tant le salariat, mais la désignation d'un employeur qui semble être un obstacle ici³⁵⁶³.

842. En outre, pour justifier la conclusion sur la question du statut des travailleurs de plateforme, il est indiqué que « *ces travailleurs sont qualifiés par la loi de travailleurs indépendants, sans doute parce qu'ils ont choisi ce statut, mais également parce que les*

³⁵⁶⁰ J.-Y. FROUIN, *Réguler les plateformes numériques de travail*, op. cit., p. 44.

³⁵⁶¹ V. *supra*, n° 350 et s.

³⁵⁶² V. en ce sens, « *après que la Cour de cassation a rendu, le 4 mars 2020, l'arrêt dit Uber requalifiant en contrat de travail la relation contractuelle entre un chauffeur VTC et la plateforme Uber [...], le ministère du Travail a explicitement envisagé la création d'une seconde mission qui aurait pour objet de réfléchir sur l'opportunité de la création en France d'un tiers statut* », J.-Y. FROUIN, *Réguler les plateformes numériques de travail*, op. cit., p. 22.

³⁵⁶³ Il est d'ailleurs admis au sein du rapport que « *l'indépendance des travailleurs est donc assez formelle et les plateformes peuvent se décharger de toutes les responsabilités liées au fait d'être employeurs, en particulier le versement de cotisations sociales* », J.-Y. FROUIN, *Réguler les plateformes numériques de travail*, op. cit., p. 15.

pouvoirs publics ne le remettent pas en cause et même le valident »³⁵⁶⁴. Il convient de souligner tout d'abord que l'inscription en tant qu'indépendant est un préalable nécessaire qui est demandé par les plateformes pour pouvoir travailler par leur intermédiaire, ce qui démontre l'absence de choix qu'ont les travailleurs vis-à-vis de leur statut³⁵⁶⁵. De plus, l'orientation actuelle du législateur de conserver une présomption d'indépendance pour les travailleurs de plateforme³⁵⁶⁶ ne correspond pas nécessairement à la réalité de leur situation, en atteste certaines décisions à ce sujet³⁵⁶⁷, ainsi que la tentative de contournement du principe d'indisponibilité du contrat de travail³⁵⁶⁸, qui montre plus une volonté d'éviction du salariat que la réelle indépendance de ces travailleurs³⁵⁶⁹.

843. Ensuite, le rapport indique que « *beaucoup d'études conduites sur le sujet s'accordent aujourd'hui à considérer [...] que le problème de ces travailleurs n'est pas leur statut mais l'étendue de leurs droits et protections* »³⁵⁷⁰. Or, c'est justement le statut du travailleur dont découle l'ensemble de ses droits. Sauf à adopter un socle universel, au-delà du statut des travailleurs, mais qui n'exclut pas tout à fait une application distributive des dispositions sociales en fonction du statut³⁵⁷¹, en l'état du droit positif, opérer un tel constat semble relever d'un paralogisme, guidé par une recherche de pragmatisme³⁵⁷². Enfin, bien qu'une évolution des garanties et des protections attachées aux travailleurs indépendants ne puisse être que saluée et encouragée³⁵⁷³, elle n'entraîne pas nécessairement l'extinction de la question du statut de salarié³⁵⁷⁴. L'admission d'un contournement du lien de subordination entraîne, en effet, de

³⁵⁶⁴ J.-Y. FROUIN, « Réguler les plateformes numériques de travail. Retour sur une mission compliquée », *op. cit.*

³⁵⁶⁵ V. sur ce point, *supra*, n° 585.

³⁵⁶⁶ Art. L. 7341-1 C. trav.

³⁵⁶⁷ V. notamment, Cass. soc., 28 novembre 2018, n° 17-20.079, *D. actu. 12 déc. 2018, obs. Peyronnet ; ibid. 169, avis Courcol-Bouchard, obs. Escande-Varniol ; RDT 2019. 36, note Peyronnet ; RJS 2/2019, p. 98, Rapp. Salomon ; ibid., n° 72 ; SSL 2018, n° 1841, p. 6, obs. Gomes et Lokiec ; JCP S 2018. 1398, obs. Loiseau., op. cit. ; Cass. soc., 4 mars 2020, n° 19-13.316, *D. 2020. 490 ; Dr. soc. 2020. 374, obs. Antonmattei ; RDT 2020. 328, note Willocx ; RJS 5/2020, n° 223 ; SSL 2020, n° 1899, p. 2, obs. Champeaux, Entretien Huglo ; JCP S 2020. 1080, obs. Loiseau, op. cit.**

³⁵⁶⁸ Heureusement censurée par le Conseil constitutionnel, V. Cons. const., 20 décembre 2019, n° 2019-794 DC, *AJDA 2020. 9 ; D. 2020. 1012, obs. V. Monteillet et G. Leray ; ibid. 1588, obs. J.-C. Galloux et P. Kamina ; JA 2020, n° 611, p. 8, obs. X. Delpech ; AJCT 2020. 5, obs. D. Necib ; RDT 2020. 42, obs. B. Gomes ; Constitutions 2019. 533, chron. M. Kamal-Girard ; CCE févr. 2020, Comm. 13, obs. G. Loiseau, op. cit.*

³⁵⁶⁹ V. notamment sur l'intentionnalité d'une telle démarche, *supra*, n° 754 et s.

³⁵⁷⁰ J.-Y. FROUIN, *Réguler les plateformes numériques de travail, op. cit.*, p. 44.

³⁵⁷¹ V. *supra*, n° 830 et s.

³⁵⁷² V. notamment, J.-Y. FROUIN, *Réguler les plateformes numériques de travail, op. cit.*, p. 28.

³⁵⁷³ V. notamment en ce sens, la recommandation n° 11 du Conseil national du numérique, CNNum, *Travail à l'ère des plateformes. Mise à jour requise, op. cit.*, p. 181-182.

³⁵⁷⁴ Monsieur Jean-Yves Frouin indique au contraire « *que si on règle la question des droits en étendant aux travailleurs indépendants les protections liées au statut de salaire on règle du même coup la question du statut* », J.-Y. FROUIN, « Réguler les plateformes numériques de travail. Retour sur une mission compliquée », *op. cit.*

multiples fraudes³⁵⁷⁵ et de la déstabilisation de notre modèle social³⁵⁷⁶ qui démontrent son importance. L'auteur du rapport admet néanmoins que la question du statut ne peut pas être totalement évacuée compte tenu des contentieux en requalification, « *sauf à ce que les droits des travailleurs des plateformes soient alignés (ou presque) sur ceux des salariés* » et ajoute immédiatement « *ce qui n'advient sans doute pas de sitôt* »³⁵⁷⁷. Néanmoins, pour ne pas conclure au salariat auprès de la plateforme, le rapport propose donc de recourir à un tiers « *sécurisateur* », permettant, astucieusement³⁵⁷⁸, d'accéder au statut de salarié, sans que la plateforme soit l'employeur. Il s'agit d'aménager un statut de salarié, tout en proposant une nouvelle figure de l'employeur : le tiers « *sécurisateur* ».

2- La proposition d'un recours à un tiers « *sécurisateur* » : la consécration d'une dissociation entre pouvoirs et responsabilité

844. Le renouvellement de la figure de l'employeur : le tiers « *sécurisateur* ». Inspiré par un rapport de l'inspection générale des affaires sociales³⁵⁷⁹, le rapport Frouin propose de recourir à deux dispositifs que sont le portage salarial et la coopérative d'activité et d'emploi (CAE) pour faire accéder les travailleurs de plateforme au salariat, par le recours à un tiers employeur, sans que la plateforme soit considérée comme étant l'employeur. Il s'agit ainsi de résoudre, selon les mots du rapport, « *une équation insoluble* »³⁵⁸⁰.

845. L'adaptation du portage salarial. Le portage salarial³⁵⁸¹ correspond à une relation contractuelle entre une entreprise de portage, une personne portée et des entreprises clientes.

³⁵⁷⁵ V. *supra*, n° 738 et s.

³⁵⁷⁶ Dès lors il a été souligné, s'agissant des méthodes d'implantation des plateformes que « *loin de vouloir adapter leur modèle aux systèmes normatifs des États, elles entendent davantage contraindre ces derniers à s'adapter à leurs organisations* », B. GOMES, « « Réguler les plateformes numériques de travail » : lecture critique du « rapport Frouin » », *op. cit.*

³⁵⁷⁷ J.-Y. FROUIN, « Réguler les plateformes numériques de travail. Retour sur une mission compliquée », *op. cit.*

³⁵⁷⁸ « *L'on ne peut manquer de souligner l'adresse de ce montage qui, par un simple jeu sur les qualifications, produit l'effet socio-économique maintes fois recherché : sécuriser (juridiquement) les plateformes tout en sécurisant (socialement) les travailleurs* », T. PASQUIER, « Le rapport Frouin sur les plateformes numériques : la sécurisation au prix de la fictivité », *RDT*, 2021, p. 14.

³⁵⁷⁹ N. AMAR, M. LECONTE, V. MAYMIL, A. SAUVANT et L.-C. VIOSSAT, *La régulation du secteur des voitures de transport avec chauffeur et des taxis*, IGAS et CGED, 2018.

³⁵⁸⁰ J.-Y. FROUIN, *Réguler les plateformes numériques de travail*, *op. cit.*, p. 46.

³⁵⁸¹ Art. L. 1254-1 et s. C. trav. ; Encadré par l'ordonnance n° 2015-380 du 2 avril 2015 relative au portage salarial. V. également, G. AUZERO, D. BAUGARD et E. DOCKÈS, *Droit du travail*, *op. cit.*, p. 451 et s.

Le travailleur relève du régime du salariat et sa rémunération liée à sa mission chez un client est versée par l'entreprise de portage. Ce montage se rapproche du travail temporaire, à la différence qu'ici les services sollicités sont ceux du travailleur et non ceux de l'entreprise de portage « *qui n'offre qu'un support juridique à l'activité du porté* »³⁵⁸². Le travailleur doit disposer d'une expertise ainsi que d'une autonomie dans l'exécution de sa prestation de travail, ce qui implique sa capacité à rechercher ses propres clients³⁵⁸³. Cependant, sur ce dernier point, si l'on adossait le travail sur plateforme au portage salarial, il conviendrait alors d'apporter des modifications sur le champ d'application, car les travailleurs de plateforme ne justifient pas d'une telle expertise et ne recherchent pas eux-mêmes leurs clients. Par ailleurs, c'est tout l'intérêt de recourir à la plateforme numérique³⁵⁸⁴. Or les ajustements proposés constituent, pour une majorité de la doctrine, un dévoilement du système du portage salarial, en proposant une extension qui menace l'unité du portage³⁵⁸⁵.

846. La voie de la coopérative d'activité et d'emploi (CAE). Par ailleurs, il est également proposé de recourir au modèle de la coopérative d'activité et d'emploi (CAE)³⁵⁸⁶. Là où des ajustements étaient à envisager pour mobiliser le portage salarial, le statut d'entrepreneur salarié³⁵⁸⁷ au sein d'une CAE n'en nécessiterait aucun en soi, et serait immédiatement mobilisable³⁵⁸⁸. L'accès à ce statut permet de bénéficier du droit du travail³⁵⁸⁹ ainsi que d'une protection sociale³⁵⁹⁰, tout en restant un travailleur indépendant associé à la coopérative. La CAE, qui a « *pour objet principal l'appui à la création et au développement d'activités économiques par des entrepreneurs personnes physiques* »³⁵⁹¹, serait alors une « *interface* »

³⁵⁸² V. « Portage salarial », T. DEBARD et S. GUINCHARD, *Lexique des termes juridiques*, op. cit., p. 808 ; V. sur la question de la sécurisation du portage salarial, J. PÉLISSIER, « Le portage salarial : une sécurisation inaboutie », *RDT*, 2010, p. 292.

³⁵⁸³ Art. L. 1254-2 C. trav.

³⁵⁸⁴ J.-Y. FROUIN, *Réguler les plateformes numériques de travail*, op. cit., p. 49.

³⁵⁸⁵ T. SACHS et S. VERNAC, « Pouvoir et responsabilité au sein des plateformes : de la fiction au réalisme », op. cit. ; V. pour une vision contraire, J. TARTING, « Adapter le portage salarial aux travailleurs des plateformes », *BJT*, n° 3, 2021, p. 49.

³⁵⁸⁶ Art. L. 7331-1 et s. C. trav. ; V. également, D. HIEZ, « Coopérative d'activité et d'emploi », dans *Répertoire des sociétés*, Dalloz, 2018

³⁵⁸⁷ V. sur les entrepreneurs salariés associés, G. AUZERO, « Le statut d'entrepreneur salarié associé d'une coopérative d'activité et d'emploi », *RDT*, 2014, p. 681 ; F. LARONZE, « Lecture croisée de la loi Florange et de la loi sur l'économie sociale et solidaire », *SSL*, n° 1656, 2014, p. 7-11.

³⁵⁸⁸ J.-Y. FROUIN, *Réguler les plateformes numériques de travail*, op. cit., p. 48.

³⁵⁸⁹ Art. L. 7331-2 C. trav.

³⁵⁹⁰ Art. L. 311-3 CSS.

³⁵⁹¹ Art. 26-41, al. 1, loi n° 47-1775 du 10 septembre 1947 portant statut de la coopération. « *apparues dans les faits au milieu des années 1990, les coopératives d'activité et d'emploi (CAE) proposent à des candidats à la création d'entreprise un accompagnement leur permettant de s'assurer de la viabilité de leur projet. Plus précisément, elles offrent aux porteurs de projet un lieu d'accueil et un statut, en leur permettant d'être à la fois entrepreneur et salarié de la coopérative. La CAE leur apporte, en outre, une assistance juridique et assure les*

entre le travailleur et la plateforme. Il convient cependant de préciser tout d'abord que la CAE a des obligations, même en l'absence de lien de subordination liant la CAE au travailleur, elle ne serait donc pas qu'une simple interface³⁵⁹². De plus, si elle devait se limiter à être seulement une gestionnaire interface, ce modèle n'apporte pas de moyen pour lutter et remédier aux dérives éventuelles de conditions de travail organisées par les plateformes numériques de travail³⁵⁹³. Enfin, dès lors que le passage en CAE serait un préalable nécessaire pour travailler avec une plateforme numérique, cela irait à l'encontre des principes qui entourent le modèle coopératif³⁵⁹⁴. L'engagement du coopérateur doit, en effet, être volontaire. L'objet de la CAE dépasse en principe le simple hébergement d'une activité entrepreneuriale³⁵⁹⁵. En d'autres termes, en l'état des propositions, il s'agirait d'une part d'un employeur sans pouvoir (le tiers « *sécurisateur* »), et d'autre part d'un pouvoir sans responsabilités (la plateforme)³⁵⁹⁶.

847. La dissociation entre pouvoirs et responsabilité contestée. Ces deux propositions suggèrent donc de faire accéder au statut de salarié les travailleurs de plateforme, mais sans que la plateforme n'endosse les responsabilités de l'employeur. Il s'agit d'une dissociation entre l'exercice des pouvoirs et la responsabilité. Un véritable changement de paradigme allant à l'encontre de l'équation où le lien de subordination conjugait pouvoir contre responsabilité. Ici, les plateformes pourraient continuer à exercer leurs pouvoirs sans en assumer les responsabilités³⁵⁹⁷. Le recours à un tiers « *sécurisateur* » traduit ainsi une séparation entre pouvoirs et responsabilisation, or, « *la dissociation entre pouvoir et responsabilité s'inscrit en contradiction avec le paradigme de la responsabilité qui repose sur le lien étroit entre pouvoir et responsabilité* »³⁵⁹⁸. Comme cela a été relevé par les commentateurs, il s'agit plus de préserver le modèle économique des plateformes et de leur apporter une sécurité juridique,

relations avec les tiers », G. AUZERO, « Le statut d'entrepreneur salarié associé d'une coopérative d'activité et d'emploi », *op. cit.*

³⁵⁹² Art. R. 7331-1 C. trav ; V. en ce sens, T. SACHS et S. VERNAC, « Pouvoir et responsabilité au sein des plateformes : de la fiction au réalisme », *op. cit.*

³⁵⁹³ I. DAUGAREILH, « Le recours à tiers employeur : une piste incohérente et dangereuse », *op. cit.*

³⁵⁹⁴ V. en ce sens, *Ibid.* ; V. également sur « l'impropriété de la formule des coopératives d'interface », F. ROSA, « Une alternative au modèle capitaliste : le « coopérativisme de plateforme » », *Dr. soc.*, 2021, p. 610. ; V. également, CNum, *Travail à l'ère des plateformes. Mise à jour requise*, *op. cit.*, p. 106.

³⁵⁹⁵ « *Il s'agit avant tout d'accompagner et d'appuyer un projet entrepreneurial et coopératif tout au long de son développement* », B. BETINAS, N. DE GRENIER et C. MALATERRE, « Sécuriser les travailleurs des plateformes : ce que proposent les coopératives d'activité et d'emploi », *BJT*, n° 3, 2021, p. 65.

³⁵⁹⁶ Expression empruntée à T. PASQUIER, « Le rapport Frouin sur les plateformes numériques : la sécurisation au prix de la fictivité », *op. cit.*

³⁵⁹⁷ « *Au contrat de travail sans subordination (du travailleur) fait ainsi écho un pouvoir sans responsabilités (celui des plateformes)* », T. SACHS et S. VERNAC, « Pouvoir et responsabilité au sein des plateformes : de la fiction au réalisme », *Dr. soc.*, 2021, p. 216.

³⁵⁹⁸ C. DEL CONT, « L'appréhension juridique du phénomène de dépendance économique : droit positif et droit prospectif », *op. cit.*, p. 276.

quitte à dévoyer les modèles existants, ce, plutôt que d'apporter une piste de réflexion autour d'un renouvellement de la figure de l'employeur³⁵⁹⁹. D'autant plus, que le rapport, en proposant une solution uniforme, ne prend pas en compte la diversité des plateformes de travail qui existe et qui appelle des solutions nécessairement différenciées³⁶⁰⁰.

848. Là où l'on serait tenté de s'interroger sur la complexité du recours au tiers « sécurisateur », de l'aveu du rapport lui-même, qui a anticipé les critiques de la solution, il est indiqué que « certains verront dans ce compromis une cote mal taillée à laquelle ils préféreront un statut de salarié pour tous les travailleurs : ce n'était pas l'hypothèse des pouvoirs publics »³⁶⁰¹. Nonobstant la reconnaissance du caractère quasi impossible de l'équation commandée, il convient de noter un certain regain d'intérêt, depuis, pour les systèmes coopératifs qui pourraient présenter un modèle alternatif.

B- Le regain d'intérêt pour le modèle coopératif, une alternative possible avec le « coopérativisme » de plateforme

849. Le renouveau de la voie coopérative. Au préalable, il convient de préciser que la voie coopérative avait déjà été proposée, avant la publication du rapport Frouin³⁶⁰². Mais l'évocation au sein du rapport des CAE a eu le mérite de mettre en lumière la réflexion parallèle autour du « coopérativisme » de plateforme³⁶⁰³. Cette expression correspond à « un mouvement théorique qui prône l'appropriation par les travailleurs des moyens de production au moyen de

³⁵⁹⁹ V. en ce sens, T. SACHS et S. VERNAC, « Pouvoir et responsabilité au sein des plateformes : de la fiction au réalisme », *op. cit.* ; B. GOMES, « Réguler les plateformes numériques de travail » : lecture critique du « rapport Frouin », *op. cit.* ; I. DAUGAREILH, « Le recours à tiers employeur : une piste incohérente et dangereuse », *op. cit.* ; T. PASQUIER, « Le rapport Frouin sur les plateformes numériques : la sécurisation au prix de la fictivité », *op. cit.*

³⁶⁰⁰ V. sur la diversité des plateformes ; *supra*, n° 509 ; V. sur les solutions différenciées à apporter, *infra*, n° 889 et s.

³⁶⁰¹ J.-Y. FROUIN, *Réguler les plateformes numériques de travail*, *op. cit.*, p. 5.

³⁶⁰² V. à ce sujet notamment, CNum, *Travail, emploi, numérique. Les nouvelles trajectoires*, *op. cit.* ; N. AMAR, M. LECONTE, V. MAYMIL, A. SAUVANT et L.-C. VIOSSAT, *La régulation du secteur des voitures de transport avec chauffeur et des taxis*, *op. cit.* ; J. GIUSTI et T. THÉVENOUD, *Pour travailler à l'âge du numérique, défendons la coopérative !*, Fondation Jean Jaurès, 2020 ; M.-D. FAYROUZE, J. GIUSTI et T. THÉVENOUD, « Controverses sur le statut des travailleurs de plateformes, entre droit du travail et droit des sociétés », *BJT*, n° 7-8, 2020, p. 54.

³⁶⁰³ Cette expression trouve son origine dans les travaux de Monsieur Trebor Scholz, V. T. SCHOLZ, *Le coopérativisme de plateforme. 10 principes contre l'ubérisation et le business de l'économie du partage*, FYP éditions, coll.« Reboot », 2017.

« plateformes libres » soumises à des principes de gouvernance partagée »³⁶⁰⁴. Il s'agit ici d'élaborer un modèle alternatif au fonctionnement dominant actuel des plateformes numériques de travail, mais également au salariat « classique ». Pour ce faire, il existe plusieurs solutions pour offrir une traduction juridique au coopérativisme de plateforme, qui outre présenter un mode juridique d'exploitation d'activité permet de porter certains principes, tels qu'une rémunération décente, une codétermination des conditions de travail ou une protection contre les décisions arbitraires³⁶⁰⁵.

850. Les initiatives existantes. Il existe déjà des initiatives, dans un cadre souvent local, de plateformes coopératives³⁶⁰⁶. Parmi elles, outre être au service de leurs membres, les plateformes coopératives peuvent rechercher à se mettre au service d'une cause d'intérêt général³⁶⁰⁷. Par exemple, la plateforme *Ridygo* cherche à favoriser l'inclusion sociale en soutenant les demandeurs d'emploi. De même, la plateforme *Mobicoop* fait la promotion du covoiturage, et au-delà elle indique contribuer à un changement culturel pour une généralisation de cette pratique³⁶⁰⁸. Ces plateformes n'ont cependant pas vocation à faire concurrence directement à des plateformes telles que *Uber* ou *Deliveroo*, car elles ne se positionnent tout d'abord pas nécessairement sur les mêmes activités, mais aussi, car elles ne reposent pas sur le même modèle et n'ont donc pas le même but. Elles constituent donc plus des modèles parallèles qu'une substitution possible aux modèles dominants³⁶⁰⁹.

851. Les propositions possibles de coopérative de plateforme. Bien que certaines plateformes coopératives se soient constituées sous forme de société coopérative et participative

³⁶⁰⁴ J. DIRRINGER (dir.), *Transformations sociales et Economie Numérique*, op. cit., p. 50 et s. ; F. ROSA, « Une alternative au modèle capitaliste : le « coopérativisme de plateforme » », op. cit.

³⁶⁰⁵ V. sur la liste des principes du coopérativisme de plateforme, T. SCHOLZ, *Le coopérativisme de plateforme. 10 principes contre l'ubérisation et le business de l'économie du partage*, op. cit., p. 67 et s. ; La Coop des Communs, *Plateformes coopératives : des infrastructures territoriales de coopération. Un modèle d'entrepreneuriat numérique basé sur les communs, au service des territoires*, 2020, p. 26.

³⁶⁰⁶ V. notamment des exemples tels que Coop Circuits, Mobicoop ou Coopcycle, La Coop des Communs, *Plateformes coopératives : des infrastructures territoriales de coopération. Un modèle d'entrepreneuriat numérique basé sur les communs, au service des territoires*, op. cit., p. 32 et s.

³⁶⁰⁷ « Ce qui est pour le bien public, à l'avantage de tous », V. « Intérêt », G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, op. cit., p. 567.

³⁶⁰⁸ G. COMPAIN, P. EYNAUD, L. MAUREL et C. VERCHER-CHAPTAL, *Les plateformes collaboratives : éléments de caractérisation et stratégies de développement*, *Entreprendre en communs working paper*, 2019, p. 20.

³⁶⁰⁹ En outre, il existe pour le moment un frein d'attractivité, « en particulier parce qu'elles ne permettent pas aux travailleurs de gagner des revenus suffisants pour être attractives. Ces plateformes coopératives se heurtent à des problèmes de financement et de passage à l'échelle, qui pourraient être résolus par un soutien de la puissance publique », CNNum, *Travail à l'ère des plateformes. Mise à jour requise*, 2020, p. 133 ; V. également, F. ROSA, « Une alternative au modèle capitaliste : le « coopérativisme de plateforme » », *Dr. soc.*, 2021, p. 610.

(SCOP)³⁶¹⁰, la forme de la société coopérative d'intérêt collectif (SCIC)³⁶¹¹ est considérée par certains auteurs³⁶¹² comme le modèle le plus prometteur pour construire un coopérativisme de plateforme³⁶¹³. Cependant, comme le relèvent les promoteurs de ce régime, il convient de souligner que la SCIC s'inscrit dans un certain cadre. Elle présente deux caractéristiques principales qui la différencient des autres modèles de coopératives : son multisociétariat et son utilité sociale. Contrairement aux autres coopératives où les associés coopérateurs ont un statut identique, au sein d'une SCIC la loi a, en effet, fixé une diversité, qui n'est pas un choix, mais qui présente un caractère obligatoire, du sociétariat³⁶¹⁴. Ensuite, la SCIC doit présenter un caractère d'utilité sociale³⁶¹⁵. Elle peut par exemple concourir « *au développement durable dans ses dimensions économique, sociale, environnementale et participative* »³⁶¹⁶. À cet effet, il doit être mentionné au sein des statuts la « *description du projet coopératif constituant l'objet social de cette société* »³⁶¹⁷. Les plateformes qui souhaiteraient donc se constituer sur la forme d'une SCIC devraient choisir une activité qui serait compatible avec de telles exigences. En revanche, il convient de noter sur ce dernier point que le modèle de la SCOP est moins contraignant, car n'imposant pas la recherche d'utilité sociale et pouvant couvrir un plus large domaine d'activité³⁶¹⁸.

852. Les limites à la voie coopérative. Au même titre que les critiques qui ont pu être formulées envers le modèle de la CAE proposé par le rapport Frouin³⁶¹⁹, la démarche

³⁶¹⁰ V. pour des exemples de plateformes constituées en SCOP, J.-Y. FROUIN, *Réguler les plateformes numériques de travail*, Rapport au Premier Ministre, 2020, p. 37 ; V. sur la SCOP, N. OLSZAK, « Coopérative ouvrière de production », dans *Répertoire de droit du travail*, Dalloz, 2017.

³⁶¹¹ Loi n° 2001-624 du 17 juillet 2001 portant diverses dispositions d'ordre social, éducatif et culturel, art. 35 ; V. à ce sujet, D. HIEZ, « Société coopérative d'intérêt collectif », dans *Répertoire des sociétés*, Dalloz, 2018.

³⁶¹² V. en ce sens, car « *si le recours à une Scop est juridiquement possible, le modèle de la SCIC pourrait à première vue constituer une solution plus propice à l'investissement durable de collectivités territoriales dans l'accompagnement de collectifs de travailleurs* », F. ROSA, « Une alternative au modèle capitaliste : le « coopérativisme de plateforme » », *Dr. soc.*, 2021, p. 610.

³⁶¹³ V. également en ce sens, la recommandation n°7 qui propose d'« *accompagner le développement du modèle coopératif en créant sous forme de SCIC des entreprises porteuses pour certains travailleurs de plateformes* », M. FORISSIER, C. FOURNIER et F. PUISSAT, *Rapport d'information au nom de la commission des affaires sociales sur le droit social applicable aux travailleurs indépendants économiquement dépendants*, Sénat, n° 452, 2019.

³⁶¹⁴ Loi n° 47-1775 du 10 septembre 1947 portant statut de la coopération, *op. cit.*, art. 19 septies, al. 2 ; V. à ce sujet, D. HIEZ, « Société coopérative d'intérêt collectif », dans *Répertoire des sociétés*, Dalloz, 2018, n° 27 et s.

³⁶¹⁵ V. à ce sujet, D. HIEZ, « Société coopérative d'intérêt collectif », dans *Répertoire des sociétés*, Dalloz, 2018, n° 15 et s. .

³⁶¹⁶ Loi n° 2014-856 du 31 juillet 2014 relative à l'économie sociale et solidaire, art. 2.

³⁶¹⁷ Décret n° 2015-1381 du 29 octobre 2015 relatif aux éléments d'informations sur l'évolution du projet coopératif d'une société coopérative d'intérêt collectif à inscrire dans le rapport de gestion ou le rapport du conseil d'administration ou du directoire, art. 1.

³⁶¹⁸ N. OLSZAK, « Coopérative ouvrière de production », dans *Répertoire de droit du travail*, Dalloz, 2017, n° 16 ; Cependant, la SCOP « *n'autorise pas le même soutien de parties intéressées au développement des activités* » que la SCIC, F. ROSA, « Une alternative au modèle capitaliste : le « coopérativisme de plateforme » », *op. cit.*

³⁶¹⁹ V. *supra*, n° 846.

coopérative est une démarche volontaire tout d'abord. Il ne peut donc pas être imposé aux travailleurs de s'inscrire au sein d'une coopérative. Ensuite, conformément à la liberté d'entreprendre, bien que l'on puisse imaginer un encouragement des régimes coopératifs – voire une promotion, qui serait par ailleurs nécessaire pour rendre le modèle plus attractif, avec la mise en œuvre d'avantages financiers par exemple³⁶²⁰ – dans le prolongement du caractère nécessairement volontaire, le régime coopératif ne peut et ne doit pas être imposé³⁶²¹. En d'autres termes, il n'est pas possible non plus d'imposer aux plateformes de se constituer en coopérative. Le modèle coopératif est donc dépendant de l'engouement et de la volonté de se saisir de cette voie. Ce qui limite nécessairement l'importance que peut représenter le modèle coopératif, comme alternative aux modèles actuels.

853. Conclusion de section. Nombreuses ont été les propositions pour aller au-delà de la subordination. Bien vite cependant, l'opportunité de la création d'un tiers statut peine à convaincre, car elle ajoute une nouvelle frontière aux frontières existantes et ne semble pas répondre aux transformations actuelles du travail. En revanche, l'adoption de critères complémentaires au faisceau d'indices du lien de subordination pour l'accès au salariat, ou l'élaboration d'un socle de droits fondamentaux permettrait d'élargir la protection des travailleurs et d'offrir une diversité d'outils pour encadrer l'ensemble des activités, y compris celles issues de la révolution numérique. À côté du renouvellement de la figure du salarié, celle de l'employeur semble être évitée par les nouveaux acteurs que sont les plateformes numériques de travail, qui cherchent à ne pas endosser les obligations afférentes. Le rapport Frouin a alors proposé de recourir à des tiers « *sécurisateur* » pour résoudre l'équation impossible d'un accès au salariat pour les travailleurs, sans responsabilité pour les plateformes. Cependant, une telle dissociation, par la figure du tiers employeur, entre pouvoirs et responsabilité n'est pas souhaitable, car elle conduit à une déresponsabilisation du donneur d'ordre et à un appauvrissement de la protection des travailleurs. Cette proposition a eu cependant le mérite de

³⁶²⁰ V. recommandation n°9, CNNum, *Travail à l'ère des plateformes. Mise à jour requise*, op. cit., p. 177.

³⁶²¹ « Ces règles de fonctionnement parfaitement cohérentes au regard de l'esprit coopératif ne sont pas nécessairement adaptées à tous les projets. Elles expliquent sans doute que la forme coopérative ne soit pas devenue majoritaire en dépit des avantages qui peuvent lui être associés. » et l'auteur ajoute en ce sens, « ce n'est donc pas un hasard si le rapport Frouin envisage de rendre obligatoire l'adhésion à une CAE. Et c'est aussi justement ce qui a conduit les représentants du monde coopératif à dénoncer une dénaturation de l'esprit coopératif », F. ROSA, « Une alternative au modèle capitaliste : le « coopérativisme de plateforme » », op. cit.

mettre en lumière les réflexions autour de modèles économiques alternatifs comme le coopérativisme de plateforme. Ces modèles constituent des alternatives éthiques, mais qui n'ont néanmoins pas vocation à remplacer les modèles dominants actuels.

854. On peine à se séparer finalement du lien de subordination. Et pour cause, il traduit l'équilibre de l'exercice de pouvoirs contre une responsabilité, qui trouve encore toute son actualité, à l'épreuve du numérique. Pour comprendre la nécessité de son maintien comme critère du contrat de travail, il convient de revenir à son sens téléologique. Si la question des travailleurs des plateformes occupe autant de place dans la doctrine, c'est qu'il se joue aussi le modèle et le sens du droit du travail, au travers du critère du lien de subordination³⁶²².

Section 2 : Le nécessaire retour au sens téléologique du lien de subordination à l'épreuve du numérique

855. Le lien de subordination constitue le critère principal de reconnaissance d'un contrat de travail en droit du travail français. Au-delà d'être uniquement un critère, le lien de subordination entraîne l'application de l'ensemble des dispositions sociales. En d'autres termes, il est le critère principal de la qualification au statut de salarié et emporte ainsi le régime afférent. Son contournement conduit ainsi à de multiples fraudes, menant à la déstabilisation des garanties sociales, mais également de la concurrence³⁶²³. Il convient donc de revenir à son sens téléologique, pour mesurer sa nécessité, mais aussi sa pertinence. Autrement dit, il convient de revenir sur sa finalité ainsi que sur son utilité technique. Il devrait susciter une réglementation par l'identification de la réelle qualification juridique face au mouvement de régulation qui existe à l'ère numérique³⁶²⁴.

³⁶²² « Au-delà des choix à opérer pour les travailleurs de plateformes, c'est aussi le sens du rôle matriciel du droit du travail qui se joue », G. LOISEAU, « Travailleurs de plateformes : le néo-salariat », *CCE*, n° 3, 2021, étude 6.

³⁶²³ V. *supra*, n° 782 et s.

³⁶²⁴ La « critique de la rigidité de la réglementation, et cet appel à une régulation qui permette aux organisations de s'adapter elles-mêmes aux variations de leur environnement, n'ont pas été le propre de la cybernétique et des nouvelles technologies de l'information et de la communication. [...] Qu'elle s'exprime en technologie ou en Droit, l'idée de régulation expose, si on la pousse à l'extrême, à l'utopie d'un monde entièrement purgé de conflits et susceptible de se passer de la figure du Tiers », A. SUPIOT, *Homo juridicus : essai sur la fonction anthropologique du droit*, *op. cit.*, p. 201-202 ; V. cependant sur la complémentarité de la régulation comme pré-régulation, G. LOISEAU, « Intelligence artificielle et droit des personnes », *op. cit.*, p. 53-55.

856. Pour ce faire, il convient tout d'abord de revenir sur le rapport du lien de subordination avec le droit de l'Union européenne³⁶²⁵. À cet égard, le droit européen, dont la notion de travailleur connaît la subordination, pourrait constituer une voie vers une meilleure protection des travailleurs à l'ère numérique, dont particulièrement ceux des plateformes numériques de travail (§1). En ce sens, il est nécessaire de déterminer la réelle situation des travailleurs à l'ère numérique³⁶²⁶, par leur qualification juridique. L'accès au salariat, par la reconnaissance d'un lien de subordination, est une évolution possible et souhaitable, tout à fait compatible avec les enjeux que connaît la révolution numérique (§2).

§1 : L'influence du droit de l'Union européenne en faveur d'un maintien du critère de lien de subordination en droit français

857. Comme le soulignent certains auteurs, le droit européen pourrait être un levier de protection des travailleurs des plateformes numériques, sans remettre en cause la *summa divisio*, qui existe en droit français, entre salarié et indépendant³⁶²⁷. Après avoir incité à un plus large recours aux formes d'emplois atypiques, et au travail indépendant³⁶²⁸, en vue d'une « flexicurité »³⁶²⁹, l'influence réciproque entre le droit de l'Union européenne et les droits nationaux conduit à s'interroger, dans le contexte du numérique, sur la notion de travailleur en droit de l'Union européenne³⁶³⁰. À cet égard, le droit européen essaie d'anticiper les évolutions

³⁶²⁵ V. déjà sur l'influence croissante de la jurisprudence européenne, C. WOLMARK, *La définition prétorienne*, *op. cit.*, p. 196 et s.

³⁶²⁶ « Contrairement aux propos fort optimistes d'un auteur (Ray J.-E., « Coursiers des plateformes numériques », *Cercle des Juristes*, 3 déc. 2018) selon lequel « qu'importe le flacon (le statut), pourvu qu'on ait l'ivresse : revenu minimum + protection sociale », le flacon ici fort insolite annonce non seulement une ivresse d'intensité différente mais sans nul doute une gueule de bois pour les coursiers », J. ICARD, « La requalification en salarié d'un travailleur dit indépendant exerçant par le biais d'une plateforme numérique », *BJT*, n° 01, 2019, p. 15.

³⁶²⁷ G. LOISEAU, « Travailleurs des plateformes : un naufrage législatif », *JCP S*, n° 1-2, 2020, 1000 ; V. déjà, « le droit communautaire semble porteur d'éléments d'évolution du droit social national, aptes à nourrir les réflexions engagées autour d'un droit de l'activité professionnelle ou de l'état professionnel des personnes », B. REYNES, « La notion de travailleur salarié en droit communautaire : une notion en devenir ... », dans *Mélanges dédiés au Président Michel Despax*, PUSS, 2002, p. 259.

³⁶²⁸ Commission des communautés européennes, *Moderniser le droit du travail pour relever les défis du XXIème siècle*, COM (2006) 708 final, 2006.

³⁶²⁹ Elle est définie comme « une stratégie intégrée destinée à améliorer simultanément flexibilité et sécurité sur le marché du travail », G.-A. LIKILLIMBA, « Périodes interstitielles des contrats de travail précaires », dans *Répertoire de droit du travail*, Dalloz, 2022, n° 82 ; V. également, S. LAULOM, « Flexicurité : la Commission souhaite des principes communs », *SSL*, n° 1316, 2007, p. 4-6 ; E. DOCKÈS, « La flexibilité de la cravache », *SSL supplément*, n° 1680, 2015, p. 109-112 ; J. PORTA, « Le droit du travail en changement », *Travail et emploi*, n° 158, 2019, p. 106-112.

³⁶³⁰ V. déjà à ce sujet, E. MAZUYER, « Les mutations de la figure du « travailleur » dans le droit de l'Union européenne », *SSL suppl.*, n° 1494, 2011, p. 52-67.

et la tendance à effacer la frontière entre salariat et travail indépendant³⁶³¹. Il existe néanmoins une certaine proximité entre la notion de travailleur en droit de l'Union européenne avec celle de lien de subordination en droit du travail français (A), ce qui pourrait constituer une voie pour que les travailleurs de plateforme puissent bénéficier de l'application des dispositions sociales européennes (B).

A- L'appréhension de la notion de travailleur en droit de l'Union européenne à la lumière du lien de subordination

858. Il convient de revenir sur la définition du travailleur en droit de l'Union européenne, qui est une notion autonome qui peut être variable (1), pour ensuite observer sa proximité avec le critère de lien de subordination français (2).

1- La définition du travailleur en droit de l'Union européenne

859. La notion autonome de travailleur en droit de l'Union européenne. La notion de travailleur en droit de l'Union européenne³⁶³² est une notion autonome. Elle l'est tant par rapport aux catégories du droit national qu'à la notion de « *citoyen* »³⁶³³. Elle présente ainsi une définition propre. La notion de travailleur a pour ambition de dépasser la *summa divisio* que connaît le droit du travail français qui oppose indépendant et salarié. Elle ouvre une voie qui est caractérisée par une « *élasticité qui lui permet d'appréhender toutes sortes de modalités d'exercice d'une activité professionnelle* »³⁶³⁴. L'identification du travailleur, en droit de l'Union européenne, a pour objectif premier de permettre de déterminer les individus qui vont pouvoir bénéficier de la libre circulation au sein du territoire européen³⁶³⁵. Mais la qualification

³⁶³¹ T. AUBERT-MONPEYSSSEN, « Les frontières du salariat à l'épreuve des stratégies d'utilisation de la force de travail », *op. cit.*

³⁶³² V. sur le sujet, C. SQUIRE, *La notion de travailleur en droit de l'Union européenne*, thèse, Université Panthéon-Sorbonne, 2013 ; S. HENNION, M. LE BARBIER, M. DEL SOL et J.-P. LHERNOULD, *Droit social européen et international*, 4^e éd., PUF, coll.« Thémis Droit », 2021, p. 133 et s. ; M. BLATMAN, « Travailleur : notion », dans *Répertoire de droit européen*, Dalloz, 2017

³⁶³³ M. BLATMAN, « Travailleur : notion », dans *Répertoire de droit européen*, Dalloz, 2017, n° 13.

³⁶³⁴ G. LOISEAU, « Travailleurs des plateformes : un naufrage législatif », *op. cit.*

³⁶³⁵ Conformément à l'ancien article 48 CEE ; V. également en ce sens, E. MAZUYER, « Les mutations de la figure du « travailleur » dans le droit de l'Union européenne », *op. cit.*

de travailleur a également des incidences sur d'autres dispositions, comme l'application de la directive relative à certains aspects de l'aménagement du temps de travail³⁶³⁶.

860. La définition de travailleur en droit de l'Union européenne. La notion de travailleur en droit de l'Union européenne se définit depuis l'arrêt *Lawrie Blum* « *selon des critères objectifs qui caractérisent la relation du travail en considération des droits et devoirs des personnes concernées ; la caractéristique essentielle de la relation du travail est la circonstance qu'une personne accomplit des prestations ayant une valeur économique certaine en faveur d'une autre personne et sous la direction de celle-ci, en contrepartie desquelles elle touche une rémunération* »³⁶³⁷. Cette définition est similaire à celle retenue par la jurisprudence française³⁶³⁸. La notion de travailleur est ainsi la réunion de trois éléments : l'accomplissement d'une prestation, le versement d'une rémunération et l'exercice d'un pouvoir de direction. Il convient cependant de préciser que la définition peut varier dans l'application de certaines normes du droit de l'Union où la notion de travailleur est définie par le texte, ou renvoyée au droit national des États membres³⁶³⁹. En dehors de ce dernier cas, la détermination de la notion de travailleur est propre au droit de l'Union européenne³⁶⁴⁰.

861. L'exigence d'une prestation économique réelle et effective. Pour retenir la qualification de travailleur, la prestation de travail doit consister en une activité économique. Autrement dit, elle doit participer à « *offrir des biens et des services sur le marché* »³⁶⁴¹. Ce critère est cependant entendu relativement largement, il a, en effet, pu être reconnu pour des applications diverses comme l'enseignement³⁶⁴², et a même évolué vers les activités exercées aux fins de rééducation ou de réinsertion³⁶⁴³. La Cour de justice vérifie en outre que l'activité exercée soit

³⁶³⁶ Directive 2003/88/CE du 4 novembre 2003 concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail, *op. cit.* ; CJUE, 26 mars 2015, aff. C-316/13, *Fenoll, D. 2015. 2049, note A. Boujeka ; AJCT 2015. 480, obs. O. Didriche ; RDT 2015. 469, obs. F. Canut ; RDSS 2015. 714, note A.-S. Hocquet de Lajartre et H. Rihal ; Rev. UE 2016. 37, étude O. Andreea Macovei.*

³⁶³⁷ CJCE, 3 juillet 1986, aff. C-66/85, *Deborah Lawrie-Blum c/ Land Baden-Württemberg*, pt. 71.

³⁶³⁸ Cass. soc., 22 juillet 1954, *Bull. civ. IV, n° 576, op. cit.*

³⁶³⁹ Dans ce cas, « *la définition communautaire uniforme de la notion de travailleur s'efface devant les renvois aux juridictions nationales* », B. REYNES, « La notion de travailleur salarié en droit communautaire : une notion en devenir ... », dans *Mélanges dédiés au Président Michel Despax*, PUSS, 2002, p. 253 ; « *il y a lieu de relever que la notion de travailleur en droit communautaire n'est pas univoque mais qu'elle varie selon le domaine d'application envisagé* », CJCE, 12 mai 1998, aff. C-85/96, *Martinez Sala* ; M. BLATMAN, « Travailleur : notion », dans *Répertoire de droit européen*, Dalloz, 2017, n° 28 et s.

³⁶⁴⁰ « *La nature juridique sui generis d'une relation d'emploi au regard du droit national ne peut pas avoir de conséquences quelconques sur la qualité de « travailleur », au sens du droit de l'Union.* », CJUE, 16 juillet 2020, aff. C-658/18, *UX*, pt. 96.

³⁶⁴¹ CJCE, 16 juin 1987, aff. 118/85, *Commission c/ Italie, op. cit.*, pt. 7.

³⁶⁴² CJCE, 3 juillet 1986, aff. C-66/85, *Deborah Lawrie-Blum c/ Land Baden-Württemberg, op. cit.*, pt. 20.

³⁶⁴³ V. à ce sujet, M. BLATMAN, « Travailleur : notion », dans *Répertoire de droit européen*, Dalloz, 2017, n° 69.

réelle et effective³⁶⁴⁴. Une telle exigence implique une appréciation de la durée des activités qui ont été exercées par la personne. Par conséquent, le caractère régulier ou occasionnel, la durée, le nombre d'heures, et la disponibilité demandée à la personne sont autant d'éléments pris en compte pour caractériser les caractères réels et effectifs de la prestation³⁶⁴⁵.

862. Une conception extensive de la rémunération. Pour être reconnu comme étant travailleur, il suppose également qu'il y ait le versement d'une rémunération. La notion de rémunération est interprétée au sens large³⁶⁴⁶. La rémunération est ainsi entendue comme étant « *le salaire ou traitement ordinaire de base ou minimum, et tous autres avantages payés directement ou indirectement, en espèces ou en nature, par l'employeur au travailleur en raison de l'emploi de ce dernier* »³⁶⁴⁷. En ce sens, le niveau de rémunération ainsi que « *le droit à des congés payés, le maintien du salaire en cas de maladie, et la soumission du contrat de travail à la convention collective* » constituent par ailleurs des indices du caractère réel et effectif d'une activité³⁶⁴⁸.

863. Un pouvoir de direction proche du lien de subordination. Bien que la notion de travailleur soit autonome, elle est indifférente à la qualification juridique de la relation de travail en droit national³⁶⁴⁹. Néanmoins, l'exigence d'un pouvoir de direction s'avère être particulièrement proche du critère du lien de subordination du droit du travail français, qui a d'ailleurs pu être directement visé par la Cour de justice.

2- Les proximités de la notion de travailleur avec le lien de subordination

864. La volonté de la Cour de cassation de conserver la proximité entre la notion de travailleur et le lien de subordination. À ce sujet, l'influence du droit de l'Union européenne

³⁶⁴⁴ CJCE, 23 mars 1982, aff. C-53/81, *Levin, op. cit.*

³⁶⁴⁵ CJCE, 26 février 1992, aff. C-357/89, *Raulin*.

³⁶⁴⁶ CJUE, 2 juin 2016, aff. C-122/15, *C.*, pt. 21.

³⁶⁴⁷ Art. 157 du TFUE.

³⁶⁴⁸ CJCE, 4 février 2010, aff. C-14/09, *Hava Genc*, pts. 27 et 28.

³⁶⁴⁹ « *Pour autant qu'une personne est un travailleur au sens de l'article 141, paragraphe 1, CE, la nature du lien juridique qui la lie à l'autre partie de la relation de travail est sans pertinence pour l'application de cet article* », CJCE, 13 janvier 2004, aff. C- 256/01, *Debra Allonby c/ Accrington. D. 2004. 605*, pt. 70 ; il a même été indiqué dans cette affaire que « *la qualification formelle de travailleur indépendant au regard du droit national n'exclut pas qu'une personne doit être qualifiée de travailleur au sens dudit article si son indépendance n'est que fictive* », *Ibid.*, pt. 79.

est certaine sur la jurisprudence de la chambre sociale de la Cour de cassation française. Lors de l'affaire *Take Eat Easy*³⁶⁵⁰ le doyen Huglo appelait, en effet, déjà de ses vœux l'application de la directive européenne de 2003 relative au temps de travail³⁶⁵¹ aux travailleurs des plateformes numériques³⁶⁵². En ce sens, la Cour de cassation a réaffirmé, avec l'arrêt *Uber*³⁶⁵³, plus particulièrement dans sa note explicative, son intention de se conformer au droit de l'Union européenne. Elle y fait explicitement référence, en rappelant la notion de travailleur retenue par la CJUE, jusqu'à l'intégrer pleinement de son raisonnement, en indiquant que « *la définition donnée du travailleur par la Cour de justice est semblable à celle de la chambre sociale depuis l'arrêt Société générale, c'est-à-dire le critère du lien de subordination* ». Autrement dit, c'est la conformité au droit de l'Union européenne qui aurait ainsi motivé la chambre sociale à conserver le lien de subordination comme critère qualificatif, et à ne pas en modifier la définition.

865. D'une certaine façon, la Cour de cassation semble sous-entendre que le droit national est désarmé pour solutionner la problématique des travailleurs des plateformes qui se rapprocheraient d'une forme de parasubordination, car le droit positif lui impose de trancher entre salariat ou indépendance³⁶⁵⁴. Faute de réel encadrement par le législateur³⁶⁵⁵, le juge

³⁶⁵⁰ Cass. soc., 28 novembre 2018, n° 17-20.079, *D. actu. 12 déc. 2018, obs. Peyronnet ; ibid. 169, avis Courcol-Bouchard, obs. Escande-Varniol ; RDT 2019. 36, note Peyronnet ; RJS 2/2019, p. 98, Rapp. Salomon ; ibid., n° 72 ; SSL 2018, n° 1841, p. 6, obs. Gomes et Lokiec ; JCP S 2018. 1398, obs. Loiseau., op. cit.*

³⁶⁵¹ Directive 2003/88/CE du 4 novembre 2003 concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail, *op. cit.*

³⁶⁵² Il indiquait en outre que « *le jour où nous aurons un litige sur la requalification en contrat de travail dans lequel le temps de travail sera en jeu, nous devons poser une question préjudicielle à la CJUE [...] Il est vraisemblable que les limites posées par cette directive soient applicables aux travailleurs des plateformes* », F. CHAMPEAUX, « *Take Eat Easy : une application classique du lien de subordination* », *SSL*, n° 1842-1843, 2018, p. 3-4.

³⁶⁵³ Cass. soc., 4 mars 2020, n° 19-13.316, *D. 2020. 490 ; Dr. soc. 2020. 374, obs. Antonmattei ; RDT 2020. 328, note Willocx ; RJS 5/2020, n° 223 ; SSL 2020, n° 1899, p. 2, obs. Champeaux, Entretien Huglo ; JCP S 2020. 1080, obs. Loiseau, op. cit.*

³⁶⁵⁴ Dans la note explicative relative à l'arrêt du 4 mars 2020 (pourvoi n° 19-13.316) relatif à *Uber*, la Cour de cassation rappelle que contrairement à d'autres pays européens, la France ne connaît que deux statuts : celui de salarié et d'indépendant. Par ailleurs, le doyen Huglo indiquait sur la question de l'élaboration d'un troisième statut, « *le juge n'a à sa disposition que des armes très frustes, c'est-à-dire en l'espèce, la requalification en travailleur salarié ou le statut de travail indépendant ; c'est tout le Code du travail ou rien de ce Code. [...] la question est en l'état actuel du droit français binaire. Pour obtenir un système plus souple qui tienne compte de la liberté de se connecter, c'est au législateur de prendre la main. [...] Nous voyons bien qu'il y a une nouvelle forme d'emplois qui se développe. Mais il nous semble important que le droit du travail prenne en compte la situation de travailleurs plus ou moins précaires et plus ou moins subordonnés. À défaut, le droit du travail passe à côté de l'objectif qui est le sien depuis presque deux siècles. Mais quelle doit être la mesure, le degré de cette prise en compte ?* », F. CHAMPEAUX, « *Le droit du travail doit prendre en compte la situation des travailleurs des plateformes* », *SSL*, n° 1899, 2020, p. 5-6 ; le doyen Huglo fait également référence au rapport de 2017 où le Conseil d'État indiquait être favorable à l'élaboration d'un troisième statut. Il était évoqué la nécessité d'un « *dépassement d'une dichotomie devenue trop radicale* », Conseil d'État, *Puissance publique et plateformes numériques : accompagner l'«ubérisation»*, Rapport annuel du Conseil d'État, 2017, p. 85.

³⁶⁵⁵ V. sur le statut des travailleurs de plateforme, *supra*, n° 498 et s.

français doit en effet faire avec les catégories juridiques existantes³⁶⁵⁶. Bien que la notion de travailleur se refuse parfois à faire explicitement référence au lien de subordination, notamment parce que plusieurs États membres ne le connaissent pas³⁶⁵⁷, la CJUE s'est néanmoins préoccupée de rendre compatible la notion avec les modèles de la subordination³⁶⁵⁸. Elle y fait même directement référence.

