

A la recherche des critères du contrat de travail. Réflexion à partir des arrêts Uber du 30 mai 2022

Le Tribunal fédéral a rendu récemment deux arrêts dans des affaires concernant l'entreprise numérique Uber. Il s'agissait de déterminer si les prestataires de la plateforme devaient être qualifiés de travailleurs salariés ou d'indépendants. La Haute cour a tranché en faveur de la première possibilité, dans la lignée des évolutions jurisprudentielles actuelles. La présente contribution tente de tirer les conséquences de la clarification désormais apportée, en s'interrogeant plus largement sur le cadre méthodologique le plus adéquat pour la recherche des critères du contrat du travail et sur le choix de tels critères, en droit positif. Nous arrivons à la conclusion que le mixte pragmatique actuellement mis en œuvre par la jurisprudence a vocation à produire ses effets dans le cadre de l'économie numérique, et nous proposons une définition conceptuelle du droit du travail comme le droit visant à protéger les personnes qui mettent leur force de travail à disposition de l'entreprise d'autrui dans des circonstances où diverses protections doivent, selon la conception sociale qui a cours, leur être accordées.

I. Le cadre méthodologique de recherche des critères du contrat du travail	174
1. A la recherche de la meilleure source	174
a) Le choix entre loi et jurisprudence	174
b) La conjonction entre droit privé et droit public	175
2. A la recherche de la meilleure formulation	175
a) Le choix possible entre définition générale et abstraite et casuistique	176
b) Le choix fait d'un mixte pragmatique	176
II. La découverte et la promotion des critères du contrat du travail	176
1. A la recherche des éléments constitutifs	176
a) Les critères classiques revisités	176
b) La nouvelle dualité essentielle	179
2. Les produits de la recherche	180
a) Synthèse (provisoire) du droit positif	180
b) Notre synthèse	180

Zitiervorschlag:

AURÉLIEN WITZIG, A la recherche des critères du contrat de travail. Réflexion à partir des arrêts Uber du 30 mai 2022, *sui generis* 2022, p. 173

Aurélien Witzig, Chargé d'enseignement au département de droit civil à l'Université de Genève (aurelien.witzig@unige.ch).

URL: sui-generis.ch/217

DOI: <https://doi.org/10.21257/sg.217>

Ce(tte) œuvre est mise à disposition selon les termes de la Licence Creative Commons Attribution – Partage dans les Mêmes Conditions 4.0 International.

1 Le 30 mai 2022, les cinq juges de la deuxième Cour de droit public du Tribunal fédéral ont rendu deux arrêts (affaires 2C_575/2020 et 2C_34/2021) – qu’ils ont accompagnés d’un communiqué de presse le 3 juin suivant –, dans lesquels ils traitent de la qualification juridique des relations entre des chauffeurs et des livreurs, d’une part, et une plateforme numérique d’origine américaine, connue du grand public sous la forme d’applications téléphoniques *Uber*, d’autre part.

Contexte

2 Dans le contexte d’émergence d’une économie numérique de plateformes, le nouveau modèle ici mentionné était venu heurter les systèmes préexistants, sans que le régime juridique applicable n’apparût clairement d’emblée. En effet, d’aucuns avaient argué que la radicale nouveauté du modèle des plateformes numériques devait les soustraire aux règles juridiques en vigueur, pour leur permettre de s’épanouir dans un espace autonome¹.

3 Or, des conflits étaient apparus, notamment en matière de financement des régimes d’assurances sociales², mais aussi en droit privé du travail. Typiquement, un intervenant se voit suspendu ou banni de la plateforme numérique, de telle sorte qu’il est privé de la possibilité d’exercer l’activité qu’il entendait mener. Cette suspension ou ce bannissement est généralement le fruit d’une décision de l’algorithme utilisé par l’application, qui est paramétré de telle manière à écarter certains prestataires en fonction de critères prédéterminés. Aussi un prestataire peut-il se voir sanctionné « sans raison valable par écrit »³. Il cherche alors à comprendre pourquoi il a été écarté, et veut être mis en mesure de contester la sanction. D’où des conflits que les juges ont progressivement été amenés à résoudre.

4 D’un côté, les donneurs d’ouvrage, entrepreneurs du numérique, cherchent la plus grande liberté possible, voire une véritable an-archie, un espace dans lequel ils puissent évoluer sans contrainte étatique d’aucune sorte⁴. De l’autre, les preneurs d’ouvrage ont une attitude ambiguë : satisfaits du système tant qu’ils ont un emploi, c’est quand survient un cas d’absence de travail qu’ils prennent pleinement conscience de la situation précaire

1 Pour une recension des diverses positions exprimées, cf. Arrêt du Tribunal fédéral 2C_34/2021 du 30 mai 2022 c. 9.4 (pour la Suisse) et 9.5 (pour l’étranger).

2 Cf. les affaires jugées à Zurich et actuellement pendantes devant le Tribunal fédéral : UV.2020.00006 du 20 décembre 2021. Pour davantage de détails, cf. KURT PÄRLI, *Uber-Fahrer/innen sind unselbständigerwerbend*, Jusletter du 7 février 2022.

3 Arrêt du Tribunal fédéral 2C_34/2021 du 30 mai 2022 c. A.b.

4 Voir par exemple les travaux d’Evgeny Mozorov sur le modèle de la Silicon Valley, traduits en français : Pour tout résoudre cliquez ici : L’aberration du solutionnisme technologique, Limoges 2014 ; Le mirage numérique : Pour une politique des big data, Paris 2015.

dans laquelle ils se trouvaient (chômage, accident, maladie, pourquoi pas grossesse, et à terme retraite). Quant à l’Etat, si son intérêt est clair pour le financement des assurances sociales et pour son rôle de surveillance des relations de travail et de sauvegarde des plus faibles, ces aspects sociaux sont critiqués par les plus libéraux, qui voient surtout dans le numérique de nouvelles possibilités de développement économique et des gisements d’emplois.

Aussi la problématique a-t-elle surgi dans toute son ampleur : comment identifier les critères d’application du contrat de travail ? Autrement dit, dans quelles circonstances de fait et de droit, le régime protecteur du contrat de travail doit-il s’appliquer ?

Plan

Pour répondre à cette problématique, une démarche s’impose. D’une part, il s’agit de décider du *cadre méthodologique* à travers lequel les critères du contrat de travail pourront émerger (I) ; d’autre part, au sein du cadre ainsi défini, il faut *découvrir* les critères recherchés et les *promouvoir* (II).

I. Le cadre méthodologique de recherche des critères du contrat du travail

La première question de méthode qui se pose au juriste cherchant les critères du contrat de travail est celle de la *source* dans laquelle de tels critères doivent résider (1.). Une fois la source identifiée, il convient de trouver la meilleure *façon de formuler* ces critères (2.).

1. A la recherche de la meilleure source

Se présente ici le choix classique entre les sources fondamentales du droit : *loi et jurisprudence* (a). Ensuite, il faut régler le problème de la conjonction entre *droit privé* et *droit public*, tous deux sollicités (b).

a) Le choix entre loi et jurisprudence

aa) La loi

Commençons par le législateur. Deux attitudes étaient possibles : le refus de légiférer, la tentative de légiférer.

Le refus de légiférer fut le choix auquel aboutit le législateur fédéral. Des initiatives furent toutefois lancées, la plus représentative étant la motion Nantermod⁵. Mais le résultat fut nul. Manifestement, partenaires sociaux comme représentants politiques se regardent en chiens

5 Motion n° 18.3753, « Renforcer la sécurité juridique et éviter la requalification des contrats », déposée le 12 septembre 2018.

en faïence, chaque camp craignant de perdre l'avantage en cas d'ouverture de négociations.

- 11 *La tentative de légiférer fut par exemple menée dans le canton de Genève. Ce dernier s'est doté d'une loi sur les taxis et les voitures de transport avec chauffeur (LTVTC), en date du 13 octobre 2016⁶. Cette loi a vocation à réglementer ces deux professions (art. 1^{er}). Elle distingue, en sus de l'entreprise de transport, la catégorie de « diffuseur de courses », qui concerne les personnes qui servent d'intermédiaires entre un client et un transporteur (art. 4, lit. d). Les diffuseurs de courses doivent notamment respecter le droit du travail (art. 28).*

bb) La jurisprudence

- 12 *Malgré cette tentative de définir les différents acteurs des plateformes numériques de transport et de les assujettir à des régimes propres, le rôle de la jurisprudence n'a pas été aboli. Aussi, c'est à elle qu'est revenue la tâche de définir si existait ou non un contrat de travail (ce qui fut le cas dans les arrêts du 30 mai 2022 ici étudiés). Pour ce faire, les juges fédéraux ont appliqué les critères du droit fédéral, qui se sont trouvés en confrontation, voire en contradiction avec le plan initial du législateur cantonal genevois⁷.*