866. La proximité avec le lien de subordination français. Selon la jurisprudence de la CJUE, il convient de rechercher si l'exercice de la prestation se fait sous la direction d'une autre personne³⁶⁵⁹. D'autres décisions sont venues ajouter des indices que le juge peut retenir pour qualifier une personne de travailleur, telles que la participation aux risques commerciaux, le choix ou non des horaires, ou encore, la possibilité de sous-traiter³⁶⁶⁰. Autant d'éléments qui sont particulièrement proches du faisceau d'indices de la jurisprudence française³⁶⁶¹. La Cour de justice a même parfois fait explicitement référence à la notion de subordination pour distinguer la notion de travailleur de celle d'indépendant³⁶⁶². À cet égard, elle en adopte une conception large, où elle a par exemple pu retenir un rapport de subordination, même s'il y avait une indépendance dans l'exercice de l'activité dès lors que l'on pouvait constater un rapport de subordination sur le plan administratif³⁶⁶³. Tout en sachant que, la qualification d'indépendant au sein du droit national est indifférente et n'exclut pas que la personne soit qualifiée de travailleur « *si son indépendance n'est que fictive, déguisant ainsi une relation de travail* »³⁶⁶⁴.

867. L'interprétation extensive de la notion de travailleur. La jurisprudence de la Cour de justice a indiqué de façon constante que la notion de travailleur, au sens du droit de l'Union européenne, doit, en ce qu'elle définit le champ d'application de la libre circulation des

³⁶⁵⁶ La Cour de cassation indique dans la note explicative relative à l'arrêt n° 374 du 4 mars 2020 (pourvoi n° 19-13.316), « *le droit français ne connaît que deux statuts, celui d'indépendant et de travailleur salarié.* ».

³⁶⁵⁷ V. pour une étude comparative sur le sujet, B. GOMES, *Le statut juridique des travailleurs économiquement dépendants*, *op. cit.*

³⁶⁵⁸ CJUE, 20 novembre 2018, aff. C-147/17, *Sindicatul Familia Constanța e.a.*

³⁶⁵⁹ V. *supra*, n° 860.

³⁶⁶⁰ CJCE, 14 décembre 1989, aff. C-3/87, *The Queen c/ Ministry of Agriculture*, pt. 36 ; « *On appelle sous-traitance de marché le fait pour un entrepreneur de faire exécuter par un autre un travail qu'il a pris en charge en s'engageant dans un louage d'ouvrage, ou contrat d'entreprise : pour ce faire, l'entrepreneur conclut un autre louage d'ouvrage, et donc un sous-contrat* », G. DECOCQ, C. GRIMALDI, J. HUET et H. LECUYER, *Traité de droit civil. Les principaux contrats spéciaux*, 3^e éd., LGDJ, coll. « Traités », 2012, p. 1373.

³⁶⁶¹ V. *supra*, n° 649 et s.

³⁶⁶² V. par exemple, CJCE, 8 juin 1999, aff. C-337/97, *Meusen* ; CJCE, 7 septembre 2004, aff. C-456/02, *Trojani*. *AJDA* 2005. 1108, *chron. Belorgey, Gervasoni et Lambert* ; *ibid.* 2004. 2545 ; *RDSS* 2005. 245, *note Kessler* pt. 22.

³⁶⁶³ CJUE, 20 novembre 2018, aff. C-147/17, *Sindicatul Familia Constanța e.a.*, *op. cit.*, pt. 45 ; CJUE, 16 juillet 2020, aff. C-658/18, *UX*, *op. cit.*, pt. 112 ; S. HENNION, M. LE BARBIER, M. DEL SOL et J.-P. LHERNOULD, *Droit social européen et international*, *op. cit.*, p. 135.

³⁶⁶⁴ CJCE, 13 janvier 2004, aff. C- 256/01, *Debra Allonby c/ Accrington*. *D.* 2004. 605, *op. cit.*, pt. 71.

travailleurs³⁶⁶⁵, qui est considérée comme une liberté fondamentale, « être interprétée de façon extensive »³⁶⁶⁶. Une telle position se comprend dans une interprétation téléologique de la notion de travailleur³⁶⁶⁷. Autrement dit, la notion de travailleur a vocation à être entendue largement justement pour permettre une application des dispositions européennes qui y font référence, et en premier lieu desquels celles concernant la libre circulation³⁶⁶⁸, ou il a également pu être fait référence au principe de l'égalité des rémunérations entre les hommes et les femmes³⁶⁶⁹. Il est alors possible d'imaginer qu'elle puisse être appliquée aux travailleurs de plateforme numérique.

B- L'hypothèse d'une application de la notion de travailleur aux travailleurs des plateformes numériques de travail

868. Les prémisses d'une prise en compte de la situation des travailleurs de plateformes par le droit de l'Union européenne. Tout d'abord, bien que la réglementation en matière sociale relève principalement de la compétence des États membres³⁶⁷⁰, l'Union européenne peut fixer des normes minimales, conformément aux dispositions de l'article 153§2 du TFUE³⁶⁷¹. Dès lors, le droit de l'Union européenne peut être porteur d'espoir vers la constitution d'un socle minimal de droit, comme par ailleurs, le prévoit en partie la proposition de directive relative aux travailleurs de plateforme que nous avons pu étudier plus haut³⁶⁷². La situation des travailleurs de plateforme fait, en effet, l'objet d'une réflexion au sein de l'Union européenne et commence à être appréhendée, alors que jusqu'à présent les législations européennes ne concernaient que très peu les travailleurs qualifiés d'indépendants³⁶⁷³. Par exemple, la directive

³⁶⁶⁵ Art. 39 et 45 du TFUE.

³⁶⁶⁶ CJCE, 3 juillet 1986, aff. C-66/85, *Deborah Lawrie-Blum c/ Land Baden-Württemberg*, *op. cit.*, pt. 16 ; CJCE, 21 février 2013, aff. C-46/12, *L.N. c/ Styrelsen for Videregaende Uddannelser og Uddannelsesstotte*, pt. 39.

³⁶⁶⁷ M. BLATMAN, « Travailleur : notion », dans *Répertoire de droit européen*, Dalloz, 2017, n° 19.

³⁶⁶⁸ CJCE, 23 mars 1982, aff. C-53/81, *Levin*, *op. cit.*

³⁶⁶⁹ CJCE, 13 janvier 2004, aff. C- 256/01, *Debra Allonby c/ Accrington*. D. 2004. 605, *op. cit.*

³⁶⁷⁰ Art. 5 TFUE.

³⁶⁷¹ V. sur les compétences de l'Union européenne en matière sociale, S. HENNION, M. LE BARBIER, M. DEL SOL et J.-P. LHERNOULD, *Droit social européen et international*, *op. cit.*, p. 42 et s.

³⁶⁷² V. *supra*, n° 627, 704 et 837.

³⁶⁷³ Seules les directives relatives à l'égalité de traitement concernent les travailleurs salariés et non-salariés, V. directive 2000/43/CE du 29 juin 2000 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique ; directive 2006/54/CE du 5 juillet 2006 relative à la mise en œuvre du principe d'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail ; directive 2010/41/UE du 7 juillet 2010 concernant l'application du principe de l'égalité de

européenne relative à la transparence des conditions de travail a opté pour un champ d'application élargi de travailleurs en incluant les travailleurs des plateformes³⁶⁷⁴. Il est, en effet, indiqué, au sein du huitième considérant, que « *les travailleurs domestiques, les travailleurs à la demande, les travailleurs intermittents, les travailleurs effectuant un travail basé sur des « chèques », les travailleurs des plateformes, les stagiaires et les apprentis* » sont concernés par la directive, dès lors qu'ils dépassent le seuil de trois heures de travail par semaine au cours d'une période de référence de quatre semaines consécutives³⁶⁷⁵. Dans un mouvement de constitution d'un socle de droits fondamentaux pour les travailleurs européens, les travailleurs des plateformes sont mentionnés au sein du point 8 du préambule de la directive³⁶⁷⁶, qui indique : « *pour autant qu'ils remplissent ces critères [...] les travailleurs des plateformes [...] pourraient entrer dans le champ d'application de la présente directive. Les travailleurs réellement indépendants ne devraient pas relever du champ d'application de la présente directive car ils ne remplissent pas ces critères* ». Il convient cependant de noter qu'il y a eu ici un compromis en plaçant la qualification de travailleur sous le contrôle de la Cour de justice. À l'aune du préambule de la directive qui fait référence au Socle européen des droits fondamentaux, ainsi que de l'article 1.4³⁶⁷⁷, confirmé par le §12 du préambule qui interdit aux pays membres d'exclure de son champ d'application les travailleurs qui ne bénéficient pas d'une durée de travail garantie, il était permis d'espérer que les travailleurs des plateformes de travail soient reconnus comme travailleur au sein du droit de l'Union européenne.

869. L'application de la notion de travailleurs aux contentieux des plateformes numériques. Il convient de rappeler que la CJUE s'est toujours préoccupée de retenir une approche de la notion de travailleur qui soit compatible avec les modèles de la subordination³⁶⁷⁸. À l'occasion d'une question préjudicielle du Watford Employment Tribunal, qui portait sur la

traitement entre hommes et femmes exerçant une activité indépendante, et abrogeant la directive 86/613/CEE du Conseil ; V. en ce sens, C. PERCHER, « L'approche européenne de la protection des travailleurs de plateforme numérique : La proposition de directive du 9 décembre 2021 », *op. cit.*, p. 211.

³⁶⁷⁴ Avec une précision au huitième considérant sur la question de l'indépendance fictive, qu'il « *y a faux travail indépendant lorsqu'une personne, bien que remplissant les conditions caractéristiques d'une relation de travail, est déclarée en tant que travailleur indépendant en vue d'éviter certaines obligations juridiques ou fiscales* », directive n° 2019/1152 du 20 juin 2019 relative à des conditions de travail transparentes et prévisibles dans l'Union européenne.

³⁶⁷⁵ V. le troisième et le onzième considérant, *Ibid.*

³⁶⁷⁶ *Ibid.*

³⁶⁷⁷ Il est prévu que « *les travailleurs qui ne bénéficient pas d'une durée de travail garantie, y compris les travailleurs « zéro heure » ou titulaires de certains contrats à la demande, sont dans une situation particulièrement vulnérable. Il convient par conséquent que les dispositions de la présente directive leur soient applicables, quel que soit le nombre d'heures de travail effectif* ». V. également à ce sujet, S. LAULOM, « La directive relative à des conditions de travail transparentes : de nouveaux droits pour les travailleurs », *SSL*, n° 1870, 2019, p. 5-10.

³⁶⁷⁸ V. par exemple, CJUE, 10 septembre 2015, aff. C-47/14, *Holterman Ferho Exploitatie e.a.*, pt. 46 ; CJUE, 20 novembre 2018, aff. C-147/17, *Sindicatul Familia Constanța e.a.*, *op. cit.*, pt. 42.

reconnaissance en tant que « *travailleur* », au sens de la directive de 2003³⁶⁷⁹, d'un livreur indépendant de la plateforme *Yodel*, la Cour a eu à se prononcer sur la qualification à donner aux travailleurs de plateforme numérique de travail. Cependant, dans son ordonnance motivée, la CJUE n'a pas penché vers la reconnaissance du livreur comme travailleur au sens du droit européen. Elle a notamment relevé que ce dernier avait une très grande latitude dans l'exécution de sa prestation de service, et qu'il disposait de la faculté « *de fixer ses propres heures de travail* » dans le cadre de certains paramètres, ainsi que d'organiser son temps pour s'adapter à sa convenance personnelle plutôt qu'aux seuls intérêts de l'employeur présumé³⁶⁸⁰. Dès lors, que le livreur avait la faculté de sous-traiter sa prestation de travail³⁶⁸¹ et que l'exercice d'un contrôle par la plateforme était fondé sur des critères objectifs et ne permettait pas à celle-ci de « *faire prévaloir ses éventuels choix et préférences personnels* »³⁶⁸², il ne pourrait être considéré comme travailleur au sens de la directive de 2003. La CJUE conclut en laissant cependant le soin aux juridictions nationales de vérifier les conditions de fait pour désigner la réelle qualification du livreur³⁶⁸³. Une position qui a pu être critiquée, notamment sur la question de la faculté de sous-traiter la prestation, qui s'opposerait à la reconnaissance de la qualification de travailleur. Cette position pourrait inciter les plateformes à octroyer cette prérogative dans les conditions générales, ce pourrait avoir des effets pervers comme celui d'écarter par cette simple faculté la qualification de travailleur³⁶⁸⁴, ou celui de renforcer la « *sous-location* » de compte³⁶⁸⁵.

870. Par conséquent, l'ordonnance renvoie à la définition classique de la notion de travailleur. Charge, donc, aux juges, tout comme cela est déjà prévu par la jurisprudence française, de « *recourir à des critères objectifs et apprécier globalement toutes les circonstances de l'affaire dont il est saisi, ayant trait à la nature tant des activités concernées que de la relation entre les*

³⁶⁷⁹ Directive 2003/88/CE du 4 novembre 2003 concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail, *op. cit.*

³⁶⁸⁰ CJUE, ord., 22 avril 2020, aff. C-692/19, B. c/ *Yodel Delivery Network*. RJS 7/2020, n° 388 ; JCP S 2020. 2037, obs. Loiseau, pt. 45.

³⁶⁸¹ *Ibid.*, pt. 39.

³⁶⁸² *Ibid.*, pt. 39.

³⁶⁸³ Elle indique qu'« *il appartient à la juridiction de renvoi de procéder, en tenant compte de l'ensemble des éléments pertinents relatifs à cette même personne, ainsi qu'à l'activité économique qu'elle exerce, à sa qualification au regard de la directive 2003/88* », CJUE, ord., 22 avril 2020, aff. C-692/19, B. c/ *Yodel Delivery Network*. RJS 7/2020, n° 388 ; JCP S 2020. 2037, obs. Loiseau, pt. 46.

³⁶⁸⁴ S. TOURNAUX, « Plateformes et qualification de travailleur au sens du droit de l'Union européenne », *Lexbase Social*, n° 824, 2020.

³⁶⁸⁵ B. GOMES et L. ISIDRO, « Travailleurs des plateformes et sans-papiers », *RDT*, 2020, p. 728.

parties en cause »³⁶⁸⁶. En ce sens, la CJUE a rappelé que « *la qualification de « prestataire indépendant », au regard du droit national, n'exclut pas qu'une personne doit être qualifiée de « travailleur », au sens du droit de l'Union, si son indépendance n'est que fictive, déguisant ainsi une véritable relation de travail* »³⁶⁸⁷. Il conviendra, selon les juges, alors d'observer s'il existe une relation de travail qui suppose l'existence d'un lien de subordination³⁶⁸⁸. Un retour au *statu quo* qui a pu décevoir³⁶⁸⁹, bien que l'ordonnance revienne sur ce que la Cour de justice entend par travailleur et indépendant³⁶⁹⁰. Pour le cas des travailleurs de plateforme, il restera alors à savoir si la CJUE considère, comme la Cour de cassation³⁶⁹¹, que la liberté de se connecter ne s'oppose pas à la reconnaissance d'un état de subordination dès lors que la plateforme conditionne cette liberté. Une position qui serait salutaire, car le lien de subordination doit rester le déterminant, face à une analyse qui peut être malaisée de la fictivité de l'indépendance³⁶⁹².

871. L'hypothèse d'une reconnaissance de la qualification de travailleur. À l'aune des requalifications françaises pour les travailleurs de plateforme « cadre »³⁶⁹³, il apparaît comme étant possible de pouvoir les reconnaître comme travailleurs au sens du droit européen. Ce, d'autant que le droit de l'Union européenne a pu se montrer plus prompt à ouvrir une protection fondée sur la qualification de travailleur face à un droit national plus frileux³⁶⁹⁴. Dès lors qu'un état de subordination est constaté, la qualification de travailleur devrait être retenue, ce, quand

³⁶⁸⁶ CJUE, ord., 22 avril 2020, aff. C-692/19, *B. c/ Yodel Delivery Network*. RJS 7/2020, n° 388 ; JCP S 2020. 2037, obs. Loiseau, *op. cit.*, pt. 27 ; V. également en ce sens, CJUE, 26 mars 2015, aff. C-316/13, *Fenoll, D. 2015. 2049*, note A. Boujeka ; AJCT 2015. 480, obs. O. Didriche ; RDT 2015. 469, obs. F. Canut ; RDSS 2015. 714, note A.-S. Hocquet de Lajartre et H. Rihal ; Rev. UE 2016. 37, étude O. Andreea Macovei, *op. cit.*, pt. 29.

³⁶⁸⁷ CJUE, ord., 22 avril 2020, aff. C-692/19, *B. c/ Yodel Delivery Network*. RJS 7/2020, n° 388 ; JCP S 2020. 2037, obs. Loiseau, *op. cit.*, pt. 30. Elle ajoute également le cas où la personne est « *embauchée en tant que prestation de services indépendant au regard du droit national, pour des raisons fiscales, administratives ou bureaucratiques* », *Ibid.*, pt. 31.

³⁶⁸⁸ CJUE, ord., 22 avril 2020, aff. C-692/19, *B. c/ Yodel Delivery Network*. RJS 7/2020, n° 388 ; JCP S 2020. 2037, obs. Loiseau, *op. cit.*, pt. 28 ; V. également en ce sens, CJUE, 10 septembre 2015, aff. C-47/14, *Holterman Ferho Exploitatie e.a.*, *op. cit.* pt. 46.

³⁶⁸⁹ « *Si on ne peut donc critiquer la Cour de justice pour avoir retenu une qualification plutôt qu'une autre (ou plutôt, pour avoir indiqué au juge national quelle qualification lui paraissait la plus appropriée), en tenant compte des circonstances particulières de l'affaire, telles qu'elles lui ont été présentées, on peut, néanmoins, estimer que son analyse était trop fruste, probablement inapte à dévoiler la réalité du rapport de travail entre le livreur et la plateforme, au-delà de l'apparente indépendance* », S. ROBIN-OLIVIER, « *Chronique Politique sociale de l'UE - Le champ d'application du droit social de l'Union : trop vaste ou trop étroit ?* », RDT Eur., 2022, p. 289.

³⁶⁹⁰ V. également, G. LOISEAU, « *Statut juridique des travailleurs des plateformes : la CJUE prend position* », JCP S, n° 22, 2020, 2037.

³⁶⁹¹ V. *supra*, n° 632 et s.

³⁶⁹² S. TOURNAUX, « *Plateformes et qualification de travailleur au sens du droit de l'Union européenne* », *op. cit.*

³⁶⁹³ V. *supra*, n° 617 et s.

³⁶⁹⁴ V. en ce sens, « *la Cour a pu juger que l'activité d'intermittent du spectacle ne constitue pas nécessairement une activité provisoire pouvant justifier des dérogations à la protection issue de la qualité de travailleur* », S. HENNION, M. LE BARBIER, M. DEL SOL et J.-P. LHERNOULD, *Droit social européen et international*, *op. cit.*, p. 134 ; CJUE, 26 février 2015, aff. C-238/14, *Commission c/ Luxembourg*.

bien même il existe une liberté de connexion et donc un choix dans les horaires, qui, comme il a été observé dans les contentieux français, est cependant assez relative³⁶⁹⁵.

872. En outre, il pourrait en être de même pour les travailleurs des plateformes de « marché », tout particulièrement pour ceux des plateformes de mise à disposition de personnel, s'il l'on élargissait la reconnaissance d'un état de subordination à la subordination fonctionnelle, qui rend compte du pouvoir de direction de l'activité³⁶⁹⁶. Une analyse qui pourrait être tout à fait en accord avec la définition européenne actuelle du travailleur, dès lors que sa définition se concentre sur le pouvoir de direction. Par ailleurs, il a pu être jugé qu'une relation de travail de deux mois était suffisante pour retenir les caractères réels et effectifs de l'activité³⁶⁹⁷. La brièveté de la mission ne suffirait donc pas à elle seule à exclure un individu de la notion de travailleur. Ce qui permettrait ainsi d'envisager cette qualification même pour les micro-travailleurs. Bien que la Cour de justice ajoute que l'activité ne doit pas avoir un caractère « *purement marginal et accessoire* »³⁶⁹⁸, ce qui pourrait néanmoins constituer un point de discussion.

873. L'enjeu de la qualification de travailleur consiste en l'application des dispositions relatives à la circulation, mais surtout en l'application des dispositions protectrices du travailleur. La reconnaissance de la qualification de travailleur permettrait de leur appliquer, notamment, la directive de 2003 relative au temps de travail³⁶⁹⁹, celle relative à des conditions de travail transparentes et prévisibles³⁷⁰⁰, ou encore prochainement la proposition de directive relative au salaire minimal³⁷⁰¹. Autant de dispositions qui permettraient de constituer un socle de protections aux travailleurs des plateformes. En outre, il convient de préciser que le statut de travailleur perdure dans une période de non-travail, c'est-à-dire que l'intéressé continue à

³⁶⁹⁵ V. sur la liberté de connexion, *supra*, n° 641 et s.

³⁶⁹⁶ V. sur la subordination fonctionnelle, *infra*, n° 564 et s.

³⁶⁹⁷ CJCE, 4 juin 2009, aff. jointes C-22/08 et C-23/08, *Vastouras et Koupatantze*, *op. cit.*

³⁶⁹⁸ CJCE, 6 novembre 2003, aff. C-413/01, *Ninni-Orasche* ; V. déjà, CJCE, 23 mars 1982, aff. C-53/81, *Levin*, *op. cit.*, pt. 16.

³⁶⁹⁹ Directive 2003/88/CE du 4 novembre 2003 concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail, *op. cit.* Sachant que la CJUE a pu avoir une conception extensive de l'application de la directive de 2003, avec une approche par la contrainte, pour y inclure les volontaires et donc non par la subordination directement, bien qu'il y ait un vocabulaire relatif à la sujétion. V. *supra*, n° 447 ; V. également, CJUE, 21 février 2018, aff. C-518/15, *Nivelles (Ville) c. Matzak*. *AJDA* 2018. 367 ; *AJFP* 2018. 150, *obs. S. Niquège* ; *AJCT* 2018. 344, *obs. A. Aveline* ; *RDT* 2018. 449, *obs. D. Gardes*, *op. cit.*

³⁷⁰⁰ Directive 2019/1152 du 20 juin 2019 relative à des conditions de travail transparentes et prévisibles dans l'Union européenne, *op. cit.*

³⁷⁰¹ Proposition de directive relative à des salaires minimaux adéquats dans l'Union européenne du 28 octobre 2020, COM (2020), 682 final.

bénéficiaire du statut, ce, même lorsqu'il perd son emploi³⁷⁰². Ce qui permet donc de conserver la qualification de travailleur et de bénéficiaire des dispositions relatives aux droits au chômage, en cas de perte involontaire de l'emploi³⁷⁰³.

874. Les perspectives d'évolution de la notion de travailleur. Dès lors que la Cour de justice peut modifier le champ d'application des textes du droit européen, et si au sein des textes la définition du travailleur n'est pas renvoyée aux États membres, il est possible d'imaginer des évolutions³⁷⁰⁴. Le projet de directive constituait déjà un espoir en ce sens avec la création de nouveaux droits qui visaient à renforcer la transparence des algorithmes, ou encore la possibilité de contester les décisions automatisées³⁷⁰⁵. Certains auteurs appellent à une « *modernisation de la notion de travailleur* » pour inclure en partie certains travailleurs indépendants, dans le sens du projet de lignes directrices sur l'application du droit de la concurrence de l'Union européenne aux conventions collectives des travailleurs indépendants sans salarié³⁷⁰⁶. Une perspective d'évolution qui va dans le sens d'un dépassement des frontières vers un socle de droits à l'ensemble des travailleurs, quel que soit leur statut³⁷⁰⁷. De même, la Cour de justice pourrait rétablir une approche unitaire en droit de la sécurité sociale. À ce sujet, il avait en effet pu être jugé qu'une personne avait la qualité de travailleur, au sens du règlement n° 1408/71³⁷⁰⁸, dès lors qu'elle était affiliée à l'assurance maladie, quand bien même elle ne travaillait pas depuis plusieurs années³⁷⁰⁹. Cependant, le règlement n° 883/2004 du 29 avril 2004³⁷¹⁰ a préféré faire référence aux notions d'activité salariée et non salariée, en renvoyant aux définitions nationales³⁷¹¹, plutôt qu'à la notion de travailleur. Ce qui a eu pour effet de mettre fin au lien qui existait entre la qualité de travailleur et une affiliation à une assurance sociale, fut-ce-t-elle obligatoire ou facultative³⁷¹². Une approche unitaire ouvrirait une voie pour les travailleurs de

³⁷⁰² V. pour les conditions de la conservation du statut de travailleur, S. HENNION, M. LE BARBIER, M. DEL SOL et J.-P. LHERNOULD, *Droit social européen et international*, *op. cit.*, p. 138 et s.

³⁷⁰³ M. BLATMAN, « Travailleur : notion », dans *Répertoire de droit européen*, Dalloz, 2017, n° 125-129.

³⁷⁰⁴ S. ROBIN-OLIVIER, « Chronique Politique sociale de l'UE - Le champ d'application du droit social de l'Union : trop vaste ou trop étroit ? », *op. cit.*

³⁷⁰⁵ Proposition de directive relative à l'amélioration des conditions de travail dans le cadre du travail via une plateforme du 9 décembre 2021, COM/2021/762, *op. cit.*, art. 6 à 8.

³⁷⁰⁶ V. en ce sens, S. ROBIN-OLIVIER, « Chronique Politique sociale de l'UE - Le champ d'application du droit social de l'Union : trop vaste ou trop étroit ? », *op. cit.*

³⁷⁰⁷ V. déjà en ce sens, *supra*, n° 830.

³⁷⁰⁸ Règlement n° 1408/71 du 14 juin 1971 relatif à l'application des régimes de sécurité sociale aux travailleurs salariés et à leur famille qui se déplacent à l'intérieur de la Communauté.

³⁷⁰⁹ CJCE, 12 mai 1998, aff. C-85/96, *Martinez Sala*, *op. cit.*

³⁷¹⁰ Règlement n° 883/2004 du 29 avril 2004 portant coordination des systèmes de sécurité sociale.

³⁷¹¹ Il est indiqué : « *qui est considérée comme telle pour l'application de la législation de sécurité sociale de l'État membre dans lequel cette activité est exercée ou la situation assimilée se produit.* », art. 1, Règlement n° 883/2004 du 29 avril 2004 portant coordination des systèmes de sécurité sociale.

³⁷¹² V. en ce sens, S. HENNION, M. LE BARBIER, M. DEL SOL et J.-P. LHERNOULD, *Droit social européen et international*, *op. cit.*, p. 143.

plateforme qui souscrivent soit volontairement à une assurance, soit par le biais de la plateforme³⁷¹³. L'ensemble de ces perspectives d'évolution est salubre, mais elles ne doivent néanmoins pas occulter l'application de la réelle qualification des travailleurs à l'ère numérique.

§2 : Pour une reconnaissance du lien de subordination des travailleurs des plateformes numériques de travail, comme accès à une protection effective

875. Le lien de subordination demeure un critère encore nécessaire, tant par sa proximité avec le droit de l'Union européenne que pour son élasticité qui a permis d'appréhender des cas divers de travailleurs³⁷¹⁴ et qui sait répondre aux nouvelles modalités d'organisation du travail à l'ère numérique. Sa reconnaissance entraîne l'application du droit social. Il est le critère d'identification du pouvoir, et c'est justement par cette reconnaissance que les libertés fondamentales pourront trouver une application³⁷¹⁵, et permettre d'accéder à un statut protecteur. Malgré la crainte que peut susciter l'accès au salariat, sa reconnaissance à la situation des travailleurs de plateforme pourrait être tout à fait possible³⁷¹⁶. À l'aune de la présomption de salariat du projet de directive européenne, l'extension du salariat est une méthode connue et éprouvée qui a déjà pu être utilisée dans d'autres cas (A). Il conviendra tout d'abord de faire un parallèle avec ce qui a pu être fait pour démontrer qu'une telle méthode pourrait tout à fait se justifier pour les travailleurs de plateforme. Pour ensuite étudier le choix d'une extension du salariat pour ces travailleurs, qui apparaît être un choix protecteur, mais également raisonnable, car offrant malgré tout la possibilité de prendre en compte les spécificités du travail à la demande, comme la liberté de connexion (B).

³⁷¹³ V. *supra*, n° 553.

³⁷¹⁴ V. *infra*, n° 881 et s.

³⁷¹⁵ « Les droits fondamentaux de la personne humaine ont été pensés comme des limitations faites au pouvoir », E. DOCKÈS, « Décomposition et recomposition du travail et de ses maîtres », *op. cit.*, p. 283.

³⁷¹⁶ « La crainte suscitée par l'application du droit social aux plateformes est, pour l'essentiel, la reprise de l'éternelle crainte du coût des protections en général et de celle du droit social en particulier : toutes les protections, à part celles dont bénéficient les grandes entreprises, sont suspectes de provoquer des catastrophes économiques. [...] Si l'on devait prendre aux sérieux toutes les craintes d'effets pervers des protections, voilà bien longtemps que toute activité aurait dû cesser en France et que les Pays Baltes, pays presque entièrement dépourvus de droit du travail, auraient dû devenir de bouillonnants lieux d'activité et de richesse », E. DOCKÈS, « Le salariat des plateformes à propos de l'arrêt TakeEatEasy », *Dr. ouvr.*, 2019, p. 1-8.

A- L'extension juridique du salariat, une méthode déjà éprouvée

876. L'extension juridique du salariat est une méthode qui a déjà pu être utilisée³⁷¹⁷, avant les questions liées à la révolution numérique, comme en atteste la diversité des dispositions qui sont prévues au sein de la septième partie du Code du travail. Il s'agit ainsi d'une technique éprouvée, qui a pu venir tant de la loi (1) que de la jurisprudence (2). Autrement dit, le législateur a pu décider l'extension du salariat, mais en l'absence d'encadrement par le Code du travail pour certains travailleurs, la jurisprudence a pu également contribuer à étendre le salariat à certaines catégories de salarié, dont il est possible d'effectuer un parallèle. Il convient de souligner qu'il s'agit d'une méthode qui a pu se justifier pour certaines catégories de travailleur, à la lisière du lien de subordination ou ayant des caractéristiques spécifiques, et qui présente une actualité renouvelée à l'ère numérique. Dès lors, il apparaît comme étant opportun de revenir sur ce qui a pu être fait, afin de montrer que des techniques existent déjà pour répondre aux enjeux liés au numérique et s'en inspirer pour ouvrir des pistes pour répondre à la situation des travailleurs de plateformes.

1- L'extension légale

877. Les procédés d'extension légale. Au sein des techniques d'extension du salariat, il convient de distinguer la qualification légale de contrat de travail et l'assimilation légale³⁷¹⁸. La qualification légale correspond à une détermination par la loi d'une catégorie de travailleurs comme étant salariés. Le texte peut soit prévoir que le contrat est un contrat de travail dès lors qu'il répond à certaines conditions, comme c'est le cas pour les VRP³⁷¹⁹ ; soit instaurer une présomption de salariat, comme c'est le cas pour les mannequins³⁷²⁰. Sachant que la présomption, dans le cas d'une extension légale, s'est avérée comme étant « *particulièrement*

³⁷¹⁷ V. notamment à ce sujet, G. AUZÉRO, D. BAUGARD et E. DOCKÈS, *Droit du travail*, op. cit., p. 299 et s.

³⁷¹⁸ V. à ce sujet, J. PÉLISSIER, A. LYON-CAEN, A. JEAMMAUD et E. DOCKÈS, *Les grands arrêts du droit du travail*, op. cit., p. 22 et s.

³⁷¹⁹ Bien que la section indique « *présomption de salariat* », l'article 7313-1 du Code du travail indique bien que « *toute convention dont l'objet est la représentation, conclue entre un voyageur, un représentant ou placier et un employeur, est [...] un contrat de travail* ». V. également en ce sens, *Ibid.*, p. 23.

³⁷²⁰ Art. 7123-3 C. trav.

résistante aux tentatives de renversement »³⁷²¹, bien qu'elle demeure tout de même possible³⁷²². L'assimilation correspond, quant à elle, à une « *technique législative permettant de faire bénéficier certaines catégories de travailleurs indépendants (travailleurs à domicile, représentants de commerce) de la protection accordée aux salariés* »³⁷²³. En d'autres termes, il s'agit de faire une application distributive du Code du travail pour une catégorie de travailleurs déterminée, sans qu'ils soient nécessairement désignés comme étant salariés. Ils sont ainsi généralement rattachés au régime général³⁷²⁴. C'est par exemple le cas pour les gérants de succursale³⁷²⁵.

878. Dans les deux cas, la méthode de l'extension trouve sa justification dans la volonté d'accorder une protection à certains travailleurs, face à la difficulté de caractériser un lien de subordination. La technique repose donc sur une fiction juridique où le législateur est venu apporter des garanties à des travailleurs qui présentaient une certaine autonomie, mais qui pouvaient être dépendants économiquement. Dès lors que les travailleurs correspondent à la définition, il n'est, en effet, pas besoin de rechercher l'existence d'un lien de subordination dans le cadre d'une extension légale³⁷²⁶. Il a été estimé que cette méthode servait pour le législateur à prendre en compte une certaine dépendance économique de ces travailleurs ainsi que de clarifier la qualification juridique à retenir³⁷²⁷.

879. Les critiques face à l'excès des techniques d'extension du salariat. Les techniques d'extension du salariat ont pu être désapprouvées, car considérées comme dévoyant le salariat face à une extension à certaines catégories de travailleurs qui ne se justifierait pas ou offrant des montages juridiques critiqués, mais aussi comme diluant la notion de subordination³⁷²⁸. Le portage salarial a, par exemple, pu être considéré comme « *la fiction la plus discutable* »³⁷²⁹. Madame Favennec-Héry souligne que dans ce cas que « *le contrat de travail n'est alors que le*

³⁷²¹ G. AUZERO, D. BAUGARD et E. DOCKÈS, *Droit du travail, op. cit.*, p. 300 ; V. également en ce sens, J. PÉLISSIER, A. LYON-CAEN, A. JEAMMAUD et E. DOCKÈS, *Les grands arrêts du droit du travail, op. cit.*, p. 23.

³⁷²² V. par exemple pour les mannequins, il a été rappelé que la présomption de salariat n'est pas irréfragable, Cass. soc., 16 janvier 1997, n° 95-12.994, *RJS* 1997. 217, n° 326.

³⁷²³ V. « Assimilation », G. CORNU, *Vocabulaire juridique, op. cit.*, p. 90.

³⁷²⁴ Art. L. 311-2 CSS.

³⁷²⁵ Art. 7321-1 C. trav.

³⁷²⁶ V. par exemple, pour le franchisé, Cass. soc., 4 décembre 2001, n° 99-41.265, *D.* 2002. 1934, note H. Kenfack, et 3007, obs. D. Ferrier ; *Dr. soc.* 2002. 158, note A. Jeammaud ; pour l'artiste, Cass. soc., 8 juillet 1999, n° 97-14.487, *D.* 1999. IR 212 ; *RJS* 1999. 801, n° 1310 ; pour le travailleur à domicile, Cass. soc., 23 novembre 1978, n° 77-11.805, *D.* 1979. IR 158.

³⁷²⁷ J. PÉLISSIER, A. LYON-CAEN, A. JEAMMAUD et E. DOCKÈS, *Les grands arrêts du droit du travail, op. cit.*, p. 23.

³⁷²⁸ A. SUPIOT, *Critique du droit du travail, op. cit.*, p. 166-167.

³⁷²⁹ F. FAVENNEC-HÉRY, « Faut-il brûler le contrat de travail ? », *op. cit.*, p. 161.

cadre administratif d'une relation de service au profit d'un tiers qui ne réunit nullement les conditions de fond du contrat de travail. [...] [Celui-ci] remplissant alors une mission d'accueil et d'organisation de la relation de travail pour autrui »³⁷³⁰.

880. Néanmoins, il convient de préciser que parallèlement aux techniques d'extension du salariat, il y a également pu avoir des exclusions légales du champ d'application du Code du travail³⁷³¹. Ce fut le cas par exemple pour les stagiaires justifiés par leur formation³⁷³². Cependant, notamment dans le cas des travailleurs de plateforme, ces exclusions peuvent s'avérer comme étant vaines, à l'aune de l'indisponibilité du contrat de travail qui est un principe d'ordre public³⁷³³. Le juge est, en effet, venu redonner l'exacte qualification juridique de leur situation. L'extension a ainsi pu avoir une origine jurisprudentielle.

2- L'extension jurisprudentielle

881. La possible origine jurisprudentielle d'une extension du salariat. La jurisprudence peut également être à l'origine d'une extension du salariat. Le pouvoir du juge, de redonner aux faits leurs exactes qualifications³⁷³⁴, lui offre la possibilité de saisir les nouvelles formes d'organisation du travail. Dans certains cas, la Cour de cassation a ainsi pu étendre le salariat à des catégories de travailleur que ne connaissait pas le Code du travail. Une configuration qui peut être une voie pour les travailleurs de plateforme. Deux exemples peuvent être pris pour illustrer cette extension jurisprudentielle. Tout d'abord, celui des candidats de télé réalité dont la requalification en contrat de travail a été maintenue et celui des contrats d'intégration agricole, qui, malgré la critique de la doctrine et les tentatives de la jurisprudence, ont été exclus par le législateur du droit du travail.

882. L'extension jurisprudentielle : l'exemple des candidats de télé réalité. Le cas des candidats de télé réalité permet une illustration de l'extension jurisprudentielle qui a perduré. La

³⁷³⁰ *Ibid.*

³⁷³¹ V. pour une vision critique, M. VERICEL, « Le rétablissement de la présomption de non-salariat », *Dr. soc.*, 2004, p. 297 ; V. pour une vision contraire, Y. AUBREE, « Contrat de travail : existence », dans *Répertoire de droit du travail*, Dalloz, 2023, n° 239 et s.

³⁷³² Art. L. 124-1 C. éduc.

³⁷³³ V. *supra*, n° 621.

³⁷³⁴ Cass. soc., 19 décembre 2000, n° 98-40.572, *D. 2001. IR 355* ; *GADT*, 4e éd., n° 3 ; *RJS 2001. 203*, n° 275 ; *Dr. soc. 2001. 227*, note *Jeamnaud*, *op. cit.* ; Cass. soc., 19 mai 1998, n° 95-45.575, *D. 1998. 166*, *op. cit.*

téléralité est apparue pour la première fois en France au début du XXI^{ème} siècle. Initialement, les participants à ces émissions sont des « *anonymes* » qui participent à un jeu³⁷³⁵. Dès l'apparition des premières émissions, l'intérêt de la doctrine s'est manifesté à leur endroit³⁷³⁶, analysant très tôt une application possible du droit du travail³⁷³⁷. Il fallut attendre 2009 avec l'arrêt, particulièrement commenté, *Ile de la Tentation*, pour que la Cour de cassation requalifie des participants à une émission de téléralité comme étant liés par un contrat de travail avec la société productrice³⁷³⁸. Cette décision marqua le point de départ d'une série de requalification : *Mister France*³⁷³⁹, *Koh Lanta*³⁷⁴⁰, *Greg le millionnaire*³⁷⁴¹ ou encore *Pékin Express*³⁷⁴².

883. Plusieurs points sont à noter dans ces décisions. Tout d'abord, le caractère ludique de la participation à l'émission n'a pas empêché de qualifier la prestation de travail³⁷⁴³. À cet égard, la Cour de cassation a réintroduit une dimension économique dans son approche du contrat de travail³⁷⁴⁴. Elle a, en effet, pris en compte dans son analyse le fait qu'il s'agissait d'une production d'un bien ayant une valeur économique³⁷⁴⁵. Par conséquent, dans cette optique, l'objet de la prestation importe moins que l'existence d'une finalité professionnelle et

³⁷³⁵ Désormais, « de nombreux candidats de téléralité réapparaissent dans d'autres programmes de téléralité, devenant ainsi de véritables « spécialistes » de ce type d'émissions », D. GARDES, « De Mister France à Koh Lanta, le travail dans tous ses états », *RDT*, 2013, p. 622.

³⁷³⁶ V. par exemple, D. ROUX (éd.) et J.-P. TEYSSIER (éd.), *Les enjeux de la téléralité*, Economica, 2003.

³⁷³⁷ D. COHEN et L. GAMET, « Loft story : le jeu-travail », *Dr. soc.*, 2001, p. 791.

³⁷³⁸ Cass. soc., 3 juin 2009, n° 08-40.981 à 08-40.983 et 08-41.712 à 08-41.714, *D. 2009. AJ 1530, obs. Serna ; ibid. 2116, note Cesaro et Gautier ; ibid. 2517, note Edelman ; RDT 2009. 507, obs. Auzero ; RJS 2009. 615, n° 678 ; Dr. soc. 2009. 780, avis Allix et obs. Dupeyroux ; ibid. 930, note Radé ; JCP E 2009. 1714, note Thouzellier ; JSL 2009, n° 258-2 ; SSL, n° spécial 1403, op. cit.*

³⁷³⁹ Cass. soc., 25 juin 2013, n° 12-13.968, *D. actu. 10 juill. 2013, obs. Peyronnet ; D. 2013. Actu. 1692 ; RDT 2013. 622, obs. Gardes ; RJS 10/2013, n° 649 ; JSL 2013, n° 350-5, obs. Lalanne ; JCP S 2013. 1386, obs. Lahalle, op. cit.*

³⁷⁴⁰ Cass. soc., 25 juin 2013, n° 12-17.660, *D. 2013. 1692, et 2014. 1115, obs. J. Porta ; Dr. soc. 2014. 11, chron. S. Tournaux ; RDT 2013. 622, obs. D. Gardes.*

³⁷⁴¹ Cass. 1^{re} civ., 22 janvier 2014, n° 12-13.970 et n° 12-13.974.

³⁷⁴² Cass. soc., 4 février 2015, n° 13-25.621, *RDT 2015. 252, obs. B. Géniaut ; Légipresse 2015. 146 et les obs. ; JAC 2015, n° 23, p. 11, obs. D. Rieubon.*

³⁷⁴³ Le communiqué relatif à l'arrêt n° 1159 du 3 juin 2009 de la chambre sociale de la Cour de cassation indiquait que « dès lors qu'elle est exécutée, non à titre d'activité privée mais dans un lien de subordination, pour le compte et dans l'intérêt d'un tiers en vue de la production d'un bien ayant une valeur économique, l'activité, quelle qu'elle soit, peu important qu'elle soit ludique ou exemple de pénibilité, est une prestation de travail soumise au droit du travail » ; Ce qui n'a manqué de faire réagir la doctrine, V. notamment, C. RADE, « La possibilité d'une île », *Dr. soc.*, 2009, p. 930 ; G. AUZERO, « Je ne m'amuse pas, je travaille ! », *RDT*, 2009, p. 507 ; D. GARDES, « De Mister France à Koh Lanta, le travail dans tous ses états », *RDT*, 2013, p. 622 ; V. pour une vision critique, J.-E. RAY, « Sea, sex ... and contrat de travail », *SSL*, n° 1403, 2009, p. 11-13 ; A. JEAMMAUD, « La Cour de cassation escamote le problème », *SSL*, n° 1403, 2009, p. 14-15 ; P.-Y. VERKINDT, « Prendre le travail (et le contrat de travail) au sérieux », *JCP S*, 2009, act. 41.

³⁷⁴⁴ C. RADÉ, « Des critères du contrat de travail », *op. cit.*

³⁷⁴⁵ Cass. soc., 3 juin 2009, n° 08-40.981 à 08-40.983 et 08-41.712 à 08-41.714, *D. 2009. AJ 1530, obs. Serna ; ibid. 2116, note Cesaro et Gautier ; ibid. 2517, note Edelman ; RDT 2009. 507, obs. Auzero ; RJS 2009. 615, n° 678 ; Dr. soc. 2009. 780, avis Allix et obs. Dupeyroux ; ibid. 930, note Radé ; JCP E 2009. 1714, note Thouzellier ; JSL 2009, n° 258-2 ; SSL, n° spécial 1403, op. cit.*

économique³⁷⁴⁶. La Haute juridiction a d'ailleurs souligné cette approche lors de l'arrêt *Pékin Express*³⁷⁴⁷ en indiquant que « *le jeu constituait seulement une partie du contenu de l'émission* », en étayant autour de l'existence des scènes de tournage, des épreuves, qui ne présentent pas de caractère aléatoire propre à un jeu³⁷⁴⁸. Une appréciation que l'on peut mettre en parallèle avec l'analyse actuelle de la situation des travailleurs de plateforme, et particulièrement les micro-travailleurs sur la question du caractère ludique de leur activité³⁷⁴⁹. Une approche économique et l'absence d'aléa permettent ainsi de lever l'apparence ludique de leur activité, pour la qualifier de prestation de travail.

884. L'illustration d'une possible intégration au sein d'un statut préexistant en cas d'extension jurisprudentielle. Une fois l'extension jurisprudentielle établie, il convenait alors de savoir quelle catégorie dans le Code du travail pouvait correspondre aux candidats de télé réalité. À ce sujet, la Cour de cassation a eu l'occasion de préciser que les participants à une émission de télé réalité ne pouvaient recevoir la qualification d'artiste-interprète, au sens de l'article L. 212-1 du Code de la propriété intellectuelle. Pour la Haute juridiction, « *les participants à une émission de télévision n'avaient aucun rôle à jouer ni aucun texte à dire, qu'il ne leur était demandé que d'être eux-mêmes et d'exprimer leurs réactions face aux situations auxquelles ils étaient confrontés et que le caractère artificiel de ces situations et de leur enchaînement ne suffisait pas à leur donner la qualité d'acteurs* »³⁷⁵⁰. En l'absence d'intervention du législateur, il s'agit donc d'un contrat de travail classique, sans qu'il ne corresponde, pour la Cour de cassation, au statut d'artiste-interprète. Cet exemple illustre la possible intégration d'une activité nouvelle au droit du travail, sans qu'il soit besoin de créer un statut particulier et sans que l'application des dispositions sociales ait conduit à l'arrêt de

³⁷⁴⁶ V. en revanche, il n'a pas été considéré comme constituant une prestation de travail lorsque le demandeur, filmé dans le cadre d'un documentaire, « *ne recevait aucune directive ou consigne, ni même avis ou conseil, pour les interventions proposées, qu'il était libre d'accepter ou de refuser, et n'avait aucune obligation de se plier aux "plannings" prévisionnels de l'opération de promotion* », Cass. soc., 15 février 2006, n° 04-44.049, *JCP S* 2006. 1255, note Puigelier, *op. cit.*

³⁷⁴⁷ Cass. soc., 4 février 2015, n° 13-25.621, *RDT* 2015. 252, *obs. B. Géniaut* ; *Légipresse* 2015. 146 et les *obs.* ; *JAC* 2015, n° 23, p. 11, *obs. D. Rieubon, op. cit.*

³⁷⁴⁸ Ce qui a pu être analysé comme une réponse aux critiques qui avaient pu être formulées par la doctrine, V. en ce sens, X. AUMERAN, « La télé réalité n'est pas qu'un jeu », *Juris art etc.*, n° 27, 2015, p. 42.

³⁷⁴⁹ « *Le jeu constitue seulement une partie de la prestation du micro-travailleur et l'aléa, critère décisif du contrat de jeu, est absent puisque les règles peuvent être modifiées unilatéralement par la plateforme et que les contraintes imposées aux micro-travailleurs, comme la suppression du compte d'utilisateur, vont bien au-delà des sujétions inhérentes à la simple participation à un jeu* », F. KHODRI et E. MAZUYER, « Le micro-travail numérique et la force attractive du droit du travail », *RDT*, 2023, p. 91.

³⁷⁵⁰ Cass. 1^{re} civ., 24 avril 2013, n° 11-19.091, *D.* 2013. 1131 ; *Dr. soc.* 2013. 576, note *Tournaux* ; *JCP* 2013, n° 731, note *Daverat* ; *D. actu.* 29 avr. 2013, *obs. Cherqui* ; *AJ* 1131 ; *CCE* 2013, n° 75, note *Caron* ; *Gaz. Pal.* 19-20 juin 2013, p. 13, note *Prieur* ; *JCP* 2013. 731, note *Daverat* ; *Légipresse* 2013, n° 307, p. 418, note *Querzola.*, *op. cit.* ; Cass. 1^{re} civ., 22 janvier 2014, n° 12-13.970 et n° 12-13.974, *op. cit.*

ladite activité, loin de là. Une perspective qui pourrait inspirer la situation des travailleurs de plateforme.

885. Le cas de l'exclusion législative malgré l'extension jurisprudentielle : l'exemple du contrat d'intégration agricole. Néanmoins, le législateur a pu venir exclure des extensions jurisprudentielles. Ce fut par exemple le cas du contrat d'intégration agricole³⁷⁵¹. Dans ce cas, il s'agit d'un agriculteur, dit « *intégré* », qui s'engage à obtenir, puis à livrer une production déterminée à une entreprise transformatrice ou distributive³⁷⁵². Le contrat d'intégration agricole a été saisi par le législateur en 1964, qui le définit comme une « *obligation réciproque de fournitures de produits ou de services* »³⁷⁵³ qui lie industriel et producteur, qui sera ensuite étendue aux contrats d'élevage en 1980³⁷⁵⁴. Cependant, une décision de la cour d'appel de Dijon du 1^{er} décembre 1965 est venue requalifier un éleveur intégré en travailleur à domicile³⁷⁵⁵. Cette tentative de faire revenir l'application du droit du travail, qui avait été exclu par le législateur, a été par la suite refusée par le Conseil d'État, qui indique que le législateur a entendu « *tenir compte de la situation de dépendance économique [...] mais sans pour autant donner [aux] entreprises la qualité d'employeur de leur co-contractant [(les agriculteurs intégrés)]* »³⁷⁵⁶. La dépendance économique constitue ici un critère de reconnaissance du contrat d'intégration agricole³⁷⁵⁷, qui justifie sa création. La dépendance économique a dans ce cas justifié la création d'un encadrement de ces contrats, mais pas sur le terrain du droit du travail par l'usage d'une

³⁷⁵¹ V. à ce sujet, G. VIRASSAMY, *Les contrats de dépendance : essai sur les activités professionnelles exercées dans une dépendance économique*, Libr. générale de droit et de jurisprudence, coll.« Bibliothèque de droit privé », 1986 ; F. de BOÛARD, *La dépendance économique née d'un contrat d'intégration*, LGDJ, coll.« Bibliothèque de l'Institut André Tunc », 2007 ; L. LORVELLEC (ed.), « L'agriculteur "sous contrat" », dans *Le travail en perspectives*, LGDJ, coll.« Droit et société », n° 22, 1998, p. 179-197 ; H. GILBERT, « Contrat et production : l'agriculteur intégré ou un exemple de la dépendance dans l'indépendance », dans *La subordination dans le travail : analyse juridique et sociologique de l'évolution des formes d'autonomie et de contrôle dans la relation de travail*, Min. des Affaires Sociales, du Travail et de la Solidarité, coll.« Cahier travail et emploi », 2003, p. 227-243 ; N. OLSZAK, « Contrat d'intégration en agriculture », dans *Répertoire de droit civil*, Dalloz, 2017 ; A. SUPIOT, « L'élevage industriel face au droit du travail », *Revue de droit du rural*, n° 118, novembre 1983, p. 325-331.

³⁷⁵² Il s'agit d'un « *contrat passé entre une firme commerciale et un agriculteur, d'où résulte une intégration de ce dernier dans des circuits commerciaux. Il vise à lier économiquement un agriculteur à un groupe industriel sans nier son indépendance juridique*. Cette situation fait l'objet d'une législation spéciale, protectrice des agriculteurs », V. « *Contrat d'intégration* », T. DEBARD et S. GUINCHARD, *Lexique des termes juridiques*, op. cit., p. 288.

³⁷⁵³ Art. L. 326-1 C. rural ; loi n° 64-678 du 6 juillet 1964, art. 17.

³⁷⁵⁴ Art. 8, loi n° 80-502 du 4 juillet 1980.

³⁷⁵⁵ CA Dijon, 1^{er} décembre 1965, *Revue Pratique de la législation agricole*, mars-avril 1967, p. 59.

³⁷⁵⁶ CE, 2 juillet 1982, n°13322.