- 13 *D'autres tentatives à l'étranger, par exemple le nouveau titre IV du livre III de la partie VII du Code du travail en France, traitant des « travailleurs utilisant une plateforme de mise en relation par voie électronique »⁸, ont connu le même sort, étant en partie retoquées, dans leur esprit du moins, par les juges⁹. La disposition anglaise créant une catégorie intermédiaire de travailleurs (*workers*), entre employés et indépendants, a davantage prospéré, mais du fait du pouvoir judiciaire, contre la volonté des entreprises du numérique¹⁰.*

- 14 *C'est donc la jurisprudence qui s'est révélée la source prééminente pour déterminer le champ d'application du contrat de travail. Une fois cette source admise, se présente l'office du juge : comment ce dernier doit-il conduire son raisonnement pour allier souci de cohérence interne du système juridique et prise en considération des spécificités nouvelles ? Autrement dit, dans quelle mesure le juge doit-il se montrer créatif ? On se trouve alors face à un débat aux enjeux politiques et sociaux, entre tenants*

6 Loi sur les taxis et les voitures de transport avec chauffeur du 13 octobre 2016 (LTVTC; RS/GEH131).

7 Voir Secrétariat du Grand Conseil, Projet présenté par le Conseil d'Etat Date de dépôt : 26 août 2015, PL11709.

8 Art. L7341-1 à L7345-12 Code du travail français.

9 Arrêt de la Cour de cassation de la France, chambre sociale, n° 19-13316 du 4 mars 2020 (*Uber*). Voir également : Décision du Conseil constitutionnel 2019-794 DC du 20 décembre 2019.

10 Arrêt de la Supreme Court [2021] UKCS 5 du 19 février 2021 (*Uber BV et autres c. Aslam et autres*).

de la liberté d'entreprendre sans entrave et les esprits soucieux de protection sociale. Le choix du Tribunal fédéral, similaire à celui de la plupart des juridictions étrangères européennes, est désormais connu : celui d'une protection élargie.

b) La conjonction entre droit privé et droit public

Il est intéressant de noter que le raisonnement concernant la qualification du contrat des travailleurs de plateforme dans le cas des chauffeurs et des livreurs nous a été livré en premier lieu par une Cour de droit public. On se serait intuitivement attendu à ce que des juridictions de droit privé effectuent cette tâche. Or, la seule décision d'importance rendue par une juridiction de droit privé est celle de la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal vaudois en date du 23 avril 2020¹¹. Les juges cantonaux avaient donné raison au chauffeur et la décision ne fut pas contestée devant le Tribunal fédéral.

Le fait que ce soit la mise en jeu du droit public du travail, en l'occurrence le respect des obligations afférentes à l'exploitation d'une entreprise de transport (pour l'affaire 2C_34/2021) ou à la location des services de travailleurs (pour l'affaire 2C_575/2020), qui ait permis au Tribunal fédéral de trancher l'incertitude sur la qualification du contrat de travail nous renseigne, d'une part, sur les difficultés procédurales qui pèsent sur les simples particuliers qui souhaitent accéder à la justice en droit privé et, d'autre part, sur le poids de la législation de droit public en la matière.

Ceci interpelle aussi quant à l'unification, souhaitable selon nous, des critères de qualification du travailleur salarié en droit privé du travail, en droit public du travail, en droit de la fonction publique et en droit des assurances sociales¹². Ce qui nous aurait d'ailleurs permis d'intituler cet article « à la recherche des critères du *droit du travail* », et non pas simplement du *contrat de travail* (sous-entendu de droit privé)¹³.

2. A la recherche de la meilleure formulation

Quand il s'agit de produire une définition juridique, deux façons de procéder coexistent : la *définition générale et abstraite* et la *casuistique*. Nous allons étudier les avantages et

11 Arrêt du Tribunal cantonal vaudois HC/2020/535 du 23 avril 2020.

12 Pour une réflexion à ce sujet, cf. STÉPHANIE PERRENOUD/AURÉLIEN WITZIG, Les indépendants face à la prévoyance professionnelle, in: Hummer/Wyler (édit.), Piliers du droit social, Berne 2019, pp. 59 ss. Il faut observer que la qualification de travailleur au sens du contrat de travail entraîne automatiquement la qualification de salarié au sens du droit des assurances sociales; les cotisations sociales devront donc être versées par l'employeur dans les arrêts qui nous occupent (KURT PÄRLI, Klärende Bundesgerichtsurteile zur Causa Uber – weiterhin [viele] offene Fragen, RSAS 2022, p. 204).