³⁷⁵⁷ Cass. 1^{re} civ., 4 février 1992, n° 90-17.433, *Bull. civ. I*, n°36 ; v. obs. G. Virassamy, *Droit des obligations : JCP éd. G 1992, I, 3591*.

extension juridique. Une justification qui a pu laisser la doctrine perplexe³⁷⁵⁸. Malgré, l'exclusion du législateur, il y a pu avoir depuis quelques rares requalifications. Notamment, la Cour de cassation, dans un arrêt du 13 novembre 2008, a jugé que « *le fait que l'intéressée exerçait son activité sur un terrain, dans des locaux et à l'aide de matériel appartenant à son cocontractant, qu'elle travaillait sous la surveillance technique de celui-ci et que la résiliation du contrat n'était prévue qu'en cas de manquement du gaveur à ses engagements contractuels, caractérisait le lien de subordination entre l'intéressée et la société qui l'employait* »³⁷⁵⁹. Trois éléments ont donc justifié la requalification. Tout d'abord, l'appartenance du terrain ainsi que du matériel au cocontractant de l'exploitant ont caractérisé une détermination unilatérale des conditions d'exécution du travail. Une situation qui dépasse l'organisation « *classique* » d'un exploitant intégré, qui doit donc être propriétaire de ses locaux et de son matériel. Tout comme, les conditions de résiliation qui ne furent pas conformes aux exigences de l'article R. 326-9 du Code rural, par l'absence de réciprocité, ont ainsi caractérisé un pouvoir disciplinaire³⁷⁶⁰. Enfin, l'exercice d'une surveillance technique, qui est finalement propre au contrat d'intégration, a été soulevé pour caractériser un lien de subordination. Ce dernier point illustre la fragilité de ce type de contrat face au droit social, en cas de demande de requalification. Il démontre, en effet, que la dépendance qui existe place ce contrat vers un rapport de subordination. Malgré l'exclusion par le législateur de l'application du droit social, cette décision illustre la possible requalification par le juge, sans que le respect de l'objet légal ne soit exclusif de cette possibilité³⁷⁶¹, contrairement à ce qui avait parfois pu être soutenu³⁷⁶². Avec ce dernier exemple, à l'aune de l'interrogation de Monsieur Alain Supiot à propos des contrats d'intégration, « *le droit du travail, mis à la porte du droit rural ne serait-il pas susceptible d'y revenir par la fenêtre ?* »³⁷⁶³, une question similaire peut se poser à nouveau à l'ère numérique.

³⁷⁵⁸ V. notamment, « *côté pile, l'exploitant agricole serait un chef d'entreprise parce qu'il est propriétaire de tout ou partie de ses moyens de production, parce qu'il est responsable de son exploitation, organise lui-même ses contraintes, et vise la réalisation de profits. Côté face, l'exploitant agricole serait un salarié qui s'ignore parce que son endettement fait de sa propriété une fiction, et parce qu'il travaille pour le profit et sous la direction technique et économique des industries agro-alimentaires* », A. SUPIOT, « L'élevage industriel face au droit du travail », *op. cit.*

³⁷⁵⁹ Cass. 2ème civ., 13 novembre 2008, n° 07-15.535, *JCP S* 2009. 1149, note D. Asquinazi-Bailleux ; *Dr. ouvrier* 2009. 104, note F. Guiomard ; *RD rur.* n° 347, juin 2009, p. 38, note R. Marié.

³⁷⁶⁰ D. ASQUINAZI-BAILLEUX, « Contrat d'intégration en agriculture ou contrat de travail ? », *JCP S*, n° 14, 2009, 1149.

³⁷⁶¹ V. en ce sens, A.-S. GINON et F. GUIOMARD, « Contrat d'intégration agricole ou contrat de travail ? », *Dr. ouvr.*, 2009, p. 104-106.

³⁷⁶² V. notamment, « *priorité doit être donnée au contrat d'intégration sur le contrat de travail. Pourquoi ne pas y voir une priorité de la qualification légale sur la qualification prétorienne ? Loin de tous les conservatismes, cette priorité ne traduit-elle pas aussi un certain bon sens ?* », B. GAURIAU, « Contrat d'intégration et contrat de travail », *Gaz. Pal.*, 2005, p. 33.

³⁷⁶³ A. SUPIOT, « L'élevage industriel face au droit du travail », *op. cit.*, p. 325.

886. L'extension jurisprudentielle, une voie toujours possible. Ces deux exemples, transposés au cas de notre étude, à savoir les travailleurs de plateforme numérique, permettent de tirer plusieurs enseignements. Tout d'abord, en l'absence d'extension légale et même face à une exclusion légale, les juges peuvent toujours redonner aux faits leur exacte qualification et constater l'existence d'un lien de subordination, le cas échéant. Ensuite, une extension d'origine jurisprudentielle peut perdurer, par la multiplication des décisions en faveur d'une requalification en contrat de travail, et s'inscrire comme la qualification admise pour la catégorie de travailleur concerné³⁷⁶⁴. Enfin, l'application du droit du travail n'entraîne pas nécessairement la fin d'une activité, qui serait née sans application initialement du droit social. Autrement dit, il est possible de revoir l'organisation d'une activité, et se mettre en conformité avec le droit social, sans que cela signifie l'arrêt de ladite activité. L'exemple du secteur de la télé réalité illustre cette possibilité d'application du droit social, sans que cela ait entraîné de coûts tels que l'activité ait dû cesser. Il serait alors possible d'imaginer une extension du salariat d'origine jurisprudentielle pour les travailleurs de plateforme. Cependant, pour mettre fin aux contentieux et à l'incertitude juridique, l'intégration de ces travailleurs au statut salarié serait un choix souhaitable. Les requalifications demeurent une correction *ex post* et ne peuvent pas constituer une réponse pleine à la situation des travailleurs³⁷⁶⁵.

B- L'intégration possible des travailleurs de plateforme au salariat

887. Le principe d'indisponibilité du contrat de travail³⁷⁶⁶ impose de faire le constat selon lequel l'intervention du législateur, en faveur de l'exclusion du salariat, peut échouer à réellement empêcher le droit du travail de s'appliquer³⁷⁶⁷. Le juge peut, en effet, rendre à une situation de fait la réalité de sa qualification juridique, qui peut conduire à l'application du droit du travail. À l'aune de l'exigence de la clarté de la règle de droit, qui renvoie à l'objectif général de sécurité

³⁷⁶⁴ Une jurisprudence considérée comme admise et réitérée peut même caractériser l'intentionnalité, dans le cadre du travail dissimulé, V. à ce sujet, *supra*, n° 758.

³⁷⁶⁵ « *Quelle que soit la voie choisie, on ne peut laisser le capitalisme de plateforme être « machine » à broyer les Hommes. Le travailleur du numérique n'est pas qu'un flux de données, une marchandise codée en binaire. L'oublier, c'est prendre le risque du pire ...* », P. ADAM, « Plateforme numérique : être ou ne pas être salarié ... », *Hebdo édition sociale*, n° 766, 2018.

³⁷⁶⁶ V. *supra*, n° 621.

³⁷⁶⁷ V. également en ce sens, G. AUZÉRO, D. BAUGARD et E. DOCKÈS, *Droit du travail*, *op. cit.*, p. 303-304.

juridique³⁷⁶⁸, une fois le constat fait de l'existence d'un lien de subordination des travailleurs des plateformes numériques de travail, sa reconnaissance implique de vérifier l'extension possible du salariat à l'épreuve du numérique (1). Ce choix vers une extension, au-delà parfois d'une reconnaissance du lien de subordination, mais pour l'application d'une protection issue du droit du travail, impose également de s'interroger, outre sur sa faisabilité, sur l'intérêt de l'application et du maintien du lien de subordination comme critère du contrat de travail (2).

1- Vers une extension nécessaire à l'épreuve du numérique

888. Dans le sens d'une extension du salariat, la proposition du Code du travail (GR-PACT) prévoyait une catégorie particulière inspirée de la réglementation sur le travail à domicile : les « *salariés externalisés* »³⁷⁶⁹. Cette création permettrait d'appliquer les dispositions du Code du travail aux travailleurs, considérés alors comme salariés, qui « *ont pour donneur d'ouvrage un établissement ou une entreprise, qui détermine les caractéristiques du service ou du bien demandé et qui détient des compétences sur le travail requis pour réaliser ce service ou ce bien ; exercent leur travail hors des locaux de leur donneur d'ouvrage ; travaillent seuls ou avec leurs enfants ou avec au plus un auxiliaire ; et qui ont une rémunération forfaitaire ou fixée par leur donneur d'ouvrage* »³⁷⁷⁰, sans qu'il soit besoin de démontrer l'existence d'un lien de subordination³⁷⁷¹. Elle permettrait de couvrir la situation des travailleurs de plateforme « cadre », ainsi que de micro-travail, mais pas celle des travailleurs des plateformes de mise à disposition, celles-ci ne fixant pas le prix. Pour le micro-travailleur, l'employeur serait alors le donneur d'ouvrage, autrement dit, le client de la plateforme de micro-travail³⁷⁷². Dans le cadre des propositions du GR-PACT ils devraient alors apporter la preuve d'une dépendance économique, liée au fait qu'ils tirent leurs revenus principaux de la plateforme par exemple. Ce qui pourrait poser une difficulté pour le micro-travail, où l'activité de micro-travail constitue

³⁷⁶⁸ V. notamment à ce sujet, P. ROUBIER, *Théorie générale du droit*, Sirey, 1946, p. 269 et s. ; G. RIPERT, *Le déclin du droit*, LGDJ, 1949, p. 155 et s. ; S. GUINCHARD, « Procès équitable », dans *Répertoire de droit civil*, Dalloz, 2023, n° 189 et s. ; C. WOLMARK, *La définition prétorienne : étude en droit du travail*, op. cit., p. 190 et s.

³⁷⁶⁹ Art. L. 11-11 à L. 11-18, E. DOCKÈS (dir.), *Proposition de code du travail 2017. Sous l'égide du Groupe de recherche pour un autre Code du travail (GR-PACT)*, op. cit.

³⁷⁷⁰ Art. L. 11-12, *Ibid.*

³⁷⁷¹ Art. L. 11-13, *Ibid.*

³⁷⁷² « *Le donneur d'ouvrage est l'employeur du travailleur externalisé, même s'il utilise un intermédiaire* », art. L. 11-14, *Ibid.*

davantage une rémunération complémentaire qu'une activité principale dont le travailleur tirerait sa rémunération principale³⁷⁷³.

889. Dans la continuité de cette proposition, il serait, en effet, possible d'offrir des solutions aux travailleurs des plateformes. La tentative de dissimulation de l'expression du pouvoir ne doit pas conduire à une exclusion d'un encadrement par le droit du travail et empêcher de constater l'existence d'une subordination qui peut être fonctionnelle comme personnelle. Des solutions sont tout à fait envisageables, sans qu'il soit nécessaire de modifier de façon conséquente le droit positif ni remettre en question le critère du lien de subordination. Le droit du travail connaît d'ores et déjà des mécanismes pour répondre à ces nouvelles formes de travail. Derrière l'innovation algorithmique se cache un salariat classique chez les plateformes « cadres » (a), du travail temporaire chez les plateformes de mise à disposition (b) et du travail à domicile chez les plateformes de micro-travail (c). Ces propositions visent à offrir l'opportunité d'une réglementation pour l'ensemble des travailleurs de plateforme, qui prennent en compte la diversité des organisations, sans modifier l'équilibre du droit social.

a) La proposition d'une extension légale au salariat pour les travailleurs des plateformes « cadres »

890. Une assimilation possible au salariat. Concernant les travailleurs des plateformes « cadres », nous avons eu l'occasion de développer à plusieurs reprises dans cette étude tant leur intégration au sein de l'activité principale de la plateforme – dont l'intermédiation s'avère être accessoire d'une activité principale³⁷⁷⁴ – que l'existence d'une subordination – tant fonctionnelle que personnelle – les liant. La multiplication des requalifications à leur égard³⁷⁷⁵, ainsi que l'émergence d'une reconnaissance d'une fraude à la définition³⁷⁷⁶, par le contournement du lien de subordination, rendent nécessaire une réglementation qui correspond à la réalité de leur statut, à savoir l'application du droit du travail et leur intégration au salariat.

³⁷⁷³ A.A. CASILLI, P. TUBARO, M. COVILLE, C. LE LUDEC, M. BESEVAL, T. MOUHTARE et E. WAHAL, *Le micro-travail en France. Derrière l'automatisation de nouvelles précarités au travail ?*, op. cit., p. 47 et s.

³⁷⁷⁴ À l'instar d'Uber, V. *supra*, n° 596.

³⁷⁷⁵ V. *supra*, n° 618 et s.

³⁷⁷⁶ V. *supra*, 740 et s.

Mais la question qui se pose ensuite est celle de savoir comment intégrer ces travailleurs au droit du travail.

891. La création d'un statut *ad hoc* salarié avec une prise en compte de la liberté de connexion. Il apparaît comme étant opportun de pouvoir conserver la liberté de connexion que connaissent les travailleurs des plateformes, qui leur offre une flexibilité appréciée et qui est le cœur du fonctionnement du « *travail à la demande* », dès lors que cette liberté d'organisation est réelle et sans risque de sanctions pour le travailleur. Cependant, une telle fragmentation des périodes de travail est peu compatible avec le salariat « *classique* », car elle conduirait à une multitude de « *micro-CDD* »³⁷⁷⁷, dont le motif serait illicite, car le travailleur pourvoirait durablement à un emploi lié à l'activité normale et permanente de l'entreprise³⁷⁷⁸, sauf à le prévoir dans la catégorie des emplois temporaires par nature³⁷⁷⁹. Un tel contrat de travail serait ensuite difficilement compatible avec la dichotomie temps plein et temps partiel³⁷⁸⁰. Autant de difficultés, qui, loin d'être insurmontables, appellent, néanmoins, à une forme *sui generis*, ou à un statut *ad hoc* salarié³⁷⁸¹. Ce statut permettrait d'offrir un accès aux dispositions sociales, tout en conservant la liberté de connexion des travailleurs.

892. La proposition d'un contrat de travail « *cadre* ». Dès lors, il serait possible d'imaginer une modification du statut actuel des travailleurs de plateforme³⁷⁸². Il y aurait, à l'inverse de la situation actuelle, une assimilation au salariat avec cependant le même champ d'application désignant les travailleurs de plateformes numériques « *cadres* ». Ensuite, il serait nécessaire d'exclure les dispositions relatives au temps partiel. De plus, il serait envisageable de mettre en œuvre un contrat de travail « *cadre* » lors de l'inscription du travailleur sur la plateforme, qui définirait les conditions de réalisation de la prestation de travail et qui s'appliquerait dès lors que le travailleur se connecte pour réaliser une prestation de travail *via* la plateforme. Pour répondre au besoin de protection de ces travailleurs, l'objectif est d'exclure uniquement les

³⁷⁷⁷ P. ADAM, « Le chauffeur Uber, un salarié comme les autres », *op. cit.*

³⁷⁷⁸ Art. L. 1241-1 C. trav.

³⁷⁷⁹ Art. L. 1242-2, 3° C. trav. ; V. sur les contrats dits « *d'usages* », G. AUZERO, D. BAUGARD et E. DOCKÈS, *Droit du travail, op. cit.*, p. 337-338 ; V. en ce sens, N. ANCIAUX, « Le contrat de travail : réflexions à partir de l'arrêt Take Eat Easy », *op. cit.*

³⁷⁸⁰ V. en ce sens, « *on incline à penser qu'il n'est, en réalité, ni l'un, ni l'autre. En effet, la qualification temps plein/temps partiel découle de l'organisation contractuelle d'une mise à disposition de l'employeur par le salarié d'une partie déterminée de son temps. Or, [...] le contrat attachant le travailleur à la plateforme repose sur une structure bien différente où le travailleur ne prend aucun engagement sur le temps qu'il entend mettre à disposition de la société qui l'emploi.* », P. ADAM, « Plateforme numérique : être ou ne pas être salarié ... », *op. cit.*

³⁷⁸¹ V. déjà en ce sens, E. LEDERLIN, « Le travail numérique à l'épreuve du droit social : l'appréciation du lien de subordination selon le principe de réalité », *op. cit.* ; T. PASQUIER, « Sens et limites de la qualification de contrat de travail. De l'arrêt FORMACAD aux travailleurs « *ubérisés* » », *op. cit.*

³⁷⁸² V. *supra*, n° 548 et s.

dispositions qui sont incompatibles avec le travail à la demande, dans une application distributive du droit du travail, en excluant le moins de dispositions sociales que nécessaire pour ne pas amoindrir la protection de ces travailleurs. Les dispositions relatives au temps partiel³⁷⁸³ ou aux contrats à durée déterminée³⁷⁸⁴ ne pourraient être appliquées. En revanche, les dispositions relatives à la protection du travailleur comme celles concernant la santé et la sécurité au travail³⁷⁸⁵, les durées maximales de travail³⁷⁸⁶ ou les mesures disciplinaires³⁷⁸⁷ pourraient tout à fait s'appliquer. Par ailleurs, la situation des travailleurs des plateformes de mise à disposition est sensiblement différente et appelle à une autre proposition.

b) La proposition d'une application des dispositions du travail temporaire aux travailleurs des plateformes de mise à disposition

893. Quelle est la réelle qualification des plateformes de mise à disposition en droit du travail ? Dans le cas des plateformes de mise à disposition, le raisonnement doit être inversé, c'est-à-dire qu'il convient de partir de la qualification de l'activité pour en déduire le statut des travailleurs³⁷⁸⁸. L'activité d'intermédiation qu'exercent les plateformes de mise à disposition correspond à une relation triangulaire de mise à disposition de personnel que connaît déjà le droit du travail. La mise en œuvre d'une plateforme dématérialisée et l'utilisation d'un algorithme ne justifient pas, selon nous, la création d'un régime spécifique. Cette relation triangulaire pourrait relever *a priori* soit du portage salarial, de la sous-traitance, ou du travail temporaire.

894. L'exclusion de la qualification de portage salarial. Il est tout d'abord possible d'exclure le portage salarial,³⁷⁸⁹ car l'objet même de la plateforme de mise à disposition est d'aider la mise en relation entre le travailleur et l'utilisateur. Or, l'un des principes fondamentaux du portage salarial consiste en l'autonomie, l'expertise et la qualification du salarié³⁷⁹⁰. Ce qui

³⁷⁸³ Art. L. 3123-1 et s. C. trav.

³⁷⁸⁴ Art. L. 1241-1 et s. C. trav.

³⁷⁸⁵ Art. L. 4121-1 et s., R. 4121-1 et s. C. trav.

³⁷⁸⁶ Art. L. 3121-20 à L. 3121-22 C. trav.

³⁷⁸⁷ Art. L. 1331-1 et s. C. trav.

³⁷⁸⁸ G. LOISEAU, « La qualification des plateformes de mise à disposition de personnel », *JCP S*, n° 10, 2023, 1064.

³⁷⁸⁹ V. également, *supra*, n° 845.

³⁷⁹⁰ Art. L. 1254-2 C. trav.

pourrait néanmoins correspondre aux profils des travailleurs des plateformes de *freelance*, cependant le salarié porté est censé rechercher lui-même ses clients³⁷⁹¹. Dès lors que le travailleur doit rechercher lui-même ses clients, l'activité d'intermédiation de la plateforme perd de son intérêt. Enfin, l'activité de portage salarial doit, par ailleurs, être l'objet exclusif de l'entreprise³⁷⁹². Ce qui ne correspond pas toujours à la situation des plateformes de mise à disposition.

895. L'exclusion partielle de la qualification de sous-traitant. S'agissant de la sous-traitance, il est également possible de l'exclure, mais partiellement. En principe, la sous-traitance ne fournit pas uniquement de la main-d'œuvre, mais une prestation de services³⁷⁹³. La distinction est particulièrement fine ici avec le travail temporaire. Il ne s'agit pas de prêt de main-d'œuvre à but lucratif, mais d'une externalisation du travail sans prêt de main-d'œuvre³⁷⁹⁴. Dans cette configuration, les directives doivent venir exclusivement de l'employeur, entreprise « *prestataire de services* »³⁷⁹⁵. En outre, il a été retenu à plusieurs reprises que l'existence d'une compétence propre du sous-traitant était un indice quant à la réalité de la sous-traitance³⁷⁹⁶. Ici, c'est donc l'expertise de l'entreprise sous-traitante qui est recherchée avant la mise à disposition de personnel. Or, dans le cas des plateformes de mise à disposition il s'agit avant tout de la recherche d'un personnel pour effectuer une tâche, avant celle d'une quelconque expertise. Cependant, cette qualification pourrait être envisagée dans le cas du recours à une plateforme de mise à disposition pour un particulier, comme c'est par exemple souvent le cas pour le *jobbing* qui s'inscrit dans un secteur d'activité particulier et dont la plateforme vérifie parfois les compétences de ses « *partenaires* »³⁷⁹⁷.

896. La qualification possible d'entreprise de travail temporaire. Enfin, la qualification d'entreprise de travail temporaire semble tout à fait opportune s'agissant des plateformes de mise à disposition³⁷⁹⁸. L'objet de ces plateformes est l'intermédiation entre un utilisateur et un

³⁷⁹¹ Il est en effet indiqué que son expertise doit lui permettre « *rechercher lui-même ses clients et de convenir avec eux des conditions d'exécution de sa prestation et de son prix. [...] L'entreprise de portage n'est pas tenue de fournir du travail au salarié porté* », art. L. 1254-2 C. trav.

³⁷⁹² Art. L. 1254-24 C. trav.

³⁷⁹³ Elle se caractérise « *par l'accomplissement d'une tâche spécifique nécessitant un savoir-faire technique, la fourniture du matériel et l'encadrement du personnel par l'entreprise prêteuse, la rémunération de cette dernière au forfait et non à l'heure, le maintien de l'autorité sur le personnel mis à disposition* », G. VACHET, « Travail temporaire », dans *Répertoire de droit du travail*, Dalloz, 2021, n° 22.

³⁷⁹⁴ G. AUZERO, D. BAUGARD et E. DOCKÈS, *Droit du travail*, op. cit., p. 445 et s.

³⁷⁹⁵ À défaut, cela pourrait être constitutif d'une fourniture illicite de main-d'œuvre, V. par exemple, Cass. crim., 19 mars 2013, n° 11-86.552., *D. actu.* 23 avr. 2013, obs. Ines; *Dr. ouvrier* 2013. 680, obs. Kapp.

³⁷⁹⁶ V. par exemple, Cass. soc., 4 décembre 2013, n° 12-19.942.

³⁷⁹⁷ V. *supra*, n° 521.

³⁷⁹⁸ V. également sur ce point, *supra*, n° 801.

travailleur. Il s'agit ainsi soit d'une activité de placement, que les entreprises de travail temporaire sont autorisées à faire, en dérogation au principe d'exclusivité depuis 2005³⁷⁹⁹, soit il s'agit d'un prêt de main-d'œuvre³⁸⁰⁰, qui est constitué par la mise à disposition du travailleur par l'intermédiaire de la plateforme, à but lucratif³⁸⁰¹, la plateforme tirant bien une commission de la prestation de travail ainsi réalisée. Or, l'article L. 1251-3 du Code du travail précise bien que « toute activité de travail temporaire s'exerçant en dehors d'une telle entreprise est interdite, sous réserve des dispositions relatives aux opérations de prêt de main-d'œuvre à but non lucratif ». Un tel constat conduirait à reconnaître la qualité de salarié des travailleurs auprès de la plateforme de mise à disposition³⁸⁰², conformément à l'existence d'une subordination fonctionnelle et de la correspondance avec une activité de travail temporaire. Un conseil de prud'hommes a d'ailleurs reconnu pour la première fois le 9 janvier 2023³⁸⁰³ qu'il existait un lien de subordination juridique entre un travailleur de plateforme et l'entreprise utilisatrice ainsi qu'avec la plateforme, en l'espèce *Staffme*. L'entreprise utilisatrice et la plateforme ont ainsi été reconnues co-employeur. À cette occasion, il a été jugé que « la société *Staffme* agissant comme une entreprise de travail temporaire, pour mettre un prétendu travailleur indépendant à la disposition de l'entreprise utilisatrice qui avait recours à ses services dans des conditions caractérisant l'existence d'un contrat de travail ». Une décision salubre, qui permettra de mettre en lumière la réalité du modèle économique des plateformes de mise à disposition³⁸⁰⁴. Cependant, à l'aune de la dispersion des pouvoirs propres à la relation triangulaire, la constitution d'un lien de subordination a pu être considérée comme étant fragile³⁸⁰⁵. Dans cette perspective, pour appréhender la réalité de leur activité, il convient bien d'inverser la réflexion

³⁷⁹⁹ Art. L. 1251-4 C. trav. ; loi n° 2005-841 du 26 juillet 2005 relative au développement des services à la personne et portant diverses mesures en faveur de la cohésion sociale.

³⁸⁰⁰ Le prêt de main-d'œuvre peut se définir comme étant un « contrat par lequel un employeur met temporairement un de ses salariés à la disposition d'un autre employeur », V. « Prêt », G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, op. cit., p. 803.

³⁸⁰¹ Le caractère lucratif peut se définir comme étant celui « qui procure un gain, un profit, un avantage. », plus précisément le but lucratif est l' « objectif qui caractérise les groupements constitués en vue de réaliser un profit (bénéfice ou économie) », V. « Lucratif », G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, op. cit., p. 632.

³⁸⁰² V. également, pour une analyse des plateformes de mise à disposition comme entreprise de travail temporaire, G. LOISEAU, « Les plateformes dans les turbulences de la concurrence déloyale », op. cit.

³⁸⁰³ Cons. prud'h. Paris, 9 janvier 2023, n° 20/05493, *JCP S 2023. 1064, étude Loiseau*, op. cit.

³⁸⁰⁴ « Il est grand temps que le modèle économique des plateformes de mise à disposition de personnel soit appréhendé pour ce qu'il est, c'est-à-dire un montage ayant pour objet de pratiquer à bas bruit l'activité de travail temporaire », G. LOISEAU, « La qualification des plateformes de mise à disposition de personnel », op. cit.

³⁸⁰⁵ Il a, en effet, été jugé que « si la société *Staffme* n'adressait pas de directives au demandeur pour l'exécution de son travail, cette circonstance n'est en rien exclusive de l'existence d'un contrat de travail entre elle et le demandeur dès lors que, dans le cadre du travail temporaire, le travailleur reçoit ses directives de l'entreprise utilisatrice et non de l'entreprise de travail temporaire qui est néanmoins, légalement, employeur du salarié intérimaire », Cons. prud'h. Paris, 9 janvier 2023, n° 20/05493, *JCP S 2023. 1064, étude Loiseau*.

habituelle en partant de l'analyse de leur activité, pour pouvoir caractériser le véritable statut des travailleurs qui exercent par son intermédiaire³⁸⁰⁶.

897. Il conviendrait alors que les plateformes de mise à disposition acquièrent la qualification d'entreprise de travail temporaire et répondent aux obligations afférentes (renoncer à exercer toute autre activité³⁸⁰⁷, justifier de garanties financières³⁸⁰⁸, etc³⁸⁰⁹). Dans cette perspective, le processus de fixation du prix de la prestation serait en revanche sensiblement modifié, alors que le travailleur conserverait la possibilité de négocier son salaire avec la capacité d'accepter ou de refuser la mission³⁸¹⁰. Les travailleurs de plateforme pourraient ainsi soit contracter des contrats mission³⁸¹¹, au gré des demandes des utilisateurs, ce qui leur permettrait de garder une flexibilité tout en bénéficiant du statut de salarié pendant le temps de l'exécution de la prestation de travail ; soit ils pourraient également envisager de conclure un CDI intérimaire³⁸¹².

898. La perspective complémentaire du CDI intérimaire. Malgré les critiques qu'a pu susciter la création du CDI intérimaire³⁸¹³, il pourrait constituer une perspective intéressante pour les travailleurs des plateformes de mise à disposition. Le salarié en CDI intérimaire bénéficie d'un contrat à durée indéterminée ainsi que d'une garantie d'un revenu minimum en période d'« *intermission* »³⁸¹⁴. Ce qui présente l'avantage avec le CDI de lever les freins que peuvent rencontrer les salariés en contrat « *atypique* »³⁸¹⁵ et de connaître une certaine stabilité. En revanche, le salarié ne peut pas refuser les missions, dès lors qu'elles correspondent aux conditions de qualification et de distance prévues dans son contrat³⁸¹⁶. Il perdrait ainsi, en

³⁸⁰⁶ V. en ce sens, G. LOISEAU, « La qualification des plateformes de mise à disposition de personnel », *op. cit.*

³⁸⁰⁷ Art. L. 1251-2 C. trav.

³⁸⁰⁸ Art. L. 1251-45 et s. C. trav.

³⁸⁰⁹ V. sur le contrôle des entreprises de travail temporaire, G. AUZERO, D. BAUGARD et E. DOCKÈS, *Droit du travail, op. cit.*, p. 418.

³⁸¹⁰ V. sur la typologie des profils de salarié intérimaire, C. FAURE-GUICHARD, « Les salariés intérimaires, trajectoires et identités », *Travail et Emploi*, n° 78, 1999, p. 1-20 ; D. GLAYMANN, *La vie en intérim, op. cit.*, p. 164 et s. ; R. BELKACEM (dir.), C. KORNIG (dir.) et F. MICHON (dir.), *Visages de l'intérim en France et dans le monde*, L'Harmattan, 2011, p. 439-440 ; D. GLAYMANN, « Pourquoi et pour quoi devient-on intérimaire ? », *Travail et Emploi*, n° 114, 2008, p. 33-43 ; V. sur la possibilité de négociation salariale des « intérimaires professionnels », C. KORNIG, « Choisir l'intérim : sous quelles conditions ? », *Cahiers de Socio-Economie du Travail*, n° 29, 2007, p. 1959-1977.

³⁸¹¹ Art. L. 1251-1 et s. C. trav.

³⁸¹² Art. L. 1251-58-1 et s. C. trav ; V. également en ce sens, E. LEDERLIN, « Le travail numérique à l'épreuve du droit social : l'appréciation du lien de subordination selon le principe de réalité », *op. cit.*

³⁸¹³ V. déjà, *supra*, n° 828 ; V. à ce sujet, F. SARFATI et C. VIVES, « Le CDI intérimaire. La loi au secours du patronat », *op. cit.*, p. 3.

³⁸¹⁴ Art. L. 1251-58-3 C. trav.

³⁸¹⁵ V. « Précarité », A. BEVORT, A. JOBERT, M. LALLEMENT et A. MIAS, *Dictionnaire du travail, op. cit.*, p. 554 et s. ; V. spécifiquement sur la précarité dans le travail temporaire, D. GLAYMANN, *La vie en intérim, op. cit.* ; A. LACROUX, « L'incertitude, un outil de gestion ? Une application au cas des salariés intérimaires », *Humanisme et Entreprise*, vol. 287, n° 2, 2008, p. 57-73.

³⁸¹⁶ Art. L. 1251-58-2 C. trav.

revanche, sur ce point, sa liberté de connexion, propre au travail à la demande, pour bénéficier des garanties du CDI. Il s'agit cependant d'une perspective qui pourrait intéresser une partie des travailleurs désireux d'obtenir une certaine sécurité de l'emploi. Enfin, aux côtés des plateformes de mise à disposition, au sein des plateformes-« marchés », le micro-travail pourrait également être saisi par le droit du travail autrement que par le droit du travail temporaire.

c) *La proposition d'une qualification de travailleur à domicile pour les micro-travailleurs*

899. L'intégration des micro-travailleurs au statut des travailleurs à domicile. Le micro-travail est un phénomène qui peine encore à être saisi par le droit³⁸¹⁷, même s'il a pu faire l'objet d'études et n'est pas ignoré par la doctrine³⁸¹⁸. Pour l'OIT, le micro-travail peut être considéré comme une forme de travail à domicile³⁸¹⁹. En ce sens, il serait alors envisageable d'inscrire les micro-travailleurs dans le régime des travailleurs à domicile³⁸²⁰. En l'absence d'immatriculation ou d'inscription aux registres prévue à l'article L. 8221-6 du Code du travail, le travailleur à domicile est considéré comme salarié du donneur d'ouvrage, bien qu'il soit néanmoins toujours possible de renverser la présomption d'indépendance³⁸²¹. En outre, la qualification à ce statut n'est pas conditionnée à la recherche d'un lien de subordination juridique³⁸²², qui fait défaut pour les micro-travailleurs aux yeux de la Cour de cassation pour le moment³⁸²³. La qualification de travail à domicile repose sur l'exécution « moyennant une rémunération forfaitaire, pour le compte d'un ou plusieurs établissements, [d']un travail qui

³⁸¹⁷ G. LOISEAU, « Travailleurs de plateformes : le néo-salariat », *op. cit.*, étude 6 ; V. pour une analyse des ressources du droit positif, F. KHODRI, « Le micro-travail saisi par le droit », dans *Regards croisés sur le travail et le microtravail de plateforme*, Mare & Martin, 2023, p. 79-97.

³⁸¹⁸ V. *supra*, n° 533 ; A.A. CASILLI, *En attendant les robots*, *op. cit.*, p. 119 et s. ; A.A. CASILLI, P. TUBARO, M. COVILLE, C. LE LUDEC, M. BESEVAL, T. MOUHTARE et E. WAHAL, *Le micro-travail en France. Derrière l'automatisation de nouvelles précarités au travail ?*, *op. cit.* ; P. BARRAUD DE LAGERIE et L. SIGALO SANTOS, « Et pour quelques euros de plus », *op. cit.* ; G. LOISEAU et A. MARTINON, « Les microtravailleurs », *BJT*, n° 5, 2019, p. 1 ; F. KHODRI et E. MAZUYER, « Le micro-travail numérique et la force attractive du droit du travail », *op. cit.*

³⁸¹⁹ OIT, *Le travail à domicile. De l'invisibilité au travail décent*, Bureau internationale du travail, 2022.

³⁸²⁰ Art. L. 7411-1 et s. C. trav.

³⁸²¹ V. *supra*, n° 626.

³⁸²² Art. 7412-1, 2, a) C. trav.

³⁸²³ V. *supra*, n° 538 ; « La simple vérification des tâches accomplies dont découle le refus du versement de la rémunération prévue et du remboursement des frais en cas de manquement constaté ne caractérise donc pas l'exercice d'un tel pouvoir », Cass. crim., 5 avril 2022, n° 20-81.775, D. 2022. 709 ; *ibid.* 1280, obs. S. Vernac et Y. Ferkane ; *AJ pénal* 2022. 311, note J. Gallois.

lui est confié soit directement, soit par un intermédiaire ». Ce qui pourrait tout à fait correspondre à la situation des micro-travailleurs, qui effectue des tâches par l'intermédiaire de la plateforme de micro-travail en échange d'une rémunération pour le compte d'un client, utilisateur de la plateforme. Il a, par exemple, été admis comme travailleur à domicile avec une rémunération forfaitaire, la personne qui effectue à son domicile, moyennant un forfait, des traductions de langues étrangères pour le compte d'une entreprise dès lors qu'il est établi qu'elle était rémunérée sur la base convenue à l'avance de dix centimes le mot traduit³⁸²⁴. Il y a une très grande similitude avec la situation des micro-travailleurs³⁸²⁵, tant dans le fonctionnement que dans le mode de rémunération « à la tâche ». Cette perspective nous renvoie à la situation des couturières à domicile³⁸²⁶, payées à la pièce, jusqu'à ce que le législateur se saisisse de leur situation pour les assimiler au salariat³⁸²⁷.

900. Le travail à domicile présente un assez large champ d'application. La qualification est, en effet, indifférente à la nature de l'activité³⁸²⁸ – ce qui permettrait d'intégrer le micro-travail en ligne – au nombre d'heures de travail effectuées³⁸²⁹ – ce qui offre la possibilité de lever la difficulté de la nature complémentaire de l'activité en l'absence de minimum d'heures à réaliser par semaine³⁸³⁰ – ainsi qu'à la propriété du matériel ou des fournitures³⁸³¹. En outre, ce qui distingue le travailleur à domicile de l'indépendant consiste dans le caractère commandé du travail. En d'autres termes, si le travail est réalisé pour le compte personnel du travailleur, sans commande préalable d'un donneur d'ouvrage, il sera considéré comme un travailleur indépendant. À l'inverse, comme c'est le cas pour les micro-travailleurs, dès lors que le travail

³⁸²⁴ Cass. soc., 3 juin 1981, n° 80-10.084.

³⁸²⁵ V. des exemples de tâches en ligne pour la plateforme Foule Factory, P. BARRAUD DE LAGERIE et L. SIGALO SANTOS, « Et pour quelques euros de plus », *op. cit.*, p. 59.

³⁸²⁶ V. à ce sujet, C. DIDRY, *L'institution du travail. Droit et salariat dans l'histoire*, *op. cit.*, p. 91-92.

³⁸²⁷ Pour ce faire, il a été renoncé de distinguer les travailleurs selon le mode de rémunération pour l'application de la loi du 9 avril 1898, à cet égard il a été estimé qu'« il eût été souverainement injuste d'en faire bénéficier les salariés au temps, sans en faire bénéficier leurs camarades, salariés aux pièces, travaillant parfois à côté d'eux, dans les mêmes ateliers », H. CAPITANT et P. CUCHE, *Précis de législation industrielle*, 2^e éd., Dalloz, 1930, p. 139.

³⁸²⁸ Initialement prévue pour les activités manuelles, la qualification de travailleur à domicile est désormais admise pour les activités intellectuelles. V. à ce sujet, G. DEDESSUS-LE-MOUSTIER, « Travail à domicile et télétravail », dans *Répertoire de droit du travail*, Dalloz, 2013, n° 22.

³⁸²⁹ Art. L. 7412-1, 2^o, e) C. trav.

³⁸³⁰ Contrairement à ce qui est par exemple prévu au sein de la directive n° 2019/1152 du 20 juin 2019 relative à des conditions de travail transparentes et prévisibles dans l'Union européenne, art. 1.3.

³⁸³¹ Art. L. 7412-2 C. trav.

est accompli pour le compte d'un donneur d'ouvrage³⁸³², et donc commandé, le travailleur pourra avoir la qualité de travailleur à domicile³⁸³³.

901. La compatibilité du travail à domicile avec la multiactivité. Les micro-travailleurs ont pour la plupart un travail à temps plein avec une activité principale à côté de leur activité de micro-travailleur. La principale motivation pour s'engager dans le micro-travail est le besoin d'un revenu complémentaire³⁸³⁴. À cet égard, la jurisprudence admet qu'un travailleur puisse bénéficier du statut de travailleur à domicile même lorsqu'il exerce conjointement cette activité à titre accessoire et une autre activité professionnelle³⁸³⁵. L'application de la qualification de travail à domicile aurait l'avantage d'offrir un minimum de protection et de rétablir un certain équilibre dans la relation, limitant les comportements abusifs³⁸³⁶. Le développement de ces nouveaux entrepreneurs a relancé de vieux débats³⁸³⁷, ce qui amène à s'interroger sur le sens du lien de subordination à l'épreuve du numérique.

³⁸³² Art. L. 7412-1 C. trav ; G. DEDESSUS-LE-MOUSTIER, « Travail à domicile et télétravail », *op. cit.*, n° 25.

³⁸³³ V. par exemple, Cass. soc., 27 octobre 1976, n° 75-12.288 ; Cass. soc., 16 juin 1977, n° 76-10.447 ; V. au contraire, Cass. soc., 22 janvier 1981, *Bull. civ. V, n° 61* ; Cass. soc., 22 janvier 1981, *Bull. civ. V, n° 62*.

³⁸³⁴ « *En France, le micro-travail se définit de plus en plus comme un nouveau moyen de pallier une précarité économique* », A.A. CASILLI, P. TUBARO, M. COVILLE, C. LE LUDEC, M. BESEVAL, T. MOUHTARE et E. WAHAL, *Le micro-travail en France. Derrière l'automatisation de nouvelles précarités au travail ?*, *op. cit.*, p. 7.

³⁸³⁵ V. notamment, Cass. soc., 23 novembre 1978, n° 77-11.805, *D. 1979. IR 158, op. cit.* ; Il a même été jugé que la violation par une salariée d'une clause de non-concurrence n'a pas pour effet de la priver de la qualité de travailleuse à domicile, Cass. soc., 5 janvier 1995, n° 91-41.174, *D. 1995. IR 60 ; Dr. soc. 1995. 189 ; RJS 1995. 127, n° 166*.

³⁸³⁶ « *Le droit du travail offre le minimum de protection que ne leur accordent pas les règles normalement applicables. Les insuffisantes avérées du droit de la distribution à protéger la partie faible sont ainsi palliées par l'application du droit du licenciement, des règles sur la durée du travail, le repos ou le SMIC* », P. LOKIEC, *Droit du travail, op. cit.*, p. 136 ; V. sur les enjeux en matière de santé au travail des micro-travailleurs, D. NUNES, « *Les faux semblants des plateformes de micro-tâches. Premiers résultats d'une recherche empirique* », dans *Regards croisés sur le travail et le microtravail de plateforme*, Mare & Martin, 2023, p. 61-62.

³⁸³⁷ « *Le développement des nouveaux auto-entrepreneurs, plus ou moins ubérisés et en situation de faiblesse, relance ces vieux débats. Sous une forme moderne, on retrouve certains des dangers qui frappèrent les travailleurs à domicile avant leur assimilation au salariat : horaire à rallonge, salaires de misères, isolement, incapacité à s'organiser en syndicat ...* », E. DOCKÈS (dir.), *Proposition de code du travail 2017. Sous l'égide du Groupe de recherche pour un autre Code du travail (GR-PACT)*, *op. cit.*, p. 3.

2- L'intérêt du maintien du lien de subordination comme critère du contrat de travail à l'épreuve du numérique

902. Le sens du principe d'indisponibilité. *Ex ante*, il convient de rappeler que par le principe d'indisponibilité du contrat de travail, qui a été maintenu à l'épreuve du numérique³⁸³⁸, les juges s'opposent à ce que la qualification juridique soit laissée à la libre disposition et choix des justiciables. En ce sens, la jurisprudence a ainsi consacré le principe d'indisponibilité du contrat de travail, par la célèbre formule selon laquelle « *l'existence d'une relation de travail salariée ne dépend, ni de la volonté exprimée par les parties, ni de la dénomination donnée par celles-ci à leur convention, mais des conditions dans lesquelles s'exerce l'activité du travailleur* ». Par conséquent, l'argument selon lequel les travailleurs, notamment de plateforme numérique de travail, auraient le souhait d'être indépendants va en premier lieu à l'encontre de ce principe. En second lieu, il est permis de douter d'une réelle volonté d'indépendance, par la confusion qui est entretenue entre indépendance et autonomie par les plateformes elles-mêmes³⁸³⁹. L'autonomie étant l'un des critères de l'indépendance certes, mais sans emporter l'ensemble des caractéristiques de celle-ci, qui implique notamment la constitution d'une clientèle propre, ou encore le pouvoir de fixer son prix³⁸⁴⁰. Autant d'éléments qui montrent la nécessité de rendre la réelle qualification juridique de la situation de ces travailleurs du numérique. Pour ce faire, le sens téléologique du lien de subordination permet de mettre en lumière l'intérêt, encore actuel, de ce critère, et au-delà de l'accès au salariat.

903. Le sens téléologique du lien de subordination. Le lien de subordination a bien du mal à se défaire de ses origines³⁸⁴¹. Malgré les questionnements autour d'une éventuelle désuétude³⁸⁴², le lien de subordination conserve toute son actualité à l'ère numérique. Nonobstant la multiplication des exceptions, par notamment les mouvements d'extension du

³⁸³⁸ Cons. const., 20 décembre 2019, n° 2019-794 DC, *AJDA* 2020. 9 ; *D.* 2020. 1012, obs. V. Monteillet et G. Leray ; *ibid.* 1588, obs. J.-C. Galloux et P. Kamina ; *JA* 2020, n° 611, p. 8, obs. X. Delpech ; *AJCT* 2020. 5, obs. D. Necib ; *RDT* 2020. 42, obs. B. Gomes ; *Constitutions* 2019. 533, chron. M. Kamal-Girard ; *CCE* févr. 2020, *Comm.* 13, obs. G. Loiseau, *op. cit.*

³⁸³⁹ V. *supra*, n° 633.

³⁸⁴⁰ V. à ce sujet, *supra*, n° 670 et s. ; V. en ce sens, B. GOMES, *Le droit du travail à l'épreuve des plateformes numériques*, *op. cit.*, p. 112 et s.

³⁸⁴¹ « Le mot « subordination » semble sorti d'un vieux placard qu'on n'aurait pas ouvert depuis longtemps, comme par crainte d'y trouver quelque démon caché. », J.-F. CESARO, « La subordination », *op. cit.*, p. 129.

³⁸⁴² « Hier l'usine des « Temps Modernes » de Charlie Chaplin, qui faisait de Charlot le rouage d'une chaîne sur laquelle il n'exerçait aucune maîtrise, aujourd'hui l'informaticien utilisant une technologie qu'il est seul à posséder dans son entreprise, demain, le travailleur soumis aux prescriptions d'un algorithme ... Les caractéristiques de la subordination évoluent, au point de questionner la survie de la subordination comme critère du salariat. », P. LOKIEC, *Droit du travail*, *op. cit.*, p. 128.

salariat³⁸⁴³ et d'une évolution de son expression³⁸⁴⁴, il conserve un rôle qualificatif essentiel. Il traduit le rapport de pouvoir qui s'exerce par l'employeur sur le salarié, autour du triptyque de pouvoirs issu de la définition de l'arrêt *Société générale*³⁸⁴⁵. Et surtout, il matérialise l'échange du pouvoir contre la responsabilité³⁸⁴⁶, dont la décorrélation n'est pas une perspective souhaitable pour une protection effective des travailleurs³⁸⁴⁷. La finalité du lien de subordination, comme critère qualificatif du contrat de travail, est, en effet, l'accès au statut de salarié dont il découle l'application des dispositions sociales et l'exclusion de la charge des risques³⁸⁴⁸. En outre, la fonction première du droit du travail, qui justifie pour certain son autonomie, consiste en la protection du travailleur, ce, y compris contre lui-même³⁸⁴⁹, et tout particulièrement en matière de santé et de sécurité³⁸⁵⁰. Conserver le lien de subordination permet ainsi d'accéder à cette protection et d'établir une frontière entre le contrat de travail et les contrats voisins³⁸⁵¹. Il est essentiel de préserver le caractère d'ordre public du principe d'indisponibilité du contrat de travail, qui permet au lien de subordination de répondre à son sens téléologique.

904. Par ailleurs, la plasticité de la définition du lien de subordination a pu être source de critiques³⁸⁵², mais c'est justement cette caractéristique qui en fait toute sa force. Il a ainsi parfaitement pu répondre aux évolutions face aux nouveaux rapports de travail, notamment issus de la révolution numérique. De plus, son origine jurisprudentielle offre la perspective d'une éventuelle évolution en faveur de son aspect fonctionnel, pour une meilleure prise en compte du pouvoir de direction de l'activité³⁸⁵³. Dans le but de conserver une cohérence, à

³⁸⁴³ V. sur l'extension législative, *supra*, n° 876.

³⁸⁴⁴ V. *supra*, n° 683 et s.

³⁸⁴⁵ Cass. soc., 13 novembre 1996, n° 94-13.187, *Société générale*. *GADT*, 4e éd., n°2 ; *Dr. soc.*, 1996, p. 1067, note J.-J. Dupeyroux ; *JCP E* 1997. II. 911, note J. Barthélémy ; *RJS* 12/96, n° 1320, *op. cit.*

³⁸⁴⁶ « *L'employeur a des devoirs envers le travail, non point parce qu'il en profite, mais parce qu'il le commande* », P. CUCHE, « La définition du salarié et le critérium de la dépendance économique », *op. cit.*

³⁸⁴⁷ V. sur la proposition d'un tiers « *sécurisateur* », *supra*, n° 844.

³⁸⁴⁸ V. sur l'analyse de la répartition des risques comme critère de la qualification du lien de subordination, et donc du droit du travail, T. PASQUIER, *L'économie du contrat de travail : conception et destin d'un type contractuel*, *op. cit.*, p. 75 et s.

³⁸⁴⁹ V. notamment en ce sens, J. BARTHÉLÉMY, « Essai sur la parasubordination », *op. cit.* ; V. également, sur les fonctions du droit du travail, P. LOKIEC, *Droit du travail*, *op. cit.*, p. 69 et s.

³⁸⁵⁰ « *L'objet premier du droit du travail a été d'assurer la sécurité physique du salarié face aux risques de maladie et d'accident que lui fait courir l'entreprise* », A. SUPIOT, *Le droit du travail*, *op. cit.*, p. 114.

³⁸⁵¹ Ce, car, « *le contrat de travail ne se définit plus par l'objet du contrat mais par les conditions d'exécution de l'activité considérée* », T. AUBERT-MONPEYSEN, *Subordination juridique et relation de travail*, *op. cit.*, p. 314 ; V. également, F. GAUDU et R. VATINET, *Les contrats du travail*, *op. cit.*, p. 43 et s.

³⁸⁵² V. à ce sujet, J.-P. CHAUCHARD, « La subordination du salarié, critère du contrat de travail », *op. cit.*, p. 28 et s.

³⁸⁵³ V. *supra*, n° 578 et s.

l'épreuve des mutations liées au numérique, le maintien du lien de subordination se justifie comme garde-fou.

905. Il ne s'agit pas ici de vouloir appliquer à l'ensemble des relations de travail le modèle du salariat, ce qui serait vain³⁸⁵⁴, il s'agit plutôt de conserver le lien de subordination comme boussole du droit du travail qui constitue une distinction entre les travailleurs subordonnés et ceux qui sont réellement indépendants. En dépit d'un certain brouillage identifié depuis longtemps, opposant des salariés autonomes et des indépendants assujettis³⁸⁵⁵, les difficultés d'identification seraient plutôt propres à toute opération de qualification et à l'existence de frontières qui sont vouées à être débattue, que réellement propres au critère du lien de subordination, qui présente une certaine stabilité dans sa définition³⁸⁵⁶. Conserver le lien de subordination, comme critère qualificatif, ne signifie pas non plus d'exclure les modèles alternatifs qui peuvent exister³⁸⁵⁷, ni empêcher l'extension d'un mouvement autour des droits et libertés fondamentaux³⁸⁵⁸, dont la subordination participe dans sa finalité³⁸⁵⁹.

906. À l'épreuve du numérique, le lien de subordination conserve un intérêt fonctionnel. Au-delà d'être un simple critère qualificatif du contrat de travail, la subordination « *est la pierre angulaire d'un droit qui a pour objectif essentiel d'encadrer l'exercice du pouvoir qu'il confère ainsi à une personne sur une autre* »³⁸⁶⁰. Le lien de subordination rend ainsi compte d'un rapport de pouvoir dont le droit du travail doit en encadrer l'exercice. À l'ère numérique, il conviendra de porter une attention particulière sur l'exercice d'une influence, qui dissimule mal un pouvoir de direction, et sur l'intensité du contrôle, qui traduirait une surveillance dépassant la simple relation commerciale indépendante, et dont le lien de subordination répond de ces situations. Mais pour ne pas rester une simple réponse *ex post* dans le cadre du contentieux en requalification, il conviendra de lui redonner son sens dans la réglementation des nouvelles relations de travail.

³⁸⁵⁴ A. SUPIOT, « Les nouveaux visages de la subordination », *op. cit.*

³⁸⁵⁵ *Ibid.*

³⁸⁵⁶ Le lien de subordination « *constitue une tentative de cohérence dans la réalité en mutations des rapports de travail.* », T. AUBERT-MONPEYSSSEN, *Subordination juridique et relation de travail*, *op. cit.*, p. 315.

³⁸⁵⁷ V. *supra*, n° 849.

³⁸⁵⁸ V. à ce sujet, T. AUBERT-MONPEYSSSEN, « Les libertés et droits fondamentaux dans l'entreprise : brèves remarques sur quelques évolutions récentes », dans *Mélanges dédiés au Président Michel Despax*, PUSS, 2002, p. 261-284.

³⁸⁵⁹ La finalité de subordination « *se fonde uniquement sur les impératifs de dignité au travail et de préservation de l'intégrité et de la santé mentales et physiques du travailleur* », B. PETIT, « Formes légales de travail et formes contemporaines d'esclavage », *Les Cahiers de la Justice*, n° 2, 2020, p. 226.

³⁸⁶⁰ A. SUPIOT, *Critique du droit du travail*, *op. cit.*, p. 110.

907. Conclusion de section. Revenir au sens téléologique du lien de subordination permet de réinterroger la place que le droit du travail peut et doit occuper à l'épreuve du numérique. Croire que les plateformes numériques offrent des modèles alternatifs, aux côtés de ceux du Code du travail, c'est ouvrir la brèche d'un recul des protections du droit du travail³⁸⁶¹. À cet égard, l'analyse des situations à l'aune du lien de subordination demeure d'actualité. En ce sens, le critère du lien de subordination présente une certaine compatibilité avec la construction de la notion de travailleur du droit de l'Union européenne, auquel la CJUE fait parfois explicitement référence. Face à l'influence croissante du droit de l'Union européenne sur le droit national, il apparaît tout d'abord souhaitable de garder une certaine cohérence terminologique, qui plaide en la faveur d'une conservation du lien de subordination comme critère du contrat de travail³⁸⁶². Par ailleurs, dans une perspective téléologique, le lien de subordination s'avère être une boussole toujours pertinente en droit du travail. Même lorsque certains travailleurs semblent appartenir à une forme de parasubordination, le fait qu'ils soient à la lisière la subordination conduit à s'interroger sur leur réelle qualification juridique et sur l'opportunité d'une application du droit du travail. Et les méthodes pour y parvenir ne manquent pas et ont déjà eu l'occasion d'être utilisées dès lors qu'une protection spécifique a été estimée comme étant nécessaire pour une catégorie de travailleurs identifiés, dans une démarche finaliste donc. Par conséquent, il a été possible de trouver, lors de cette étude, au sein du Code du travail des réponses pour les travailleurs de plateforme, qui prennent en compte de la diversité de leur situation entre ceux des plateformes « cadres », de mise à disposition et de micro-travail. Autant de propositions qui ont pour ambition d'offrir une protection effective aux travailleurs, qui sont soit partiellement exclus par la réglementation³⁸⁶³, soit totalement ignorés³⁸⁶⁴.

908. Conclusion de chapitre. Le lien de subordination fait l'objet de nombreuses critiques et provoque même parfois la méfiance liée à ses origines, renvoyant au monde industriel ancien et supposé désuet. Selon ses détracteurs, il ne s'adapterait pas aux nouveaux travailleurs du

³⁸⁶¹ « *Elles œuvre directement, en créant la demande par leur offre, au recul des protections du droit du travail.* », G. LOISEAU, « La qualification des plateformes de mise à disposition de personnel », *op. cit.*

³⁸⁶² V. l'entretien avec le doyen Jean-Guy Huglo, F. CHAMPEAUX, « Le droit du travail doit prendre en compte la situation des travailleurs des plateformes », *op. cit.*, spé. p. 4.

³⁸⁶³ Pour les plateformes cadres, V. *supra*, n° 511.

³⁸⁶⁴ Pour les plateformes-marchés, V. *supra*, n° 510.

monde « *moderne* » de l'ère numérique. De nombreuses propositions ont alors émergé ou réémergé, depuis plus d'une vingtaine d'années. Tout d'abord, celles relatives à la création d'un tiers statut n'ajouteraient qu'une nouvelle frontière et auraient pour risque principal de vider le salariat. Pour ces raisons, elles doivent être écartées selon nous. En revanche, celles qui tendent à l'universalité des droits et libertés fondamentaux méritent toute notre attention. Loin d'être incompatible avec la *summa divisio* traditionnelle, entre indépendant et salarié, cette dernière proposition offre des perspectives intéressantes pour renforcer la protection de la dignité humaine et, ici, en ce qui concerne notre démonstration, la dignité du travailleur à l'épreuve du numérique. De même, des modèles alternatifs au salariat classique peuvent être encouragés, le « *coopérativisme* » propose ainsi d'autres voies pour les travailleurs qui rechercheraient un projet d'entreprise ayant pour objet une perspective éthique³⁸⁶⁵. Pourtant, malgré les nombreuses propositions relatives à un dépassement du lien de subordination, il demeure le critère principal du contrat de travail, dont la Cour de cassation a réaffirmé à plusieurs reprises son intention de le conserver. Cette position doit être saluée, selon nous, pour plusieurs raisons. Tout d'abord, la subordination est cohérente avec la construction législative européenne, dont la notion de travailleur s'approche très grandement de la définition française, qui ne peut être ignorée. Ensuite, le lien de subordination, au-delà d'être un simple critère qualificatif, poursuit une finalité. Il est la pierre angulaire du droit du travail. Il se joue ici, avec la question des travailleurs de plateforme numérique, plus qu'un simple contentieux d'actualité à l'ère numérique : celui du modèle du travail salarié et de la réglementation sociale à l'épreuve du numérique. Au sein de ce chapitre, il a donc été analysé comment le Code du travail pourrait tout à fait répondre aux enjeux liés au numérique, moyennant certes quelques adaptations. Pour conserver la liberté de connexion propre au « *travail à la demande* », il serait en effet possible d'imaginer la création d'un statut *ad hoc* salarié pour les travailleurs de plateformes « cadres », permettant ainsi de répondre à l'incompatibilité avec les dispositions relatives aux contrats courts et au travail à temps partiel. Pour les travailleurs de plateforme de mise à disposition de personnel, il a été démontré que leur fonctionnement semble répondre à celui des entreprises de travail temporaire. L'application des dispositions afférentes paraît s'imposer et serait tout à fait salubre aux fins d'apporter des garanties aux travailleurs. Notre étude révèle enfin que les micro-travailleurs pourraient certainement s'inscrire dans le régime des travailleurs à domicile, compatible avec une activité parallèle et limitant les comportements abusifs possibles du donneur d'ordre. L'ensemble de ces solutions ont à cœur d'être des réponses pragmatiques et

³⁸⁶⁵ On pense ici au coopérativisme de plateforme, V. *supra*, n° 849 et s.

compatibles, dans la mesure du possible, avec le droit positif. Elles sont la conséquence de l'existence d'un état de subordination qui devrait conduire à l'accès au statut de salarié pour ces travailleurs.

909. Conclusion de titre. Dans le droit positif, le lien de subordination reste le critère qualificatif du contrat de travail, mais il dépasse, par sa finalité, le seul intérêt travailliste. Son contournement peut être source de fraudes, tant en droit pénal du travail, en droit de la sécurité sociale, ainsi qu'en droit de la concurrence. Les contentieux relatifs à ces fraudes à la définition ont ainsi renouvelé les enjeux autour de l'existence d'un lien de subordination. L'étude de cette cascade de conséquences a souligné l'importance manifeste de la fonction du lien de subordination et appelle une première observation, qui est celle de l'équilibre que constitue le lien de subordination. Sa méconnaissance conduit, en effet, à un triple déséquilibre qui doit être sanctionnée : il a été identifié tout d'abord un détournement du statut d'indépendant pour dissimuler un emploi salarié portant préjudice au travailleur, mais également aux organismes sociaux, et enfin, vis-à-vis des entreprises exerçant sur le même marché, où le contournement de la législation sociale, conséquence d'une méconnaissance volontaire du lien de subordination, peut être constitutif d'une concurrence déloyale. Autant d'incidences qui appellent à mettre en exergue l'importance de l'identification de la réelle qualification juridique, et par conséquent de l'application de la réglementation adéquate, ce, en prenant en compte les différences entre les plateformes de travail : « cadre », de mise à disposition de personnel et de micro-travail. À cet égard, il a pu être tentant de proposer des modèles alternatifs au lien de subordination, et même au salariat, qui, pour certains auteurs, date d'une autre époque, ne correspondant plus aux perspectives que peut offrir le numérique, qui serait l'occasion de s'émanciper du « vieux » contrat de travail. Cependant, l'analyse de ces solutions a conduit à constater qu'elles sont insuffisantes à offrir une protection effective aux travailleurs, dès lors qu'il s'agit de créer un tiers statut intermédiaire qui aurait pour effet de vider le salariat. Sauf à envisager une voie vers l'universalisation, dans le même mouvement que la montée des droits et libertés fondamentaux, le lien de subordination demeure une clé de lecture du droit du travail encore largement applicable à l'épreuve du numérique, qui peut, cependant, être complété par des indices complémentaires, comme les propositions autour de la dépendance économique, mais qui reste encore pertinent à l'épreuve du numérique. Il a ainsi été envisagé

l'application de dispositions existantes pour répondre à la situation des travailleurs de plateforme de mise à disposition de personnel et de micro-travail. Seuls les travailleurs des plateformes « cadres », dans l'objectif de conserver leur liberté de connexion, appelleraient, selon nous, à des dispositions spécifiques pour être compatibles avec le salariat, en l'état du droit positif. Ces propositions tendent à démontrer que le Code du travail présente des ressources suffisantes pour répondre aux enjeux contemporains et que le lien de subordination demeure encore d'actualité à l'ère numérique.

910. Conclusion de partie. L'analyse de la résistance du lien de subordination face au numérique montre qu'il conserve toute sa pertinence tant dans sa définition que dans sa finalité. Il traduit, en droit positif, une subordination personnelle au travers du rapport de pouvoir centré autour de la direction du personnel, du contrôle et de la sanction. Malgré les tentatives de dissimulation du pouvoir, derrière une dispersion des acteurs, ou l'exercice d'un management algorithmique incitatif, il a pu être constaté dans cette étude que les moyens de son expression ont certes changé, mais son existence a pu être observée. En effet, conformément à la définition classique issue de l'arrêt *Société générale*³⁸⁶⁶, un lien de subordination a été identifié par la Cour de cassation concernant les plateformes « cadres ». Si l'expression du pouvoir se transforme, empruntant notamment au domaine de l'incitation, il demeure. Par ailleurs, un élargissement de l'appréhension du pouvoir de direction, incluant celui de l'activité, au sein du faisceau d'indices fut appelé de nos vœux, pour rendre compte de la subordination fonctionnelle, par l'exercice d'une influence déterminante, qui permettrait d'appréhender les plateformes-« marchés ». Pour ce faire, une simple évolution du raisonnement suffirait, sans modifier le référentiel aussi essentiel que constitue le lien de subordination. Dès lors, il a été proposé à l'occasion de cette étude, pour prendre en compte la subordination fonctionnelle dans l'appréhension de l'état de subordination, d'analyser l'activité du donneur d'ordres – en l'occurrence des plateformes numériques ici – sous le prisme de l'influence déterminante pour connaître la qualification juridique de ses relations avec ses partenaires. Le recours à la notion d'influence déterminante, empruntée aux relations entre la société mère et ses filiales et qui a

³⁸⁶⁶ Cass. soc., 13 novembre 1996, n° 94-13.187, *Société générale*. *GADT*, 4e éd., n°2 ; *Dr. soc.*, 1996, p. 1067, note J.-J. Dupeyroux ; *JCP E* 1997. II. 911, note J. Barthélémy ; *RJS* 12/96, n° 1320, *op. cit.*

pu être évoquée par la CJUE lors de la qualification juridique de l'activité d'*Uber*³⁸⁶⁷, a le mérite d'inclure la dépendance économique, mais aussi l'existence d'un rapport de pouvoir organisationnel traduisant l'exercice d'une direction économique.

911. Cette démarche a été rendue nécessaire tant par l'ignorance du législateur des travailleurs des plateformes-« marchés », que par la méconnaissance volontaire du lien de subordination par les plateformes numériques de travail qui est source de fraudes. Cette situation est en effet porteuse de nombreuses conséquences néfastes, conduisant à un déséquilibre entre les plateformes et les activités concurrentes, exerçant dans le même domaine d'activité, ainsi qu'à un contournement du modèle social français, au détriment des travailleurs du numérique et des organismes sociaux. L'existence d'une fraude à la définition ne peut être ignorée et doit être saisie. Elle commence d'ailleurs à faire l'objet de contentieux, renouvelant ainsi l'intérêt du lien de subordination qui montre son caractère particulièrement structurant, au-delà du seul droit du travail. En conclusion, la seconde partie de cette étude a tendu à démontrer que le lien de subordination résiste face au numérique grâce à la richesse de sa définition et sa souplesse³⁸⁶⁸. Il permet d'appréhender une diversité de situation et de s'adapter aux différentes formes d'expression du pouvoir, sous réserve cependant de donner une place plus importante à l'analyse économique des rapports de travail. Il s'ensuit que le droit du travail subordonné pourrait tout à fait répondre aux enjeux des travailleurs du numérique, illustrés par l'étude du cas des travailleurs de plateformes numériques de travail, dont des propositions ont été formulées en prenant en compte les différences de fonctionnement. Le droit du travail subordonné n'a rien perdu de sa pertinence, ni de sa vigueur, face aux tentatives de contournements des nouveaux acteurs numériques, guidés davantage par une rationalisation des coûts plutôt que par une réelle proposition d'un nouveau modèle social. La recherche d'un état de subordination permet de révéler la réalité des rapports du pouvoir entretenus, et d'entraîner l'application du régime afférent dans l'esprit d'un équilibre nécessaire : pouvoirs contre responsabilité.

³⁸⁶⁷ CJUE, 20 décembre 2017, aff. C-434/15, *Asociacion Profesional Elite Taxi contre Uber Systems Spain SL*, D. 2018. 934, note Balat ; *ibid.* Pan. 1413, obs. Kenfack ; AJDA 2018. 329, obs. Bonneville, Broussy, Cassagnabère et Gänser ; RTD eur. 2018. 147, obs. Gard ; JT 2018, n° 205, p. 12, obs. X. D. ; RDT 2018. 150, note Gomes ; CCE 2018, n° 11, obs. Loiseau ; EEI 2018, n° 14, obs. Charles et Schweitzer ; RLDI févr. 2018. 17, note Bensoussan-Brulé et Martinez, *op. cit.*

³⁸⁶⁸ « La notion de subordination juridique doit son intérêt à son extrême souplesse, laquelle a, à la fois, permis de rendre compte d'une évolution, et de l'endiguer sans la figer », T. AUBERT-MONPEYSSEN, *Subordination juridique et relation de travail*, *op. cit.*, p. 314.

CONCLUSION GÉNÉRALE

912. Le postulat initial de l'étude fut celui de la confrontation entre deux mondes : l'« *Ancien Monde* » dont est issue la notion de subordination face au « *Nouveau Monde* » du numérique. L'irruption du numérique dans le monde du travail a en effet mis à rude épreuve les principes généraux du droit du travail, dont, tout particulièrement, la notion de subordination, tant dans sa définition, centrée autour des pouvoirs de l'employeur, que dans sa finalité, comme critère heuristique du contrat de travail. À l'image de la « *bataille d'Hernani* »³⁸⁶⁹, symbolisant l'opposition du courant moderne face aux conventions classiques, l'innovation se heurte nécessairement aux paradigmes existants. Dès lors, il s'agissait de savoir si le lien de subordination conservait son actualité et sa pertinence à l'ère numérique.

913. Dans une première partie, l'étude a mis en lumière l'indéniable transformation du lien de subordination par le numérique. Bien que dès l'introduction de cette recherche, une telle transformation ait été identifiée³⁸⁷⁰, il s'agissait d'analyser son degré pour s'assurer de la pertinence de la définition du lien de subordination face au numérique, autour du triptyque de pouvoirs de l'employeur. Pour ce faire, chaque élément de la définition devait être confronté à la révolution numérique. Dans une perspective scientifique, chacun des pouvoirs, issus de la jurisprudence *Société générale*³⁸⁷¹, a donc été analysé à l'aune des évolutions liées au numérique. Deux grandes tendances ont ainsi pu être dégagées.

914. La première consiste en une rationalisation du pouvoir de direction par le numérique. Tout d'abord, dans la logique d'une « *gouvernance par les nombres* »³⁸⁷², il convient de souligner que le pouvoir de direction de l'employeur – dans ses deux acceptions – est désormais régi par le nombre. On tente, en effet, de « *prérationaliser* » la décision de l'employeur, par l'élaboration d'outils d'aide à la décision, qui sont alimentés par des données censées objectiver la prise de décision. Or, l'influence manifeste de ces outils peut être parfois sous-estimée. En ce sens, l'index chiffré est devenu, pour le législateur, un nouveau moyen de rationalisation de la direction de l'activité de l'employeur, appliquant par conséquent au numérique une présomption d'objectivité. Cependant, dès lors que le numérique – au sens littéral comme au

³⁸⁶⁹ V. HUGO, *Hernani*, Pocket, 2019.

³⁸⁷⁰ V. *supra*, n° 7.

³⁸⁷¹ Cass. soc., 13 novembre 1996, n° 94-13.187, *Société générale. GADT*, 4e éd., n°2 ; *Dr. soc.*, 1996, p. 1067, note J.-J. Dupeyroux ; *JCP E* 1997. II. 911, note J. Barthélémy ; *RJS* 12/96, n° 1320, *op. cit.*

³⁸⁷² A. SUPIOT, *La gouvernance par les nombres*, *op. cit.*

sens technologique – constitue la fin et le moyen, la rationalité devient instrumentale. Aussi, l'objectif sera essentiellement guidé par l'atteinte de l'objectif chiffré et non par sa fin annoncée. En d'autres termes, les indicateurs peuvent être détournés de leur fonction axiologique³⁸⁷³ pour ne devenir qu'une fin à atteindre, quitte à ce qu'il soit admis, notamment dans la pondération des indicateurs, la possibilité de déroger à la loi³⁸⁷⁴. À ce titre, le contrôle des décisions fondées sur le numérique doit certainement être renforcé. Pour ce faire, il convient d'assurer une transparence dans l'élaboration de la décision numérique et de vérifier la pertinence des éléments qui l'ont fondée. Par ailleurs, le mouvement de rationalisation numérique se retrouve également dans l'exercice du pouvoir de direction du personnel, dont le SIRH est à présent devenu le bras armé des services de ressources humaines. Le pouvoir s'exerce au travers de l'outil, mais est également structuré par l'élaboration de tableaux de bord, d'indicateurs chiffrés, dont le législateur encourage largement le recours³⁸⁷⁵, comme transcripteur d'une vérité présumée infalsifiable. L'outil devient alors une justification privilégiée de la décision de l'employeur, dès lors, il constitue une source de légitimation du pouvoir. Or, la « *raison numérique* »³⁸⁷⁶ n'est pas exempte de failles et l'employeur ne peut tenter de s'exonérer de sa responsabilité. Une décision discriminante découlant de l'outil lui serait ainsi imputable. Un mauvais paramétrage ou usage de l'outil ne saurait le dispenser de ses obligations. Parallèlement, une autre facette se dégage de plus en plus, à mesure que les outils de suivi se développent : la nécessité, voire, l'obligation d'y recourir. Dans le cadre de ses obligations, dans une logique de responsabilité contre subordination, dont celle de la prévention des risques, l'employeur pourrait se voir reprocher de ne pas avoir utilisé les technologies à sa disposition. En ce sens, une prise en compte de l'état des connaissances techniques pourrait constituer un principe directeur pour répondre à la nécessaire adaptation du travail à l'Homme, dans une démarche préventive³⁸⁷⁷.

915. Face à un recours croissant aux technologies numériques dans l'entreprise, la seconde tendance est celle d'une extension du pouvoir de surveillance de l'employeur. Lors de l'analyse de l'exercice du pouvoir de surveillance de l'employeur à l'ère numérique, exprimée par les

³⁸⁷³ V. *supra*, n° 57.

³⁸⁷⁴ V. *supra*, n° 115 ; V. également, B. LOPEZ, « La place du droit du travail dans l'investissement socialement responsable », *op. cit.*, p. 304.

³⁸⁷⁵ V. *supra*, n° 149.

³⁸⁷⁶ V. sur le « *numérisme juridique* », M. MEKKI, « Du numérisme juridique à l'humanisme numérique », *op. cit.*, p. 338-339.

³⁸⁷⁷ « *L'adaptation du travail à l'homme doit être considérée comme un "principe directeur" pour la mise en œuvre du droit de la santé au travail* », L. LEROUGE, *La reconnaissance d'un droit à la protection de la santé mentale au travail*, *op. cit.*, p. 369.

pouvoirs de contrôle et de sanction, il a été observé une intensification de sa mise en œuvre qui appelle à un encadrement encore à parfaire. En dépit d'une jurisprudence particulièrement abondante sur l'utilisation des technologies dans l'entreprise, le rôle que peuvent avoir les instances représentatives du personnel est encore insuffisant. Lorsqu'ils sont saisis, les juges peinent à évaluer les risques issus du recours aux algorithmes ou à l'intelligence artificielle. La perspective d'une amélioration des conditions de travail a, en effet, pu occulter le contrôle par les juges de l'opportunité d'une consultation des instances représentatives du personnel par l'employeur, pour anticiper les conséquences de la mise en place d'un outil numérique. En revanche, il existe un cadre stable et structuré concernant des outils plus anciens tels que la géolocalisation et la vidéosurveillance.

916. Par ailleurs, la surveillance de l'employeur ne s'exerce pas de façon uniforme sur l'ensemble des salariés, créant ainsi un fossé entre des travailleurs autonomes et des travailleurs « *sur-subordonnés* ». S'agissant des travailleurs dits « *du savoir* », souvent cadres, particulièrement autonomes, voire, avec une certaine indépendance technique, il existe un renouvellement de l'appréhension du lien de subordination par l'aménagement d'une sphère d'autonomie dans la surveillance patronale, laissant ainsi place à une « *autonomie contrôlée* »³⁸⁷⁸. Bien que leur autonomie puisse être relativisée, dans un contexte de direction par objectifs et d'une attente d'investissement personnel et de réactivité du salarié, celle-ci existe néanmoins dans la subordination. Ce qui n'est cependant pas le cas pour une seconde catégorie de salarié, principalement dans les secteurs du primaire et du secondaire, qui, loin d'avoir gagné en autonomie, est davantage contrôlée à l'ère numérique. Certains exemples, dont la commande vocale et l'organisation du travail par algorithme, illustrent l'existence d'une « *sur-subordination* »³⁸⁷⁹ porteuse de nombreux risques sur la santé de ces salariés, tant physiques que mentaux liés à l'intensification du travail, et qui sont générateurs d'une perte de sens. La lecture de certaines études sur le numérique peut donner une fausse impression où il n'existerait que des cadres autonomes, qui flirtent avec l'indépendance. Or, d'une part, l'autonomie n'est pas synonyme d'indépendance, et d'autre part elle n'est pas incompatible avec la subordination³⁸⁸⁰. De plus, nombreux sont encore les salariés, dont le degré de surveillance s'est accru par le numérique, à des fins de performance et de discipline, sans pour autant leur apporter d'autonomie. Ce constat appelle à un encadrement plus strict de la

³⁸⁷⁸ P. LOKIEC, « De la subordination au contrôle », *op. cit.* ; P. LOKIEC et J. ROCHFELD, « Nouvelle surveillance, nouvelle subordination ? », *op. cit.*

³⁸⁷⁹ J.-E. RAY, « De la sub/ordination à la sub/organisation », *op. cit.*

³⁸⁸⁰ V. sur l'autonomie dans la subordination, *supra*, n° 350 et s.

surveillance patronale, pour veiller à la protection de la santé et de la sécurité des salariés. Particulièrement, la santé mentale des salariés, tant par une intensification ou une perte de sens en cas de « *sur-subordination* », ou par une surcharge informationnelle ou une demande d'investissement personnel déraisonnable en cas d'« *autonomie contrôlée* », doit faire l'objet de toutes les attentions. Néanmoins, cette extension de la surveillance peut se justifier par l'obligation qu'a l'employeur de veiller aux conditions de travail de ses salariés, ce qui peut légitimer le recours aux outils numériques pour assurer leurs santé et sécurité. Dès lors, le numérique pourrait être une voie vers une amélioration des conditions de travail par l'élaboration d'une charge de travail raisonnable, dans une démarche davantage qualitative que quantitative.

917. Parallèlement, dans le cadre de la surveillance patronale, le numérique constitue une opportunité pour préconstituer des preuves en cas de contentieux, tant pour le salarié que pour l'employeur. Loin d'avoir disparu, les pouvoirs de contrôle et de sanction connaissent une extension significative à l'ère numérique. Dans le cadre de l'exercice du pouvoir disciplinaire, les moyens de contrôle numérique sont, en effet, une source probatoire particulièrement plébiscitée. De surcroît, la jurisprudence semble assouplir le droit à la preuve aussi bien pour l'employeur que pour le salarié, encourageant alors la mise en œuvre d'une surveillance numérique. Dès lors, les libertés fondamentales, plus particulièrement la liberté d'expression et la vie personnelle, dans le cadre du travail, font l'objet d'atteintes, à l'ère numérique, par l'exercice du droit à la preuve, dans un souci de recherche de la vérité. Face à l'admission des preuves illicites, qui illustre la vigueur manifeste du droit à la preuve, la vigilance doit être cependant de mise pour éviter tout effet d'opportunité qui atteindrait de façon disproportionnée aux libertés fondamentales. En outre, une porosité des temps a ainsi cours : le pouvoir disciplinaire peut s'immiscer dans le temps privé du salarié. Assurément, la jurisprudence a admis de multiples cas justifiant l'immixtion de l'employeur dans le temps privé du salarié. Par ailleurs, la dématérialisation des échanges a tendance à effacer, pour une partie des salariés, les fondements traditionnels que sont le temps et le lieu du travail. Les réseaux sociaux, le télétravail, sont autant de nouvelles pratiques issues du numérique qui renouvellent l'approche du temps de travail. Il s'agit pourtant d'une règle juridique essentielle, à même de garantir la santé du salarié et qui doit être conservée à ce titre selon nous. Elle pourrait néanmoins être complétée par une approche graduelle, par la prise en compte de l'intensité des contraintes, comme source de subordination, pour appréhender la résurgence des « *temps gris* ». À ce sujet, la CJUE a été amenée à rendre des décisions qui construisent progressivement les contours de

ce que l'on doit entendre par la contrainte. Une telle lecture de la subordination conduit ainsi à délimiter finement les limites entre pouvoir de surveillance de l'employeur et libertés fondamentales du salarié.

918. En définitive, cette première partie a permis de constater que bien que les modalités d'exercice de la subordination aient été transformées, la pertinence de celle-ci demeure. La subordination se dissimule parfois derrière une organisation de l'entreprise en réseau, ou l'utilisation du numérique dans la prise de décision de l'employeur. Elle est en fait rationalisée par une recherche d'objectivité, pouvant autant être déshumanisée par l'automatisation, que s'étendre jusqu'à une surveillance de l'intimité du salarié. Cette première partie a ainsi démontré que la définition de la subordination, centrée autour des trois pouvoirs, n'a en rien perdu de sa vigueur et de son actualité, car une modification dans l'expression ne signifie nullement sa disparition.

919. Une fois la définition traditionnelle du lien de subordination confirmée, il a été analysé, dans une seconde partie, sa résistance face aux nouveaux acteurs numériques. En cela, il a été fait le choix de se concentrer sur les plateformes numériques de travail qui illustrent les tensions autour de la qualification du contrat de travail par le lien de subordination, dont des enseignements plus généraux ont pu en être tirés. Notre recherche a, en effet, démontré l'applicabilité de la définition du lien de subordination, malgré le renouvellement de l'expression du pouvoir par ces nouveaux acteurs, ainsi que les enjeux qui l'entourent, moyennant cependant un élargissement de sa définition pour y inclure sa dimension organisationnelle et économique. Autant d'éléments qui ont vocation à dépasser le seul cas des plateformes numériques de travail et qui ont l'ambition de constituer une clé de lecture pour d'autres formes d'organisation du travail.

920. Pour ce faire, il a tout d'abord été observé que les plateformes numériques tentent de se soustraire à l'existence d'un lien de subordination dans leurs relations avec leurs « *partenaires* ». À cet égard, leur diversité de fonctionnement a pu susciter des difficultés quant à la qualification juridique à retenir. Dans le cadre de cette étude, il a donc été distingué, en fonction de leur degré d'influence sur l'organisation, les plateformes-« cadres » des plateformes-« marchés »³⁸⁸¹. Concernant l'application du droit du travail, la question « *cardinale* »³⁸⁸² de la réalité de l'indépendance des travailleurs est vite devenue essentielle.

³⁸⁸¹ P. FLICHY, « Le travail sur plateforme », *op. cit.*, p. 176.

³⁸⁸² M. JULIEN, « Le cadre juridique du travail de plateforme en France », *op. cit.*, p. 38.

Malgré une tentative de dissimulation d'un état de subordination des travailleurs « *partenaires* », la Cour de cassation a requalifié à différentes reprises en contrat de travail les relations entre les plateformes numériques de travail-« cadres » et les travailleurs, qui réalisaient une prestation par leur intermédiaire. Bien que le législateur ait tenté d'apporter des garanties minimales, tout en les maintenant dans leur statut d'indépendant, leur situation n'échappe pas, conformément au principe d'indisponibilité du contrat de travail, à la réalité des conditions d'exercice de leur prestation de travail. L'exercice du pouvoir y est certes renouvelé, faisant appel à des mécanismes incitatifs et à une certaine décentralisation du pouvoir, mais il n'altère pas en soi sa nature intrinsèque. Bien que parfois plus difficiles à identifier, ces situations n'en conduisent pas moins à reconnaître l'existence d'un état de subordination.

921. Cependant, le cas des plateformes numériques-« marchés » demeure ignoré à ce jour du législateur. L'attention, y compris d'une grande partie de la doctrine³⁸⁸³, s'est également longtemps focalisée sur les seules plateformes numériques « cadres », correspondant aux plateformes de « *mobilité* », car faisant l'objet de la majorité des contentieux. En effet, les pratiques des plateformes-« cadres » ont intéressé particulièrement le droit du travail, par leur recours à la géolocalisation, leur méthode d'évaluation décentralisée et l'existence de risques pour la sécurité des travailleurs liés notamment au secteur, particulièrement accidentogène, dans lequel elles s'inscrivent, à savoir : la livraison et la conduite de véhicule. En outre, leur dissimulation de l'état de subordination des travailleurs, les maintenant dans un statut d'indépendant, insuffisant à leur apporter les garanties nécessaires, interroge notre modèle fondé sur la subordination. À ce sujet, le cas des plateformes-« marchés » a également eu toute leur place dans notre étude, car leur fonctionnement appelle à une évolution de méthodologie dans l'approche de la subordination, pour prendre davantage en compte l'exercice d'une direction de l'activité. Il est, en effet, nécessaire de débiter par l'analyse de l'organisation de la plateforme de « marché », et pouvoir ensuite qualifier au mieux leurs relations avec leurs « *partenaires* ». Une telle méthode a conduit à proposer un renouvellement de l'approche du lien de subordination, centré aujourd'hui principalement sur une subordination personnelle, afin de prendre en compte la dimension économique et l'exercice du pouvoir de direction de l'activité, correspondant à la subordination fonctionnelle. En cela, nous avons décidé de recourir à la notion d'*influence déterminante*, qui permettrait de regrouper la prise en compte

³⁸⁸³ Bien que la tendance tend à la diversification des études sur les plateformes, à ce titre, il convient de signaler un récent ouvrage sur le micro-travail, E. MAZUYER (dir.), *Regards croisés sur le travail et le microtravail de plateforme*, op. cit.

de l'intégration à un service organisé et de la dépendance économique. Le recours à cette notion présente le double avantage de dépasser les clivages autour de « *vaines querelles* »³⁸⁸⁴, tout en offrant une approche complémentaire dans l'appréhension des rapports de pouvoir, qui ne dénaturerait pas, selon nous, l'approche initiale de l'état de subordination issue de l'arrêt *Société générale*.

922. D'aucuns opposeront que la recherche d'un lien de subordination serait un vieux réflexe dont il faudrait se départir. En outre, il est parfois soutenu que les travailleurs du « *Nouveau Monde* » aspirent à être indépendants et non à être des travailleurs subordonnés³⁸⁸⁵. Deux objections peuvent être apportées à ces positions, qui se veulent libératrices des travailleurs. Tout d'abord, l'indisponibilité du contrat de travail, d'ordre public, a pour objet de ne pas laisser aux seules mains des parties la qualification de leurs relations de travail, mais aussi, de protéger les individus contre eux-mêmes. Le statut de salarié ne peut donc pas et ne doit pas être laissé à la seule volonté individuelle, quitte à protéger les travailleurs contre eux-mêmes. Par ailleurs, ces nouvelles formes de travail, par un recours à l'incitation et à la « *ludification* »³⁸⁸⁶, tentent de faire confondre autonomie et indépendance. Or, l'existence d'une autonomie, qui, de plus est, très encadrée, n'exclut pas pour autant la reconnaissance d'un état de subordination. En outre, la recherche de l'existence d'un lien de subordination n'intéresse pas les seuls spécialistes de droit du travail. La dissimulation d'un état de subordination peut être source de fraudes en droit pénal du travail, en droit de la protection sociale, mais aussi en droit de la concurrence. Cette étude a mis en lumière l'existence de fraudes issues de la méconnaissance du lien de subordination, tant pour les plateformes-« cadres » que de « marchés ». À cette occasion, il a été souligné l'imbrication manifeste de la notion de subordination avec d'autres branches du droit, dont les enjeux renouvellent l'intérêt de la qualification juridique des travailleurs de plateforme et peuvent dépasser la seule situation du travailleur. Une telle fraude porte, en effet, préjudice aussi bien aux organismes sociaux qu'aux entreprises concurrentes des plateformes numériques. Il a ainsi été conclu que les plateformes-« cadres » devraient être soumises à la réglementation du marché dans lequel elles s'inscrivent, et que les plateformes de mise à disposition de personnel devraient relever des mêmes règles que celles des entreprises de travail temporaire. Qui plus est, l'ignorance d'une dissimulation volontaire d'un lien de subordination

³⁸⁸⁴ J.-P. LE CROM, « Retour sur une “vaine querelle” : le débat subordination juridique-dépendance économique dans la première moitié du XX^e siècle », *op. cit.*

³⁸⁸⁵ J.-E. RAY, « Le nécessaire renouvellement du droit du travail », *op. cit.* ; V. pour une critique de l'article précité, J. ICARD, « La requalification en salarié d'un travailleur dit indépendant exerçant par le biais d'une plateforme numérique », *op. cit.*

³⁸⁸⁶ CNum, *Travail à l'ère des plateformes. Mise à jour requise*, *op. cit.*, p. 38.

remet en question le modèle d'un droit du travail fondé sur le salariat, autrement dit, du travail subordonné. À cet égard, les nombreuses propositions d'un renouvellement tant de la figure du travailleur, que de celle de l'employeur, pour proposer un « *au-delà* » de la subordination, ne nous ont pas semblé constituer des voies souhaitables, pour assurer une protection effective des droits des travailleurs. Dès lors qu'elles consistent en la création d'un tiers statut ou à décorrélérer l'exercice des pouvoirs avec l'imputation des responsabilités afférentes, elles entraîneraient inévitablement un affaiblissement de la protection des travailleurs, en basculant le salariat vers ce nouveau statut intermédiaire et en déresponsabilisant le réel titulaire du pouvoir.

923. En définitive, fort de ce constat, nous avons donc tenté de formuler des propositions pragmatiques pour une intégration des travailleurs des plateformes au salariat, en distinguant la situation de ceux qui relèvent des plateformes-« cadres », de mise à disposition de personnel et de micro-travail. L'intégration de ces nouveaux travailleurs du numérique au Code du travail est loin d'être une nouveauté insurmontable avec la logique qui sous-tend le droit du travail. Nous avons, en effet, démontré qu'il a déjà existé des cas d'intégrations de travailleurs au salariat, et ce, sans que ceux-ci ne soient synonymes de frein économique ou de dévoiement de la notion de subordination. Les travailleurs de plateformes de mise à disposition de personnel et de micro-travail pourraient tout à fait intégrer des dispositions existantes, à savoir respectivement, celles relatives au travail temporaire et au travail à domicile. En revanche, la situation des travailleurs de plateformes-« cadres » appellerait à un statut *ad hoc* salarié, afin de conserver la liberté de connexion et répondre à certaines incompatibilités avec le droit du travail, telles que les dispositions relatives au temps partiel ou aux contrats courts, tout en reconnaissant l'existence de leur état de subordination. Une telle intégration a le mérite d'apporter les garanties nécessaires aux travailleurs, dont particulièrement celles relatives à la protection de leur santé et de leur sécurité, ainsi que de mettre fin à la mise en œuvre d'une fraude à la définition, qui a vocation à éluder l'application des dispositions sociales.

924. En conclusion, cette étude nous a permis de mettre en évidence que si le lien de subordination a bien été transformé, il n'en résiste pas moins l'épreuve du numérique. Aussi, de ce constat, il nous apparaît opportun de compléter la définition du lien de subordination qui serait à même de prendre en compte sa dimension aussi bien fonctionnelle que personnelle, de manière alternative :

Le lien de subordination peut être 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 ;*
- *sous l'influence déterminante d'un employeur qui a le pouvoir de diriger l'activité de son subordonné.*

Par conséquent, la notion de lien de subordination demeure tant d'actualité dans sa définition, moyennant une meilleure prise en compte de sa dimension fonctionnelle, qu'un critère pertinent du contrat de travail, permettant effectivement de répondre aux organisations et aspirations à l'ère numérique.

BIBLIOGRAPHIE

§1 : OUVRAGES GÉNÉRAUX, MANUELS, TRAITÉS, DICTIONNAIRES

ALLAND D. (DIR.) et RIALS S. (DIR.),

- *Dictionnaire de la culture juridique*, 4^e éd., PUF, 2012, 1649 p.

AUBIN G. et BOUVERESSE J.,

- *Introduction historique au droit du travail*, 1^{re} éd., PUF, coll.« Droit fondamental », 1995, 320 p.

AUMERAN X., BAUDET-CAILLE V., LANGLOIS P., MONTANIER P., GERSTENER E., GUYOT-PETYT T., HUTEAU G. et LHERNOULD J.-P.,

- *Le Lamy protection sociale*, Wolters Kluwer, coll.« Lamy expert », 2022.

AUZERO G., BAUGARD D. et DOCKÈS E.,

- *Droit du travail*, 36^e éd., Dalloz, coll.« Précis », 2022, 1800 p.

BALLE F.,

- *Lexique d'information-communication*, 1^{re} éd., Dalloz, coll.« Lexiques », 2006, 475 p.

BEVORT A. (DIR.), JOBERT A. (DIR.), LALLEMENT M. et MIAS A. (DIR.),

- *Dictionnaire du travail*, PUF, coll.« Quadrige », 2012, 860 p.

BLOCH C., GIUDICELLI A., GUETTIER C., JULIEN J., KRAJESKI D., POUMAREDE M. et LE TOURNEAU P. (DIR.),

- *Droit de la responsabilité et des contrats*, 12^e éd., Dalloz, coll.« Dalloz Action », 2020, 2900 p.

BOBBIO N.,

- *Essai de théorie du droit*, LGDJ, coll.« La pensée juridique », 1998, 286 p.

BORGETTO M. et LAFORE R.,

- *Droit de la sécurité sociale*, 19^e éd., Dalloz, coll.« Précis », 2019, 1366 p.

BOULOC B.,

- *Droit pénal général*, 27^e éd., Dalloz, coll.« Précis », 2021, 822 p.

BOURGEOIS M.,

- *Droit de la donnée*, LexisNexis, coll.« Droit & Professionnels », 2017, 544 p.

CAMERLYNCK G. H.,

- *Le contrat de travail*, 2^e éd., Dalloz, coll.« Droit du travail », 1982, 725 p.
- *Traité de droit du travail. Contrat de travail*, 1^{re} éd., Dalloz, 1968, 588 p.

CAMERLYNCK G. H. et LYON-CAEN G.,

- *Précis de droit du travail*, Dalloz, 1965, 776 p.

CAPITANT H. et CUCHE P.,

- *Précis de législation industrielle*, 2^e éd., Dalloz, 1930.

CARBONNIER J.,

- *Droit civil*, 2^e éd., t. 1, PUF, 1977, 398 p.

CATALA N.,

- *L'Entreprise*, t. 4, Dalloz, 1980, 1292 p.

CHAINAIS C., FERRAND F., MAYER L. et GUINCHARD S.,

- *Procédure civile. Droit commun et spécial du procès civil, MARD et arbitrage*, 36^e éd., Dalloz, coll.« Précis », 2022, 2000 p.

CHAMPEIL-DESPLATS V.,

- *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, 3^e éd., Dalloz, coll.« Méthodes du droit », 2022, 456 p.

CNRS,

- *Trésor de la Langue Française informatisé*, version électronique réalisée par le laboratoire ALTIF (Analyse et traitement informatique la langue française), achevé en 2004.

COEURET A., FORTIS É. et DUQUESNE F.,

- *Droit pénal du travail. Infractions, responsabilités, procédure pénale en droit du travail et de la sécurité sociale*, 7^e éd., LexisNexis, coll.« Manuel », 2022, 683 p.

COLONNA D'ISTRIA F.,

- *Philosophie du droit et pratique des juristes*, Dalloz, coll.« Méthodes du droit », 2021, 307 p.

CORNU G.,

- *Vocabulaire juridique*, 14^e éd., PUF, 2022, 1136 p.

COUTURIER G.,

- *Traité de droit du travail. Les relations collectives du travail*, t. 2, PUF, 2001, 568 p.

DEBARD T. et GUINCHARD S.,

- *Lexique des termes juridiques*, 30^e éd., Dalloz, coll.« Lexiques », 2022, 1200 p.

DEBET A., MASSOT J. et METALINOS N.,

- *Informatique et libertés : la protection des données à caractère personnel en droit français et européen*, Lextenso, coll.« Les intégrales », n° 10, 2015, 1288 p.

DECOCQ G., GRIMALDI C., HUET J. et LECUYER H.,

- *Traité de droit civil. Les principaux contrats spéciaux*, 3^e éd., LGDJ, coll.« Traités », 2012, 1684 p.

DEGOS L. (DIR.), BERTHAULT D. (DIR.) et MATTATIA F. (DIR.),

- *Code du numérique*, 2^e éd., LexisNexis, 2022, 1218 p.

DELPECH X.,

- *Micro-entrepreneur Auto-entrepreneur*, 5^e éd., Delmas, coll.« Delmas Express », 2020, 892 p.

DUPAY A. (DIR.),

- *Le lamy social*, 2023.

DUPRÉ DE BOULOIS X.,

- *Droit des libertés fondamentales*, 3^e éd., PUF, coll.« Thémis Droit », 2022, 603 p.

DURAND P. (DIR.),

- *Les nouveaux mots du pouvoir. Abécédaire critique*, Aden, 2007, 461 p.

DURAND P.,

- *La politique contemporaine de sécurité sociale*, Réédition 1953, Dalloz, coll.« Bibliothèque Dalloz », 2005, 643 p.

DURAND P. et JAUSSAUD R.-É.,

- *Traité de droit du travail*, t. 1, Dalloz, 1947, 600 p.

FAVENNEC-HÉRY F., VERKINDT P.-Y. et DUCHANGE G.,

- *Droit du travail*, 8^e éd., LGDJ, coll.« Manuel », 2022, 780 p.

FÉRAL-SCHUL C.,

- *Cyberdroit : le droit à l'épreuve de l'Internet*, 8^e éd., Dalloz, coll.« Praxis Dalloz », 2020, 1862 p.

FRISON-ROCHE M.-A. et RODA J.-C.,

- *Droit de la concurrence*, 2^e éd., Dalloz, coll.« Précis », 2022, 500 p.

GAUDU F. et VATINET R.,

- *Les contrats du travail. Contrats individuels, conventions collectives et actes unilatéraux*, LGDJ, coll.« Traité des contrats », 2001, 625 p.

GHESTIN J., GOUBEAUX G. et FABRE-MAGNAN M.,

- *Traité de droit civil. Introduction générale*, 4^e éd., LGDJ, 1994, 891 p.

GOLTZBER S.,

- *Les sources du droit*, PUF, coll.« Que sais-je ? », 2016, 128 p.

GRYNBAUM L., LE GOFFIC C. et MORLET-HAÏDARA L.,

- *Droit des activités numériques*, 1^{re} éd., Dalloz, coll.« Précis », 2014, 1040 p.

GUINCHARD S. (DIR.),

- *Droit et pratique de la procédure civile*, 10^e éd., Dalloz, coll. « Dalloz action », 2021, 2640 p.

GURVITCH G.,

- *Éléments de sociologie juridique*, Dalloz, 2012, 268 p.

HAURIOU M.,

- *Précis de droit constitutionnel*, Sirey, 1929, 729 p.
- *Précis de droit administratif et de droit public*, 6^e éd., Sirey, 1907, 896 p.

HÉAS F.,

- *Droit du travail*, 10^e éd., Bruylant, coll.« Paradigme », 2022, 413 p.

HENNION S., LE BARBIER M., DEL SOL M. et LHERNOULD J.-P.,

- *Droit social européen et international*, 4^e éd., PUF, coll.« Thémis Droit », 2021, 597 p.

IRERP,

- *Dictionnaire des recherches en droit social (DRDS)*, 2022.

KELSEN H.,

- *Théorie pure du droit*, LGDJ, 1999, 376 p.

KERBOUC'H J.-Y., WILLMANN C. et CHAUCHARD J.-P.,

- *Droit de la sécurité sociale*, 10^e éd., LGDJ, coll.« Manuel », 2022, 944 p.

LALANDE A.,

- *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, PUF, coll.« Quadrige », 2010, 1323 p.

LEPAGE A., MAISTRE DU CHAMBON P. et SALOMON R.,

- *Droit pénal des affaires*, 6^e éd., LexisNexis, 2020, 1015 p.

LÉVY J.-P. et CASTALDO A.,

- *Histoire du droit civil*, 2^e éd., Dalloz, coll.« Précis », 2010, 1640 p.

LOKIEC P.,

- *Droit du travail*, 2^e éd., PUF, coll. « Thémis Droit », 2022, 1044 p.

LUCAS A., DEVEZE J. et FRAYSSINET J.,

- *Droit de l'informatique et de l'Internet*, PUF, 2001, 748 p.

LYON-CAEN G.,

- *Manuel de droit du travail et de la sécurité sociale*, LGDJ, 1955, 458 p.

MALINVAUD P. et BALAT N.,

- *Introduction à l'étude du droit*, 22^e éd., LexisNexis, 2022, 575 p.

MERLE R. et VITU A.,

- *Traité de droit criminel*, 7^e éd., t. 1, Cujas, 1997, 1068 p.

MORVAN P.,

- *Droit de la protection sociale*, 10^e éd., LexisNexis, 2021, 1289 p.

PÉLISSIER J., LYON-CAEN A., JEAMMAUD A. et DOCKÈS E.,

- *Les grands arrêts du droit du travail*, 4^e éd., Dalloz, 2008, 992 p.

PÉLISSIER J., SUPIOT A. et JEAMMAUD A.,

- *Droit du travail*, 2^e éd., Dalloz, 2004, 1352 p.

PESKINE E. et WOLMARK C.,

- *Droit du travail*, 16^e éd., Dalloz, coll.« Hypercours », 2022, 878 p.

PIC P.,

- *Traité élémentaire de législation industrielle. Première partie. Législation du travail industriel*, Librairie nouvelle de droit et de jurisprudence, 1894, 623 p.

PICOCHÉ J.,

- *Dictionnaire étymologique du français*, Le Robert, coll.« Les usuels », 2002, 739 p.

PILLON T. et VATIN F.,

- *Traité de sociologie du travail*, 2^e éd., Octares, 2007, 496 p.

PLANIOL M.,

- *Traité élémentaire de droit civil*, 9^e éd., Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1923, 1148 p.

ROUBIER P.,

- *Le droit de la propriété industrielle*, Sirey, 1952, 612 p.
- *Théorie générale du droit*, Sirey, 1946, 282 p.

SALOMON R. et MARTINEL A.,

- *Droit pénal social : droit pénal du travail et de la sécurité sociale*, 7^e éd., Economica, coll. « Corpus. Droit privé », 2023, 1020 p.

SOLUS H. et PERROT R.,

- *Droit judiciaire privé*, t. 1, Sirey, 1961, 1147 p.

STARCK B., ROLAND H. et BOYER L.,

- *Introduction en droit*, 4^e éd., Litec, 1996, 667 p.

SUPIOT A.,

- *Le droit du travail*, PUF, coll.« Que sais je ? », 2019, 128 p.

TERRÉ F., SIMLER P., LEQUETTE Y. et CHÉNEDÉ F.,

- *Droit civil. Les obligations*, 13^e éd., Dalloz, coll.« Précis », 2022, 2140 p.

TEYSSIÉ B., CESARO J.-F. et MARTINON A.,

- *Droit du travail. Relations individuelles*, 3^e éd., LexisNexis, coll.« Manuel », 2014, 882 p.

THARAUD D. (DIR.) et BOYER-CAPELLE C. (DIR.),

- *Dictionnaire juridique de l'égalité et de la non-discrimination*, L'Harmattan, 2021, 390 p.

VERGES E., VIAL G. et LECLERC O.,

- *Droit de la preuve*, 2^e éd., PUF, coll.« Thémis », 2022, 828 p.

§2 : OUVRAGES SPÉCIALISÉS, MÉLANGES, ACTES DE COLLOQUES

ABDELNOUR S. et MÉDA D.,

- *Les nouveaux travailleurs des applis*, PUF, coll.« La Vie des Idées », 2019, 128 p.

ADAM P. (DIR.), LE FRIANT M. (DIR.) et TARASEWICZ Y. (DIR.),

- *Intelligence artificielle, gestion algorithmique du personnel et droit du travail*, Dalloz, coll.« Thèmes et commentaires », 2020, 250 p.

ADAM P.,

- *Harcèlements moral et sexuel en droit du travail*, 1^{re} éd., Dalloz, coll.« Dalloz Corpus », 2020, 394 p.

ALTER N.,

- *Sociologie du monde du travail*, 3^e éd., PUF, 2012, 367 p.

APPAY B.,

- *La dictature du succès. Le paradoxe de l'autonomie contrôlée et de la précarisation*, L'Harmattan, coll.« Logiques sociales », 2005, 262 p.

BABINET G.,

- *Transformation digitale : l'avènement des plateformes*, Le Passer, 2016, 221 p.

BALANDIER G.,

- *Le Grand Système*, Fayard, 2001, 274 p.

BARABEL M., LAMRI J., MEIER O. et SIRBEY B.,

- *Innovations RH. Passer en mode digital et agile*, Dunod, 2017, 352 p.

BARGAIN C., BEAUREPAIRE M. et PRUD'HOMME D.,

- *Recruter avec des algorithmes ? Usages, opportunités et risques*, AFMD, coll.« Décrypter », 2019, 86 p.

BARTHÉLÉMY J. et CETTE G.,

- *Travail et changements technologiques. De la civilisation de l'usine à celle du numérique.*, Odile Jacob, 2021, 187 p.
- *Travailler au XXIème siècle. L'ubérisation de l'économie ?*, Odile Jacob, 2017, 134 p.

BAUDOIN E., BENABID M. CHERIF K. et DIARD C.,

- *Transformation digitale de la fonction RH*, Dunod, coll.« Management Sup », 2019, 224 p.

BELKACEM R. (DIR.), KORNIG C. (DIR.) et MICHON F. (DIR.),

- *Visages de l'intérim en France et dans le monde*, L'Harmattan, 2011, 455 p.

BENEDETTO-MEYER M. et BOBOC A.,

- *Sociologie du numérique au travail*, Armand Colin, 2021, 240 p.

BENSAMOUN A. (DIR.) et LOISEAU G. (DIR.),

- *Droit de l'intelligence artificielle*, 2^e éd., LGDJ, coll.« Les Intégrales », 2022, 600 p.
- *Droit de l'intelligence artificielle*, 1^{re} éd., LGDJ, coll.« Les Intégrales », 2019, 444 p.

BERLAND N.,

- *Le contrôle de gestion*, 2^e éd., PUF, coll.« Que sais-je ? », 2020, 128 p.

BERNARD S.,

- *UberUsés. Le capitalisme radical de plateforme*, PUF, 2023, 301 p.
- *Le nouvel esprit du salariat*, PUF, 2020, 244 p.

BERNIER J. (DIR.),

- *L'intelligence artificielle et les mondes du travail : perspectives sociojuridiques et enjeux éthiques*, Presses de l'Université Laval, 2021, 232 p.

BLANC N. (DIR.) et MEKKI M. (DIR.),

- *Le juge et le numérique : un défi pour la justice du XXIème siècle*, Dalloz, coll.« Thèmes et commentaires », 2019, 128 p.

BLANDIN T.,

- *Un monde sans travail ?*, Le Seuil, 2017, 128 p.

BOSSU B. (DIR.),

- *Droit du travail et technologies de l'information et de la communication*, LexisNexis, coll.« Planète social », 2022, 299 p.

BRAGARD F. et PIETREMENT G.,

- *SIRH : des systèmes d'information aux solutions de management des RH*, 4^e éd., Vuibert, coll.« Les spécialités du sup », 2021, 498 p.

BRAUN O., DAVODET D., DESBUQUOIS J.-F. et D'HOIR P.,

- *La gestion du risque juridique dans l'entreprise*, AMRAE, coll.« Dialoguer », 2012, 119 p.

BRENDER A. et AGLIETTA M.,

- *Les Métamorphoses de la société salariale*, Calmann-Lévy, 1984, 274 p.

BRUGUIÈRE J.-M. (DIR.),

- *L'entreprise à l'épreuve du droit de l'internet*, Dalloz, coll.« Thèmes & commentaires », 2014, 208 p.

CAHUC P. et KRAMARZ F.,

- *De la précarité à la mobilité : vers une Sécurité sociale professionnelle*, La documentation française, 2005.

CAPRIOLI É. A.,

- *Signature électronique et dématérialisation*, LexisNexis, coll.« Droit & Professionnels », 2014, 388 p.

CARBONNIER J.,

- *Sociologie juridique*, 3^e éd., PUF, coll.« Quadrige », 2016, 416 p.
- *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, 10^e éd., LGDJ, 2013, 496 p.

CARDON D.,

- *Culture numérique*, Presses de Sciences Po, coll.« Les petites humanités », 2019, 432 p.
- *A quoi rêvent les algorithmes ? Nos vies à l'heure des big data*, Le Seuil, 2015, 112 p.

CARELLI R., CINGOLANI P. et KESSELMAN D.,

- *Les travailleurs des plateformes numériques. Regards interdisciplinaires*, Teseo, 2022, 234 p.