13 Cf. cependant notre proposition ci-dessous II.B.2.

les inconvénients de ces deux méthodes (a), avant de contempler le choix du Tribunal fédéral en l'espèce (b).

a) Le choix possible entre définition générale et abstraite et casuistique

19 L'avantage d'une *définition générale et abstraite* est sa grande sécurité juridique. Le cadre est donné d'emblée à tous les acteurs. Si le juge se contente ensuite de n'être que « la bouche de la loi », le résultat juridique d'un comportement est presque calculable mathématiquement. Le problème est qu'une telle définition risque de se scléroser, surtout quand les circonstances changent radicalement, au point de rendre obsolètes les raisonnements qui avaient conduit à son adoption.

20 Dans cette hypothèse, la *casuistique* montre davantage de souplesse, bien qu'elle soit en proie au risque d'inégalité de traitement, voire d'arbitraire, sauf à s'ériger elle-même en principe général comme la loi.

21 Il est donc difficile d'envisager de faire aveuglément confiance à la casuistique sans renier les principes de l'Etat de droit, d'un côté, ou de s'en remettre définitivement à une définition générale et abstraite sans courir le risque d'un droit devenant progressivement inadapté, voire inutilisable.

b) Le choix fait d'un mixte pragmatique

22 Le choix effectué par le Tribunal fédéral apparaît donc assez judicieux du point de vue de la méthode. Nous le qualifions de « mixte pragmatique », pour souligner qu'il s'agit d'une volonté de sérier les critères du contrat de travail et de leur donner une interprétation suffisamment souple pour tenir compte des évolutions actuelles.

23 Les *raisons* d'un tel choix sont certainement à rechercher du côté de la nécessité d'actualiser les critères du contrat de travail aux nouveaux types d'entreprises liées au numérique et à l'usage d'algorithmes. En effet, l'histoire du droit du travail nous apprend que les critères du contrat de travail ont varié depuis la fin du XIX siècle, pour tenir compte des différents modèles d'entreprise apparus¹⁴. Le phénomène principal est la mise en valeur du critère du lien de subordination au moment où l'entreprise tayloriste/fordiste s'est répandue en Suisse. Or, l'entreprise fondée sur l'usage des technologies numériques se structure d'une manière radicalement différente, puisqu'il n'y est plus question ni d'un lieu ni d'un temps communs aux intervenants. Le critère du lien de subordination, tel qu'il fut compris à l'origine prend nécessairement une autre signification¹⁵.

14 Cf. AURÉLIEN WITZIG, Droit du travail, Zurich 2018, p. 82s. et les références citées.

15 Cf. ci-dessous N 49 ss.

Le *résultat* du mixte pragmatique est que la jurisprudence parvient à faire évoluer les conceptions courantes sans enfermer la nouvelle définition dans un carcan trop rigide. Ceci ne va pas sans une certaine complexité, peut-être inhérente au monde contemporain. C'est ce que nous allons voir à présent, sur le fond.

II. La découverte et la promotion des critères du contrat de travail

Le cadre méthodologique étant désormais clarifié, il s'agit d'identifier les *éléments constitutifs du mixte pragmatique* adopté par la jurisprudence pour qualifier le contrat de travail (1.), avant de proposer une *synthèse* tant du *droit positif*, tel qu'il ressort des deux arrêts ici mis en exergue, que du *droit souhaitable*, selon nous (2.).

1. A la recherche des éléments constitutifs

La composition des critères du contrat de travail, telle qu'elle ressort des deux arrêts du 30 mai 2022, fait apparaître, d'une part, des *critères classiques* en partie *revisités* (a) et, d'autre part, une dualité désormais ancrée entre *lien de subordination* et *dépendance économique* (b).

a) Les critères classiques revisités

L'étude du nouveau modèle d'entreprise fondé sur l'usage des technologies numériques et algorithmiques, à laquelle s'est adonné le Tribunal fédéral, a conduit ses juges à préciser le sens nouveau qu'il fallait donner aux critères déjà connus du contrat de travail. Nous allons passer en revue ceux qui nous paraissent les plus pertinents.

aa) Qualification impérative

Le Tribunal fédéral rappelle que la qualification du contrat de travail n'est pas, en tant que telle, à la disposition des parties ; autrement dit, une fois les critères principaux du contrat de travail rencontrés au sein de la relation nouée, il n'est pas question de prendre prétexte de stipulations ou d'usages qui s'écarteraient de son régime pour changer la qualification entière du contrat. Il convient, à l'inverse, de corriger ces écarts pour faire respecter le régime impératif induit par l'existence d'un contrat de travail.

Il existe, toutefois, une certaine ambivalence, car la volonté des parties est la source de l'accord contractuel, donc un support d'interprétation, alors qu'en même temps, il est permis au juge de s'en affranchir si certaines stipulations s'opposent au régime qu'il veut appliquer. Ainsi, « on ne saurait [...] exclure un contrat de travail au motif que l'employeur ne respecte pas ses propres obligations »¹⁶.