CASILLI A. A.,

- *En attendant les robots : enquête sur le travail du clic*, Éditions du Seuil, coll.« La Couleur des idées », 2019, 393 p.

CASSAR B.,

- *La transformation numérique du droit. Les enjeux autour des LegalTech*, Bruylant, 2021, 419 p.

CASTEL R.,

- *Les Métamorphoses de la question sociale.*, Folio, coll.« Essais », 2002, 813 p.

CASTETS-RENARD C. (DIR.) et EYNARD J. (DIR.),

- *Un droit de l'intelligence artificielle. Entre règles sectorielles et régime général. Perspectives comparées*, Bruylant, 2023, 996 p.

CATALA P.,

- *Le droit à l'épreuve du numérique : jus ex machina*, PUF, coll.« Droit étique société », 1998, 352 p.

CHARENTREUIL J.-N.,

- *RH & digital : regards collectifs de RH sur la transformation digitale*, Diateino, 2015, 202 p.

CHANDLER A.,

- *La main visible des managers*, Economica, 1989, 635 p.

CHATRY S. (DIR.), MOULIN J.-M. (DIR.) et RIERA A. (DIR.),

- *L'entreprise face aux défis du numérique*, Mare & Martin, coll.« Droit privé & sciences criminelles », 2018, 216 p.

CLOT Y.,

- *Le travail à cœur : pour en finir avec les risques psychosociaux*, La Découverte, 2015, 192 p.

DAVID M., SAUVIAT C. et CRAWFORD M.,

- *Intelligence artificielle. La nouvelle barbarie*, Éditions du Rocher, 2019, 320 p.

DE FILIPPI P.,

- *Blockchain et cryptomonnaies*, PUF, coll.« Que sais-je ? », 2018, 128 p.

DE GAULEJAC V.,

- *La Société malade de la gestion. Idéologie gestionnaire, pouvoir managérial et harcèlement social*, Seuil, coll.« Économie humaine », 2005, 288 p.

DEHARO G. et STRUBEL X.,

- *Penser les relations du droit et des sciences de gestion. Quelle formation juridique pour les managers du XXIe siècle ?*, Dalloz, coll.« Thèmes & commentaires », 2014, 262 p.

DEJOURS C.,

- *L'évaluation du travail à l'épreuve du réel. Critique des fondements de l'évaluation*, Editions Quæ, coll.« Sciences en questions », 2003, 84 p.

DEL SOL M.,

- *L'activité salariée aujourd'hui et demain*, Ellipses, coll.« Le droit en questions », 1998, 125 p.

DELPECH X. (DIR.),

- *L'émergence d'un droit des plateformes*, Dalloz, coll.« Thèmes & commentaires », 2021, 240 p.

DESMOULIN-CANSELIER S. et LE METAYER D.,

- *Décider avec les algorithmes. Quelle place pour l'Homme, quelle place pour le droit ?*, Dalloz, coll.« Les sens du droit », 2020, 276 p.

DESROSIERES A.,

- *La politique des grands nombres. Histoire de la raison statistique*, La Découverte, 2010, 462 p.

DIDRY C.,

- *L'institution du travail. Droit et salariat dans l'histoire*, La Dispute, coll.« Travail et salariat », 2016, 244 p.

DOCKÈS E. (DIR.),

- *Proposition de code du travail 2017. Sous l'égide du Groupe de recherche pour un autre Code du travail (GR-PACT)*, Dalloz, coll.« Hors collection », 2017, 400 p.

DUDEZERT A.,

- *La transformation digitale des entreprises*, La Découverte, 2018, 128 p.

DUGUIT L.,

- *Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon*, 1^{re} éd., Librairie Félix Alcan, 1912.

DUJARIER M.-A.,

- *Le management désincarné. Enquête sur les nouveaux cadres du travail*, La Découverte, coll.« Essais », 2017, 264 p.

DURKHEIM E. et PAUGAM S.,

- *De la division du travail social*, 8^e éd., PUF, 2013, 416 p.

FELIO C. et LEROUGE L.,

- *Les cadres face aux TIC. Enjeux et risques psychosociaux au travail*, L'Harmattan, 2015, 294 p.

FENOUILLET D.,

- *L'argument sociologique en droit. Pluriel et singularité*, Dalloz, coll.« Thèmes & commentaires », 2015, 338 p.

FLICHY P.,

- *Les nouvelles frontières du travail à l'ère numérique*, Le Seuil, coll.« Les livres du nouveau monde », 2017, 432 p.

FOUCAULT M.,

- *Surveiller et punir*, Gallimard, coll.« TEL », 1993, 360 p.

FRANCFORT I., OSTY F., SAINSAULIEU R. et UHALDE M.,

- *Les mondes sociaux de l'entreprise*, Desclée, 1995, 612 p.

FRIEDMANN G.,

- *Le travail en miettes*, Gallimard, 1964, 374 p.

FRIOT B. et ROSE J.,

- *La construction sociale de l'emploi en France*, L'Harmattan, 1996, 245 p.

GAUTIE J.,

- *Le chômage*, La Découverte, coll.« Repères », 2009, 128 p.

GILLET M. et GILLET P.,

- *SIRH : système d'information des ressources humaines*, Dunod, 2010, 262 p.

GIRARD C.,

- *Des droits fondamentaux au fondement du droit. Réflexions sur les discours théoriques relatifs au fondement du droit*, Éditions de la Sorbonne, 2010, 416 p.

GIRARD C. (DIR.) et HENNETTE-VAUCHEZ S. (DIR.),

- *La dignité de la personne humaine. Recherche sur un processus de juridicisation*, PUF, coll.« Droit et justice », 2005, 318 p.

GLAYMANN D.,

- *La vie en intérim*, Fayard, 2005, 355 p.

GUEDJ F. et VINDT G.,

- *Le temps de travail, une histoire conflictuelle*, Syros, 1997, 252 p.

HAMELIN G.,

- *Agir sur le stress et les violences au travail*, Dunod, 2012, 192 p.

HANNOUN C.,

- *La dématérialisation de l'entreprise : essais sur les dimensions immatérielles de l'entreprise*, L'Harmattan, 2010, 364 p.

HÉAS F. (DIR.),

- *Santé mentale et organisation du travail. Approche juridique et regards croisés*, Dalloz, coll.« Thèmes & commentaires », 2022, 400 p.

HIRIGOYEN M.-F.,

- *Le harcèlement moral au travail*, 2^e éd., PUF, coll.« Que sais-je ? », 2017, 128 p.
- *Le harcèlement moral*, Syros, 1998, 214 p.

JUST B.,

- *Pas de DRH sans SIRH*, Liaisons, 2010, 262 p.

LA METTRIE J. O. de,

- *L'Homme Machine*, Frédéric Henry, Librairie-éditeur, 1865, 180 p.

LARHER Y.-M.,

- *Le droit du travail à l'heure du numérique*, Nuvis éditions, 2020, 724 p.

LAZARD E. et MOUNIER-KUHN P.,

- *Histoire illustrée de l'informatique*, 3^e éd., EDP Sciences, 2022, 333 p.

LE BAS C.,

- *Histoire sociale des faits économiques. La France au XIXe siècle*, Presses universitaires de Lyon, coll.« Analyse, épistémologie, histoire économiques », 1984, 246 p.

LE CROM J.-P. (DIR.),

- *Les acteurs de l'histoire du droit du travail*, PUR, coll.« L'univers des normes », 2004, 413 p.

LE GOFF J., BERGER L. et WAQUET P.,

- *Du silence à la parole : une histoire du droit du travail des années 1830 à nos jours*, 4^e éd., PUR, 2019, 683 p.

LEFEBVRE P.,

- *L'invention de la grande entreprise*, PUF, coll.« Sociologies », 2003, 310 p.

LEROUGE L. (DIR.),

- *La numérisation du travail. Enjeux juridiques et sociaux en santé au travail*, L'Harmattan, coll.« Psych-Logiques », 2021, 274 p.

LOKIEC P.,

- *Contrat et pouvoir*, LGDJ, coll.« Forum », 2021, 315 p.
- *Il faut sauver le droit du travail !*, Odile Jacob, 2015, 176 p.

LYON-CAEN G.,

- *Le droit du travail : une technique réversible*, Dalloz, coll.« Connaissance du droit », 1995, 99 p.
- *Les libertés publiques et l'emploi*, La documentation française, 1992.
- *Le droit du travail non salarié*, Sirey, 1990, 208 p.

LYON-CAEN A. (DIR.) et URBAN Q. (DIR.),

- *Le droit du travail à l'épreuve de la globalisation*, Dalloz, coll.« Thèmes & commentaires », 2008, 128 p.

MAGGI B.,

- *De l'Agir organisationnel. Un point de vue sur le travail, le bien-être et l'apprentissage*, Octares, 2003, 261 p.

MAITTE C. et TERRIER D.,

- *Les Rythmes du labeur. Enquête sur le temps de travail en Europe occidentale, XIVe-XIXe siècle*, La Dispute, coll.« Travail et salariat », 2020, 432 p.

MARMOZ F. (DIR.),

- *Blockchain et droit*, Dalloz, coll.« Thèmes et commentaires », 2019, 102 p.

MARTORY B.,

- *Contrôle de gestion sociale : salaires, masse salariale, effectifs, compétences, performances*, 8^e éd., Vuibert, 2015, 377 p.

MARX K.,

- *Le capital*, Éditeurs Maurice Lachatre et Cie, 1872, 352 p.

MARX K. et ENGELS F.,

- *Manifeste du parti communiste*, Flammarion, 1998, 208 p.

MAZUYER E. (DIR.),

- *Regards croisés sur le travail et le microtravail de plateforme*, Mare & Martin, 2023, 322 p.

MÉDA D.,

- *Le travail*, 6^e éd., PUF, 2018, 128 p.

MERCAT-BRUNS M. (DIR.),

- *Nouveaux modes de détection et de prévention de la discrimination et accès au droit*, 1^{re} éd., Société de législation comparée, 2020, vol.14, 172 p.

- *Personne et discrimination : perspectives historiques et comparées*, Dalloz, coll.« Thèmes & commentaires », 2006, 264 p.

MICHALET C.-A.,

- *Qu'est-ce que la mondialisation*, La Découverte, coll.« Essais », n° 165, 2004, 210 p.

NEVEU J.-P. et THÉVENET M.,

- *L'implication au travail*, Vuibert, 2002, 230 p.

OST F.,

- *A quoi sert le droit ?*, Bruylant, 2016, 578 p.

PASDERMADJIAN H.,

- *La deuxième révolution industrielle*, PUF, 1959, 192 p.

PEDROT P. (DIR.),

- *Éthique, droit et dignité de la personne. Mélanges Christian Bolze*, Economica, 1999, 427 p.

PETIT H. (DIR.) et THÉVENOT N. (DIR.),

- *Les nouvelles frontières du travail subordonné*, La Découverte, coll.« Recherches », 2006, 256 p.

PEZET É. et SÉNÉCHAL J.,

- *Normes juridiques et normes managériales : enjeux et méthode d'une nouvelle internormativité*, LGDJ, coll.« Droit et société », n° 29, 2014, 230 p.

PHILIPPE X.,

- *Le contrôle de proportionnalité dans les jurisprudences constitutionnelle et administrative*, Economica, 1990, 542 p.

PRASSL J.,

- *L'ubérisation du travail : promesses et risques du travail dans l'économie des petits boulots*, Dalloz, 2021, 280 p.

REVET T. (DIR.) et PAVIA M.-L. (DIR.),

- *La dignité de la personne humaine*, Economica, coll.« Etudes juridiques », 1999, 181 p.

RIFKIN J.,

- *La fin du travail*, La Découverte, 1997, 476 p.

ROQUES-BONNET M.-C.,

- *Le droit peut-il ignorer la révolution numérique ?*, Michalon Editions, 2010, 606 p.

ROSIER K. et TERWANGNE C. de,

- *Le droit du travail à l'ère numérique*, Limal, Anthemis, 2011, 512 p.

ROUX D. (ED.) et TEYSSIER J.-P. (ED.),

- *Les enjeux de la télé réalité*, Economica, 2003, 89 p.

SALAIS R., BAVEREZ N. et REYNAUD B.,

- *L'invention du chômage : histoire et transformations d'une catégorie en France des années 1890 aux années 1980*, PUF, coll.« Quadrige », 1999, 286 p.

SCHOLZ T.,

- *Le coopérativisme de plateforme. 10 principes contre l'ubérisation et le business de l'économie du partage*, FYP éditions, coll.« Reboot », 2017, 95 p.

SÉNÉCHAL J. (DIR.) et STALLA-BOURDILLON S. (DIR.),

- *Rôle et responsabilité des opérateurs de plateforme en ligne : approche(s) transversale(s) ou approches sectorielles ?*, t. 91, IRJS Editions, coll.« Bibliothèque de l'Institut de Recherche Juridique de la Sorbonne – André Tunc », 2018, 182 p.

STORHAYE P. et PERETTI J.-M.,

- *Le SIRH enjeux, facteurs de succès, perspectives*, Dunod, 2013, 262 p.

SUPIOT A.,

- *La justice au travail. Quelques leçons de l'histoire*, Seuil, 2022, 72 p.
- *Le travail n'est pas une marchandise : Contenu et sens du travail au XXIe siècle*, Collège de France, coll.« Leçon de clôture », 2019, 72 p.

- *La gouvernance par les nombres*, Fayard, coll.« Poids et mesures du monde », 2015, 520 p.
- *L'Esprit de Philadelphie : la justice sociale face au marché total*, Éditions du Seuil, coll.« Débats », 2010, 192 p.
- *Homo juridicus : essai sur la fonction anthropologique du droit*, Éditions du Seuil, 2005, 336 p.
- *Critique du droit du travail*, 3^e éd., PUF, 2015, 280 p.

SUPIOT A. (DIR.),

- *Mondialisation ou globalisation ? Les leçons de Simone Weil*, Collège de France, coll.« Conférences », 2019, 240 p.
- *Au-delà de l'emploi : Les voies d'une vraie réforme du droit du travail*, 2^e éd., Flammarion, 2016, 317 p.
- *Le travail en perspectives*, LGDJ, coll.« Droit et société », n° 22, 1998, 640 p.

SUPIOT A. (DIR.) et MUSSO P. (DIR.),

- *Qu'est-ce qu'un régime de travail réellement humain ?*, Hermann, 2018, 525 p.

TEYSSIÉ B. (DIR.), CHAMPENOIS G., GHOZI A., LEVENEUR L. et OLIVIER J.-M.,

- *La personne en droit du travail*, Éditions Panthéon-Assas, coll.« Droit privé », 1999, 117 p.

OLSZAK N.,

- *Histoire du droit du travail*, 1^{re} éd., PUF, coll.« Que sais-je ? », 1999, 128 p.

RIOUX J.-P.,

- *La révolution industrielle. 1770-1880*, Points, 2015, 288 p.

RIPERT G.,

- *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, 2^e éd., LGDJ, 1951, 355 p.
- *Le déclin du droit*, LGDJ, 1949, 226 p.

THARAUD D.,

- *Droit de la non-discrimination*, Breal, 2021, 260 p.

VAN CLEYNENBREUGEL P. V.,

- *Plateformes en ligne et droit de l'Union européenne. Un cadre juridique aux multiples visages*, Bruylant, coll.« Pratique du droit européen », 2020, 476 p.

WEBER M.,

- *Économie et société*, t. 1, Pocket, coll.« Agora », 1995, 411 p.

WEIL S.,

- *Conditions premières d'un travail non servile*, L'Herne, coll.« Carnets », 2014, 88 p.
- *La condition ouvrière*, Gallimard, coll.« idées », n° 52, 1951, 375 p.

§3 : THÈSES ET MÉMOIRES

ADAM P.,

- *L'individualisation du droit du travail. Essai sur la réhabilitation juridique du salarié-individu*, t. 39, LGDJ, coll.« Bibliothèque de droit social », 2005, 556 p.

AMIC L.,

- *La loyauté dans les rapports de travail*, thèse, Université d'Avignon, 2014, 663 p.

AUBERT-MONPEYSSEN T.,

- *Subordination juridique et relation de travail*, Éditions du CNRS, 1988, 337 p.

BALLOT SQUIRAWSKI C.,

- *Les éléments constitutifs : essai sur les composantes de l'infraction*, thèse, Université Paris-Saclay, 2017, 561 p.

BAUGARD D.,

- *La sanction de requalification en droit du travail*, t. 31, IRJS Editions, coll.« Bibliothèque de l'Institut de Recherche Juridique de la Sorbonne – André Tunc », 2011, 686 p.

BERGEAUD A.,

- *Le droit à la preuve*, LGDJ, coll.« Bibliothèque de droit privé », 2010, 588 p.

BERT D.,

- *Essai sur le droit de l'activité professionnelle indépendante*, Institut Universitaire Varenne, coll.« Collection des thèses », n° 55, 2011, 453 p.

BERTHIER P.-E.,

- *La récompense en droit du travail : contribution à l'étude du pouvoir de l'employeur*, t. 63, LGDJ, coll.« Bibliothèque de droit social », 2014, 463 p.

BONARDI A.,

- *L'appartenance du salarié à l'entreprise*, thèse, Université Panthéon-Assas, 2021, 658 p.

BOÜARD F. de,

- *La dépendance économique née d'un contrat d'intégration*, t. 13, LGDJ, coll.« Bibliothèque de l'Institut André Tunc », 2007, 517 p.

BOULMIER D.,

- *Preuve et instance prud'homale*, LGDJ, 2002, 688 p.

CANUT F.,

- *L'ordre public en droit du travail*, t. 14, LGDJ, coll.« Bibliothèque de l'Institut André Tunc », 2007, 513 p.

CARESSA M.,

- *Marchandage et prêt illicite de main-d'œuvre*, LGDJ, coll.« Bibliothèque de droit social », 2022, 480 p.

CARON M.,

- *L'expertise en droit social*, thèse, Université de Lille, 2008, 532 p.

CORNESSE I.,

- *La proportionnalité en droit du travail*, Litec, coll.« Bibliothèque de droit de l'entreprise », 2001, 566 p.

DABOSVILLE B.,

- *L'information du salarié : contribution à l'étude de l'obligation d'informer*, Dalloz, coll.« Nouvelle bibliothèque de thèses », 2013, 601 p.

DANA A.-C.,

- *Essai sur la notion d'infraction pénale*, t. XXIII, Librairie générale de droit et de jurisprudence, coll.« Bibliothèque de sciences criminelles », 1982, 568 p.

DE MONCUIT DE BOISCUILLE G.,

- *La faute lucrative en droit de la concurrence*, Concurrences, coll.« Concurrences », 2020, 872 p.

DE MONTVALON L.,

- *La charge de travail : pour une approche renouvelée du droit de la santé du travail*, t. 79, LGDJ, coll.« Bibliothèque de droit social », 2021, 492 p.

DEMOULAIN M.,

- *Nouvelles technologies et droit des relations de travail : Essai sur une évolution des relations de travail*, Panthéon Assas, 2013, 430 p.

DESPAX M.,

- *L'entreprise et le droit*, LGDJ, 1957, 443 p.

DRAI L.,

- *Le droit du travail intellectuel*, t. 42, LGDJ, coll.« Bibliothèque de droit social », 2005, 304 p.

DRIGUEZ L.,

- *Droit social et droit de la concurrence*, Bruylant, 2006, 868 p.

DUCHANGE G.,

- *Le concept d'entreprise en droit du travail*, LexisNexis, coll.« Thèses », 2014, 242 p.

FABRE A.,

- *Le régime du pouvoir de l'employeur*, t. 52, LGDJ, coll.« Bibliothèque de droit social », 2006, 419 p.

FABRE-MAGNAN M.,

- *De l'obligation d'information dans les contrats : essai d'une théorie*, LGDJ, 2015, 573 p.

FARAJ E.,

- *Le contrat électronique*, thèse, Université Panthéon-Sorbonne, 2016, 300 p.

FAVENNEC-HÉRY F.,

- *La preuve en droit du travail*, thèse, Université Paris Nanterre, 1983, 768 p.

FERREIRA V.,

- *Essai sur l'intention coupable en droit pénal. Pour une théorie de l'intention dans l'action*, thèse, Université de Rennes 1, 2018.

FROSSARD S.,

- *Les qualifications juridiques en droit du travail*, t. 33, LGDJ, coll.« Bibliothèque de droit social », 2000, 246 p.

GABROY F.,

- *Essai sur la protection du travailleur numérique par les droits fondamentaux*, thèse, Université de Normandie, 2022, 731 p.

GAILLARD E.,

- *Le pouvoir en droit privé*, Economica, coll.« Collection Droit civil », 1985, 250 p.

GARDES D.,

- *Essai et enjeux d'une définition juridique du travail*, Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, coll.« Thèses de l'IFR », 2018, 670 p.

GARNIER S.,

- *Droit du travail et prévention : contribution à l'étude d'un nouveau paradigme*, t. 77, LGDJ, coll.« Bibliothèque de droit social », 2019, 421 p.

GAUDU F.,

- *L'emploi dans l'entreprise privée : essai de théorie juridique*, thèse, Université Panthéon-Sorbonne, 1986, 855 p.

GÉNIAUT B.,

- *La proportionnalité dans les relations du travail : de l'exigence au principe*, Dalloz, coll.« Nouvelle bibliothèque de thèses », 2009, vol.86, 474 p.

GOMES B.,

- *Le droit du travail à l'épreuve des plateformes numériques*, thèse, Université de Paris 10, 2018, 498 p.

GUILLEMAIN C.,

- *Le trouble en droit privé*, PUAM, 2000, 545 p.

GUIOMARD F.,

- *La justification des mesures de gestion du personnel, essai sur le contrôle du pouvoir de l'employeur*, thèse, Université Paris 10, 2000.

HANNOUN C.,

- *Le droit et les groupes de sociétés*, LGDJ, coll.« Bibliothèque de droit privé », 1991, 321 p.

HOFFSCHIR N.,

- *La charge de la preuve en droit civil*, Dalloz, coll.« Nouvelle bibliothèque de thèses », 2016, vol.153, 576 p.

ILIEVA V.,

- *L'exigence d'objectivité en droit du travail*, t. 190, Institut Francophone pour la Justice et la Démocratie, coll.« Thèses », 2020, 522 p.

JOHANSSON A.,

- *La détermination du temps de travail effectif*, t. 44, LGDJ, coll.« Bibliothèque de droit social », 2006, 712 p.

JONESCO C.,

- *Les effets juridiques de l'apparence en droit privé*, thèse, Université de Strasbourg, 1928, 947 p.

JUBÉ S.,

- *Droit social et normalisation comptable*, LGDJ, coll.« Droit et économie », 2011, 673 p.

KOCHER M.,

- *La notion de groupe d'entreprises en droit du travail*, LGDJ, coll.« Bibliothèque de droit social », 2013, 444 p.

LAFARGUE M.,

- *Les relations de travail dans l'entreprise transnationale*, LGDJ, coll.« Bibliothèque de droit social », 2017, 600 p.

LAGARDE X.,

- *Réflexion critique sur le droit de la preuve*, LGDJ, 1994, 448 p.

LAMPERT A.,

- *L'autonomie du travailleur*, LexisNexis, 2020, 240 p.

LARHER Y.-M.,

- *Les relations numériques de travail*, thèse, Université Panthéon-Assas, 2017, 866 p.

LARRAZET C.,

- *La solidarité dans la protection sociale des travailleurs non-salariés*, thèse, Université de Lorraine, 2021, 625 p.

LATTES J.-M.,

- *Le principe de non discrimination en droit du travail*, thèse, Université Toulouse 1, 1989, 868 p.

LAURENT J.-C.,

- *L'apparence dans le problème des qualifications juridiques*, thèse, Université de Caen, 1931, 340 p.

LE BAYON A.,

- *Notion et statut juridique des cadres de l'entreprise privée*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, coll.« Bibliothèque d'ouvrages de droit social », n° 13, 1971, 313 p.

LE ROY M.,

- *La loyauté des plateformes à l'égard des consommateurs*, Dalloz, coll.« Nouvelle bibliothèque de thèses », 2023, 500 p.

LE ROUGE L.,

- *La reconnaissance d'un droit à la protection de la santé mentale au travail*, t. 40, LGDJ, coll.« Bibliothèque de droit social », 2005, 428 p.

LE ROY Y.,

- *L'effectivité du droit au travers d'un questionnaire en droit du travail*, t. 55, LGDJ, coll.« Bibliothèque de droit social », 2011, 493 p.

LE VENEUR C.,

- *Les smart contracts. Étude de droit des contrats à l'aune de la blockchain*, thèse, Université Panthéon-Assas, 2022.

LE VENEUR L.,

- *Situations de fait et droit privé*, t. 212, LGDJ, coll.« Bibliothèque de droit privé », 1990, 490 p.

LIGEROPOULO A.,

- *Le problème de la fraude à la loi*, thèse, Université d'Aix-Marseille, 1928, 359 p.

LOKIEC P.,

- *Contrat et pouvoir. Essai sur les transformations du droit privé des rapports contractuels*, LGDJ, coll.« Bibliothèque de droit privé », 2004, 500 p.

MARTINON A.,

- *Essai sur la stabilité du contrat de travail à durée indéterminée*, Dalloz, coll.« Nouvelle bibliothèque de thèses », 2005, 656 p.

MARZO C.,

- *La dimension sociale de la citoyenneté européenne*, PUAM, 2011, 578 p.

MATHIEU C.,

- *La vie personnelle du salarié*, thèse, Université de Lyon 2, 2004, 609 p.

MAUREL E.,

- *Entre subordination et dépendance. Essai sur une relecture de la subordination par les plateformes de mobilité*, thèse, Université de Côte d'azur, 2021, 547 p.

MERABET S.,

- *Vers un droit de l'intelligence artificielle*, Dalloz, coll.« Nouvelle bibliothèque de thèses », n° 197, 2020, 500 p.

MEYER N.,

- *L'ordre public en droit du travail : contribution à l'étude de l'ordre public en droit privé*, t. 461, LGDJ, coll.« Bibliothèque de droit privé », 2006, 375 p.

MOULY J.,

- *La fraude à la loi en droit du travail : contribution à l'étude générale de la fraude*, thèse, Université de Limoge, 1979, 528 p.

MUSSIÉ A.,

- *Les périmètres du droit du travail*, thèse, Université de Lorraine, 2016, 646 p.

NETTER E.,

- *Numérique et grandes notions du droit privé*, Mémoire en vue de l'habilitation à diriger des recherches en droit privé, Université de Picardie – Jules Verne, 2017.

PACQUETET A.,

- *Les plateformes collaboratives : essai de qualification en droit du travail*, thèse, Université Panthéon-Assas, 2021, 529 p.

PASQUIER T.,

- *L'économie du contrat de travail : conception et destin d'un type contractuel*, t. 53, LGDJ, coll.« Bibliothèque de droit social », 2010, 419 p.

PECH- LE GAC S.,

- *La proportionnalité en droit privé des contrats*, LGDJ, coll.« Bibliothèque de droit privé », 2000, 580 p.

PESKINE E.,

- *Réseaux d'entreprises et droit du travail*, t. 45, LGDJ, coll.« Bibliothèque de droit social », 2008, 363 p.

PEYRONNET M.,

- *La diversité : étude en droit du travail*, thèse, Université de Bordeaux, 2018, 419 p.

PUIG P.,

- *La qualification du contrat d'entreprise*, LGDJ, coll.« Droit privé », 2002, 805 p.

RABAGNY A.,

- *Théorie générale de l'apparence en droit privé*, thèse, Université Panthéon Assas, 2001, 1437 p.

RANC S.,

- *Organisations sociétaires et droit du travail*, LexisNexis, 2019, 382 p.

REVET T.,

- *La force de travail : étude juridique*, Litec, 1992, 727 p.

RIERA A.,

- *Contrat de franchise et droit de la concurrence*, thèse, Université de Perpignan, 2013, 554 p.

ROUSSEL M.,

- *L'évaluation professionnelle des salariés*, LGDJ, coll.« Bibliothèque de droit social », 2016, 530 p.

SACHS T.,

- *La raison économique en droit du travail : contribution à l'étude des rapports entre le droit et l'économie*, LGDJ, coll.« Bibliothèque de droit social », n° 58, 2013, 447 p.

SERRAND-MITON C.,

- *Le traitement juridique des risques psychosociaux*, LexisNexis, 2018, 200 p.

SQUIRE C.,

- *La notion de travailleur en droit de l'Union européenne*, thèse, Université Panthéon-Sorbonne, 2013, 1085 p.

SUPIOT A.,

- *Le juge et le droit du travail*, thèse, Université de Bordeaux, 1979, 1040 p.

TAHTAH S.,

- *Les cadres et le droit du travail*, thèse, Université de Bordeaux, 2017, 419 p.

TARHOUNY N.,

- *Les risques psychosociaux au travail : droit et prévention d'une problématique de santé publique*, L'Harmattan, coll.« Le Droit aujourd'hui », 2018, 694 p.

TERNYNCK É.,

- *Le juge du contrat de travail et la preuve électronique : essai sur l'incidence des technologies de l'Information et de la communication sur le contentieux prud'homal*, thèse, Université de Lille Nord de France, 2014, 607 p.

THARAUD D.,

- *Contribution à une théorie générale des discriminations positives*, PUAM, coll.« Laboratoire de droit privé & de sciences criminelles », 2013, 555 p.

THOMAS S.,

- *La compétence du salarié*, Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, LGDJ, coll.« Thèses de l'IFR », 2018, 493 p.

TUSSEAU G.,

- *Les normes d'habilitation*, Dalloz, coll.« Nouvelle bibliothèque de thèses », n° 60, 2006, 813 p.

VACARIE I.,

- *L'employeur*, Sirey, 1979, 275 p.

VAN-ROMPU B.,

- *La dignité de la personne humaine dans les relations de travail*, thèse, Université de Lille 2, 2006, 639 p.

VARCIN-VERDUN F.,

- *Le pouvoir patronal de direction*, thèse, Université de Lyon 2, 2000, 240 p.

VERNAC S.,

- *Le pouvoir d'organisation : au croisement du droit du travail et du droit des sociétés*, thèse, Université de Paris 10, 2012, 456 p.

VICENTE M.,

- *Les droits collectifs des travailleurs de plateformes : étude sur le champ d'application personnel des droits collectifs dans le contexte des plateformes numériques*, thèse, Université de Strasbourg, 2022.

VIDAL J.,

- *Essai d'une théorie générale de la fraude en droit français : le principe « Fraus omnia corrumpit »*, Dalloz, 1957, 481 p.

VIRASSAMY G.,

- *Les contrats de dépendance : essai sur les activités professionnelles exercées dans une dépendance économique*, t. 190, Librairie générale de droit et de jurisprudence, coll.« Bibliothèque de droit privé », 1986, 334 p.

WOLMARK C.,

- *La définition prétorienne : étude en droit du travail*, Dalloz, coll.« Nouvelle bibliothèque de thèses », 2007, vol.69, 412 p.

YUNG HING J.,

- *Aspects juridique de la qualification professionnelle*, CNRS, coll.« Sciences sociales », 1986, 330 p.

ZARLI-MEIFFRET DELSANTO K.,

- *La fraude en droit de la protection sociale*, PUAM, coll.« Centre de droit social », 2018, 764 p.

§4 : ARTICLES, CHRONIQUES, CONTRIBUTIONS AUX OUVRAGES COLLECTIFS ET FASCICULES

ABDELNOUR S. et BERNARD S.,

- « Vers un capitalisme de plateforme ? Mobiliser le travail, contourner les régulations », *La Nouvelle Revue du Travail*, octobre 2018.

ADAM P.,

- « L'article 145 du Code de procédure civile et le droit du travail », *BJT*, n° 5, 2023, p. 39.
- « La loyauté vs le droit à la preuve : une descente dans le maelström », *RDT*, 2023, p. 156.
- « Intelligence artificielle et droit du travail », dans *Droit de l'intelligence artificielle*, 2^e éd., LGDJ, coll.« Les Intégrales », 2022, p. 347-382.

- « La décision patronale sous perfusion algorithmique. Une nouvelle dystopie ? », dans *Vers un droit de l’algorithme ?*, Mare & Martin, 2022, p. 45-61.
- « Santé mentale au travail et intelligence artificielle, histoire d’un couple moderne », dans *Santé mentale et organisation du travail. Approche juridique et regards croisés*, Dalloz, coll.« Thèmes & commentaires », 2022, p. 189-197.
- « Intelligence artificielle et santé au travail. Marche de nuit », dans *Mélanges en l’honneur de Pierre-Yves Verkindt*, LGDJ, 2022, p. 1-12.
- « Sur la recevabilité d’un moyen de preuve illicite – Nouvelle variation sur le droit à la preuve », *Dr. soc.*, 2022, p. 81.
- « Cosmologie du harcèlement moral », *JCP S*, n° 30-34, 2022, 1206.
- « Harcèlement(s) : qualités et recevabilité de l’enquête interne », *Dr. soc.*, 2022, p. 837.
- « Harcèlement moral institutionnel : l’autre théorie du ruissellement », *SSL*, n° 2017, 2022, p. 6-10.
- « Droit d’expression des salariés », dans *Répertoire de droit du travail*, Dalloz, 2021.
- « Metaverse », *Dr. soc.*, 2021, p. 961.
- « Liberté(s), intelligence artificielle et droit du travail », dans *Paix et libertés en droit social*, Dalloz, coll.« Thèmes & commentaires », 2021, p. 69-80.
- « La vidéosurveillance du salarié sous contrôle judiciaire », *Dr. soc.*, 2021, p. 843.
- « Mesure d’instruction in futurum, vie personnelle et droit à la preuve – Géométrie d’un triangle juridique », *Dr. soc.*, 2021, p. 645.
- « La protection de la vie personnelle du travail : le rattachement, ce « passe-muraille » », *RDT*, 2021, p. 186.
- « Grève dans le secteur privé », dans *Répertoire de droit du travail*, Dalloz, 2020.
- « Intelligence artificielle, dignité et droit du travail », dans *Intelligence artificielle, gestion algorithmique du personnel et droit du travail*, Dalloz, coll.« Thèmes et commentaires », 2020, p. 91-103.
- « L’ennui en procès. A propos du “bore-out” », *SSL*, n° 1917, 2020, p. 11-14.

- « Harcèlement moral », dans *Répertoire de droit du travail*, Dalloz, 2019.
- « Droit (du travail) et intelligence artificielle », *Hebdo édition sociale*, n° 802, 2019.
- « Le chauffeur Uber, un salarié comme les autres », *Hebdo édition sociale*, n° 770, 2019.
- « Plateforme numérique : être ou ne pas être salarié ... », *Hebdo édition sociale*, n° 766, 2018.
- « Droit (de l'employeur) à la preuve et vie privée (du salarié) », *Dalloz IP/IT*, n° 04, 2016, p. 211.
- « La “dignité du salarié” et le droit du travail (Première partie) », *RDT*, 2014, p. 168.
- « La dignité du salarié (Deuxième partie) », *RDT*, 2014, p. 244.
- « Vie personnelle/vie professionnelle : une distinction en voie de dissolution ? », *Dr. ouvr.*, 2013, p. 431-444.
- « La vie personnelle, une forteresse et quelques souterrains », *RDT*, 2011, p. 116.

AGUILERA A., DABLANC L. et RALLET A.,

- « L'envers et l'endroit des plateformes de livraison instantanée. Enquête sur les livreurs micro-entrepreneurs à Paris », *Réseaux*, vol. 212, n° 6, 2018, p. 23-49.

ALBIOL J.-M. et GAOUAOUI T.,

- « Technique de recrutement et diversité », *JCP S*, n° 4, 2023, 1023.

ALDIGE B.,

- « Licéité du dispositif d'évaluation professionnelle reposant sur des recommandations de quotas indicatifs », *JCP S*, n° 15, 2013, 1160.

ALLIX B.,

- « L'article 145 et le motif légitime », *BJT*, n° 5, 2023, p. 50.

ALLIX B. et FÉVRIER J.,

- « Le recrutement : éclairage sur les principaux points de vigilance pour traiter les données des candidats en toute conformité », *BJT*, n° 9, 2023, p. 43.

ALLIX B. et PALIN M.,

- « Équilibre entre vie privée du salarié et pouvoir disciplinaire de l'employeur : lorsque la publication d'un salarié sur un réseau social justifie son licenciement pour faute », *BJT*, n° 5, 2022, p. 6.

AMAUGER-LATTES M.-C.,

- « Le dialogue social : outil de régulation de l'intelligence artificielle dans l'entreprise », *Dr. soc.*, 2021, p. 146.

ANCIAUX N.,

- « Le contrat de travail : réflexions à partir de l'arrêt Take Eat Easy », *JCP S*, n° 5, 2019, 1026.

ANTONMATTEI P.-H.,

- « Groupe de sociétés : la menace du co-employeur se confirme ! », *SSL*, n° 1484, 2011, p. 12-13.
- « NTIC et vie personnelle au travail », *Dr. soc.*, 2002, p. 37.

ARCELIN L.,

- « Le droit de la concurrence mis à l'épreuve par le numérique », *JCP E*, n° 45, 2019, 1493.

ARCHAMBAULT L. et MURRAY D.,

- « Vers une intelligence artificielle « éthique » : objectifs et enjeux de la stratégie européenne en préparation », *Gaz. Pal.*, n° 21, 2021, p. 10.

ARHEL P.,

- « Concentration », dans *Répertoire de droit commercial*, Dalloz, 2021.

ARSEGUEL A. et ISOUX P.,

- « Des limites à la dérive de la notion de service organisé », *Dr. soc.*, 1992, p. 295.

ASQUINAZI-BAILLEUX D.,

- « Contrat d'intégration en agriculture ou contrat de travail ? », *JCP S*, n° 14, 2009, 1149.

AUBERT-MONPEYSSEN T.,

- « Les libertés et droits fondamentaux dans l'entreprise : brèves remarques sur quelques évolutions récentes », dans *Mélanges dédiés au Président Michel Despax*, PUSS, 2002, p. 261-284.
- « Travail illégal », dans *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, Dalloz, 2021.
- « Les frontières du salariat à l'épreuve des stratégies d'utilisation de la force de travail », *Dr. soc.*, 1997, p. 616.
- « Le renforcement de la lutte contre le travail illégal. Loi du 11 mars 1997 », *Dr. soc.*, 1997, p. 915.
- « La définition du salariat par la loi Madelin », *LPA*, n° 114, 22 septembre 1995, p. 14.

AUBERT-MONPEYSSEN T. et VERKINDT P.-Y.,

- « La protection de la santé du travailleur : approche juridique de la notion de prévention », dans *La santé du salarié*, Dalloz, coll.« Thèmes & commentaires », 1999, p. 29.

AUBREE Y.,

- « Contrat de travail : existence », dans *Répertoire de droit du travail*, Dalloz, 2023.

AUMERAN X.,

- « Les frontières du droit disciplinaire », *BJT*, n° 5, 2022, p. 40.
- « La télé réalité n'est pas qu'un jeu », *Juris art etc.*, n° 27, 2015, p. 42.

AUZERO G.,

- « Travail », dans *JCl Lois pénales spéciales*, fasc. 40, 2022.
- « Travail », dans *JCl Pénal des Affaires*, fasc. 10, 2022.
- « Le coemploi bouge encore ! », *SSL*, n° 1936, 2021, p. 9-12.
- « Le pouvoir de direction de l'employeur dans les groupes de sociétés : un pouvoir sous influence », *Dr. des sociétés*, 2017, p. 19-22.
- « Le coemploi sous le regard du juge administratif », *SSL*, n° 1756, 2017, p. 22-25.

- « Le statut d'entrepreneur salarié associé d'une coopérative d'activité et d'emploi », *RDT*, 2014, p. 681.
- « La qualité de co-employeur », *RDT*, 2011, p. 634.
- « Je ne m'amuse pas, je travaille ! », *RDT*, 2009, p. 507.

BABIN M.,

- « Télétravail et santé : le risque à distance ? », *JCP S*, n° 38, 2020, 3018.

BAILLOEUIL G.,

- « Recrutement », dans *Droit du travail et technologies de l'information et de la communication*, LexisNexis, coll.« Planète social », 2022, p. 9-57.

BALAT N.,

- « L'ubérisation et les faux courtiers – ou les plateformes numériques rattrapées par le droit des contrats », *D.*, 2021, p. 646.
- « Les apports des arrêts « Uber Pop » au droit des transports », *D.*, 2018, p. 934.

BARBARA E.,

- « Quid du salarié du XXIe siècle ? », *Dr. soc.*, 2018, p. 84.

BARBIER H.,

- « Intelligence artificielle et éthique », dans *Droit de l'intelligence artificielle*, 2^e éd., LGDJ, coll.« Les Intégrales », 2022, p. 11-37.
- « De l'articulation de la charge de la preuve et du droit à la preuve à la lumière du droit du travail », *RDT*, 2022, p. 95.
- « L'admissibilité de la preuve illicite », *RTD Civ.*, 2021, p. 413.
- « Intelligence artificielle et éthique », dans *Droit de l'intelligence artificielle*, 1^{re} éd., LGDJ, coll.« Les Intégrales », 2019, p. 9-34.

BARGAIN G.,

- « Quel droit du travail à l'ère des plateformes numériques ? », *Lien social et Politiques*, n° 81, 2018, p. 21-40.

BARGAIN G. et FERRACI M.,

- « Le CDI intérimaire : un outil de sécurisation ou de flexibilité ? », *RDT*, 2014, p. 522.

BARRAUD DE LAGERIE P. et SIGALO SANTOS L.,

- « Et pour quelques euros de plus. Le crowdsourcing de micro-tâches et la marchandisation du temps », *Réseaux*, vol. 212, n° 6, 2018, p. 51-84.

BARTHÉLÉMY J.,

- « Du droit du travail au droit de l'activité professionnelle », *Les Cahiers du DRH*, n° 265, 2019, p. 59-60.
- « Numérique, civilisation du savoir et définition du temps de travail », *Dr. soc.*, 2018, p. 372.
- « Essai sur la parasubordination », *SSL*, n° 1134, 2003, p. 6.
- « Le professionnel parasubordonné », *JCP E*, n° 47, 1996, 606.
- « Le surprenant statut social de l'avocat salarié », *Dr. soc.*, 1992, p. 302.
- « Vers une approche plus qualitative de la durée du travail », *Dr. soc.*, 2015, p. 47.

BARTHÉLÉMY J. et CETTE G.,

- « Le développement du temps vraiment « choisi » », *Dr. soc.*, 2002, p. 135.

BAUGARD D.,

- « Le coemploi : pourquoi et pour quoi ? », *Dr. soc.*, 2021, p. 367.

BEHAR-TOUCHAIS M.,

- « Ubérisation de l'économie et droit de la concurrence », dans *Les conséquences juridiques de l'ubérisation de l'économie*, IRJS éditions, coll.« Bibliothèque de l'Institut de recherche juridique de la Sorbonne – André Tunc », 2017, p. 91-103.

BEN FEKIH AISSI L.,

- « Monitoring électronique des performances : sources de stress », *Management & Avenir*, n° 37, 2010, p. 306-328.

BENAYOUN Y.,

- « Numérique, santé et travail : quels risques, quels biais et quels fantasmes ? », *Ouishare*, 2021, p. 1-11.

BENRAÏSS-NOAILLES L. et HERRBACH O.,

- « Enjeux organisationnels et managériaux de l'IA pour la gestion du personnel. Vers un DRH « augmenté » ? », *Dr. soc.*, 2021, p. 110.

BENSAMOUN A.,

- « Maîtriser les risques de l'intelligence artificielle : entre éthique, responsabilisation et responsabilité », *JCP G*, n° 5, 2023, doct. 181.

BÉRAUD J.-M.,

- « Autour de l'idée de constitution sociale de l'entreprise », dans *Analyse juridique et valeurs en droit social : mélanges en l'honneur de Jean Pélissier*, Dalloz, 2004, p. 55-68.
- « Les interactions entre le pouvoir unilatéral du chef d'entreprise et le contrat de travail », *Dr. ouvr.*, 1997, p. 529.

BERGERON F., MARTINON A. et MORAND M.,

- « Autonomie du salarié et temps de travail », *BJT*, n° 11, 2022, p. 66.

BERGERON H., CASTEL P., DUBUISSON-QUELLIER S., LAZARUS J., NOUGUEZ E. et PILMIS O.,

- « Comportement correct exigé. Économie comportementale et gouvernement des conduites », *La vie des idées*, 20 novembre 2018, p. 1-13.

BERNARD E.,

- « L'«activité économique», un critère d'applicabilité du droit de la concurrence rebelle à la conceptualisation », *Revue internationale de droit économique*, t. XXIII, 3, n° 3, 2009, p. 353-383.

BERRA D.,

- « Les chartes d'entreprise et le droit du travail », dans *Mélanges dédiés au Président Michel Despax*, PUSS, 2002, p. 123-139.

BERTHIER P.-E.,

- « Les qualités attendues du salarié, entre droit du travail et management », *SSL suppl.*, n° 1576, 2013, p. 102-109.

BERTOLINI S.,

- « Entre travail salarié et indépendant : les formes de travail hybrides en France », *Formation Emploi*, n° 90, 2005, p. 21-35.

BERTRAND B.,

- « Chronique Droit européen du numérique – La proposition de régulation générale pour l'intelligence artificielle dans l'Union européenne : l'IA Act », *RDT Eur.*, 2022, p. 473.
- « Chronique Droit européen du numérique – La rationalisation des catégories juridiques relatives aux services numériques », *RTD Eur.*, 2021, p. 188.

BESUCCO N. et TALLARD M.,

- « L'encadrement collectif de la gestion des compétences : un nouvel enjeu pour la négociation de branche ? », *Sociologie du travail*, vol. 41, n° 2, 1999, p. 123-142.

BETINAS B., DE GRENIER N. et MALATERRE C.,

- « Sécuriser les travailleurs des plateformes : ce que proposent les coopératives d'activité et d'emploi », *BJT*, n° 3, 2021, p. 65.

BIDET A. et PORTA A.,

- « Le travail à l'épreuve du numérique », *RDT*, 2016, p. 328.

BINCTIN N.,

- « Savoir-faire », dans *Répertoire de droit commercial*, Dalloz, 2020.

BISIGNANO M. et ZARKA S.,

- « Approches sociologiques de la qualification : entre héritage et renouvellement », *Dr. soc.*, 2022, p. 485.

BLAISE H.,

- « À la frontière du licite et de l'illicite : la fourniture de main-d'œuvre », *Dr. soc.*, 1990, p. 418.

BLANQUART C.,

- « Les influenceurs et l'accès au salariat », *JCP S*, n° 39, 2020, 3020.

BLATMAN M.,

- « Travailleur : notion », dans *Répertoire de droit européen*, Dalloz, 2017.

BLIN-FRANCHOMME M.-P. et DESBARATS I.,

- « Environnement et travail », dans *JCI Environnement et Développement durable*, fasc. 2330, 2021.

BLOCH A.,

- « Procès en appel France Télécom : « Ils ne mouraient pas tous, mais tous étaient frappés » », *Dalloz actualité*, 20 juin 2022.

BOBILLIER CHAUMON M.-É.,

- « Du rôle des TIC dans la transformation digitale de l'activité et de la santé au travail », *La Revue des conditions de travail*, n° 6, 2017, p. 16-24.

BOBOC A.,

- « Numérique et travail : quelles influences ? », *Sociologies pratiques*, n° 34, janvier 2017, p. 3-12.

BOISARD P.,

- « Genèse et transformations de la notion "durée de travail effectif" », *Centre d'Études de l'Emploi*, n° 36, janvier 2005, p. 1-22.

BONNECHÈRE M.,

- « L'optique du travail décent », *Dr. ouvr.*, 2007, p. 57-74.

BORELLA F.,

- « Le concept de dignité de la personne humaine », dans *Éthique, droit et dignité de la personne. Mélanges Christian Bolze*, Economica, 1999, p. 29-38.

BOSSU B.,

- « Surveillance au travail », dans *Droit du travail et technologies de l'information et de la communication*, LexisNexis, coll.« Planète social », 2022, p. 157-179.
- « Télétravail », dans *Droit du travail et technologies de l'information et de la communication*, LexisNexis, coll.« Planète social », 2022, p. 59-98.
- « Un système de vidéosurveillance doit être proportionné au but recherché », *JCP S*, n° 36, 2021, 1215.
- « Droit à la preuve et production d'informations non anonymisées », *JCP S*, n° 16-17, 2021, 1111.
- « Gestion par algorithme du personnel et exigence de loyauté et de transparence », dans *Intelligence artificielle, gestion algorithmique du personnel et droit du travail*, Dalloz, coll.« Thèmes et commentaires », 2020, p. 115-129.
- « La responsabilité de l'employeur en cas de discrimination : le regard travailliste », *Dr. soc.*, 2020, p. 348.
- « Plateforme numérique : le droit du travail fait de la résistance », *JCP E*, n° 3, 2019, 1031.
- « L'impact du numérique sur les frontières du salariat », *BJT*, n° 2, 2018, p. 134.
- « Quel contrat de travail au XXIème siècle ? », *Dr. soc.*, 2018, p. 232.
- « L'ascension du droit au respect de la vie personnelle », *JCP S*, n° 26, 2015, 1241.
- « Droits de l'homme et pouvoirs du chef d'entreprise : vers un nouvel équilibre », *Dr. soc.*, 1994, p. 747.

BOSSU B. et BAREGE A.,

- « Les TIC et le contrôle de l'activité du salarié », *JCP S*, n° 41, 2013, 1393.

BOSSU B. et TOURNIQUET H.,

- « Quel(s) droit(s) du salarié sur les documents de l'entreprise qui le concernent ? », *RDT*, 2016, p. 74.

BOUCRIS-MAITRAL G.,

- « Titulaires et détenteurs du pouvoir patronal », *SSL*, n° 1340, 2008, p. 29-37.

BOUDOT M.,

- « Apparence », dans *Répertoire de droit civil*, Dalloz, 2019.

BOURDIEU P.,

- « La double vérité du travail », *Actes de la recherche en sciences sociales*, vol. 114, septembre 1996, p. 89-90.

BOURGEOIS M.-B., TOURANCHET L. et ALAS-LUQUETAS X.,

- « Le droit à la déconnexion », *JCP S*, n° 24, 2017, 1199.

BOUSEZ F.,

- « Télétravail et vie privée », *Les Cahiers Sociaux*, n° 308, 2018, p. 317.
- « La proportionnalité en droit du travail », dans *Standards, principes et méthodes en droit du travail*, Economica, coll.« Collection Études juridiques », n° 35, 2010, p. 121-139.

BRASSEUR M. et BIAZ F.,

- « L'impact de la digitalisation des organisations sur le rapport au travail : entre aliénation et émancipation », *Question(s) de management*, vol. 21, n° 2, 2018, p. 143-155.

BRETESCHE S., DE CORBIERE F. et GEFFROY B.,

- « La messagerie électronique, principal métronome des activités de cadre », *La Nouvelle Revue du Travail*, décembre 2012.

BRETON J.-M.,

- « Uber, VTC et taxis : entre dérégulation et réglementation », *Juris tourisme*, n° 222, 2019, p. 40.

BRETONNEAU A.,

- « Contrôle du temps de travail : l'illicéité de la géolocalisation », *AJDA*, 2018, p. 402.

BRISSY S.,

- « Conditions d'admissibilité du vol de documents en vue de l'exercice des droits de la défense », *JCP S*, n° 23, 2015, 1203.
- « L'insuffisance des résultats du salarié au regard de la cause réelle et sérieuse de licenciement », *D.*, 2006, p. 685.

BRUGIÈRE F.,

- « Faire face à la dépendance économique et au contrôle numérique : des résistances aux mobilisations professionnelles des chauffeurs des plateformes », *La Nouvelle Revue du Travail*, novembre 2019.
- « La protection de l'e-réputation de l'entreprise », dans *L'entreprise face aux défis du numérique*, Mare & Martin, coll.« Droit privé & sciences criminelles », 2018, p. 179-195.

BRUN P.,

- « Responsabilité civile », *D.*, 2010, p. 49.

BUCHARLES B.,

- « L'“universalisation” : une notion à interroger ? », *RFAS*, n° 4, 2018, p. 119-128.

BUCHE N. et PORIN C.,

- « Instruire le dossier pour établir les faits : le rôle actif du juge », *Dr. ouvr.*, 2014, p. 247-262.

BUGADA A.,

- « Entreprises de travail temporaire versus plateformes numériques : la présomption de non-salariat comme bouclier anti-référé », *Procédures*, n° 1, 2021, p. 32-33.
- « Réflexions sur le contrôle judiciaire de proportionnalité en droit du travail », dans *Le juge judiciaire face au contrôle de proportionnalité*, PUAM, coll.« Droits, pouvoirs et sociétés », 2018, p. 133-148.

CAILLAUD P.,

- « Qualification professionnelle », dans *Répertoire de droit du travail*, Dalloz, 2022.

CAMAJI L., LOPEZ B., MAILLARD S., PETIT B. et TRICLIN A.,

- « Chronique de droit social européen », *Revue de l'Union européenne*, 2022, p. 307.

CAPRIOLI É. A.,

- « Mythes et légendes de la blockchain face à la pratique », *Dalloz IP/IT*, n° 7, 2019, p. 429.

CAPRIOLI É. et CAPRIOLI M.,

- « Le contrat de travail à durée déterminée électronique », *BJT*, n° 6, 2023, p. 47.

CARBONNIER J.,

- « La sociologie juridique et son emploi en législation : communication de Jean Carbonnier à l'académie des sciences morales et politiques. Communications (23 octobre 1967), Paris, Académie des sciences morales et politiques, 1968, 91-98 », *L'Année sociologique*, vol. 57, n° 2, 2007, p. 393-401.

CARILLON A.,

- « Le harcèlement moral managérial et le harcèlement moral institutionnel », *JCP S*, n° 30-34, 2022, 1208.

CARON L., COPPI M., THERY L. et VASSELIN A.,

- « Devant l'impossibilité de faire le travail prescrit », *Revue Projet*, vol. 323, n° 4, 2011, p. 53-60.

CARRIÉ L.,

- « L'influenceur », dans *JCl Communication*, fasc. 322, 2022.

CASADO A.,

- « Les indicateurs environnementaux devant figurer dans la base de données économiques, sociales et environnementales », *BJT*, n° 5, 2022, p. 3.
- « Travail illégal : deux natures de plateformes, deux salles d'audience, deux ambiances », *BJT*, n° 5, 2022, p. 33.

- « Le droit social à vocation environnementale », *D.*, 2019, p. 2425.

CASAUX-LABRUNÉE L.,

- « Le portage salarial : travail salarié ou travail indépendant ? », *Dr. soc.*, 2007, p. 58.

CASSE C., PUEYO V. et BEGUIN P.,

- « Responsabilité sociale des entreprises, développement durable et travail », *RDT*, 2022, p. 371.

CASTEL D.,

- « Social – Conditions de travail – Télétravail et Covid-19 », *JA*, n° 618, 2020, p. 40.

CASTEX L.,

- « Du secret des correspondances à l'ère du courrier électronique », dans *Mélanges en l'honneur du doyen Didier Guével. Une approche renouvelée des Humanités*, LGDJ, 2021, p. 85-96.

CERF-HOLLENDER A.,

- « Droit pénal du travail », dans *Répertoire de droit du travail*, Dalloz, 2018.
- « Travail dissimulé », dans *Répertoire de droit du travail*, Dalloz, 2018.

CESARO J.-F.,

- « La subordination », dans *Les notions fondamentales du droit du travail*, Panthéon-Assas, coll.« Colloques », 2009, p. 129-147.

CHABAUD L. et COTTIN A.-L.,

- « L'essentiel à savoir sur le RGPD », *Les Cahiers Lamy du DRH*, n° 260, 2019, p. 14-28.

CHAGNY M.,

- « Les plateformes numériques et le droit de la concurrence », *Cahiers de droit de l'entreprise*, n° 3, 2017, dossier 17.
- « L'adaptation du droit de la concurrence à l'économie numérique », *JCP G*, n° 49, 2015, doct. 1340.

CHAIGNEAU A. et PASQUIER T.,

- « Capital, travail et entreprise numérique », dans *À droit ouvert : mélanges en l'honneur d'Antoine Lyon-Caen*, Dalloz, coll.« Etudes, mélanges, travaux », 2018, p. 187-204.

CHALARON Y.,

- « Pour un nouveau concept pénal de marchandage ou “trafic de main-d’œuvre” », *Dr. soc.*, 1980, p. 507.

CHAMPEAUX F.,

- « Droit à la preuve : une nouvelle méthodologie pour les juges », *SSL*, n° 2038, 2023, p. 11-12.
- « La Cour de cassation réduit le contrôle de proportionnalité en matière de droit à la preuve », *SSL*, n° 1937, 2021, p. 10-12.
- « Dernières jurisprudences sur les travailleurs de plateforme et la discrimination », *SSL*, n° 1958, 2021, p. 13-17.
- « Le droit du travail doit prendre en compte la situation des travailleurs des plateformes », *SSL*, n° 1899, 2020, p. 3-6.
- « Take Eat Easy : une application classique du lien de subordination », *SSL*, n° 1842-1843, 2018, p. 3-4.
- « Lorsque l’employeur est un algorithme, la subordination est violente », *SSL*, n° 1767, 2017, p. 8-9.
- « L’évaluation des salariés en débat », *SSL*, n° 1471, 2010, p. 82-85.

CHAMPEAUX F. et CHERIET C.,

- « La tension entre l’exigence d’une jurisprudence cohérente et la multiplicité de la norme en droit du travail », *SSL*, n° 2004, 2022, p. 3-6.

CHAMPEAUX F. et MARCON A.,

- « Le benchmark touché au cœur ? », *SSL suppl.*, n° 1571, 2013, p. 136-137.

CHAMPEAUX F. et RENAUD A.,

- « Le co-emploi n'est ni une « baguette magique » ni une aberration juridique », *SSL*, n° 1600, 2013, p. 11-13.

CHANTRIER I. et REBERIOUX V.,

- « Les “ClickWalkers” hors du droit du travail », *SSL*, n° 1896, 2020, p. 12-14.

CHAPELLE F.,

- « Bore out, blur out, brown out », dans *Risques psychosociaux et Qualité de Vie au Travail. En 36 notions*, Dunod, coll.« Aide-Mémoire », 2018, p. 27-33.

CHAPPE V.-A.,

- « Aller au-delà des statistiques pour prouver la discrimination systémique », *RDT*, 2023, p. 85.

CHARRUYER F.,

- « To clic or not to clic. Telle est la question : e-reputation ou e-alineation ? », *Hebdo édition sociale*, n° 537, 2013.

CHASSAGNARD-PINET S.,

- « À la recherche d'une définition de l'« économie collaborative » », *Cahiers de droit de l'entreprise*, n° 3, mai 2017, dossier 11.

CHATELIER Q.,

- « Congés payés : l'absence de refus exprès de la demande du salarié vaut acceptation », *LSQ*, n° 92/2022, 17 mai 2022, p. 9.

CHAUCHARD J.-P.,

- « Universalisation de la protection sociale : vers la personnalisation des droits sociaux ? », *RFAS*, 2018, p. 129-148.
- « Qu'est-ce qu'un travailleur indépendant ? », *Dr. soc.*, 2016, p. 947.
- « Les avatars du travail indépendant », *Dr. soc.*, 2009, p. 1065.
- « La subordination du salarié, critère du contrat de travail », dans *La subordination dans le travail : analyse juridique et sociologique de l'évolution des formes d'autonomie et*

de contrôle dans la relation de travail, Min. des Affaires Sociales, du Travail et de la Solidarité, coll.« Cahier travail et emploi », 2003, p. 21-31.

CHAZAL J.-P.,

- « Le consentement n'est pas vicié de violence par la seule dépendance économique inhérente au statut salarial », *D.*, 2002, p. 1860.

CHÉNEDÉ F.,

- « Contre-révolution tranquille à la Cour de cassation ? », *D.*, 2016, p. 796.

CHÉROT J.-Y. et FRYDMAN B.,

- « Avant-propos », dans *La science du droit dans la globalisation*, Bruylant, 2012, p. 18-48.

CHEVALLIER J.,

- « La juridicisation des préceptes managériaux », *Politiques et Management Public*, vol. 11, n° 4, 1993, p. 111-134.

CHEYNET DE BEAUPRE A.,

- « L'erreur est humaine : la place de l'humain dans l'algorithme », dans *Vers un droit de l'algorithme ?*, Mare & Martin, 2022, p. 91-103.

CHIREZ A.,

- « Notation et évaluation des salariés », *Dr. ouvr.*, 2003, p. 309-318.

CLERC C.,

- « Sur la réforme de l'entreprise : objet social, objet de réforme sociale », *RDT*, 2018, p. 107.

COHEN D.,

- « Groupes de sociétés et co-emploi », dans *Mélanges en l'honneur de Bernard Teyslié*, LexisNexis, 2019, p. 93-108.

COHEN D. et GAMET L.,

- « Loft story : le jeu-travail », *Dr. soc.*, 2001, p. 791.

COMBE E.,

- « Les plateformes : notion, enjeux et pistes d'évolution », dans *L'émergence d'un droit des plateformes*, Dalloz, coll.« Thèmes & commentaires », 2021, p. 15-27.

COMTET I. et CHASSIGNEUX S.,

- « Le SIRH peut-il être un outil de communication de proximité ? », *Communication & management*, vol. 14, n° 2, 2017, p. 9-18.

CONSTANTIN A.,

- « Requalification d'un contrat de franchise en contrat de travail », *JCP G*, n° 27, 2002, I 148.

CORON C.,

- « Les limites de la quantification », dans *La Boîte à outils de l'analyse de données en entreprise*, Dunod, coll.« Bào La Boîte à Outils », 2020, p. 24-25.

CORON C., BOUSSARD-VERRECCHIA E., BERTHOU K. et MEURS D.,

- « Quelle efficacité attendre des indicateurs pour mesurer les écarts de rémunération entre les femmes et les hommes ? », *RDT*, 2019, p. 147.

CORTOT J.,

- « La détermination de l'activité principale de l'entreprise », *Dalloz actualité*, 20 avril 2017.

COTTEREAU A.,

- « Droit et bon droit. Un droit des ouvriers instauré, puis évincé par le droit du travail (France, XIXe siècle) », *Annales. Histoire, Sciences sociales*, vol. 57, n° 6, 2002, p. 1521-1557.

COUËDEL C.,

- « Intérim et plateforme numérique de mise en relation : les enjeux des nouvelles formes d'intermédiation », *Dalloz actualité*, 26 novembre 2020.

COULOMBEL E., SACHS T. et TARASEWICZ Y.,

- « Les juges doivent-ils plier devant la définition comptable du motif économique de licenciement ? », *RDT*, 2016, p. 662.

COURCOL-BOUCHARD C.,

- « Le livreur, la plateforme et la qualification du contrat », *RDT*, 2018, p. 812.

COUSIN O.,

- « Travail et autonomie », dans *Les cadres au travail*, La Découverte, coll.« Entreprise & société », 2004, p. 23-38.

COUTROT T.,

- « Salariés sous pression », *Revue Projet*, vol. 355, n° 6, 2016, p. 17-23.

COUTURIER G.,

- « L'intérêt de l'entreprise », dans *Les orientations sociales du droit contemporain : écrits en l'honneur du professeur Jean Savatier*, PUF, 1992, p. 143.

CRAIPEAU S. et METZGER J.-L.,

- « Pour une sociologie critique de la gestion », *Recherches sociologiques et anthropologiques*, 2007, p. 145-162.

CRUVELIER E.,

- « Taxe sur le chiffre d'affaires », dans *Répertoire de droit commercial*, Dalloz, 2022.
- « Impôts directs », dans *Répertoire de droit commercial*, Dalloz, 2022.

CUCHE P.,

- « La définition du salarié et le critérium de la dépendance économique », *Dalloz hebdomadaire*, 1932, p. 101-104.
- « Du rapport de dépendance, élément constitutif du contrat de travail », *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1913, p. 412-427.

CUMYN M.,

- « Les catégories, la classification et la qualification juridiques : réflexions sur la systématique du droit », *Les Cahiers du droit*, vol. 52, n° 3-4, 2011, p. 351-378.

DABOSVILLE B.,

- « Vidéosurveillance cachée sur les lieux de travail : l'aveuglement de la Cour européenne des droits de l'homme », *RDT*, 2020, p. 122.
- « La protection de la vie privée des salariés face au pouvoir d'investigation de l'employeur », *RDT*, 2020, p. 491.
- « Vie personnelle du salarié et droit disciplinaire : la forteresse menace ruine », *RDT*, 2020, p. 611.
- « Le « téléprivé ». Étude sur l'utilisation à des fins personnelles des outils de communication de l'entreprise », *RDT*, 2018, p. 826.

DAGIRAL É., LICOPPE C., MARTIN O. et PHARABOD A.-S.,

- « Le Quantified Self en question(s). Un état des lieux des travaux de sciences sociales consacrés à l'automesure des individus », *Réseaux*, n° 216, 2019, p. 17-54.

DAGUERRE S. et PACOTTE P.,

- « “Like” Facebook et droit à la liberté d'expression d'un salarié », *JSL*, n° 529, 2021, p. 21-26.

DAMON J.,

- « Prévenir c'est guérir ou c'est punir ? », *RDSS*, 2023, p. 492.

D'AMOURS M., NOISEUX Y., PAPINOT C. et VALLEE G.,

- « Les nouvelles frontières de la relation d'emploi », *Relations industrielles*, n° 72, 2017, p. 409-420.

DAOUD E. et FERRARI J.,

- « La RSE sociale : de l'engagement volontaire à l'obligation juridique », *JCP S*, n° 39, 2012, 1391.

DAOUD E. et PERONNE G.,

- « Contrôle de la messagerie électronique du salarié : quel est l'état du droit ? », *Dalloz IP/IT*, 2018, p. 53.

DARBUS F.,

- « L'accompagnement à la création d'entreprise. Auto-emploi et recomposition de la condition salariale », *Actes de la recherche en sciences sociales*, n° 175, 2008, p. 18-33.

DAUGAREILH I.,

- « La santé des travailleurs de plateforme en France », *RDSS*, 2022, p. 997.
- « Protection sociale et économie des plateformes », dans *La numérisation du travail. Enjeux juridiques et sociaux en santé au travail*, L'Harmattan, coll.« Psych-Logiques », 2021, p. 113-144.
- « Le recours à tiers employeur : une piste incohérente et dangereuse », *RDT*, 2021, p. 14.

DAVEZIES P.,

- « Les coûts de l'intensification du travail », *Santé & travail*, n° 57, octobre 2006.

DE LA ROCHEFOUCAULD M. et LEVANNIER-GOUËL O.,

- « Le recours à l'algorithme par l'employeur dans le processus de recrutement : regard croisé droit social et sciences de gestion », dans *Vers un droit de l'algorithme ?*, Mare & Martin, 2022, p. 63-88.

DE MAISON ROUGE O.,

- « Tout ce qui est confidentiel ne relève pas nécessairement du secret des affaires », *Dalloz IP/IT*, 2022, p. 571.

DE MALAFOSSE G.,

- « Liberté d'expression du salarié connecté », *Juris associations*, n° 498, 2014, p. 21.

DE MONCUIT DE BOISCUILLE G.,

- « Concurrence déloyale », dans *Dictionnaire de droit de la concurrence*, Concurrences, 2023.

DE MONTVALON L.,

- « La placardisation », *Dr. soc.*, 2023, p. 443.
- « Géolocalisation et contrôle de la durée du travail », *Les Cahiers Lamy du CSE*, n° 189, 2019, p. 27-28.
- « Droit à la déconnexion : l'arbre qui cache la forêt ? », *SSL*, n° 1743, 2016, p. 19-20.

DE QUENAUDON R. et SACHS-DURAND C.,

- « De l'abus de la part du salarié à l'abus de surveillance de la part de l'employeur », *RDT*, 2008, p. 242.

DE VAREILLES-SOMMIERES P.,

- « Fraude à la loi », dans *Répertoire de droit international*, Dalloz, 2009.

DEDESSUS-LE-MOUSTIER G.,

- « Travail à domicile et télétravail », dans *Répertoire de droit du travail*, Dalloz, 2013.

DECHOZ J.,

- « Les rapports de travail : du lien de subordination au lien d'assujettissement », *Dr. ouvr.*, 2014, p. 12-19.

DEFFAINS B.,

- « ChatGPT et le marché du droit », *JCP G*, n° 13, 2023, 430.

DEHARO-DALBIGNAT G.,

- « La gestion du risque juridique dans l'entreprise », *LPA*, n° 2, 4 janvier 2011, p. 6.

DEL CONT C.,

- « L'appréhension juridique du phénomène de dépendance économique : droit positif et droit prospectif », dans *Les nouvelles formes organisationnelles*, Economica, 1995, p. 257-287.

DEL SOL M.,

- « Esquisse d'une cartographie de la mobilisation des outils digitaux dans le champ de la santé-travail », *Dr. soc.*, 2021, p. 920.

- « La protection sociale complémentaire des travailleurs de plateforme au risque du marché », *Dr. soc.*, 2021, p. 589.
- « LFSS pour 2012 : mesures relatives au recouvrement, au contrôle et à la lutte contre la fraude », *JCP S*, n° 3, 2012, 1019.
- « Un cadre juridique en recherche d'équilibre », *Dr. soc.*, 2011, p. 491.

DEL SOL M. et LEFRANC-HAMONIAUX C.,

- « La protection de l'information confidentielle acquise par les salariés et leurs représentants », *JCP S*, n° 52, 2008, 1666.

DELPECH X.,

- « Des plateformes de transport en général et cotransportage en particulier », dans *L'émergence d'un droit des plateformes*, Dalloz, coll.« Thèmes & commentaires », 2021, p. 111-145.
- « À la une – Meublé de tourisme – Pas d'assimilation d'Airbnb à un agent immobilier », *Juris tourisme*, n° 226, 2020, p. 11.
- « Un cadre réglementaire pour les services de coffre-fort numérique », *AJ contrat*, 2018, p. 248.

DESBARATS I.,

- « Travailleurs des plateformes numériques. Une protection sociale hybride ... source de questionnements », dans *Regards croisés sur le travail et le microtravail de plateforme*, Mare & Martin, 2023, p. 99-116.
- « Les objets connectés au travail : quelles régulations pour quels enjeux ? », *Dr. soc.*, 2021, p. 139.

DESPAX M.,

- « La vie extra-professionnelle du salarié et son incidence sur le contrat de travail », *JCP G*, 1963, 1776.

DESPLEBIN O., LUX G. et PETIT N.,

- « L'évolution de la comptabilité, du contrôle, de l'audit et de leurs métiers au prisme de la Blockchain : une réflexion prospective », *Management & Avenir*, n° 103, 2018, p. 137-157.

DIDRY C.,

- « Au-delà de la subordination, les enjeux d'une définition légale du contrat de travail », *Dr. soc.*, 2018, p. 229.

DIEU F.,

- « Le licenciement du salarié protégé s'introduisant dans la messagerie professionnelle d'une collègue », *SSL*, n° 1872, 2019, p. 5-9.

DIRRINGER J.,

- « La protection sociale, un "angle mort" de la régulation du travail des plateformes », *RFAS*, n° 1, 2022, p. 53-62.
- « Quel droit social en Europe face au capitalisme de plateforme ? », *La Nouvelle Revue du Travail*, octobre 2018, p. 1-16.
- « L'avenir du droit de la protection sociale dans un monde ubérisé », *RFAS*, n° 2, 2018, p. 33-50.

DIRRINGER J. et FERKANE Y.,

- « Modéliser la négociation collective dans le champ économique », *Dr. soc.*, 2021, p. 598.

DOCKÈS E.,

- « Décomposition et recomposition du travail et de ses maîtres », dans *Le travail au XXI^e siècle. Livre du centenaire de l'Organisation internationale du Travail*, Editions de l'Atelier, 2019, p. 271-285.
- « Le salariat des plateformes à propos de l'arrêt TakeEatEasy », *Dr. ouvr.*, 2019, p. 1-8.
- « Le droit du travail dans l'affrontement des mondes possibles », *Dr. soc.*, 2018, p. 216.
- « La flexibilité de la cravache », *SSL suppl.*, n° 1680, 2015, p. 109-112.

- « Notion de contrat de travail », *Dr. soc.*, 2011, p. 546.
- « La liberté d'expression au travail », *Dr. ouvr.*, 2011, p. 53-57.
- « Le pouvoir patronal au-dessus des lois ? La liberté d'entreprendre dénaturée par la Cour de cassation », *Dr. ouvr.*, 2005, p. 1-5.
- « De la supériorité du contrat de travail sur le pouvoir de l'employeur », dans *Analyse juridique et valeurs en Droit social, Études offertes à Jean Pélissier*, Dalloz, 2004, p. 203-211.
- « Le pouvoir dans les rapports de travail. Essor juridique d'une nuisance économique », *Dr. soc.*, 2004, p. 620.
- « De la supériorité du contrat de travail sur le pouvoir de l'employeur », *Analyse juridique et valeurs en droit social*, 2004, p. 203-211.

DONNETTE-BOISSIERE A.,

- « L'autonomie du travailleur subordonné », *BJT*, n° 7-8, 2021, p. 49.

DOROY F.,

- « La vérité sur le faux travail indépendant », *Dr. soc.*, 1995, p. 638.
- « Le préjudice causé au salarié dans le délit de marchandage », *Dr. soc.*, 1994, p. 547.

DOSE É., DESRUMAUX P. et REKIK M.,

- « Télépression au travail, relation entre l'utilisation de la messagerie électronique au travail et les échanges leader-membres : rôles de la reconnaissance et de la charge de travail », *Le travail humain*, vol. 82, n° 2, juin 2019, p. 151-181.

DOUVILLE T.,

- « Quel droit pour les plateformes ? », dans *L'émergence d'un droit des plateformes*, Dalloz, coll.« Thèmes & commentaires », 2021, p. 217-239.
- « Arrêt Uber ou l'art délicat de la qualification », *JCP E*, n° 10, 2018, 1111.

DUBOIS DE PRISQUE E.,

- « Le système de crédit social chinois. Comment Pékin évalue, récompense et punit sa population », *Futuribles*, vol. 434, n° 1, 2020, p. 27-48.

DUCHANGE G.,

- « La subordination juridique à l'heure des plateformes numériques », dans *Intelligence artificielle, gestion algorithmique du personnel et droit du travail*, Dalloz, coll.« Thèmes et commentaires », 2020, p. 55-69.
- « Quels droits pour les travailleurs de plateformes ? », *Hebdo édition sociale*, n° 802, 2019.

DUJARIER M.-A.,

- « Le sens de l'entrepreneuriat de soi sur les places de marché numériques de bricolage », *Nouvelle revue de psychosociologie*, n° 27, 2019, p. 65-77.
- « Qu'est-ce que le "travail" ? », dans *Qu'est-ce qu'un régime de travail réellement humain ?*, Hermann, 2018, p. 41-52.
- « Ne travailler que pour les chiffres ? Le sens du travail à l'épreuve du management contemporain », dans *Les risques du travail*, La Découverte, coll.« Hors collection Sciences Humaines », 2015, p. 171-179.
- « L'automatisation du jugement sur le travail. Mesurer n'est pas évaluer », *Cahiers internationaux de sociologie*, vol. 128-129, n° 1-2, 2010, p. 135-159.

DUJARIER M.-A. et LE LAY S.,

- « Jouer / travailler : état des débats actuels », *Travailler*, vol. 39, n° 1, 2018, p. 7-31.

DUMONT F.,

- « La nébuleuse du coemploi », *JCP E*, n° 19, 2015, 1222.

DUMUR E. et WILHELM P.,

- « Quel encadrement de l'activité et des pratiques des influenceurs », *JCP E*, n° 21-22, 2020, 355.

DUPEYROUX J.-J.,

- « A propos de l'arrêt Société générale », *Dr. soc.*, 1996, p. 1067.
- « Quelques questions », *Dr. soc.*, 1990, p. 9.

- « Les conditions d'affiliation obligatoire au régime général de la sécurité sociale », *D.*, 1962, p. 180.

DUPRÉ C.,

- « Le respect de la dignité humaine : principe essentiel du droit du travail », *RDT*, 2016, p. 670.

DUPRÉ DE BOULOIS X.,

- « Les notions de liberté et de droit fondamentaux en droit privé », *JCP G*, n° 49, 2007, 211.

DUQUESNE F.,

- « Travail dissimulé », dans *JCl Travail Traité*, fasc. 17-40, 2021.

DURAND P.,

- « Naissance d'un droit nouveau. Du droit du travail au droit de l'activité professionnelle », *Dr. soc.*, 1952, p. 437-441.
- « La notion juridique d'entreprise », dans *Travaux de l'Association Henri Capitant*, t. III, Dalloz, 1948, p. 45-60.
- « Aux frontières du contrat et de l'institution : la relation de travail », *JCP*, 1944, 387.

DURET-ROBERT F.,

- « Notion d'erreur sur la substance », dans *Droit du marché de l'art*, 7^e éd., Dalloz, coll.« Dalloz Action », 2020, p. 398-402.

EBONDO WA MANDZILA E. et ZEGHAL D.,

- « Management des risques de l'entreprise : Ne prenez pas le risque de ne pas le faire ! », *La Revue des Sciences de Gestion*, vol. 237-238, n° 3-4, 2009, p. 5-14.

EL MEJRI A.,

- « Sanction de la société mère du fait de la pratique anticoncurrentielle de la filiale : la jurisprudence se durcit », *JCP E*, n° 5, 2018, 1051.

ELAMBERT J.,

- « Micro-travail et segmentation du marché du travail : le cas Foule Factory », dans *Regards croisés sur le travail et le microtravail de plateforme*, Mare & Martin, 2023, p. 267-291.

ELDAYA M.,

- « Quel avenir pour les travailleurs des plateformes numériques à l'aune de la blockchain ? », dans *Le travail en mouvement*, Presses des Mines, 2019, p. 211-219.

ESCANDE-VARNIOL M.-C.,

- « Un ancrage stable dans un droit du travail en mutation », *D.*, 2019, p. 177.
- « L'évaluation du salarié », dans *Le singulier en droit du travail*, Dalloz, coll.« Thèmes & commentaires », 2006.
- « La sophistication des clauses du contrat de travail », *Dr. ouvr.*, 1997, p. 478.

ESCANDE-VARNIOL M.-C. et FABRE A.,

- « Le droit du travail peut-il répondre aux défis de l'ubérisation ? », *RDT*, 2017, p. 166.

ESCANDE-VARNIOL M.-C. et PAULIN J.-F.,

- « La performance du salarié confronté au droit du travail », *Travail et Emploi*, n° 98, 2004, p. 95-108.

ETIENNEY-DE SAINTE MARIE A.,

- « L'enseignement du contrôle de proportionnalité », dans *Mélanges en l'honneur du doyen Didier Guével. Une approche renouvelée des Humanités*, LGDJ, 2021, p. 161-172.

EYMARD-DUVERNAY F.,

- « Pouvoir d'évaluation de la qualité du travail et décisions d'emploi », dans *Les nouvelles frontières du travail subordonné*, La Découverte, 2006, p. 71-86.

EYNAUD-CHEVALIER I. et BONNICHON M.,

- « Le travail temporaire face à l'ubérisation du travail : le combat de la « première ligne » contre l'irresponsabilité sociale », *BJT*, n° 3, 2021, p. 69.

FABRE A.,

- « Contrat de travail à durée indéterminée : rupture », dans *Répertoire de droit du travail*, Dalloz, 2020.
- « Les travailleurs des plateformes sont-ils des salariés ? Premières réponses frileuses des juges français », *Dr. soc.*, 2018, p. 547.

FABRE-MAGNAN M.,

- « La dignité en Droit : un axiome », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, vol. 58, n° 1, 2007, p. 1-30.
- « Le contrat de travail défini par son objet », dans *Le travail en perspectives*, LGDJ, coll.« Droit et société », n° 22, 1998, p. 101-124.

FANTONI-QUINTON S.,

- « L'intelligence artificielle, porteuse de risque ou promesse d'amélioration pour la pénibilité et la qualité de vie au travail ? », *Dr. soc.*, 2021, p. 128.

FASQUELLE D.,

- « Le droit de la concurrence à la croisée des chemins face à l'émergence du numérique », *Contrats, conc. Consum.*, n° 7, 2019, dossier 11.

FAURE-GUICHARD C.,

- Les salariés intérimaires, trajectoires et identités », *Travail et Emploi*, n° 78, 1999, p. 1-20.

FAVENNEC-HÉRY F.,

- « Les frontières de l'emploi : des évolutions ? », *JCP S*, n° 14, 2022, 1105.
- « Les travailleurs des plateformes collaboratives : en attendant Gobot », *SSL*, n° 1896, 2020, p. 8-11.
- « Faut-il brûler le contrat de travail ? », dans *Mélanges en l'honneur de Bernard Teyssié*, LexisNexis, 2019, p. 157-167.
- « Qualité de vie au travail et temps de travail », *Dr. soc.*, 2015, p. 113.

- « Vie professionnelle, vie personnelle du salarié et droit probatoire », *Dr. soc.*, 2004, p. 48.
- « Le temps vraiment choisi », *Dr. soc.*, 2000, p. 295.

FAYROUZE M.-D.,

- « Cartels : extension de la présomption d'influence déterminante », *Dalloz actualité*, 10 février 2021.

FAYROUZE M.-D., GIUSTI J. et THÉVENOUD T.,

- « Controverses sur le statut des travailleurs de plateformes, entre droit du travail et droit des sociétés », *BJT*, n° 7-8, 2020, p. 54.

FELIO C.,

- « Par-delà les pratiques individuelles : l'idéologie managériale comme armature de l'autodiscipline des cadres équipés de TIC », *Travailler*, n° 35, 2016, p. 191-212.

FERGUSON Y.,

- « Des travailleurs diminués dans des organisations augmentées ? », *Dr. soc.*, 2021, p. 133.

FIESCHI-VIVET P.,

- « Les éléments constitutifs du contrat de travail », *RJS*, 1991, p. 414.

FIÉVÉE A. et MARTIN C.,

- « L'« e-réputation » : la gestion juridique de l'image de l'entreprise sur internet », *RLDI*, n° 72, 2011.

FISCHMAN S. et GOMES B.,

- « Intelligences artificielles et droit du travail : contribution à l'étude du fonctionnement des plateformes numériques », dans *Intelligence artificielle, gestion algorithmique du personnel et droit du travail*, Dalloz, coll.« Thèmes et commentaires », 2020, p. 37-54.

FLAMENT L.,

- « Le raisonnable en droit du travail », *Dr. soc.*, 2007, p. 16.

FLEURET V.,

- « Gestion du personnel », dans *Droit du travail et technologies de l'information et de la communication*, LexisNexis, coll.« Planète social », 2022, p. 129-156.

FLICHY P.,

- « Le travail sur plateforme. Une activité ambivalente », *Réseaux*, vol. 213, n° 1, 2019, p. 173-209.

FLORES P.,

- « Dernières jurisprudences sur le temps de travail effectif », *SSL*, n° 2048, 2023, p. 9-11.

FLÜCKIGER A.,

- « Gouverner par des « coups de pouce » (nudges) : instrumentaliser nos biais cognitifs au lieu de légiférer ? », *Les Cahiers du droit*, vol. 59, n° 1, 2018, p. 199-227.

FRANCOIS G.,

- « L'unité de décompte du temps de travail : l'heure ou le jour », *Dr. soc.*, 2022, p. 11.

FROSSARD S.,

- « Licenciement pour motif économique », dans *Répertoire de droit du travail*, Dalloz, 2023.

FROUIN J.-Y.,

- « Réguler les plateformes numériques de travail. Retour sur une mission compliquée », *Dr. soc.*, 2021, p. 201.

FROUIN J.-Y. et MALABAT V.,

- « Définition du travail dissimulé : dialogue ou opposition des chambres sociale et criminelle ? », *Dr. pén.*, n° 9, 2014, dossier 4.

FULCHIRON H.,

- « Le contrôle de proportionnalité : questions de méthode », *D.*, 2017, p. 656.
- « La Cour de cassation, juge des droits de l'homme ? », *D.*, 2014, p. 153.

GABORIEAU D.,

- « Quand l'ouvrier devient robot. Représentations et pratiques ouvrières face aux stigmates de la déqualification », *L'Homme & la Société*, vol. 205, n° 3, 2017, p. 245-268.
- « « Le nez dans le micro ». Répercussions du travail sous commande vocale dans les entrepôts de la grande distribution alimentaire », *La Nouvelle Revue du Travail*, décembre 2012.

GABROY F.,

- « La proportionnalité entre droit à la preuve et autres droits fondamentaux dans les relations de travail », *Lexbase Social*, n° 945, 2023.

GALIERE S.,

- « De l'économie collaborative à "l'ubérisation" du travail : les plateformes numériques comme outils de gestion des ressources humaines », *@GRH*, n° 27, février 2018, p. 37-56.

GALLOIS J.,

- « Travail dissimulé : les clicwalkers ne sont pas liés à leur plateforme par un lien de subordination », *AJ Pénal*, 2022, p. 311.

GALOIS I. et LACROUX A.,

- « Regards croisés sur la fidélisation des salariés intérimaires », *Revue Interdisciplinaire Management, Homme Entreprise*, vol. 1, n° 2, 2012, p. 50-65.

GAMET L.,

- « Le travailleur et (les deux visages de) l'algorithme », *Dr. soc.*, 2022, p. 775.

GAMKRELIDZE T. et BOBILLIER CHAUMON M.-É.,

- « L'intégration des technologies embarquées dans l'activité des conducteurs routiers : une étude de cas », *La Revue des conditions de travail*, n° 6, 2017, p. 187-195.

GARDES D.,

- « Le droit à l'emploi face à l'intelligence artificielle », *Dr. soc.*, 2021, p. 115.

- « De Mister France à Koh Lanta, le travail dans tous ses états », *RDT*, 2013, p. 622.

GARDIN A.,

- « Égalité professionnelle entre les femmes et les hommes », dans *Répertoire de droit du travail*, Dalloz, 2020.

GAUDU F.,

- « Du statut de l'emploi au statut de l'actif », *Dr. soc.*, 1995, p. 535.

GAURIAU B.,

- « Contrat d'intégration et contrat de travail », *Gaz. Pal.*, 2005, p. 29.

GAURIAU R.,

- « Métavers et santé du salarié », *SSL*, n° 2036, 2023, p. 4-7.
- « La « gamification » au travail via les plateformes numériques : un outil ludique au service de l'intensification de la charge de travail », *JCP S*, n° 13, 2022, 1096.

GAURON A.,

- « La protection sociale à l'heure du numérique : l'enjeu de l'affiliation et des cotisations patronales », *RFAS*, février 2018, p. 82-91.

GAUTHIER J.-P., LEYRAT J.-B. et SAVEL S.,

- « La contributivité. Une nouvelle façon d'aborder l'efficacité des cadres », *Les Cahiers du DRH*, n° 54, 2002.

GAUTRAIS V.,

- « Contrat électronique : plus de 20 ans certes mais pas encore adulte », dans *Études en l'honneur du Professeur Jérôme Huet*, LGDJ, coll.« Mélanges », 2017, p. 191-210.

GÉA F.,

- « Les indicateurs comptables des difficultés économiques : quelle portée ? », *RDT*, 2022, p. 384.
- « Comprendre... ou pas », *RDT*, 2016, p. 170.

- « Pouvoir et responsabilité en droit du travail », dans *L'entreprise dans un monde sans frontières. Perspectives économiques et juridiques*, Dalloz, coll.« Les sens du droit », 2015, p. 221-234.

GÉNIAUT B.,

- « L'intention du travail dissimulé et la qualification de contrat de travail. À propos d'une divergence persistante de jurisprudence », *JCP S*, n° 22, 2022, 1152.
- « Covid-19 et télétravail », *Dr. soc.*, 2020, p. 607.

GÉRAUD M.,

- « Harcèlement moral : l'autonomie (relative ?) de l'obligation de prévention des risques psychosociaux », *Gaz. Pal.*, n° 11, 2020, p. 70.

GERRY-VERNIERES S.,

- « Concurrence déloyale et plateformes de réservation de voiture de transport avec chauffeur (VTC) », *Gaz. Pal.*, n° 17, 2022, p. 8.

GILBERT H.,

- « Contrat et production : l'agriculteur intégré ou un exemple de la dépendance dans l'indépendance », dans *La subordination dans le travail : analyse juridique et sociologique de l'évolution des formes d'autonomie et de contrôle dans la relation de travail*, Min. des Affaires Sociales, du Travail et de la Solidarité, coll.« Cahier travail et emploi », 2003, p. 227-243.

GINON A.-S. et GUIOMARD F.,

- « Contrat d'intégration agricole ou contrat de travail ? », *Dr. ouvr.*, 2009, p. 104-106.

GIRARD-GAYMARD T.,

- « Les influenceurs et le droit », *D.*, 2020, p. 92.

GLAYMANN D.,

- « Pourquoi et pour quoi devient-on intérimaire ? », *Travail et Emploi*, n° 114, 2008, p. 33-43.

GOMES B.,

- « Deliveroo : condamnation d'un travail dissimulé érigé en système d'organisation », *SSL*, n° 2001, 2022, p. 11-14.
- « Chauffeurs Uber : richesse argumentative d'une mise au point de la cour d'appel de Paris », *La lettre juridique*, n° 869, 17 juin 2021.
- « « Réguler les plateformes numériques de travail » : lecture critique du « rapport Frouin » », *Dr. soc.*, 2021, p. 207.
- « La plateforme numérique comme nouveau mode d'exploitation de la force de travail », *PUF*, n° 63, janvier 2018, coll.« Actuel Marx », p. 86-96.
- « Les plateformes en droit social. L'apport de l'arrêt Elite Taxi contre Uber », *RDT*, 2018, p. 150-156.
- « Take Eat Easy : une première requalification en faveur des travailleurs des plateformes », *SSL*, n° 1841, 2018, p. 6-9.

GOMES B. et ISIDRO L.,

- « Travailleurs des plateformes et sans-papiers », *RDT*, 2020, p. 728.

GOMEZ P.,

- « Le sens du travail à l'ère numérique », *Revue Projet*, n° 361, juin 2017, p. 36-42.

GOUBEAUX G.,

- « Le droit à la preuve », dans *La preuve en droit*, Bruylant, coll.« Travaux du Centre national », 1981, p. 277-301.

GOUESSE E. et TRETON J.-F.,

- « Enquête interne et droit des salariés », *AJ Pénal*, 2020, p. 559.

GOUTTENOIRE A.,

- « Le régime du contrôle du télétravailleur par la donnée », *RDT*, 2021, p. 88.

GOVAERE V.,

- « La préparation de commandes en logistique. Mutations technologiques et évolutions des risques professionnels », *INRS – Hygiène et sécurité du travail*, n° 214, 2009, p. 3-14.

GRANIER T.,

- « Financement d'entreprise et numérique », dans *L'entreprise face aux défis du numérique*, Mare & Martin, coll.« Droit privé & sciences criminelles », 2018, p. 41-57.

GRATTON L.,

- « Ubérisation de l'économie et droit social », dans *Les conséquences juridiques de l'ubérisation de l'économie*, IRJS éditions, coll.« Bibliothèque de l'Institut de recherche juridique de la Sorbonne – André Tunc », 2017, p. 105-117.
- « Révolution numérique et négociation collective », *Dr. soc.*, 2016, p. 1050.
- « Le dommage déduit de la faute », *RTD Civ.*, 2013, p. 275.

GREGOIRE M.,

- « Évolution et diversité des situations de travail : une analyse à travers les notions de “travail autonome” et de “travail au projet” », *@GRH*, vol. 28, n° 3, 2018, p. 35-64.

GROUDEL H.,

- « Le critère du contrat de travail », dans *Tendances du droit du travail français contemporain. Études offertes à G. H. Camerlynck*, Dalloz, 1977, p. 49-61.

GROUT-HEURGUIER A.,

- « La responsabilité des plateformes collaboratives à l'égard de l'URSSAF : traitement social des sommes issues des plateformes et statut social des acteurs des plateformes », *Lexbase Social*, n° 792, 2019.

G'SELL F.,

- « Les décisions algorithmiques », dans *Le big data et le droit*, Dalloz, coll.« Thèmes et commentaires. Actes », 2020, p. 87-109.

- « Intelligence artificielle et blockchain », dans *Droit de l'intelligence artificielle*, 1^{re} éd., LGDJ, coll.« Les Intégrales », 2019, p. 373-392.

GUEGAN J., BUISINE S. et COLLANGE J.,

- « Effet Proteus et amorçage : ces avatars qui nous influencent », *Bulletin de psychologie*, n° 547, t. 70 (1), février 2017, p. 3-16.

GUILLEMIN M.,

- « Le bonheur au travail : risques et opportunités », *Sciences & Bonheur*, 4 (1), 2020, p. 11-29.
- « Le bonheur au travail : qu'en disent les scientifiques ? », *Environnement, Risques & Santé*, vol. 17, n° 5, 2018, p. 487-497.

GUILLEMY N.,

- « La santé et la sécurité au travail à l'épreuve de la transformation numérique : enjeux juridique », dans *La numérisation du travail. Enjeux juridiques et sociaux en santé au travail*, L'Harmattan, coll.« Psych-Logiques », 2021, p. 17-35.

GUINCHARD S.,

- « Procès équitable », dans *Répertoire de droit civil*, Dalloz, 2023.
- « L'instrumentalisation du contrôle de proportionnalité dans le débat sur la place de l'autorité judiciaire dans nos institutions », dans *Mélanges en l'honneur de Bernard Teyssié*, LexisNexis, 2019, p. 609-621.

GUIOMARD F.,

- « La « méthode Clerc » renforcée par la protection du droit à la preuve », *RDT*, 2023, p. 133.

GUYOT H.,

- « Télétravail et preuve du temps de travail », *JCP S*, n° 5, 2023, 1031.
- « Numérique et droit du travail », *Dalloz IP/IT*, n° 12, décembre 2019, p. 680.
- « L'adaptation du droit du travail à l'ère numérique », *JCP S*, n° 37, 2016, 1310.

HAÏK R. et PAGANI K.,

- « L'avocat en droit social et l'article 145 du Code de procédure civile », *JCP S*, n° 6, 2023, 1036.

HANNOUN C.,

- « Gouvernance des entreprises et direction des salariés », *SSL*, n° 1508, 2011, p. 97-102.
- « L'impact de la financiarisation de l'économie sur le droit du travail », dans *Le droit du travail à l'épreuve de la globalisation*, Dalloz, coll.« Thèmes & commentaires », 2008, p. 35-51.
- « L'impact de la financiarisation de l'économie sur le droit du travail », *RDT*, 2008, p. 288.

HATZOPOULOS V.,

- « Économie collaborative : vers un cadre de la régulation des plateformes ? », dans *Répertoire de droit européen*, Dalloz, 2020.
- « Vers un cadre de la régulation des plateformes ? », *Revue internationale de droit économique*, n° 3, 2019, p. 399-416.

HAUTEFORT M.,

- « Difficultés économiques : comment apprécier l'évolution "significative" d'un indicateur », *JSL*, n° 560, 2023, p. 24-26.
- « Le RGPD à l'épreuve du droit de la preuve », *JSL*, n° 567, 2023, p. 10-13.

HE L.,

- « La sécurité sociale à l'ère du numérique : quel renouveau de la solidarité ? », *RDSS*, 2023, p. 301.

HÉAS F.,

- « Le concept d'organisation du travail en droit du travail », dans *Santé mentale et organisation du travail. Approche juridique et regards croisés*, Dalloz, coll.« Thèmes & commentaires », 2022, p. 5-14.

- « Santé au travail », dans *Droit du travail et technologies de l'information et de la communication*, LexisNexis, coll.« Planète social », 2022, p. 181-197.
- « Pour une mobilisation renforcée des exigences générales de prévention en matière de santé au travail », dans *Santé mentale et organisation du travail. Approche juridique et regards croisés*, Dalloz, coll.« Thèmes & commentaires », 2022, p. 329-338.
- « Le management, un déterminant des liens entre organisation du travail et santé mentale en jurisprudence », *RFAS*, n° 4, 2022, p. 149-166.
- « Quand le management délétère n'est pas fautif ! », *Dr. soc.*, 2022, p. 942.
- « Négociation collective et numérisation du travail. L'exemple du télétravail et de la déconnexion », dans *La numérisation du travail. Enjeux juridiques et sociaux en santé au travail*, L'Harmattan, coll.« Psych-Logiques », 2021, p. 89-112.
- « Temps et santé au travail, pour une connexion plus explicite dans la loi », *Dr. soc.*, 2015, p. 837.
- « Observations sur le concept de dignité appliqué aux relations de travail », *Dr. ouvr.*, 2010, p. 461-468.
- « Être ou ne pas être subordonné », *Dr. ouvr.*, 2009, p. 405-417.
- « Subordination et travail temporaire », dans *La subordination dans le travail : analyse juridique et sociologique de l'évolution des formes d'autonomie et de contrôle dans la relation de travail*, Min. des Affaires Sociales, du Travail et de la Solidarité, coll.« Cahier travail et emploi », 2003, p. 93-107.

HELLER T.,

- « L'évaluation des comportements des travailleurs. Quel rôle politique ? », *Les Cahiers Dynamiques*, vol. 62, n° 4, 2014, p. 35-45.

HENRIOT P.,

- « La caractérisation du risque conditionne et encadre l'ingérence du juge », *SSL*, n° 1565, 2012, p. 9.

HIEZ D.,

- « Coopérative d'activité et d'emploi », dans *Répertoire des sociétés*, Dalloz, 2018.

- « Société coopérative d'intérêt collectif », dans *Répertoire des sociétés*, Dalloz, 2018.

HIRIGOYEN M.-F.,

- « La genèse du harcèlement moral et sa traduction en droit », *JCP S*, n° 30-34, 2022, 1205.

HO-DAC M.,

- « La normalisation, clé de voûte de la réglementation européenne de l'intelligence artificielle (AI Act) », *Dalloz IP/IT*, 2023, p. 228.

HOLLANDE T. et RICHARD L.,

- « Les indicateurs comptables ont-ils effacé le pouvoir d'appréciation du juge des difficultés économiques ? », *RDT*, 2023, p. 304.

HOMMERIL F. et PORTIER P.,

- « Controverse : Quel droit du travail pour la transition écologique ? », *RDT*, 2022, p. 74.

HOUTCIEFF D.,

- « Les plateformes au défi des qualifications », dans *L'émergence d'un droit des plateformes*, Dalloz, coll.« Thèmes & commentaires », 2021, p. 51-64.

HUET J.,

- « Le courrier électronique dans les relations de travail : un inventaire à la prévert », dans *Mélanges en l'honneur de Bernard Teysié*, LexisNexis, 2019, p. 197-203.

ICARD J.,

- « Caractère disproportionné d'un système de géolocalisation permettant le contrôle du temps de travail pour des salariés non libres dans leur organisation du temps de travail », *BJT*, n° 2, 2019, p. 15.
- « Pas de forfaits en jours sans une autonomie réelle des salariés dans l'organisation du travail », *BJT*, n° 5, 2019, p. 18.
- « La requalification en salarié d'un travailleur dit indépendant exerçant par le biais d'une plateforme numérique », *BJT*, n° 1, 2019, p. 15.

- « Faits commis en dehors des temps et lieu de travail mais rattachés à la vie de l'entreprise », *Les Cahiers Sociaux*, n° 268, 2014, p. 642.
- « L'impact des NTIC au sein des entreprises post-industrielles », *Les Cahiers Sociaux*, n° 178, 2006, p. 107.

ISIDRO L.,

- « L'universalité en droit de la protection sociale », *Dr. soc.*, 2018, p. 378.

JARRIGE F.,

- « L'invention de "l'ouvrier-machine" : esclave aliéné ou pure intelligence au début de l'ère industrielle ? », *L'Homme & la Société*, vol. 205, n° 3, 2017, p. 27-52.

JAULT-SESEKE F.,

- « Contrat de travail international et pluralités d'employeurs », *Dr. soc.*, 2023, p. 470.
- « A la recherche de l'employeur. Miscellanées autour de la mise à disposition, de l'intérim et du portage salarial dans un contexte de mobilité internationale », *RDT*, 2020, p. 769.

JEAMMAUD A.,

- « Le pouvoir de l'employeur renforcé ou altéré ? », dans *Intelligence artificielle, gestion algorithmique du personnel et droit du travail*, Dalloz, coll.« Thèmes et commentaires », 2020, p. 31-36.
- « Le régime des travailleurs des plateformes, une œuvre tripartite », *Dr. ouvr.*, 2020, p. 181-214.
- « Uber, Deliveroo : requalification des contrats ou dénonciation d'une fraude à la loi ? », *SSL*, n° 1780, 2017, p. 4-8.
- « La Cour de cassation escamote le problème », *SSL*, n° 1403, 2009, p. 14-15.
- « Le pouvoir patronal visé par le droit du travail », *SSL*, n° 1340, 2008, p. 15-26.
- « L'avenir sauvegardé de la qualification de contrat de travail. A propos de l'arrêt Labbane », *Dr. soc.*, 2001, p. 227.
- « Fraus omnia corrumpit », *D.*, 1997, p. 19.

- « Les polyvalences du contrat de travail », dans *Les Transformations du droit du travail. Études offertes à Gérard Lyon-Caen*, Dalloz, 1989, p. 299-316.

JEAMMAUD A., LE FRIANT M. et LYON-CAEN A.,

- « L'ordonnancement des relations de travail », *D.*, 1998, p. 359.

JEANSEN E.,

- « Salariat », dans *JCl Travail Traité*, fasc. 17-1, 2022.
- « Prêt de main-d'œuvre », dans *JCl Travail traité*, fasc. 3-20, 2021.
- « Les outils numériques dans la relation individuelle de travail », *JCP S*, n° 5, 2018, 1049.

JESTAZ P., MARGUENAUD J.-P. et JAMIN C.,

- « Révolution tranquille à la Cour de cassation », *D.*, 2014, p. 2061.

JOHANSSON A.,

- « Le temps de travail effectif : temps productif ou temps « à disposition » », *D.*, 2006, p. 1711.

JORDA H.,

- « Le travail de l'Homme-machine et les promesses d'abondance. De la manufacture automatique à la cyber-entreprise », *L'Homme & la Société*, vol. 207, n° 2, 2018, p. 21-50.

JUBÉ S.,

- « Pour une image fidèle du travail dans la comptabilité financière », dans *Qu'est-ce qu'un régime de travail réellement humain ?*, Hermann, 2018, p. 113-131.
- « La normativité comptable : un angle mort du droit social », *RDT*, 2009, p. 211.

JUBERT L., AGGERI F. et SEGRESTIN B.,

- « Controverse : Quel contrôle judiciaire des modes de management ? », *RDT*, 2020, p. 157.

JULIEN M.,

- « Le cadre juridique du travail de plateforme en France », dans *Regards croisés sur le travail et le microtravail de plateforme*, Mare & Martin, 2023, p. 37-52.

JULIEN M. et MAZUYER E.,

- « Le droit du travail à l'épreuve des plateformes numériques », *RDT*, 2018, p. 189-198.

JULIEN-PATURLE D.,

- « Les “clicwalkers” sont ils des salariés ? », *JSL*, n° 495, 2020, p. 18-20.

KAHN DIT COHEN T.,

- « La protection de la vie privée à l'épreuve du droit à la preuve », *RDT*, 2020, p. 753.

KEIM-BAGOT M.,

- « Renforcer la protection sociale pour un avenir meilleur », *Dr. soc.*, 2020, p. 22.

KEIM-BAGOT M. et KESSLER F.,

- « L'OIT et le droit français de la sécurité sociale », *JCP S*, n° 30-34, 2019, 1231.

KHAIRALLAH G.,

- « Le “raisonnable” en droit privé français », *RDT Civ.*, 1984, p. 439.

KHODRI F.,

- « Le micro-travail saisi par le droit », dans *Regards croisés sur le travail et le microtravail de plateforme*, Mare & Martin, 2023, p. 79-97.

KHODRI F. et MAZUYER E.,

- « Le micro-travail numérique et la force attractive du droit du travail », *RDT*, 2023, p. 91.

KOCHER M. et VERNAC S.,

- « Le coemploi revisité : vers une nouvelle grammaire du pouvoir », *RDT*, 2020, p. 749.

KOCOGLU Y. et MOATTY F.,

- « Diffusion et combinaison des TIC. Les réseaux, la gestion des données et l'intégration par les ERP », *Réseaux*, vol. 162, n° 4, 2010, p. 33-71.

KORNIG C.,

- « Choisir l'intérim : sous quelles conditions ? », *Cahiers de Socio-Economie du Travail*, n° 29, 2007, p. 1959-1977.

KRIEF B.,

- « La cour d'appel de Paris refuse, à juste titre, de requalifier un coursier partenaire de la plateforme Deliveroo en salarié », *BJT*, n° 5, 2021, p. 8.
- « En étant un travailleur « contraint », le chauffeur Uber devient un salarié », *BJT*, n° 2, 2019, p. 8.

LACOSTE-MARY V.,

- « L'astreinte à la lumière de la directive n° 2003/88/CE ou la jurisprudence du trébuchet », *Dr. soc.*, 2021, p. 715.

LACROUX A.,

- « L'incertitude, un outil de gestion ? Une application au cas des salariés intérimaires », *Humanisme et Entreprise*, vol. 287, n° 2, 2008, p. 57-73.

LAGESSE P. et ARMILLEI V.,

- « Les enquêtes internes en cas de harcèlement : un nouveau défi après la loi « Sapin 2 » ? », *JCP S*, 2019, 1167.

LAMBRECHT M.,

- « L'économie des plateformes collaboratives », *Courrier hebdomadaire du CRISP*, vol. 2311-2312, n° 26-27, 2016, p. 5-80.

LAMPERT A. et SEBE F.,

- « Quand intégration rime avec subordination », *JCP S*, n° 15, 2017, 1116.

LANCIANO E., SALEILLES S., SYBORD C. et TITOUANI-MANDRI N.,

- « Arrondir ses fins de mois, s'occuper l'esprit, s'amuser ? Les motivations des micro-travailleurs, révélatrices des zones grises de l'emploi et du travail », dans *Regards croisés sur le travail et le microtravail de plateforme*, Mare & Martin, 2023, p. 293-314.

LANOY P.,

- « Le pouvoir disciplinaire et la vie personnelle du salarié », *BJT*, n° 5, 2022, p. 47.

LARDEUX G.,

- « Preuve : modes de preuve », dans *Répertoire de droit civil*, Dalloz, 2023.
- « La reconnaissance du droit à la preuve en droit du travail », *D.*, 2017, p. 37.
- « Du droit de la preuve au droit à la preuve », *D.*, 2012, p. 1596.

LAROCHE H.,

- « La décision comme production d'ordre dans les organisations », *Connexions*, n° 101, 2014, p. 11-18.

LARONZE F.,

- « Lecture croisée de la loi Florange et de la loi sur l'économie sociale et solidaire », *SSL*, n° 1656, 2014, p. 7-11.

LARRAZET C.,

- « Régime des plateformes numériques, du non-salariat au projet de charte sociale », *Dr. soc.*, 2019, p. 167.

LASSÈGUE J.,

- « L'Intelligence artificielle, technologie de la vision numérique du monde », *Les Cahiers de la Justice*, vol. 2, n° 2, 2019, p. 205-219.

LAULOM S.,

- « La directive relative à des conditions de travail transparentes : de nouveaux droits pour les travailleurs », *SSL*, n° 1870, 2019, p. 5-10.
- « Flexicurité : la Commission souhaite des principes communs », *SSL*, n° 1316, 2007, p. 4-6.

LE CORF J.-B.,

- « L'organisation homme-machine de la communication automatisée d'entreprise dans le capitalisme : le cas des robots conversationnels », *Communication & management*, vol. 14, n° 2, 2017, p. 35-52.

LE CROM J.-P.,

- « Retour sur une “vaine querelle” : le débat subordination juridique-dépendance économique dans la première moitié du XXème siècle », dans *La subordination dans le travail : analyse juridique et sociologique de l'évolution des formes d'autonomie et de contrôle dans la relation de travail*, Min. des Affaires Sociales, du Travail et de la Solidarité, coll.« Cahier travail et emploi », 2003, p. 71-83.

LE GOFF J.,

- « Entreprise et institution : retour sur un débat crucial », dans *Les acteurs de l'histoire du droit du travail*, PUR, coll.« L'univers des normes », 2004, p. 83-104.

LE TOURNEAU P.,

- « Contrats informatiques », dans *Répertoire de droit commercial*, Dalloz, 2023.
- *Contrats du numérique*, 12^e éd., Dalloz, coll.« Dalloz Référence », 2022, 808 p.
- « Agissements fautifs dans l'exercice des droits et concurrence déloyale », dans *Droit de la responsabilité et des contrats*, 12^e éd., Dalloz, coll.« Dalloz Action », 2021.

LECLERC O.,

- « Preuve dans les contentieux du travail », dans *Répertoire de droit du travail*, Dalloz, 2022.
- « Le droit à la preuve et la recherche de la vérité dans les litiges du travail », *RDT*, 2020, p. 652.
- « La technologie au service du travail décent », *Dr. soc.*, 2020, p. 33.

LECLERC O. et PASQUIER T.,

- « La dépendance économique en droit du travail : éclairages en droit français et en droit comparé. 1^{ère} partie : la tentation de la dépendance économique », *RDT*, 2010, p. 83.

LECLERC O. et SACHS T.,

- « Gouverner par les incitations. La diffusion d'une logique incitative dans le droit du travail », *Revue Française de Socio-Économie*, Hors-série, n° 2, 2015, p. 171-185.

LECOMTE-MENAHES G. et RAULY A.,

- « Travailleurs de plateforme : l'accompagnement social en question », *Dr. soc.*, 2021, p. 581.

LECOURT A.,

- « Impossibilité pour la France d'exiger d'Airbnb de disposer d'une carte professionnelle d'agent immobilier », *Dalloz IP/IT*, 2020, p. 265.

LEDERLIN E.,

- « Le travail numérique à l'épreuve du droit social : l'appréciation du lien de subordination selon le principe de réalité », *JCP S*, n° 47, 2015, 1415.

LEDERLIN F.,

- « Le jour où le monde du travail explosa », *Le Monde hors-série*, 2021, p. 70-73.

LEFEBVRE P.,

- « Subordination et "révolutions" du travail et du droit du travail (1776-2010) », *Entreprises et histoire*, vol. 57, n° 4, 2009, p. 45-78.

**LEFEUVRE-HALFTERMEYER A., GOVAERE V., ANTOINE J.-Y., ALLEGRE W.,
POUPLIN S., DEPARTE J.-P., SLIMANI S. et SPAGNULO A.,**

- « Typologie des risques pour une analyse éthique de l'impact des technologies du TAL », *Revue TAL*, 57 (2), 2016, p. 47-71.

LEFEVRE J. et SCHWARTZ J.,

- « Exercice du droit d'accès par les salariés à leurs emails professionnels : comment gérer ces demandes ? », *JCP S*, n° 48, 2022, 1306.

LEGEAIS D.,

- « Concurrence déloyale et parasitaire », dans *JCl Commercial*, fasc. 254, 2021.

LÉGER N.,

- « La preuve du temps effectivement travaillé », *Dr. soc.*, 2022, p. 27.

LEGERON P.,

- « Qualité de vie au travail et santé mentale », dans *Assurer le bien-être psychique*, Dunod, coll.« Psychothérapies », 2018, p. 97-110.
- « Burn out », dans *Risques psychosociaux et Qualité de Vie au Travail. En 36 notions*, Dunod, coll.« Aide-Mémoire », 2018, p. 15-25.

LEHUCHER C.,

- « L'obligation de sécurité justifie le licenciement d'un salarié ayant refusé de se rapprocher de son lieu de travail », *BJT*, n° 5, 2022, p. 11.

LEMONTEY P.-É.,

- « Influence morale de la division du travail, considérée sous le rapport de la conservation du gouvernement et de la stabilité des institutions sociales », *Revue du MAUSS*, vol. 27, n° 1, 2006, p. 384-397.

LEPAGE A.,

- « Droits de la personnalité », dans *Répertoire de droit civil*, Dalloz.

LEROUGE L.,

- « Un accord-cadre des partenaires sociaux européens sur le numérique : quel encadrement pour la protection de la santé au travail ? », *SSL*, n° 1927, 2020, p. 6-9.

LEROY Y.,

- « Le comité social et économique face à l'intelligence artificielle », dans *Intelligence artificielle, gestion algorithmique du personnel et droit du travail*, Dalloz, coll.« Thèmes et commentaires », 2020, p. 131-138.

LETOUZEY E.,

- « Concours et cumul d'infractions », dans *JCl Pénal Code*, fasc. 20, 2022.

LETROUBLON C.,

- « Les salariés au forfait annuel en jours. Une durée du travail et une rémunération plus importantes », *DARES Analyses*, n° 48, juillet 2015.

LÉVY C.,

- « L'IA dans les RH : une standardisation qui pose problème », dans *Intelligence artificielle, gestion algorithmique du personnel et droit du travail*, Dalloz, coll.« Thèmes et commentaires », 2020, p. 15-30.
- « Intelligence artificielle dans les RH : instruments et pratiques des entreprises », *SSL*, n° 1838, 2018, p. 8-11.

LHERNOULD J.-P.,

- « Forfait jours : il faut caractériser de manière concrète l'autonomie du salarié », *JSL*, n° 560, 2023, p. 15-17.
- « Les plateformes électroniques de mise en relation rattrapées par le salariat », *JSL*, n° 468, 2019, p. 4-9.

LHOMOND C.,

- « Le droit à la preuve et la loyauté probatoire, une liaison presque dangereuse », *RDT*, 2023, p. 156.

LHUILIER G.,

- « Le “paradigme” de l'entreprise dans le discours des juristes », *Annales. Economies, sociétés, civilisations*, n° 2, 1993, p. 329-358.

LHUISSIER C.,

- « Signature électronique d'un contrat de mission : premiers éclairages de la cour d'appel de Reims », *BJT*, n° 4, 2021, p. 14.
- « L'envoi recommandé électronique : une opportunité pour les services RH ? », *JCP S*, n° 44, 2020, 3060.

LIKILLIMBA G.-A.,

- « Périodes interstitielles des contrats de travail précaires », dans *Répertoire de droit du travail*, Dalloz, 2022.

LILLIU E.,

- « Le CPH de Lyon écrit un nouvel épisode de la saga Uber », *SSL*, n° 2033, 2023, p. 13-14.

LIVIAN Y.-F., BARET C. et FALCOZ C.,

- « La gestion de la charge de travail dans les activités de services », *Revue française de gestion*, vol. 150, n° 3, 2004, p. 87-103.

LOISEAU G.,

- « Le traitement algorithmique des émotions du travailleur », *Dr. soc.*, 2023, p. 889
- « L'article 145 et le droit à la protection des données à caractère personnel », *BJT*, n° 5, 2023, p. 52.
- « Le droit de la preuve illicite », *JCP S*, n° 14, 2023, 1095.
- « La qualification des plateformes de mise à disposition de personnel », *JCP S*, n° 10, 2023, 1064.
- « Intelligence artificielle et droit des personnes », dans *Droit de l'intelligence artificielle*, 2^e éd., LGDJ, coll.« Les Intégrales », 2022, p. 39-77.
- « Conclure un contrat de travail à durée déterminée par voie électronique », *BJT*, n° 9, 2022, p. 3.
- « Le détournement du droit d'accès aux données personnelles », *BJT*, n° 7-8, 2022, p. 3.
- « Les débordements du droit d'accès aux données à caractère personnel », *JCP S*, n° 41, 2022, 1259.
- « Des micro-tâches sont-elles une prestation de travail ? », *JCP S*, n° 6, 2022, 1039.
- « Le droit tourmenté des travailleurs de plateformes », *JCP S*, n° 19, 2022, 1137.
- « Les plateformes dans les turbulences de la concurrence déloyale », *JCP S*, 2022, 1072.
- « Le contrat de parrainage sportif, un contrat de travail qui s'ignore », *D.*, 2021, p. 1455.
- « La portée d'un « J'aime » sur les réseaux sociaux », *Légipresse*, 2021, p. 424.
- « L'image de l'entreprise et les réseaux sociaux », *SSL*, n° 1979, 2021, p. 5-10.

- « L'apprentissage du droit des données à caractère personnel », *JCP S*, n° 49, 2021, 1305.
- « La protection contractuelle des travailleurs des plateformes », *D.*, 2021, p. 147.
- « Le déréglementarisme des plateformes de mise à disposition de personnel », *SSL*, n° 1936, 2021, p. 13-17.
- « Travailleurs de plateformes : le néo-salariat », *CCE*, n° 3, 2021, étude 6.
- « La modification par voie électronique d'un contrat de travail », *CCE*, n° 1, 2020, comm. 2.
- « La preuve par Facebook », *JCP S*, n° 41, 2020, 3042.
- « Travailleurs des plateformes : un naufrage législatif », *JCP S*, n° 1-2, 2020, 1000.
- « Les réglementations professionnelles sous la menace de l'économie des plateformes numériques », *CCE*, n° 11, 2020, comm. 80.
- « Le droit du travail en boussole », *JCP S*, n° 12, 2020, 1080.
- « Statut juridique des travailleurs des plateformes : la CJUE prend position », *JCP S*, n° 22, 2020, 2037.
- « Le pouvoir normatif de l'employeur », dans *Mélanges en l'honneur de Bernard Teyslié*, LexisNexis, 2019, p. 231-242.
- « Le travailleur dans le droit de l'OIT », *JCP S*, n° 30-34, 2019, 1228.
- « Intelligence artificielle et conditions de travail des salariés : un impact à prendre au sérieux », *Dalloz IP/IT*, n° 7-8, 2018, p. 437.
- « La déconnexion. Observations sur la régulation du travail dans le nouvel espace-temps des entreprises connectées », *Dr. soc.*, 2017, p. 463.
- « Le licenciement pour un motif tiré de la vie personnelle », dans *Droits du travail, emploi, entreprise : mélanges en l'honneur du Professeur François Gaudu*, IRJS Editions, coll.« Collection Bibliothèque de l'IRJS-André Tunc », 2014, p. 293-300.

LOISEAU G. et MARTINON A.,

- « Les microtravailleurs », *BJT*, n° 5, 2019, p. 1.

- « Plateformes numériques : l'exosalarariat ne peut plus être dissimulé », *Les Cahiers Sociaux*, n° 306, 2018, p. 183.

LOKIEC P.,

- « Les contours récents du pouvoir de direction », dans *Mélanges en l'honneur de Pierre-Yves Verkindt*, LGDJ, 2022, p. 297-305.
- « Prendre en compte l'autonomie au travail », dans *Paix et libertés en droit social*, Dalloz, coll.« Thèmes & commentaires », 2021, p. 49-56.
- « L'évaluation des salariés à l'épreuve du droit », *Liaisons sociales magazine*, n° 201, avril 2019, p. 60-61.
- « De la subordination au contrôle », *SSL*, n° 1841, 2018, p. 10-11.
- « Le licenciement pour insuffisance professionnelle », *Dr. soc.*, 2014, p. 38.
- « La mesure du travail. Du quantitatif au qualitatif », *Dr. soc.*, 2011, p. 771.
- « Le travailleur et l'actif », *Dr. soc.*, 2009, p. 1017.
- « La décision et le droit privé », *D.*, 2008, p. 2293.

LOKIEC P. et ROCHFELD J.,

- « Nouvelle surveillance, nouvelle subordination ? », dans *A droit ouvert : mélanges en l'honneur d'Antoine Lyon-Caen*, 1^{re} éd., Dalloz, coll.« Etudes, mélanges, travaux », 2018, p. 545-567.

LOMBOIS C.,

- « La présomption d'innocence », *Pouvoirs*, n° 55, 1990, p. 81-94.

LOPEZ B.,

- « La place du droit du travail dans l'investissement socialement responsable », dans *Le droit social en dialogue. Européanisation, mondialisation, croisements disciplinaires. Mélanges en l'honneur Marie-Ange Moreau.*, Bruylant, 2022, p. 295-307.
- « Le risque de requalification en contrat de travail d'une prestation d'influenceur », *Dalloz IP/IT*, 2020, p. 480.

LORVELLEC L.,

- « L'agriculteur "sous contrat" », dans *Le travail en perspectives*, LGDJ, coll.« Droit et société », n° 22, 1998, p. 179-197.

LYON-CAEN A.,

- « A l'index », *RDT*, 2023, p. 149.
- « Vie privée et entreprise », *Justice et Cassation*, 2018, p. 75.
- « Le droit sans entreprise », *RDT*, 2013, p. 748.
- « L'évaluation des salariés », *D.*, 2009, p. 1124.
- « Note sur le pouvoir de direction et son contrôle », dans *Mélanges dédiés au Président Michel Despax*, PUSS, 2002, p. 95-106.
- « Le droit et la gestion des compétences », *Dr. soc.*, 1992, p. 573.

LYON-CAEN A. et DE MAILLARD J.,

- « La mise à disposition de personnel », *Dr. soc.*, 1981, p. 320.

LYON-CAEN A. et VACARIE I.,

- « Droits fondamentaux et droit du travail », dans *Droit syndical et droits de l'homme à l'aube du XXIe siècle : mélanges en l'honneur de Jean-Maurice Verdier*, Dalloz, 2001, p. 421.

LYON-CAEN G.,

- « Permanence et renouvellement du droit du travail dans une économie globalisée », *Dr. ouvr.*, 2004, p. 49-52.
- « Où mènent les mauvais chemins », *Dr. soc.*, 1995, p. 647.
- « À propos de quelques ouvrages de doctrine », *Dr. soc.*, 1978, p. 292.

LYON-CAEN G. et LYON-CAEN A.,

- « La "doctrine" de l'entreprise », dans *Dix ans de droit de l'entreprise*, Litec, 1978, p. 599-621.

MACHU L.,

- « Le travail traversé par le temps », *RDT*, 2022, p. 501.

MACHU L. et PÉLISSE J.,

- « Vies et victoire d'un instrument juridique (partie II) : des usages contemporains à la fin de la dérogation en droit du travail », *RDT*, 2019, p. 559.

MAGGI-GERMAIN N.,

- « Le travail à l'ère des techniques numériques », dans *La numérisation du travail. Enjeux juridiques et sociaux en santé au travail*, L'Harmattan, coll.« Psych-Logiques », 2021, p. 37-67.
- « Existe-t-il un droit commun du travail ? », *Dr. soc.*, 2019, p. 1034.
- « À propos de l'individualisation de la formation professionnelle continue », *Dr. soc.*, 1999, p. 692.

MAILLARD-PINON S.,

- « Contrat de travail : modification », dans *Répertoire de droit du travail*, Dalloz, 2021.

MALAURIE-VIGNAL M.,

- « Concurrence déloyale des plateformes de réservation de voiture de transport avec chauffeur (VTC) à l'égard des taxis », *Contrats, conc. Consum.*, 2022, 43.
- « Approche pluridisciplinaire : de la difficulté à protéger influenceur, maison de mode et consommateur », *Dalloz IP/IT*, 2020, p. 465.
- « La protection des informations privilégiées et du savoir-faire », *D.*, 1997, p. 207.

MALENFER M., GOVAERE V., BINGEN A. et TRIONFETTI M. C.,

- « Impacts des outils numériques sur les conditions de travail : l'exemple du commerce en ligne », *Hygiène et sécurité au travail*, n° 258, mars 2020, p. 106-112.

MALFETTES L.,

- « Gestion du personnel par algorithmes et droits du salarié », *Dr. soc.*, 2019, p. 591.

MANDINAUD V.,

- « La transition numérique, promesses et menaces pour “l’expérience travailleur” », *Anact, Explo QVT*, 2018, p. 1-13.

MARCHADIER F.,

- « La surveillance du salarié sur les temps et lieux de travail », dans *Mélanges en l’honneur de Bernard Teyssié*, LexisNexis, 2019, p. 249-259.

MARCHAL E. et RIEUCAU G.,

- « Les canaux au prisme des courants de recherche », dans *Le recrutement, La Découverte*, 2010, p. 25-42.

MARIANO C.,

- « Outil numérique et dialogue social », dans *Droit du travail et technologies de l’information et de la communication*, LexisNexis, coll.« Planète social », 2022, p. 253-290.

MARIE R.,

- « Note », *Dr. ouvr.*, 2004, p. 561.

MARIETTE S.,

- « Dernières jurisprudences sur le droit à la preuve », *SSL*, n° 2048, 2023, p. 5-8.

MARTIAL-BRAZ N.,

- « Le profilage », *CCE*, n° 4, 2018, dossier 15.

MARTINON A.,

- « Le forfait jours : du cadre ou non-cadre », *JCP S*, n° 14, 2005, 1202.

MARZO C.,

- « La proposition de directive relative à l’amélioration des conditions de travail dans le cadre du travail via une plateforme : une occasion de repenser les statuts et les droits des travailleurs de plateformes », *RDT Eur.*, 2022, p. 665.
- « L’accès aux soins des travailleurs de plateformes numériques : perspectives comparées et internationales », *RDSS*, 2022, p. 987.

MASSON F.,

- « Un droit de grève en droit des contrats ? », *Dr. soc.*, 2017, p. 861.

MATHEVET É. et PAPINEAU C.,

- « L'organisation du travail par les plateformes d'intermédiation : vers un taylorisme algorithmique », *Revue Droit & Affaires*, n° 15, 2018, p. 3.

MATHIEU C., PERETIE M.-M. et PICAULT A.,

- « Le droit à la déconnexion : une chimère ? », *RDT*, 2016, p. 592.

MAYOUX S.,

- « La relation tumultueuse entre Facebook, la vie privée du salarié et le droit de la preuve de l'employeur », *JSL*, n° 507, 2020, p. 4-7.

MAZARS M.-F.,

- « La protection des données personnelles des salariés : le changement c'est maintenant ! », *RDT*, 2018, p. 500.

MAZEAUD A.,

- « Le déploiement de la relation de travail dans les groupes de sociétés. Aspects de droit du travail », *Dr. soc.*, 2010, p. 738.

MAZUYER E.,

- « Travail et micro-travail de plateforme. Quels enjeux ? Quelles perspectives ? », dans *Regards croisés sur le travail et le microtravail de plateforme*, Mare & Martin, 2023, p. 15-33.
- « Les mutations des droits du travail sous influence européenne », *Revue de la régulation*, n° 13, 2013, p. 1-19.
- « Les mutations de la figure du « travailleur » dans le droit de l'Union européenne », *SSL suppl.*, n° 1494, 2011, p. 52-67.

MEIFFRET-DELSANTO K.,

- « Droit social et plateformes numériques : quels risques économiques et contentieux ? », *Lexbase Social*, n° 792, 2019.

MEKKI M.,

- « Du numérisme juridique à l’humanisme numérique », dans *Mélanges en l’honneur du doyen Didier Guével. Une approche renouvelée des Humanités*, LGDJ, 2021, p. 333-352.
- « Les fonctions de la responsabilité civile à l’épreuve du numérique : l’exemple des logiciels prédictifs », *Dalloz IP/IT*, n° 12, 2020, p. 672.
- « L’argument sociologique en droit : forces et faiblesses ? », dans *L’argument sociologique en droit. Pluriel et singularité*, Dalloz, coll.« Thèmes & commentaires », 2015, p. 83-99.

MERCAT-BRUNS M.,

- « Introduction », dans *Personne et discrimination : perspectives historiques et comparées*, Dalloz, coll.« Thèmes & commentaires », 2006, p. 3.

MERCURE D.,

- « Les nouveaux codes du management », *Sciences humaines*, n° 308, novembre 2018, p. 44-47.

MESA R.,

- « Travailleurs de plateformes de travail numérique : pas de délit de travail dissimulé sans établissement de l’existence d’un lien de subordination », *SSL*, n° 542, 2022, p. 10-14.

MESTRE J.,

- « La société est bien encore un contrat », dans *Mélanges Christian Mouly*, t. 2, Litec, 1998, p. 131.

MICHALET C.-A.,

- « Les métamorphoses de la mondialisation, une approche juridique », dans *La mondialisation du droit*, Litec, coll.« Travaux du Centre de Recherche sur le Droit des Marchés et des Investissements Internationaux (Université de Bourgogne-CNRS) », 2000, vol.19, p. 11-42.

MICHALLETZ M.,

- « Pour une approche objective de la charge de travail », *JCP S*, n° 49, 2018, 1395.

MOATI P.,

- « Relation d'emploi et frontières de la firme à l'épreuve des nouveaux rapports de subordination », dans *Les nouvelles frontières du travail subordonné*, La Découverte, coll.« Recherches », 2006, p. 174-188.

MOIZARD N.,

- « L'accès à la preuve de la discrimination en matière civile : la position du Défenseur des droits », *RDT*, 2022, p. 584.

MOLFESSIS N.,

- « ChatGPT peut-il me remplacer ? », *JCP G*, n° 3, 2023, act. 81.

MONTEL O.,

- « Économie collaborative et protection sociale : mieux cibler les plateformes au cœur des enjeux », *RFAS*, 2018, p. 15-31.

MORAND M.,

- « Le cadre en forfait jours : conditions d'éligibilité », *JCP S*, n° 8, 2023, 1052.
- « Salariés en forfait-jours : quand les moyens justifient la fin », *JCP S*, n° 41, 2022, 1264.
- « Travailler effectivement pendant les temps d'inaction », *SSL*, n° 1974, 2021, p. 11-14.

MOREAU M.-A.,

- « Temps de travail et charge de travail », *Dr. soc.*, 2000, p. 263.

MOREL F.,

- « Temps de trajet domicile-travail des itinérants : l'alibi européen du revirement de la chambre sociale de la Cour de cassation », *RDT*, 2023, p. 194.
- « Quelle compatibilité entre la déclaration par anticipation du temps de travail et les règles de contrôle du temps de travail ? », *BJT*, n° 7-8, 2022, p. 6.

MORIN M.-L.,

- « Le droit du travail face aux nouvelles formes d'organisation des entreprises », *RIT*, vol. 144, n° 1, 2005, p. 5.

MORVAN P.,

- « Définition des difficultés économiques », *JCP S*, n° 10, 2023, 1067.
- « Droit pénal de la sécurité sociale », dans *JCl Protection sociale Traité*, fasc. 201-20, 2022.
- « Définition des difficultés économiques », *JCP S*, n° 26, 2022, 1184.
- « Notation des salariés : polémique autour du “ranking” », *JCP E*, n° 27, 2002, 1042.

MOULIN J.-M.,

- « Numérique et droit des sociétés », dans *L'entreprise face aux défis du numérique*, Mare & Martin, coll.« Droit privé & sciences criminelles », 2018, p. 15-40.

MOULY J.,

- « Droit disciplinaire », dans *Répertoire de droit du travail*, Dalloz, 2023.
- « Licenciement et vie privée : la réactivation de la notion de rattachement à la vie professionnelle ? », *Dr. soc.*, 2020, p. 961.
- « Quand l'auto-entreprise sert de masque au salariat », *Dr. soc.*, 2016, p. 859.

MOUSLI M.,

- « Le “forced ranking”, un système pervers », *Alternatives économiques*, n° 299, 2011, p. 70.

MOUSSERON P.-H.,

- « Le lieu de travail, territoire de l'entreprise », *Dr. soc.*, 2007, p. 1110.

MUSSO P.,

- « L'imaginaire occidental du travail industriel : cinq figures symboliques », dans *Qu'est-ce qu'un régime de travail réellement humain ?*, Hermann, 2018, p. 253-278.

NANDRIN J.-P.,

- « L'histoire du contrat de travail et la problématique de l'entreprise avant 1914 », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, vol. 15, n° 2, 1985, p. 41-88.

NASOM-TISSANDIER H.,

- « Staffmatch v. Brigad : de la concurrence entre plateformes numériques et agences de travail temporaire », *JSL*, n° 512, 2021, p. 20-22.

NEIRINCK C.,

- « La dignité humaine ou le mauvais usage juridique d'une notion philosophique », dans *Éthique, droit et dignité de la personne. Mélanges Christian Bolze*, Economica, 1999, p. 39-50.

NÉRET J.,

- « Les critères de distinction entre activité libérale et salariat. Les rapports de la Cour de cassation (1982-1983) », *JCP G*, n° 5, 1986, doct. 3227.

NETTER E.,

- « La part de l'Homme et celle de la machine dans les décisions "automatisées". Propositions pour une réécriture de l'article 22 du RGPD », dans *Vers un droit de l'algorithmique ?*, Mare & Martin, 2022, p. 105-131.

NICOD C. et PAULIN J.-F.,

- « La subordination en cause », *SSL suppl.*, n° 1485, 2011, p. 17-27.

NICOT A.-M.,

- « Les enjeux du travail dans l'économie des plateformes », *Regards*, vol. 55, n° 1, 2019, p. 53-63.

NIEL S.,

- « La gestion « offensive » des faibles contributeurs », *Les Cahiers du DRH*, n° 68-69, 2002, p. 10.

NORD-WAGNER M.,

- « Présomption d'utilisation à des fins professionnelles d'une clé USB connectée à l'outil informatique mis à disposition du salarié par son employeur », *RDT*, 2013, p. 339.

NOZIERE J.,

- « Les limites de la mise en œuvre, par le juge prud'homal, de l'article 145 au conseil de prud'hommes », *BJT*, n° 5, 2023, p. 46.

NUNES D.,

- « Les faux semblants des plateformes de micro-tâches. Premiers résultats d'une recherche empirique », dans *Regards croisés sur le travail et le microtravail de plateforme*, Mare & Martin, 2023, p. 53-62.

OLSZAK N.,

- « Coopérative ouvrière de production », dans *Répertoire de droit du travail*, Dalloz, 2017.
- « Contrat d'intégration en agriculture », dans *Répertoire de droit civil*, Dalloz, 2017.

ORIF V.,

- « La richesse des mesures d'instruction in futurum dans le contentieux prud'homal », *Lexbase Social*, n° 945, 2023.
- « Le salarié doit prouver que les documents de l'entreprise sont strictement nécessaires à l'exercice des droits de la défense », *Gaz. Pal.*, n° 167, 2015, p. 25.

OUTIN J.-L.,

- « Formes d'économie collaborative et protection sociale : premiers éléments d'analyse et de synthèse », *RFAS*, n° 1, 2022, p. 63-91.

PAGNERRE Y.,

- « L'intérêt de l'entreprise en droit du travail », dans *Standards, principes et méthodes en droit du travail*, Economica, coll.« Collection Études juridiques », n° 35, 2010, p. 63-120.

PAK Q.,

- « Analyse juridique de la notion de micro-travail : Essai de définition et de qualification », dans *Regards croisés sur le travail et le microtravail de plateforme*, Mare & Martin, 2023, p. 63-77.

PALIER B. et BONOLI G.,

- « Entre Bismarck et Beveridge. « Crises » de la sécurité sociale et politique(s) », *Revue française de science politique*, vol. 45, n° 4, 1995, p. 668-699.

PALPACUER F., VERCHER C., TESSIER N. et BOURDON I.,

- « Sous l'épée de Damoclès : l'évaluation des cadres, entre performance individuelle et esprit d'équipe », *Management & Avenir*, vol. 35, n° 5, 2010, p. 15-32.

PASQUIER T.,

- « Les travailleurs de plateforme sur le modèle de la subordination », *SSL*, n° 2039, 2023, p. 4-9.
- « Travailleurs des plateformes : l'inspection du travail est compétente pour mettre en œuvre son contrôle », *BJT*, n° 2, 2023, p. 30.
- « Le travailleur, l'entreprise et la plateforme numérique. Quel encadrement juridique pour le pouvoir privé numérique ? », dans *L'émergence d'un droit des plateformes*, Dalloz, 2021, p. 91-109.
- « Le rapport Frouin sur les plateformes numériques : la sécurisation au prix de la fictivité », *RDT*, 2021, p. 14.
- « L'arrêt Uber-Une décision A-disruptive », *AJ Contrat*, 2020, p. 227.
- « Sens et limites de la qualification de contrat de travail. De l'arrêt FORMACAD aux travailleurs « ubérisés » », *RDT*, 2017, p. 95.
- « Le droit social confronté aux défis de l'ubérisation », *Dalloz IP/IT*, 2017, p. 368.

PAULIN J.-F.,

- « Social – Base de données économiques et sociales – L'information assure-t-elle la qualité de la délibération ? », *JA*, n° 517, 2015, p. 44.

PÉLISSIER J.,

- « Le portage salarial : une sécurisation inaboutie », *RDT*, 2010, p. 292.
- « Les ambiguïtés du droit disciplinaire dans les relations de travail », dans *Les orientations sociales du droit contemporain : écrits en l'honneur du professeur Jean Savatier*, PUF, 1992, p. 367-381.

PELLERIN T.,

- « Les fonctionnalités du droit économique européen pour de nouvelles régulations du travail de plateforme – l'exemple du règlement P2B 2019/1150 », *RFAS*, n° 1, 2022, p. 19-39.

PERCHER C.,

- « L'approche européenne de la protection des travailleurs de plateforme numérique : La proposition de directive du 9 décembre 2021 », dans *Regards croisés sur le travail et le microtravail de plateforme*, Mare & Martin, 2023, p. 205-220.

PEREIRA B.,

- « Évaluation des salariés et mutation du contrat de travail », *Revue Interdisciplinaire Management, Homme & Entreprise*, vol. 12, n° 50, 2023, p. 95-104.
- « Mutation du rapport de subordination : le salarié "autonomie" ou l'indépendant "subordonné" en France », *Management & Avenir*, n° 104, juin 2018, p. 37-56.
- « Entreprises : loyauté et liberté d'expression des salariés sur les réseaux sociaux numériques », *Annales des Mines – Gérer et comprendre*, vol. 130, n° 4, 2017, p. 67-75.
- « Chartes et codes de conduite : le paradoxe éthique », *La Revue des Sciences de Gestion*, n° 230, février 2008, p. 25-34.

PERULLI A.,

- « Rationalité et contrôle des pouvoirs de l'employeur », *RDT*, 2006, p. 85.

PESKINE E.,

- « Trouble dans le fonctionnement de l'entreprise. Propos sur la redéfinition des motifs de licenciement », dans *Mélanges en l'honneur de Pierre-Yves Verkindt*, LGDJ, 2022, p. 349-358.

- « À la recherche de l'organisation en droit du travail. Penser l'entreprise et son dépassement », *RDT*, 2019, p. 19.
- « Entre subordination et indépendance : en quête d'une troisième voie », *RDT*, 2008, p. 371.

PESKINE E. et SACHS T.,

- « La refondation de l'entreprise à la croisée des chemins », dans *À droit ouvert : mélanges en l'honneur d'Antoine Lyon-Caen*, Dalloz, coll.« Etudes, mélanges, travaux », 2018, p. 745-769.

PETIT B.,

- « Formes légales de travail et formes contemporaines d'esclavage », *Les Cahiers de la Justice*, n° 2, 2020, p. 221-230.
- « Libres propos sur le rapport de subordination dans les relations de travail : sortir du moralisme de la lutte des classes pour oser, demain, la co-gestion ! », *RDLF*, 2017, chron. n° 11.

PETIT F.,

- « Le temps des déplacements du salarié », *Dr. soc.*, 2022, p. 32.
- « Les éléments constitutifs de la rémunération pour l'application de l'index de l'égalité entre les femmes et les hommes », *Dr. soc.*, 2020, p. 53.

PEYRONNET M.,

- « Fun & Pro : quand la sociabilité forcée se heurte au droit du travail », *RDT*, 2023, p. 419.
- « Du management algorithmique au recrutement par algorithme : le rôle des données », *BJT*, n° 6, 2022, p. 48.
- « L'usage des algorithmes et de l'IA dans le recrutement : une occasion de (ne) plus discriminer ? », dans *Intelligence artificielle, gestion algorithmique du personnel et droit du travail*, Dalloz, coll.« Thèmes et commentaires », 2020, p. 139-162.
- « Take Eat Easy contrôle et sanctionne des salariés », *RDT*, 2019, p. 36.

PEYRONNET M. et RATTI L.,

- « Controverse : Algorithmes et risque de discrimination : quel contrôle du juge ? », *RDT*, 2021, p. 81.

PHAM NGOC Q.-A.,

- « L'impact de l'utilisation des outils numériques sur la charge mentale des salariés », *La Revue des conditions de travail*, n° 6, 2017, p. 25-33.

PIAT C.,

- « De l'utilité de l'article 145 du Code de procédure civile aux actions menées en matière de discrimination », *BJT*, n° 5, 2023, p. 47.

PICOD Y.,

- « Préface », dans *L'entreprise face aux défis du numérique*, Mare & Martin, coll.« Droit privé & sciences criminelles », 2018, p. 11-13.
- « Concurrence déloyale et parasitisme : l'indifférence de la nature intentionnelle de la faute », *Concurrences*, n° 1, 2016, art. n° 77744.
- « Plaidoyer pour une consécration législative de la concurrence déloyale », dans *Études sur le droit de la concurrence et quelques thèmes fondamentaux. Mélanges en l'honneur d'Yves Serra*, Dalloz, 2006, p. 359-371.
- « L'obligation pour un salarié de venir travailler le samedi ne constitue pas une atteinte à sa vie privée », *D.*, 1992, p. 296.

PICOD Y. et DORANDEU N.,

- « Concurrence déloyale », dans *Répertoire de droit commercial*, Dalloz, 2022.

PIETTE-COUDOL T.,

- « Le coffre-fort numérique et autres espaces de stockage de données », *RLDI*, n° 151, 2018, p. 33.
- « La nouvelle lettre recommandée électronique », *RLDI*, n° 149, 2018, p. 30.
- « La remise électronique du bulletin de paie », *JCP S*, n° 43, 2010, 1440.

PIGNARRE G.,

- « Contrat de travail : exécution », dans *Répertoire de droit du travail*, Dalloz, 2022.
- « Suppression des écarts de rémunération entre les femmes et les hommes dans l'entreprise : la politique des petits pas ferait-elle son chemin ? », *RDT*, 2022, p. 391.

POIREL G.,

- « Nouvelles formes d'organisation : pour quoi faire, et comment faire ? », *Les Cahiers Lamy du DRH*, n° 265, 2019, p. 11-17.

POIZAT G. et DURAND M.,

- « Réinventer le travail et la formation des adultes à l'ère du numérique : état des lieux critique et prospectif », *Raisons éducatives*, vol. 21, n° 1, 2017, p. 19-44.

PONS R. et RISSER L.,

- « Biais et discriminations dans les systèmes d'intelligence artificielle », *Dalloz IP/IT*, 2022, p. 75.

PONTIER M.,

- « Télétravail indépendant ou télétravail salarié : quelles modalités de contrôle et quel degré d'autonomie », *La Revue des Sciences de Gestion*, vol. 265, n° 1, 2014, p. 31-39.

PORTA J.,

- « Le droit du travail en changement », *Travail et emploi*, n° 158, 2019, p. 95-132.

POUMAREDE M.,

- « Intelligence artificielle, responsabilité civile et droit du travail », *Dr. soc.*, 2021, p. 152.

PRADEL C.-F., PRADEL-BOUREUX P. et PRADEL V.,

- « L'expérimentation de drones pour la prévention des risques professionnels », *JCP S*, n° 14, 2019, 1106.

PRASSL J.,

- « Uber devant les tribunaux. Le futur du travail ou juste un autre employeur », *RDT*, 2017, p. 439.

- « L'emploi multilatéral en droit anglais », *RDT*, 2014, p. 236.

PRIVET M.-N.,

- « L'inspection du travail face aux plateformes numériques », *AJDA*, 2023, p. 203.

PROST M. et ZOUINAR M.,

- « De l'hyper-connexion à la déconnexion : quand les entreprises tentent de réguler l'usage professionnel des e-mails », *Perspectives interdisciplinaires sur le travail et la santé*, 2015, p. 1-25.

PUIGELIER C.,

- « Salariat – Définition », dans *JCl Travail Traité*, fasc. 17-1, 2000.
- « Caractérisation du lien de subordination », *JCP S*, n° 15, 2006, 1291.

RADÉ C.,

- « Plateformes et contrat de travail : l'équation imparfaite », *Dr. soc.*, 2022, p. 522.
- « L'entreprise et la vie privée du salarié », *Dr. soc.*, 2021, p. 4.
- « Les salariés protégés également tenus par l'obligation de loyauté », *Hebdo édition sociale*, n° 792, 2019.
- « Des critères du contrat de travail », *Dr. soc.*, 2013, p. 202.
- « La possibilité d'une île », *Dr. soc.*, 2009, p. 930.
- « L'obligation de sécurité de l'employeur plus forte que le pouvoir de direction », *La lettre juridique*, n° 297, 2008.
- « Nouvelles technologies de l'information et de la communication et nouvelles formes de subordination », *Dr. soc.*, 2002, p. 26.

RANC S.,

- « Le caractère indispensable de la preuve illicite », *BJT*, n° 4, 2023, p. 13.
- « Premières précisions relatives aux indicateurs économiques issus de la loi Travail », *BJT*, n° 7-8, 2022, p. 9.

RAY J.-E.,

- « Contrôler de la durée du travail ... chez soi ? », *Dr. soc.*, 2022, p. 21.
- « Le nécessaire renouvellement du droit du travail », *Dr. soc.*, 2019, p. 522.
- « Travail et droit du travail de demain. Autonomie, sur-subordination, sub-organisation », *France Stratégie*, 2017, p. 1-16.
- « De la géo-localisation à la télé-localisation », *Dr. soc.*, 2012, p. 61.
- « Légaliser le télétravail : une bonne idée ? », *Dr. soc.*, 2012, p. 443.
- « Sea, sex ... and contrat de travail », *SSL*, n° 1403, 2009, p. 11-13.
- « Droit du travail et TIC (I) », *Dr. soc.*, 2007, p. 140.
- « NTIC et droit syndical », *Dr. soc.*, 2002, p. 65.
- « Naissance et avis de décès du droit à la déconnexion, le droit à la vie privée du XXIème siècle », *Dr. soc.*, 2002, p. 939.
- « De la sub/ordination à la sub/organisation », *Dr. soc.*, 2002, p. 5.
- « Temps de travail des cadres : acte IV, scène 2. Vers la loi Aubry II », *Dr. soc.*, 2001, p. 244.
- « Droit de critique et obligation de réserve d'un cadre dirigeant », *Dr. soc.*, 2000, p. 165.
- « De Germinal à Internet : une nécessaire évolution du critère du contrat de travail », *Dr. soc.*, 1995, p. 634.
- « Nouvelles technologies et nouvelles formes de subordination », *Dr. soc.*, 1992, p. 525.

RAY J.-E. et VERKINDT P.-Y.,

- « Nouveaux risques, nouveau droit de la santé au travail », dans *À droit ouvert : mélanges en l'honneur d'Antoine Lyon-Caen*, Dalloz, coll.« Etudes, mélanges, travaux », 2018, p. 831-847.

RÈME-HARNAY P.,

- « Comment les plateformes numériques accroissent la dépendance dans les relations de sous-traitance : le cas de la livraison à vélo », *Revue Française de Socio-Économie*, vol. 25, n° 2, 2020, p. 175-198.

REMY C. et LAVITRY L.,

- « La quantité contre la qualité ? Des professionnels de l'emploi entre "esprit gestionnaire" et relation de service », *Revue Française de Socio-Économie*, vol. 19, n° 2, 2017, p. 69-88.

RENAULT S.,

- « Le "crowdsourcing" de micro-tâches : contours et enjeux d'une nouvelle figure du travail. Le cas de la plateforme Foule Factory », *Recherches en Sciences de Gestion*, vol. 127, n° 4, 2018, p. 81-105.

REVET T.,

- « L'objet du contrat de travail », *Dr. soc.*, 1992, p. 859.

REYNES B.,

- « La notion de travailleur salarié en droit communautaire : une notion en devenir ... », dans *Mélanges dédiés au Président Michel Despax*, PUSS, 2002, p. 239-260.

RICHEVEAUX M.,

- « Ubérisation et requalification en contrat de travail : nouvelle application des classiques du contrat de travail », *LPA*, n° 114, 8 juin 2020, p. 21.

RIVERO J.,

- « Les libertés publiques dans l'entreprise », *Dr. soc.*, 1982, p. 243.

RIVOAL O.,

- « La dépendance économique en droit du travail », *D.*, 2006, p. 891.

ROBERT J.-H.,

- « Ce que parler ne veut pas toujours dire », *Dr. pén.*, n° 10, 2008, comm. 132.
- « Tout travailleur devra être encarté », *Dr. pén.*, n° 7-8, 2002, comm. 87.

ROBIN-OLIVIER S.,

- « Chronique Politique sociale de l'UE – Le champ d'application du droit social de l'Union : trop vaste ou trop étroit ? », *RDT Eur.*, 2022, p. 289.

ROCCA J.-L.,

- « Crédit social. Spécificité chinoise ou processus de modernisation ? », *Sociétés politiques comparés*, n° 51, 2020.

ROCHFELD J.,

- « Les émotions du salarié. Traitement et décisions : quelles limites ? », dans *Mélanges en l'honneur de Pierre-Yves Verkindt*, LGDJ, 2022, p. 393-412.
- « L'encadrement des décisions prises par algorithme », *Dalloz IP/IT*, 2018, p. 474.

ROCHFELD J. et ZOLYNSKI C.,

- « La « loyauté » des « plateformes ». Quelles plateformes ? Quelle loyauté ? », *Dalloz IP/IT*, 2016, p. 520.

ROUAST A.,

- « La notion de contrat de travail et la loi sur les Assurances sociales », *La semaine juridique*, n° 1, 1929, p. 329-332.

ROMAND T. et SEQUIER V.,

- « Instagrameurs, blogueurs, youtubeurs : quel statut juridique pour les « influenceurs » ? », *LEXplicite*, juin 2018.

ROSA F.,

- « Une alternative au modèle capitaliste : le « coopérativisme de plateforme » », *Dr. soc.*, 2021, p. 610.

ROSE H.,

- « Durée du travail : fixation et aménagement du temps de travail », dans *Répertoire de droit du travail*, Dalloz, 2020.

ROUBIER P.,

- « Droits intellectuels ou droits de clientèle », *RTD Civ.*, 1935, p. 251.

ROUSPIDE-KATCHADOURIAN M.-N.,

- « L'aménagement de la charge de la preuve et la durée du travail », *Lexbase Social*, n° 945, 2023.

- « Heures supplémentaires enregistrées dans un logiciel de pointage informatique et accord implicite de l'employeur », *JCP S*, n° 40, 2020, 3030.

ROUSSEAU Y.,

- « Agences d'emploi », dans *Répertoire de droit du travail*, Dalloz, 2018.

ROUSSEL M.,

- « Évaluation du salarié », dans *Répertoire de droit du travail*, Dalloz, 2021.

ROUVROY A. et BERNS T.,

- « Gouvernamentalité algorithmique et perspectives d'émancipation. Le disparate comme condition d'individuation par la relation ? », *Réseaux*, n° 177, 2013, p. 163-196.

SABRINNI F.,

- « La notion de plateforme au cœur des nouvelles relations entre professionnels. Regards croisés entre deux réglementations : P2B vs loi pour une République numérique », *RTD Com.*, 2020, p. 215.

SACHS T. et VERNAC S.,

- « Pouvoir et responsabilité au sein des plateformes : de la fiction au réalisme », *Dr. soc.*, 2021, p. 216.

SALOMON R.,

- « Analyse comparative de la jurisprudence de la chambre criminelle et des chambres civiles en matière de travail dissimulé », *JCP S*, n° 8, 2021, 1052.
- « L'autonomie du droit pénal et le droit des relations individuelles de travail », *Cahiers de droit de l'entreprise*, n° 4, 2021, p. 28.
- « La solution de l'arrêt Uber et ses incidences pénales en matière de travail dissimulé », *JCP S*, n° 18, 2020, 2014.

SANDRET N. et SCIBERRAS J.-C.,

- « À quoi sert l'évaluation des salariés ? », *RDT*, 2008, p. 498.

SARFATI F. et VIVES C.,

- « Le CDI intérimaire. La loi au secours du patronat », *Les notes de l'IES*, n° 38, 2016, p. 1-4.

SAUVÉ J.-M.,

- « Fraudes et protection sociale », *Dr. soc.*, 2011, p. 481.

SAUZET M.,

- « De la responsabilité des patrons vis-à-vis des ouvriers dans les accidents industriels », *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1883, p. 596-640.

SAVATIER J.,

- « Le travail non marchand », *Dr. soc.*, 2009, p. 73.
- « La liberté dans le travail », *Dr. soc.*, 1990, p. 49.
- « Pouvoir patrimonial et direction des personnes », *Dr. soc.*, 1982, p. 1.
- « Les groupes de sociétés et la notion d'entreprise en droit du travail », dans *Études de droit du travail offertes à André Brun*, Librairie sociale et économique, 1974, p. 527-546.

SAVATIER R.,

- « Note sous CA Poitiers, 5 décembre 1923 », *Dalloz périodique*, 1924, p. 73-74.

SCHWARTZ J. et BEAUFOUR J.,

- « Demande de droit d'accès par les salariés à leurs données personnelles : faut-il tout communiquer ? », *BJT*, n° 9, 2023, p. 49.

SÉNÉCHAL J.,

- « L'IA Act déjà obsolète face aux IA de nouvelle génération ? L'exemple de ChatGPT », *Dalloz actualité*, 1 février 2023.
- « Le critère français de la subordination juridique confronté au “contrôle”, à “l'influence déterminante” d'un opérateur de plateforme en ligne sur l'activité de ses usagers », *Dalloz IP/IT*, 2019, p. 186.

- « Préface », dans *Rôle et responsabilité des opérateurs de plateforme en ligne : approche(s) transversale(s) ou approches sectorielles ?*, IRJS Editions, t. 91, coll.« Bibliothèque de l'Institut de Recherche Juridique de la Sorbonne – André Tunc », 2018, p. VIII.
- « Le « courtage » des opérateurs de plateforme en ligne », *AJ Contrat*, 2018, p. 8.
- « Ubérisation et droit de la consommation », *Dalloz IP/IT*, 2017, p. 363.

SERENO S.,

- « Focus sur les discriminations par algorithme », *RDT*, 2020, p. 680.
- « La preuve des discriminations en droit du travail », *Dr. soc.*, 2020, p. 332.

SERVAIS J.-M.,

- « Organisation internationale du travail », dans *Répertoire de droit du travail*, Dalloz, 2020.

SIGNORETTO F.,

- « Comité économique et sociale : expertise », dans *Répertoire de droit du travail*, Dalloz, 2021.

SILHOL B.,

- « Maurice Hauriou et de droit de travail », dans *Les juristes face au politique*, Éditions Kimé, coll.« Philosophie politique », 2003, p. 57-68.

SIRINELLI P. et PRÉVOST S.,

- « Souriez, vous êtes photographiés ! », *Dalloz IP/IT*, 2020, p. 457.

SIRINELLI P. et PRÉVOST-BOYARD S.,

- « Chacun cherche son Chat “GPT” », *Dalloz IP/IT*, 2023, p. 1.

SUPIOT A.,

- « Notre système économique repose sur l'idée que l'être humain serait la première des marchandises. Propos recueillis par Anne Rodier », *Le Monde hors-série*, 2021, p. 6-11.

- « Homo faber : continuité et ruptures », dans *Le travail au XXIe siècle. Livre du centenaire de l'Organisation internationale du Travail*, Editions de l'Atelier, 2019, p. 15-42.
- « De la juste division du travail », dans *Qu'est-ce qu'un régime de travail réellement humain ?*, Hermann, 2018, p. 9-25.
- « Poïétique de la justice », dans *Le droit malgré tout. Hommage à François Ost*, Facultés Universitaires Saint-Louis Bruxelles, 2018, p. 339-358.
- « Le droit du travail bradé sur le “marché des normes” », *Dr. soc.*, 2005, p. 1087.
- « Travail, droit et technique », *Dr. soc.*, 2002, p. 13.
- « Les nouveaux visages de la subordination », *Dr. soc.*, 2000, p. 131.
- « Temps de travail : pour une concordance des temps », *Dr. soc.*, 1995, p. 947.
- « La réglementation patronale de l'entreprise », *Dr. soc.*, 1992, p. 215.
- « Groupes de sociétés et paradigme de l'entreprise », *RDT com*, 1985, p. 22.
- « L'élevage industriel face au droit du travail », *Revue de droit du rural*, n° 118, novembre 1983, p. 325-331.

SYBORD C.,

- « Le management algorithmique des plateformes numériques : de ses origines aux pratiques d'aujourd'hui », dans *Regards croisés sur le travail et le microtravail de plateforme*, Mare & Martin, 2023, p. 247-265.

SZKOPINSKI A.,

- « À la recherche d'un statut juridique pour les influenceurs », *Dalloz IP/IT*, 2020, p. 472.

TAQUET F.,

- « Les démêlés d'Uber avec l'Urssaf ... : Uber 1/Urssaf 0 », *JSL*, n° 433, 2017, p. 27-28.

TARTING J.,

- « Adapter le portage salarial aux travailleurs des plateformes », *BJT*, n° 3, 2021, p. 49.

TAURAN T.,

- « La sécurité sociale et les logiciels de gestion », *JCP S*, n° 11, 2023, 1071.
- « Régime général : champ d'application », dans *JCl Protection sociale Traité*, fasc. 217, 2022.

TEISSIER A.,

- « En questions : plateformes numériques, faut-il encore opposer travail salarié et travail indépendant ? », *JCP S*, n° 39, 2019, 357.
- « Le droit de la durée du travail des cadres au forfait en jours », *JCP E*, n° 47, 2002, 1684.

TERRENOIRE C.,

- « L'Index de l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes », *JCP E*, n° 12, 2020, 1134.
- « Égalité de rémunération femmes-hommes : règles et principes généraux », *JCP S*, n° 10, 2019, 1075.
- « Égalité de rémunération femmes-hommes : calcul des indicateurs », *JCP S*, n° 10, 2019, 1076.

TETARD-BLANQUART C.,

- « La responsabilisation du salarié face à la preuve dans le procès prud'homal », *JCP S*, n° 42, 2013, 1404.

TEYSSIÉ B.,

- « L'intérêt de l'entreprise, aspects de droit du travail », *D.*, 2004, p. 1680.
- « L'entreprise et le droit du travail », *Arch. Phil. Droit*, 1997, p. 355.

TEYSSIER C.,

- « Télétravail au domicile : une approche juridique des mutations en cours », *Dr. soc.*, 2023, p. 38.

THARAUD D.,

- « La recherche d'une égalité réelle, moteur d'innovations procédurales et probatoires », *RDT*, 2023, p. 85.

THOLOZAN O.,

- « L'apparition de la notion de contrat de travail dans les thèses des facultés de droit (1890-1901) », dans *Les acteurs de l'histoire du droit du travail*, PUR, coll.« L'univers des normes », 2004, p. 59-68.

THOMAS L.,

- « Le travail en lien avec les plateformes devant les juges du fond », *RDT*, 2022, p. 215.

TOURNAUX S.,

- « Reconfigurer les temps de vie du salarié », *Dr. soc.*, 2022, p. 5.
- « Hyperconnexion et charge excessive de travail. Des maux à résoudre par une approche renouvelée du temps de travail », dans *La numérisation du travail. Enjeux juridiques et sociaux en santé au travail*, L'Harmattan, coll.« Psych-Logiques », 2021, p. 69-88.
- « Présomption(s) de non-salariat », dans *Mélanges offerts au Professeur Jean Mouly : voyage au bout de la logique juridique*, Pulim, 2020, p. 363-371.
- « Plateformes et qualification de travailleur au sens du droit de l'Union européenne », *Lexbase Social*, n° 824, 2020.
- « Les temps périphériques au travail », *Dr. soc.*, 2019, p. 634.
- « Droit du travail et numérique : de quelques aspects relatifs aux relations individuelles de travail », dans *L'entreprise face aux défis du numérique*, Mare & Martin, coll.« Droit privé & sciences criminelles », 2018, p. 59-73.
- « Le contrat de travail, nouveau laboratoire d'expérimentation ? », *RDT*, 2018, p. 671.
- « Le CDI intérimaire : histoire d'un hors-la-loi protégé par ... la loi », *Dr. soc.*, 2018, p. 810.

TOURREIL J.-E.,

- « La pratique du « ranking » par quotas impératifs est illicite », *JSL*, n° 343, 2013, p. 17-18.

TRAN S.,

- « Quelle contribution des technologies collaboratives à la configuration des organisations ? », *Systèmes d'information & management*, vol. 19, 2014, p. 75-111.

TRICOIT J.-P.,

- « La digitalisation de la relation de travail : transformation des caractéristiques de la relation de travail ? », *Dalloz IP/IT*, 2023, p. 344.
- « La dématérialisation de la gestion de la relation de travail », *BJT*, n° 2, 2018, p. 146.

TURING A.,

- « Computing Manichery and Intelligence », *Mind*, vol. 59, n° 236, p. 433-460.

UNTERMAIER-KERLEO E.,

- « Un exemple d'utilisation d'une plateforme dans le cadre d'une politique publique : Parcoursup », dans *L'émergence d'un droit des plateformes*, Dalloz, coll.« Thèmes & commentaires », 2021, p. 175-187.

URBAN Q.,

- « Les perturbations en droit du travail résultant de la dématérialisation de l'entreprise », dans *La dématérialisation de l'entreprise : essais sur les dimensions immatérielles de l'entreprise*, L'Harmattan, 2010, p. 279-298.

VACARIE I.,

- « L'économie collaborative à l'épreuve de la théorie générale de la sécurité sociale de Jean-Jacques Dupeyroux », *Dr. soc.*, 2022, p. 310.

VACHET G.,

- « Travail temporaire », dans *Répertoire de droit du travail*, Dalloz, 2021.

VALDES DAL-RE F. et LECLERC O.,

- « Les nouvelles frontières du travail indépendant. A propos du Statut du travail autonome espagnol. », *RDT*, 2008, p. 296.

VAN DEN BERGH K.,

- « La charte sociale des opérateurs de plateformes : « Couvrez cette subordination que je ne saurais voir » », *Dr. soc.*, 2020, p. 439.

VANULS C. et CASADO A.,

- « Controverse : Quel droit du travail pour la transition écologique ? », *RDT*, 2022, p. 9.

VAYRE E.,

- « Les incidences du télétravail sur le travailleur dans les domaines professionnel, familial et social », *Le travail humain*, vol. 82, n° 1, 2019, p. 1-39.

VÉRICEL M.,

- « L'accord sur le télétravail : un accord de compromis qui reste à la marge du normatif », *RDT*, 2021, p. 59.
- « Distinction temps de travail et temps de repos en droit français et en droit de l'Union européenne », *RDT*, 2021, p. 257.
- « Paiement des heures supplémentaires effectuées sans l'accord de l'employeur », *RDT*, 2019, p. 198.
- « Le rétablissement de la présomption de non-salariat », *Dr. soc.*, 2004, p. 297.
- « Des incidences en droit social de la loi Madelin sur la qualification de salarié », *D.*, 1995, p. 54.
- « Sur le pouvoir normateur de l'employeur », *Dr. soc.*, 1991.

VERKINDT P.-Y.,

- « Ambivalences et promesses de l'intelligence artificielle dans le champ de la santé et de la sécurité des travailleurs », dans *Intelligence artificielle, gestion algorithmique du personnel et droit du travail*, Dalloz, coll.« Thèmes et commentaires », 2020, p. 199-208.

- « Intelligence artificielle, travail et droit du travail », dans *Droit de l'intelligence artificielle*, 1^{re} éd., LGDJ, coll.« Les Intégrales », 2019, p. 299-307.
- « L'argument sociologique dans la doctrine travailliste », dans *L'argument sociologique en droit. Pluriel et singularité*, Dalloz, coll.« Thèmes & commentaires », 2015, p. 313-322.
- « Le raisonnable en droit du travail », dans *Standards, principes et méthodes en droit du travail*, Economica, coll.« Collection Études juridiques », n° 35, 2010, p. 43-59.
- « L'entreprise », dans *Les notions fondamentales du droit du travail*, Panthéon-Assas, coll.« Colloques », 2009, p. 43-60.
- « Prendre le travail (et le contrat de travail) au sérieux », *JCP S*, 2009, act. 41.

VERNAC S.,

- « L'employeur organisateur », dans *Groupe de sociétés et droit du travail*, Dalloz, coll.« Thèmes & commentaires », 2019, p. 79-88.
- « L'évaluation des salariés en droit du travail », *D.*, 2005, p. 924.

VIAL G.,

- « Droit à la preuve, loyauté probatoire et vie privée dans le contentieux du travail : des articulations confuses », *RDT*, 2023, p. 156.

VICENTE M.,

- « Les chauffeurs Uber sont des travailleurs pour la juridiction suprême du France », *SSL*, n° 1946, 2021, p. 15-17.
- « Les coursiers Deliveroo face au droit anglais », *RDT*, 2018, p. 515.

VIOSSAT L.-C.,

- « Quel travail à l'ère des plates-formes numériques ? Les défis d'un nouveau contrat social », *Futuribles*, vol. 433, n° 6, 2019, p. 63-79.

VIRALLY M.,

- « La valeur juridique des recommandations des organisations internationales », *Annuaire français de droit international*, vol. 2, 1956, p. 66-96.

VIVANT M.,

- « Internet », dans *Répertoire IP/IT et Communication*, Dalloz, 2017.

VIVIENT G.,

- « De l'erreur déterminante et substantielle », *RDT Civ.*, 1992, p. 305.

VOGEL L.,

- « Loyauté et droit des affaires : l'impossible mariage ? », dans *Liber amicorum. Mélanges en l'honneur de Philippe Merle*, Dalloz, coll.« Etudes, mélanges, travaux », 2012, p. 745-753.

VOLLE M.,

- « Comprendre l'informatisation », *Cahiers philosophiques*, vol. 141, n° 2, 2015, p. 87-103.

VUATTOUS J.-C.,

- « Digitalisation du travail et de ses outils, quelles implications pour la gestion et les organisations ? », dans *La numérisation du travail. Enjeux juridiques et sociaux en santé au travail*, L'Harmattan, coll.« Psych-Logiques », 2021, p. 199-216.

VUITTON X.,

- « Référés », dans *JCl Procédure civile*, fasc. 1200-95, 2022.

WAQUET P.,

- « Sanction disciplinaire et mesure de gestion. Une position peu orthodoxe. », *SSL*, n° 1550, 2012, p. 151-154.
- « Le « trouble objectif dans l'entreprise » : une notion à redéfinir », *RDT*, 2006, p. 304.
- « Questions sur le « ranking » », *SSL*, n° 1100, 2002, p. 7.
- « Les objectifs », *Dr. soc.*, 2001, p. 120.
- « La vie personnelle du salarié », dans *Droit syndical et droits de l'homme à l'aube du XXIe siècle : mélanges en l'honneur de Jean-Maurice Verdier*, Dalloz, 2001, p. 513-524.
- « La cause économique du licenciement », *Dr. soc.*, 2000, p. 168.

- « Le juge et l'entreprise », *Dr. soc.*, 1996, p. 472.
- « Halte aux stratagèmes », *SSL*, n° 1348, 2008, p. 5-8.

WILLEMS J.-P.,

- « De la professionnalisation au droit de la compétence », *Dr. soc.*, 2004, p. 509.

WILLOCX L.,

- « L'arrêt Uber, une conception mixte de la subordination », *RDT*, 2020, p. 328.

WOLMARK C.,

- « Quelle place pour le travail dans le droit du travail ? », *Dr. soc.*, 2016, p. 439.
- « Les difficultés économiques à l'épreuve du droit à l'emploi », *RDT*, 2016, p. 764.
- « L'émergence de la subordination », *SSL suppl.*, n° 1576, 2013, p. 7-12.

YILDIRIM G.,

- « Regards sur le critère de répétition des agissements de harcèlement moral », *JCP S*, n° 30-34, 2022, 1207.

ZARATE P.,

- « L'intelligence artificielle d'hier à aujourd'hui », *Dr. soc.*, 2021, p. 106.

ZINTY S.,

- « Droit commun des plateformes numériques », dans *JCl Commercial*, fasc. 872, 2019.

ZOLYNSKI C.,

- « Loyauté des plateformes. De la réglementation à l'inter-régulation », *Cahiers de droit de l'entreprise*, n° 3, mai 2017, dossier 16.
- « Quelle loyauté pour les plateformes numériques ? », *JA*, n° 36, 2016, p. 14.
- « La présomption de l'influence déterminante d'une société mère sur le comportement de sa filiale contrôlée à 100 % est réfragable », *L'essentiel Droit des contrats*, n° 3, 2011, p. 2.

§5 : RAPPORTS ET STATISTIQUES

ACOSS,

- *Les auto-entrepreneurs fin juin 2019*, Acooss Stat, 2020.

AMAR N., LECONTE M., MAYMIL V., SAUVANT A. et VIOSSAT L.-C.,

- *La régulation du secteur des voitures de transport avec chauffeur et des taxis*, IGAS et CGED, 2018.

AMAR N. et VIOSSAT L.-C.,

- *Les plateformes collaboratives, l'emploi et la protection sociale*, Inspection Générale des Affaires Sociales, 2016.

ANTONMATTEI P.-H. et SCIBERRAS J.-C.,

- *Le travailleur économiquement dépendant : quelle protection ?*, Rapport à M. le Ministre du Travail, des Relations sociales, de la Famille et de la Solidarité, 2008.

BASDEVANT A., FRANCOIS C. et RONFARD R.,

- *Mission exploratoire sur les métavers*, Ministre de l'Economie, des Finances et de la Relance, 2022.

BEHAGHEL L., CREPON B. et LE BARBANCHON T.,

- *Evaluation de l'impact du CV anonyme. Rapport final*, 2011.

BERTAIL P., BOUNIE D., CLEMENCON S. et WAELBROECK P.,

- *Algorithmes : biais, discrimination et équité*, Télécom ParisTech, 2019.

CANAYER A. et EMERY-DUMAS A.,

- *Rapport d'information fait au nom de la mission d'évaluation et de contrôle de la sécurité sociale de la commission des affaires sociales sur la lutte contre la fraude*, Sénat, n° 599, 2017.

**CASILLI A. A., TUBARO P., COVILLE M., LE LUDEC C., BESEVAL M.,
MOUHTARE T. et WAHAL E.,**

- *Le micro-travail en France. Derrière l'automatisation de nouvelles précarités au travail ?*, Rapport Final Projet DiPLab « Digital Platform Labor », 2019.

CENSI Y. et SEBAOUN G.,

- *Rapport d'information en conclusion des travaux de la mission d'information relative au syndrome d'épuisement professionnel (ou burn out)*, Assemblée nationale, Commission des affaires sociales, 2017.

CNIL,

- *Comment permettre à l'Homme de garder la main ? Les enjeux éthiques des algorithmes et de l'intelligence artificielle*, 2017.

CNNum,

- *Travail à l'ère des plateformes. Mise à jour requise*, 2020.
- *Traitement des plateformes numérique*, Trésor direction générale, 2017.
- *Travail, emploi, numérique. Les nouvelles trajectoires*, 2016.
- *Neutralité des plateformes. Réunir les conditions d'un environnement numérique ouvert et soutenable*, Remis au ministre de l'Economie, du Redressement productif et du numérique et à la secrétaire d'État chargée du Numérique, 2014.

COHEUR A.,

- *Impact de la révolution numérique en matière de santé sur l'assurance maladie*, Comité économique et social européen, 2017.

Comité interministériel anti-fraude lutte contre le travail illégal,

- *Bilan - Plan national de lutte contre le travail illégal (2019-2021)*, t. 1, Direction générale du travail, 2022.

Commission des communautés européennes,

- *Moderniser le droit du travail pour relever les défis du XXIème siècle*, COM (2006) 708 final, 2006.

Commission nationale de lutte contre le travail illégal,

- *Plan national de lutte contre le travail illégal (2023-2027)*, Direction générale du travail, 2023.

Conseil d'État,

- *Puissance publique et plateformes numériques : accompagner l'"ubérisation"*, Rapport annuel du Conseil d'État, 2017.

Cour de cassation,

- *Groupe de travail sur le contrôle de conventionnalité*, 2020.
- *Memento du contrôle de conventionnalité au regard de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, 2018.
- *Rapport de la Commission de réflexion sur la réforme de la Cour de cassation*, 2017.

DARES Analyses,

- *Ségrégation professionnelle et écarts de salaires femmes-hommes*, 2015.

Défenseur des droits,

- *Algorithmes : prévenir l'automatisation des discriminations*, en partenariat avec la CNIL, 2020.

DIRRINGER J. (DIR.),

- *Transformations sociales et Economie Numérique*, Projet TransSen, 2022.

Enquête PERIFEM/INRS,

- *La préparation de commande dans les plateformes logistiques de la grande distribution française*, 2007.

FORISSIER M., FOURNIER C. et PUISSAT F.,

- *Rapport d'information au nom de la commission des affaires sociales sur le droit social applicable aux travailleurs indépendants économiquement dépendants*, Sénat, n° 452, 2019.

FROUIN J.-Y.,

- *Réguler les plateformes numériques de travail*, Rapport au Premier Ministre, 2020.

GIUSTI J. et THÉVENOUD T.,

- *Pour travailler à l'âge du numérique, défendons la coopérative !*, Fondation Jean Jaurès, 2020.

GOMES B.,

- *Le statut juridique des travailleurs économiquement dépendants*, Organisation Internationale du Travail, Bureau International de Paris, 2017.

GRANDJEAN C. et OBONO D.,

- *Rapport d'information déposé par la commission des affaires européennes sur la protection sociale des travailleurs des plateformes numériques*, 2021.

INSEE Références,

- *Tableaux de l'économie française*, éd. 2020, 266 p.

La Coop des Communs,

- *Plateformes coopératives : des infrastructures territoriales de coopération. Un modèle d'entrepreneuriat numérique basé sur les communs, au service des territoires*, 2020.

MARTINOT B. et VITAUD L.,

- *Travailleurs des plateformes : liberté oui, protection aussi*, Institut Montaigne, 2019.

METTLING B.,

- *Transformation numérique et vie au travail*, Rapport à l'attention de Mme Myriam El Khomri, Ministre de l'Emploi, de la Formation Professionnelle et du Dialogue social, 2015.

MONTEL O.,

- *L'économie des plateformes : enjeux pour la croissance, le travail, l'emploi et les politiques publiques*, DARES, 2017.

OIT,

- *Le travail à domicile. De l'invisibilité au travail décent*, Bureau international du travail, 2022.
- *Emploi et questions sociales dans le monde. Le rôle des plateformes numériques dans la transformation du monde du travail*, Bureau international du travail, 2021.
- *Travailler pour bâtir un avenir meilleur*, Commission mondiale de l'avenir du travail, 2019.
- *Rapport mondial sur la protection sociale. Protection sociale universelle pour atteindre les objectifs du développement durable 2017-2019*, Bureau international du travail, 2019.
- *Les plateformes de travail numérique et l'avenir du travail : pour un travail décent dans le monde en ligne*, Bureau international du travail, 2019.

PARAPONARIS C.,

- *Plateformes numériques, conception ouverte et emploi*, Institut de Recherche Economiques et Sociales, 2017.

Parlement européen,

- *Rapport sur les plateformes en ligne et le marché unique numérique*, 2016/2276(INI), Commission de l'industrie, de la recherche et de l'énergie et Commission du marché intérieur et de la protection des consommateurs, 2017.

PERULLI A.,

- *Travail économiquement dépendant, parasubordination : les aspects juridiques, sociaux, économiques*, Commission de l'emploi et des affaires sociales du Parlement européen, 2003.

SALLES R.,

- *Rapport sur le projet de loi relatif au renforcement de la lutte contre le travail illégal*, AN n° 3190, 1996.

TERRASSE P., BARBEZIEUX P. et HERODY C.,

- *L'économie collaborative*, Rapport au Premier ministre, 2016.

THÉVENOUD T.,

- *Rapport fait au nom de la commission du développement durable et de l'aménagement du territoire sur la proposition de loi, après engagement de la procédure accélérée, relative aux taxis et aux voitures de transport avec chauffeur (n° 2046), n° 2063, 2014.*

TISON E.,

- *L'impact de la révolution digitale sur l'emploi. Top 5 des métiers en voie de disparition, Institut Sapiens, 2018.*

VILLANI C. (DIR.),

- *Donner un sens à l'intelligence artificielle, 2018.*

INDEX

Les numéros renvoient aux paragraphes

A

Algorithme : 36, 216, 220, 504, 505, 590, 593 et s., 664, 725.

Autonomie

Autonomie contrôlée : 348, 360 et s.

Critère : 351 et s., 358.

Notion : 350, 634, 639.

Requise : 350 et s., 639.

B

BDESE : 105 et s., 119, 171.

Bulletin de paie électronique (v. dématérialisation).

C

Charge de travail

Contrôle : 384, 385.

Notion : 383.

Raisnable : 388, 389.

Surcharge : 386, 387.

Charte

Informatique : 285, 303.

Plateforme numérique : 550 et s., 553, 675, 774.

Co-emploi : 88 et s.

Coffre-fort électronique : 154, 191.

Concurrence déloyale

Avantage concurrentiel : 790 et s.

Caractérisation : 788, 789, 798 et s.

Concurrence illégale : 795.

Contrat

d'adhésion : 514.

de louage de service : 21, 22.

de prestation de service : 512 et s.

de travail (V. ce mot).

Contrat de travail

Acte-condition : 30, 818.

Critères : 25, (V. également subordination).

Objet : 23, 24.

Principe d'indisponibilité : 18, 621 et s., 887, 902.

Comité social et économique (CSE) : 134, 229, 314 et s.

D

Déconnexion (droit à) : 376, 377, 644.

Dématérialisation

Bulletin de paie : 169, 170.

Contrat de travail : 152, 153, 160, 192, 193.

Écrit électronique : 150, 151, 157.

Lettre recommandée : 155, 156.

Signature électronique : 158 et s.

Dépendance économique : 10, 580, 669, 701, 822 et s.

Dignité du travailleur : 338, 339, 342, 345, 836.

Discrimination

Méthode du panel : 437, 438.

Notation : 730, 731.

Notion : 223, 224.

Droit de l'activité professionnelle : 830 et s.

E

Éditeur de logiciel : 197 et s.

Évaluation (pouvoir d')

Compétence : 235, 242, 258.

Définition : 210, 211, 233.

Performance : 236, 713 et s.

Mise en œuvre : 238 et s., 708 et s.

Notation : 248, 716 et s.

Qualification professionnelle : 234, 277.

Ranking : 249 et s.

Entreprise

Dispersion : 72 et s., 82, 87.

Intérêt : 79 et s., 82 et s., 402.

Notion : 63 et s., 68 et s.

Théorie contractuelle : 27, 64.

Théorie institutionnelle : 28, 65.

F

Facebook : 400, 401, 419, 423, 426, 461.

Fidélisation : 217, 539, 700, 727.

Forfait (annuel en jours) : 351, 354, 384.

Fourniture illicite de main-d'œuvre

Caractérisation : 805 et s.

Cumul des infractions : 805, 811.

Délit de marchandage : 810.

Prêt de main-d'œuvre illicite : 809.

Fraude

à la définition : 739.

Notion : 738.

sociale : 762 et s.

URSSAF : 770.

Frouin (Rapport)

CAE : 846.

Portage salarial : 845.

Salariat : 841 et s.

Tiers « *sécurisateur* » : 844 et s.

G

Géolocalisation : 298 et s., 651 et s.

H

Harcèlement

institutionnel : 343, 344.

managérial : 342.

moral : 339 et s., 420, 421.

Homme-machine : 32, 332, 333, 379.

I

Incitation

Définition : 688.

Management incitatif : 369, 382, 593 et s., 692 et s., 699 et s.

Nudge : 380, 381.

« *Quasi* » coercitive : 696, 697.

Indépendant

Clientèle : 637, 676, 677.

Faux indépendant : 585, 672, 673, 743, 745, 747.

Fixation du prix : 678 et s.

Micro-entrepreneur : 556 et s.

Notion : 552, 629, 630.

Présomption : 552, 626, 766, 800.

Risque économique : 635, 636.

Index égalité professionnelle

Calcul : 109, 110, 117, 118, 119.

Indicateurs : 111 et s.

Plan d'action : 120.

Publication : 118, 119.

Indisponibilité (principe de) (V. Contrat de travail).

Informatique (V. Numérique).

Influence

Déterminante : 575 et s., 578 et s., 605.

Systèmes incitatifs (V. Incitation).

Instrumentum (néo) : 190.

Intégration à un service organisé : 16, 92 et s., 566 et s., 570 et s., 666 et s.

Intelligence artificielle : 37, 142, 220, 230.

Internet (V. Numérique).

L

Liberté d'expression : 397 et s., 454, 461.

Lien de subordination (V. Subordination).

M

Marchandage (V. Fourniture illicite de main d'œuvre).

N

Notation (V. Évaluation).

NTIC (V. Numérique).

Numérique

Algorithme (V. ce mot).

Automatisation : 136 et s., 164, 191 et s., 225, 247, 694, 695.

Calcul : 102 et s., 117, 121.

Confiance numérique : 190 et s.

Connexion : 304, 367, 376 et s., 386, 471, 478, 482, 632 et s., 655, 730, 891.

Contrôle de l'utilisation : 281 et s., 302 et s.

Fiabilité : 133, 134, 225.

Indicateur : 111 et s., 126 et s., 246.

Intelligence artificielle (V. ce mot).

Mesure : 147, 182 et s., 238 et s., 366, 437.

Notion : 31 et s., 35, 39.

O

Objectif

Direction par objectif : 238 et s., 275 et s., 362 et s.

Évaluation (V. ce mot).

Licenciement pour insuffisance professionnelle : 239, 275.

Objectivité

Contrôle : 125 et s., 238, 382.

Notion : 124.

Raison numérique (v. rationalité).

Obligation de sécurité

Adaptation du travail à l'Homme : 180, 258, 836, 914.

Harcèlement moral (V. ce mot).

Notion 373.

Risques psychosociaux (v. ce mot).

Obligations du salarié

Confidentialité : 459 et s.

Loyauté : 454 et s.

Organisation du travail

Nouvelles formes d'organisation du travail : 41.

Organisation scientifique du travail : 32, 583, 584.

Organisation internationale du travail (OIT) : 836.

P

Parasubordination (V. Subordination).

Pertinence

Contrôle : 111 et s., 130 et s., 240, 241, 253, 295, 299, 300.

Finalité autorisée : 320 et s.

Plateforme numérique : 501 et s.

Plateforme numérique de travail

Cadre : 511, 592, 890 et s.

Coopérativisme : 849 et s.

de *freelance* : 527 et s.

de *jobbing* : 521 et s.

de marché : 510, 518 et s., 591.

de micro-travail : 532 et s., 749 et s., 899 et s.

de mise à disposition : 520 et s., 797 et s., 893 et s.

de mobilité : 517, 550, 551.

Notion : 43, 508.

Société de l'information : 541 et s., 603, 609.

Pouvoir

d'évaluation (V. Évaluation).

distinction entre de fait et de droit : 19, 74.

Pouvoir de contrôle

Badgeuse : 289 et s.

Commande vocale : 335.

Définition : 265.

Surveillance en ligne : 302 et s., 367, 651 et s.

Pouvoir de direction de l'activité

Définition : 84, 94, 96 et s.

Dispersion : 73 et s.

Prise de décision : 81, 101 et s., 121, 130 et s., 141.

Pouvoir de direction du personnel

Direction dématérialisée : 163 et s., 168, 173 et s., 655 et s.

Direction par objectif (V. Objectif).

Responsabilité de l'employeur : 201 et s., 206 et s.

Pouvoir disciplinaire

Définition : 394.

Nouvelle forme d'exercice : 660 et s.

Temps de la discipline : 448 et s.

Rattachement à la vie professionnelle : 464 et s.

Présomption d'indépendance (V. Indépendant).

Prêt de main-d'œuvre illite (V. Fourniture illicite de main-d'œuvre).

Preuve

Contrôle de cohérence : 424 et s., 436, 439, 440.

Contrôle de l'origine : 418, 433.

Droit à la preuve : 411.

Enquête interne : 420, 421.

Illicite : 430, 431.

Loyauté : 416 et s.

Mesures *in futurum* : 412 et s., 438.

Proportionnalité

Contrôle : 401, 427 et s., 431

Finalité autorisée (V. Pertinence).

Méthodologie : 325, 326.

Principe : 323, 324.

Protection sociale (V. également santé et sécurité au travail).

Fraude (V. ce mot).

Universalisation : 777 et s.

Q

Qualification professionnelle (V. Évaluation).

R

Ranking (V. Évaluation).

Rationalité

Axiologique : 57.

en finalité : 57.

Notion : 57.

Raison numérique : 122 et s., 141, 221, 723.

Rationalisation : 135, 189, 231, 245.

Recrutement

Amazon : 226.

Évaluation de la candidature : 218, 219.

Offre : 215, 216.

Règlement général de protection des données personnelles (RGPD) : 137 et s., 186 et s., 203, 204, 241, 313, 441.

Risques psychosociaux (RPS) : 337 et s., 728, 775.

S

Santé et sécurité au travail

Devoir de contrôle : 371 et s.

Obligation de prévention : 187, 206 et s., 373, 388, 421, 480.

Obligation de sécurité (V. ce mot).

Harcèlement moral (V. ce mot).

Protection sociale : 547 et s., 762 et s., 836.

Risques psychosociaux (V. ce mot).

Temps de travail (V. ce mot).

Salariat

Extension jurisprudentielle : 881 et s.

Extension légale : 877 et s., 888.

SIRH (Système d'Information des Ressources Humaines)

Commentaire libre : 203, 204.

Définition : 161, 166.

Dossier du personnel : 167, 168.

Genèse : 162.

HR Analytics : 186 et s., 219.

Paramétrage : 174, 178, 184, 185.

Preuve (V. également ce mot) : 175, 179.

Subordination (lien de)

Définition : 9 et s., 864 et s., 904.

État de subordination : 19, 20, 29, 48, 622, 632 et s., 649 et s., 870 et s.

Faisceau d'indices : 13, 16, 94, 481, 625, 629, 647 et s., 747, 866.

Fonctionnelle : 17, 495, 563 et s., 581, 585 et s.

Nouvelles formes : 46, 683 et s.

Parasubordination : 826 et s.

Permanente : 628.

Personnelle : 17, 495, 615 et s., 647 et s.

Requalification : 538, 617, 769, 806, 869 et s.

Sur-subordination : 331 et s., 337 et s., 379, 729.

T

Télétravail : 304, 356 et s., 385.

Temps de travail

Astreinte : 473 et s.

Contrôle : 174 et s., 291 et s., 374.

Forfait (V. ce mot).

Protection de la santé : 479.

Temps de trajet : 480, 481.

Temps de travail effectif : 446, 447.

Temps gris : 471 et s., 477 et s., 482, 483.

Transparence : 140, 228, 309 et s., 417, 421, 431, 726.

Travail

Distinction entre travail prescrit et travail réel : 272.

Notion : 270 et s.

Prestation de travail : 271, 536, 861, 883.

Travail dissimulé

Clic and Walk : 749 et s., 757.

Deliveroo : 752, 756.

Dissimulation d'emploi salarié : 749 et s.

Inspection du travail : 746.

Intentionnalité : 754 et s.

Notion : 744.

Travailleur

de plateforme

Liberté de connexion : 641 et s., 891.

Proposition de directive européenne : 627, 704, 837.

Santé et sécurité : 702 et s., 774, 775.

Statut : 516, 547 et s., 888 et s.

en droit de l'Union européenne : 859 et s., 868 et s.

Zone grise : 51, 561, 821.

Turing : 34.

U

Uber

Concurrence déloyale : 787 et s., 790 et s.

Évaluation : 717, 718.

Qualification de l'activité : 596 et s.

Requalification en contrat de travail : 652, 656, 658, 662, 663, 667, 672, 673, 674, 678, 692 et s., 695, 747, 769.

Ubérisation : 86, 493.

V

Vidéosurveillance : 294, 295, 321.

Vie personnelle : 285, 300, 403 et s., 428, 429.

TABLE DES MATIÈRES

REMERCIEMENTS.....	III
LISTES DES PRINCIPALES ABRÉVIATIONS.....	VII
SOMMAIRE.....	XI
INTRODUCTION.....	1

§1 : L'émergence d'une rencontre entre le lien de subordination et le numérique 7

A- La notion de lien de subordination..... 7

1- Aux origines..... 9

2- Le lien de subordination défini par les pouvoirs de l'employeur 12

3- Le lien de subordination comme critère qualificatif du contrat de travail
17

B- À l'épreuve du numérique 23

1- L'apparition du numérique dans le monde du travail 24

2- La mise à l'épreuve du lien de subordination par le numérique 33

§2 : Les perspectives de l'étude : l'avenir du lien de subordination face au numérique..... 40

A- La méthode utilisée 40

B- La thèse défendue 43

PREMIÈRE PARTIE : LA TRANSFORMATION DU LIEN DE SUBORDINATION PAR LE NUMÉRIQUE	47
--	-----------

TITRE 1 : LE NUMÉRIQUE SOURCE DE RATIONALISATION DU POUVOIR DE DIRECTION 51

Chapitre 1 : La rationalisation de la direction de l'activité à l'ère numérique..... 55

Section 1 : Le renouvellement du cadre de la direction de l'activité par le numérique..... 56

§1 : La dispersion de l'unité du pouvoir de direction de l'activité..... 57

A- La dispersion des titulaires du pouvoir de direction 58

1- L'identification des contours du pouvoir de direction de l'activité à
l'aune de la notion d'entreprise 58

2- Le numérique source de dispersion de la direction de l'entreprise..... 64

B- La dispersion des intérêts de l'entreprise..... 68

1-	L'intérêt de l'entreprise comme limite au pouvoir de direction	68
2-	Le numérique source de dispersion des intérêts	70
§2 :	<i>La difficile identification du titulaire du pouvoir de direction face à l'évolution de l'organisation de l'entreprise.....</i>	<i>72</i>
A-	La recherche d'unicité face aux nouvelles organisations d'entreprise .	74
B-	La recomposition indispensable du modèle de l'employeur.....	77
1-	L'intégration à un service organisé pour autrui comme indice du pouvoir de direction de l'activité	78
2-	Vers une prise en compte nécessaire de la direction de l'activité face au numérique	81
Section 2 :	<i>La rationalisation de la décision par le numérique.....</i>	<i>84</i>
§1 :	<i>Le « calculable » comme source de direction de l'activité.....</i>	<i>85</i>
A-	La Base de Données Économiques, Sociales et Environnementales, premier support de la direction.....	87
B-	L'index de l'égalité professionnelle comme guide chiffré de l'action de l'employeur	90
1-	L'élaboration discutable des indicateurs.....	91
2-	L'exploitation limitée des résultats	95
§2 :	<i>La justification de la décision de l'employeur par le calcul.....</i>	<i>97</i>
A-	La volonté d'objectivation de la décision	98
1-	L'objectivité présumée du numérique	99
2-	La nécessaire prise en compte de la pertinence d'une décision fondée sur le numérique	103
B-	Vers l'automatisation de la décision	105
Chapitre 2 :	<i>La rationalisation de la direction du personnel à l'ère numérique....</i>	<i>113</i>
Section 1 :	<i>La mise en œuvre d'une direction « métrique » des salariés</i>	<i>114</i>
§1 :	<i>Une direction dématérialisée des salariés</i>	<i>115</i>
A-	L'influence législative pour une direction dématérialisée des salariés	115
1-	La reconnaissance de l'écrit électronique	116
2-	L'usage de la signature électronique.....	121
3-	La création d'outils de gestion des ressources humaines : le Système d'Information des Ressources Humaines	123

B-	L'influence du Système d'information des Ressources Humaines pour une direction dématérialisée des salariés	125
1-	La gestion administrative des salariés par le Système d'information des Ressources Humaines.....	126
2-	La gestion du travail des salariés par le Système d'information des Ressources Humaines.....	129
§2 :	<i>Le recours au Système d'Information des Ressources Humaines comme support « métrique » de la direction de l'employeur</i>	<i>134</i>
A-	La conception et l'utilisation du Système d'Information des Ressources Humaines.....	134
1-	L'importance du paramétrage du Système d'Information des Ressources Humaines.....	135
2-	L'évolution du Système d'Information des Ressources Humaines vers l'anticipation des comportements.....	136
3-	La confiance dans l'outil numérique, comme <i>néo-instrumentum</i> au service de la sécurité juridique	140
B-	La détermination des responsabilités entre éditeur et employeur.....	143
1-	La responsabilité de l'éditeur de logiciel.....	143
2-	La responsabilité de l'employeur.....	145
a)	L'engagement de la responsabilité de l'employeur lors de l'utilisation du Système d'Information des Ressources Humaines.....	145
b)	L'engagement de la responsabilité de l'employeur en cas d'absence d'utilisation du Système d'Informations des Ressources Humaines ..	148
Section 2 :	<i>La mise en œuvre d'une évaluation numérique des salariés</i>	<i>151</i>
§1 :	<i>L'évaluation numérique de la candidature.....</i>	<i>152</i>
A-	Le numérique au service de l'évaluation de la candidature.....	153
1-	L'élaboration de l'offre avec le numérique	154
2-	L'évaluation de la candidature par les outils numériques.....	156
B-	Le risque de discrimination des outils d'aide au recrutement.....	158
§2 :	<i>L'évaluation numérique du salarié.....</i>	<i>164</i>
A-	L'évolution du pouvoir d'évaluation du salarié vers la mesure automatisée.....	165
1-	L'évolution du champ de l'évaluation	165
2-	La mesure numérique à l'appui de l'évaluation.....	168

3-	La recherche d'optimisation de l'évaluation par l'automatisation	172
B-	L'évaluation par comparaison : le « ranking »	174
1-	Le développement de l'évaluation par comparaison	175
2-	Les limites du recours à l'évaluation par comparaison.....	176
3-	L'expression d'une évaluation par quota incitatif	179
TITRE 2 : LE NUMERIQUE SOURCE D'EXTENSION DU POUVOIR DE SURVEILLANCE		183
Chapitre 1 : L'extension du pouvoir de contrôle à l'ère numérique		185
<i>Section 1 : L'expansion du périmètre de l'objet du contrôle.....</i>		<i>186</i>
<i>§1 : D'une extension du contrôle du travail par le numérique.....</i>		<i>187</i>
A-	Le travail, premier objet du contrôle numérique : vers son objectivation	187
1-	Le contrôle du travail	187
2-	Le contrôle des résultats du travail	191
B-	Le contrôle de l'utilisation des outils numériques au travail	194
<i>§2 : Au contrôle du salarié par le numérique</i>		<i>198</i>
A-	L'extension du contrôle du salarié.....	198
1-	Le contrôle numérique dans l'entreprise.....	199
a)	Un contrôle de l'accès à l'entreprise.....	199
b)	Un contrôle étendu des déplacements au sein de l'entreprise.....	201
2-	Le contrôle numérique hors de l'entreprise	203
a)	Une surveillance physique encadrée du salarié.....	203
b)	Une surveillance en ligne possible du salarié	206
B-	L'encadrement perfectible des mesures de contrôle de l'employeur..	209
1-	L'exigence de transparence à renforcer	210
a)	L'indispensable transparence individuelle.....	210
b)	La consolidation nécessaire de la transparence collective.....	213
2-	L'exigence de finalité	217
a)	Une finalité autorisée	217
b)	Un contrôle de proportionnalité limité.....	219
<i>Section 2 : L'expansion du périmètre des moyens de contrôle.....</i>		<i>223</i>
<i>§1 : L'opposition entre une « sur-subordination » et une « autonomie contrôlée »</i>		
<i>des salariés par le numérique</i>		<i>223</i>
A-	L'extension du contrôle de l'employeur, source de « sur-subordination »	224

1-	L'existence d'une possible « <i>sur-subordination</i> » par le contrôle numérique.....	224
2-	Les risques de la « <i>sur-subordination</i> »	228
B-	Le renouvellement du pouvoir de contrôle par l'« autonomie contrôlée »	236
1-	L'existence d'une autonomie requise dans la subordination	237
a)	Un critère de la convention de forfait	238
b)	Un critère d'accès au télétravail.....	241
2-	Vers une réelle autonomie contrôlée ?.....	243
a)	Le contrôle par objectif	245
b)	Le numérique comme limite à l'autonomie	247
§2 :	<i>Vers un contrôle numérique nécessaire</i>	249
A-	L'existence d'un devoir de contrôle en quête d'équilibre	249
1-	Le devoir de contrôle au service de la santé et de la sécurité des salariés renouvelé à l'ère numérique	250
2-	Jusqu'où surveiller ?	254
B-	La prise en compte nécessaire de la charge de travail : de la charge de travail à la surcharge numérique	257
Chapitre 2 : L'extension du pouvoir disciplinaire à l'ère numérique.....		263
<i>Section 1 : Le renouveau de la justification du pouvoir disciplinaire par le numérique.....</i>		264
<i>§1 : Le renouvellement de la confrontation entre le pouvoir disciplinaire et les libertés du salarié avec le numérique</i>		<i>265</i>
A-	Le pouvoir disciplinaire face à la liberté d'expression du salarié.....	266
1-	Les contours de la liberté d'expression du salarié	266
2-	L'expression discutée du salarié sur les réseaux sociaux	269
B-	Une prise en compte nécessaire du droit de la vie personnelle du salarié	271
§2 :	<i>L'évolution du droit à la preuve et le numérique</i>	<i>274</i>
A-	La place du droit à la preuve dans le cadre du pouvoir disciplinaire..	275
1-	L'affirmation d'un droit à la preuve	275
2-	L'assouplissement de l'exigence de loyauté de la preuve	279
B-	Un élargissement manifeste du droit à la preuve par le numérique au détriment de la protection des libertés du salarié	282

- C- Un élargissement parallèle du droit de la défense pour les salariés... 290
 - 1- Le contrôle souple de l'origine de la preuve par le juge..... 291
 - 2- L'évaluation du contenu de la preuve par le juge : une jurisprudence en construction face à la multiplicité des sources de preuve à l'ère numérique 293

Section 2 : L'élargissement du temps du pouvoir disciplinaire par la perméabilité des temps à l'ère numérique 299

§1 : L'exercice croissant du pouvoir disciplinaire au-delà des références spatio-temporelles face au numérique..... 299

- A- Le maintien du temps de la subordination comme temps du pouvoir disciplinaire de l'employeur 300
 - 1- L'appréhension initiale du temps au travail..... 300
 - 2- Le pouvoir disciplinaire au temps de la subordination 302
- B- L'admission de l'exercice de la discipline de l'employeur sur le temps personnel du salarié 303
 - 1- Le manquement à une obligation contractuelle, source de sanction disciplinaire 304
 - a) L'extension du recours à l'obligation de loyauté du salarié 305
 - b) L'obligation de confidentialité du salarié au temps des réseaux sociaux 308
 - 2- L'ouverture jurisprudentielle au rattachement à la vie professionnelle, source de sanction disciplinaire..... 310

§2 : La résurgence de la nécessité d'une prise en compte des « temps gris » face au numérique..... 313

- A- L'existence de « temps gris » malgré la réticence du droit de l'Union européenne 313
- B- La prise en compte souhaitable de l'intensité des contraintes 317

SECONDE PARTIE : LA RÉSISTANCE DU LIEN DE SUBORDINATION FACE AU NUMÉRIQUE..... 327

TITRE 1 : LA TENTATIVE DE DISSIMULATION DU LIEN DE SUBORDINATION DES TRAVAILLEURS DE PLATEFORMES NUMÉRIQUES DE TRAVAIL 329

Chapitre 1 : La reconnaissance nécessaire d'un lien de subordination fonctionnelle des plateformes numériques de travail..... 331

Section 1 : L'insuffisance de la création du statut des travailleurs utilisant une plateforme « de mise en relation par voie électronique » 333

§1 : Le champ d'application du statut des travailleurs des plateformes numériques de travail limité aux plateformes « cadres » 333

- A- La nécessaire distinction entre les plateformes numériques de travail 334
 - 1- La difficile définition de la notion de plateforme numérique de travail 334
 - 2- La distinction utile entre les plateformes-« marchés » et les plateformes « cadres » 339
 - 3- Le champ d'application critiquable du statut pour les travailleurs de plateformes « de mise en relation par voie électronique » 343
- B- L'ignorance regrettable des plateformes-« marchés » par la régulation sociale 345
 - 1- Le fonctionnement protéiforme des plateformes-« marchés » 345
 - a) L'hétérogénéité des plateformes de mise à disposition de personnel 345
 - i) Les plateformes de « jobbing » : une organisation évoluant vers une subordination fonctionnelle 346
 - ii) Les plateformes de « freelance » : l'organisation d'une mise en relation 349
 - b) Les plateformes de micro-travail : une organisation encore difficile à saisir par le droit 351
 - 2- L'insuffisance du statut commun de prestataire de service de la société de l'information 357

§2 : La création d'une application désarticulée entre protection sociale et droit du travail 360

- A- La création d'un socle de protection minimal du travailleur de plateforme 360
 - 1- L'apport de garanties minimales aux travailleurs tout en maintenant leur indépendance 361
 - 2- Les limites du statut hybride : une autorégulation insuffisante à garantir une protection effective 364
- B- L'encouragement législatif parallèle du recours au micro-entrepreneuriat 366

Section 2 : Pour une prise en compte nécessaire de la subordination fonctionnelle

..... 370

§1 : La définition de la subordination fonctionnelle : pour une prise en compte de la direction de l'activité des plateformes numériques de travail..... 371

A- Le constat d'une intégration du travailleur de plateforme à un service organisé 371

1- L'origine de l'indice de l'intégration à un service organisé 372

2- L'intégration à un service organisé : une approche possible de la subordination fonctionnelle..... 373

B- Pour une prise en compte de l'influence déterminante au service de la détermination d'une subordination fonctionnelle 376

1- La notion initiale d'influence déterminante 377

2- L'intérêt du recours au concept d'influence déterminante pour une construction de la subordination fonctionnelle 378

§ 2 : L'influence de l'organisation des plateformes numériques de travail comme source de subordination fonctionnelle 383

A- L'organisation des plateformes numériques de travail vers une nouvelle organisation « scientifique » du travail 384

1- La prise en compte des conditions d'acquisition du statut d'indépendant : un indice de subordination fonctionnelle 384

2- La prise en compte de l'influence de la plateforme dans l'analyse juridique : une surveillance accrue par le recours à l'algorithme..... 386

a) L'influence variable de la plateforme comme intermédiaire de la mise en relation via l'algorithme 386

b) Le degré élevé d'influence de la plateforme au cœur de l'intégration à un service organisé : l'algorithme comme ordonnateur..... 388

B- De l'intermédiation à une activité identifiée : le cas d'Uber, considéré comme société de transport 390

1- Le choix unitaire de la qualification de société de transport 392

2- L'influence de la plateforme, indice d'une activité principale de transport
394

3- Les conséquences de la qualification de société de transport : l'occasion d'une réglementation encore parcellaire 396

Chapitre 2 : L'existence d'un lien de subordination personnelle des plateformes numériques de travail « cadres »	401
<i>Section 1 : La requalification des travailleurs des plateformes de travail « cadres » par la reconnaissance d'une subordination personnelle.....</i>	402
§1 : <i>L'application du principe de l'indisponibilité du contrat de travail : la prise en compte d'une situation de fait</i>	403
A- Le principe d'indisponibilité du contrat de travail confronté à l'organisation des plateformes numériques de travail.....	404
1- Le maintien du principe d'indisponibilité du contrat de travail.....	404
2- L'existence d'une présomption d'indépendance du travailleur de plateforme.....	407
B- La liberté de connexion des travailleurs comme frein partiel à la reconnaissance d'un état de subordination.....	412
1- La confusion entretenue entre indépendance et autonomie	412
a) L'indépendance distincte de l'autonomie	413
b) L'existence possible d'une autonomie dans la subordination.....	415
2- La liberté de se connecter face à l'état de subordination	416
§2 : <i>L'utilisation d'un double faisceau d'indices au service de l'identification d'un lien de subordination personnelle</i>	419
A- La reconnaissance d'une relation salariée entre le travailleur et les plateformes numériques de mobilité	421
1- La géolocalisation comme expression d'un pouvoir de contrôle.....	422
2- L'encadrement des conditions de travail, source d'expression du pouvoir de direction par la surveillance.....	424
3- La manifestation du pouvoir de sanction décelée : le point de bascule de la requalification.....	427
4- Le recours à l'indice de l'intégration à un service organisé	430
B- L'exclusion du caractère indépendant de la relation.....	432
1- Un encadrement exclusif d'une organisation propre	433
2- L'exclusivité avec la plateforme « cadre » : l'absence de constitution de clientèle propre	435
3- L'absence de fixation du prix au sein des plateformes de mobilité....	436
<i>Section 2 : Les nouvelles formes d'expression du pouvoir par la plateforme de travail.....</i>	439

§1 : L'exercice d'une surveillance par un management algorithmique incitatif	440
A- L'incitation automatisée comme modèle organisationnel	441
1- Un nouveau modèle organisationnel	442
a) La définition délicate de l'incitation	442
b) Le management incitatif : la surveillance par l'influence des comportements	443
2- Une incitation « quasi » coercitive	445
B- L'exercice d'une incitation financière par la plateforme	447
1- L'expression d'un pouvoir	447
2- Les risques liés à l'incitation financière	449
§2 : La notation par étoiles, une nouvelle forme d'évaluation des travailleurs	450
A- L'évaluation des travailleurs numériques au cœur du rapport de pouvoir	451
1- L'évaluation de la candidature du travailleur	452
2- La notation de la prestation du travailleur par les utilisateurs	453
a) L'évaluation de la performance comme outil d'incitation	453
b) De l'évaluation à la notation	454
B- La notation et l'algorithme : une automatisation présumée objective	456
1- Une objectivité relative de la notation	457
a) Notation et raison numérique	457
b) L'opacité du fonctionnement de l'algorithme	458
2- Les risques liés à ces nouvelles formes d'évaluation	459
TITRE 2 : LA CONTRIBUTION DU LIEN DE SUBORDINATION A L'APPREHENSION JURIDIQUE DES PLATEFORMES NUMERIQUES DE TRAVAIL	465
Chapitre 1 : La méconnaissance de la subordination par les plateformes numériques de travail source de fraudes	467
<i>Section 1 : Les conséquences communes d'une fraude à la définition : le renouvellement de l'enjeu du statut du travailleur de plateforme</i>	<i>468</i>
§1 : L'existence d'un travail dissimulé par dissimulation d'emploi salarié commune aux plateformes numériques de travail	470
A- Le recours à un faux statut de travailleur indépendant par les plateformes numériques de travail	471
B- La caractérisation de l'élément moral au travers de l'organisation économique de la plateforme	477

§2 : <i>L'existence d'une fraude à la définition source d'une fraude sociale commune aux plateformes numériques de travail</i>	482
A- Le constat possible d'une fraude en droit de la protection sociale en cas de requalification	483
1- L'absence actuelle d'un contentieux en droit de la protection sociale	483
2- La reconnaissance possible d'une fraude sociale.....	485
B- La mise en lumière d'un accès nécessaire au droit à la santé et à la sécurité des travailleurs de plateforme.....	488
1- Une protection insatisfaisante contre les risques	488
2- Le renouvellement de la question de l'universalisation de la protection sociale face à la fraude sociale	491
<i>Section 2 : Les conséquences distinctes d'une fraude à la définition : la différenciation nécessaire entre plateformes « cadres » et de mise à disposition de personnel</i>	494
§1 : <i>La reconnaissance progressive de l'organisation d'une fraude à l'activité par les plateformes numériques de travail « cadres »</i>	495
A- L'existence d'une distorsion de concurrence par l'absence d'application des dispositions sociales	496
B- Le contournement du lien de subordination comme constitutif d'un avantage concurrentiel.....	499
§2 : <i>L'organisation d'une fraude de mise à disposition de personnel par les plateformes de mise à disposition encore méconnue</i>	502
A- La mise à disposition des travailleurs comme concurrence déloyale vis-à-vis des entreprises de travail temporaire	503
B- La mise à disposition des travailleurs comme fourniture illicite de main-d'œuvre	508
Chapitre 2 : La tentation d'une troisième voie au-delà de la subordination source de solutions insatisfaisantes	517
<i>Section 1 : Le renouvellement des propositions de dépassement du lien de subordination à l'ère numérique</i>	518
§1 : <i>Les propositions d'une nouvelle figure du travailleur : entre indépendance et salariat</i>	519
A- La création d'un statut intermédiaire, une solution en trompe-l'œil ..	520

1-	Pour une prise en compte de la dépendance économique indépendamment d'un statut intermédiaire	520
2-	L'hypothèse de la parasubordination : un cadre de réflexion plus qu'une solution	524
B-	La création d'un socle universel, vers un droit de l'activité professionnelle au-delà de la subordination	527
<i>§2 : Les propositions d'une nouvelle figure de l'employeur : le questionnement du lien entre responsabilité et pouvoirs</i>		<i>533</i>
A-	Les propositions du rapport Frouin : la dissociation entre pouvoirs et responsabilité, un changement de paradigme critiqué.....	533
1-	Le refus critiqué d'un recours au modèle « classique » du salariat	534
2-	La proposition d'un recours à un tiers « sécurisateur » : la consécration d'une dissociation entre pouvoirs et responsabilité.....	536
B-	Le regain d'intérêt pour le modèle coopératif, une alternative possible avec le « coopérativisme » de plateforme	539
<i>Section 2 : Le nécessaire retour au sens téléologique du lien de subordination à l'épreuve du numérique</i>		<i>543</i>
<i>§1 : L'influence du droit de l'Union européenne en faveur d'un maintien du critère de lien de subordination en droit français</i>		<i>544</i>
A-	L'appréhension de la notion de travailleur en droit de l'Union européenne à la lumière du lien de subordination	545
1-	La définition du travailleur en droit de l'Union européenne	545
2-	Les proximités de la notion de travailleur avec le lien de subordination	547
B-	L'hypothèse d'une application de la notion de travailleur aux travailleurs des plateformes numériques de travail	550
<i>§2 : Pour une reconnaissance du lien de subordination des travailleurs des plateformes numériques de travail, comme accès à une protection effective</i>		<i>556</i>
A-	L'extension juridique du salariat, une méthode déjà éprouvée.....	557
1-	L'extension légale	557
2-	L'extension jurisprudentielle	559
B-	L'intégration possible des travailleurs de plateforme au salariat.....	564
1-	Vers une extension nécessaire à l'épreuve du numérique	565

a) La proposition d'une extension légale au salariat pour les travailleurs des plateformes « cadres »	566
b) La proposition d'une application des dispositions du travail temporaire aux travailleurs des plateformes de mise à disposition.....	568
c) La proposition d'une qualification de travailleur à domicile pour les micro-travailleurs	572
2- L'intérêt du maintien du lien de subordination comme critère du contrat de travail à l'épreuve du numérique	575
CONCLUSION GÉNÉRALE	583
BIBLIOGRAPHIE	593
§1 : <i>OUVRAGES GÉNÉRAUX, MANUELS, TRAITÉS, DICTIONNAIRES</i>	593
§2 : <i>OUVRAGES SPÉCIALISÉS, MÉLANGES, ACTES DE COLLOQUES</i>	600
§3 : <i>THÈSES ET MÉMOIRES</i>	613
§4 : <i>ARTICLES, CHRONIQUES, CONTRIBUTIONS AUX OUVRAGES COLLECTIFS ET FASCICULES</i>	624
§5 : <i>RAPPORTS ET STATISTIQUES</i>	706
INDEX	713
TABLE DES MATIÈRES	725