16 Arrêt du Tribunal fédéral 2C_34/2021 du 30 mai 2022 c. 10.5.

30 Se manifeste donc une forme de *seuil*, atteint lorsqu'un nombre suffisant de critères du contrat de travail sont remplis au vu des stipulations et du comportement des parties, qui permet d'acter la qualification ; les stipulations et les comportements qui pourraient conduire à retenir une autre qualification ne sont dès lors plus considérés comme pertinents dans le cadre de la recherche sur la qualification du contrat, mais deviennent le signe de violations du régime désormais retenu comme applicable.

31 Toute la question est celle de l'atteinte d'un tel seuil. Là est l'office propre du juge¹⁷. Notez que la doctrine a proposé des approches pour rationaliser la découverte du seuil, par exemple avec une approche graduelle¹⁸.

bb) La rémunération

32 La rémunération est un actif que l'employeur fait entrer dans le patrimoine du travailleur au titre du contrat de travail. Il s'agit donc d'une obligation de l'employeur. La rémunération est aussi un des éléments essentiels qui poussent le preneur d'ouvrage à s'engager dans une relation de travail. C'est en ce sens qu'elle est depuis longtemps considérée comme un des éléments constitutifs du contrat de travail.

33 Dans le cadre de l'économie numérique, la rémunération prend une valeur nouvelle. Elle intéresse le juge, qui s'interroge sur le pouvoir que possède chacune des parties de fixer les conditions tarifaires auxquelles la prestation est facturée. Or, lorsque le prix de la prestation n'est pas fixé par le prestataire lui-même, il existe désormais un indice fort que celui qui a la mainmise sur cette fixation est un employeur. Ainsi, typiquement, lorsque le « prix de la course [est] déterminé, sans possibilité d'en négocier le montant avec le client »¹⁹.

34 L'idée est assez logique : un indépendant est maître de son « entreprise », si petite soit-elle. Est intrinsèque à la notion d'entreprise celle de la fixation du prix de sa propre prestation. Tout ceci se déroule bien évidemment dans le cadre de marchés qui donnent une mesure générale du montant auquel l'offre et la demande ont le plus de chance de se rencontrer. Toutefois, rien n'est mécanique, et c'est l'art de l'entrepreneur que de décider du prix.

35 On doit dorénavant considérer que la personne qui fixe le prix de la prestation revêt un statut particulier, qui fait d'elle un entrepreneur, c'est certain, voire un employeur, lorsque ce fait, en conjonction avec d'autres, informe sur la soumission à laquelle s'astreint le prestataire. Il s'agit

d'un enseignement capital des arrêts du 30 mai 2022, et d'un exemple typique de relecture des critères traditionnels dans le contexte des entreprises numériques utilisant des algorithmes pour fixer les prix.

cc) L'intuitu personae

Un autre enseignement des arrêts de la deuxième Cour de droit public est la relativisation de l'*intuitu personae* en droit du travail²⁰. S'il s'agit d'un des critères traditionnellement mentionnés du contrat de travail, il sert, en réalité, surtout dans deux cas : en cas de substitution d'un travailleur à un autre²¹, et en cas de décès du travailleur²².

Dans les autres circonstances, l'*intuitu personae* ne comporte guère de conséquences juridiques. Certes, l'embauche d'un travailleur se fait sur la connaissance de son identité, mais, dans nombre d'entreprises (par exemple dans le travail à la chaîne), l'intérêt porté à la personne même du travailleur-exécutant est plus faible que pour un contrat de mandat (on pense au médecin ou à l'avocat choisis expressément pour telles ou telles compétences), voire que pour un contrat d'entreprise.

Ici, l'enseignement essentiel est que, dans les entreprises qui utilisent la main d'œuvre pour sa force de travail humaine dans un contexte où toute l'entreprise est organisée à la manière d'une grande machine rationalisée, voire en partie robotisée, l'absence d'*intuitu personae* lors du recrutement n'est guère utile pour distinguer le contrat de travail des autres contrats proches.

dd) Le pouvoir de direction

Le pouvoir de direction est l'une des conséquences juridiques de la relation de travail. Lorsque le critère du lien de subordination est devenu essentiel pour qualifier le contrat de travail, le pouvoir de direction fut également utilisé comme critère du contrat de travail²³.

La particularité du numérique est que nombre de décisions ne sont plus prises, en personne, par un employeur physique, mais sont le produit de l'*intelligence artificielle*, qui indique ce qui doit être décidé. Dans les arrêts *Uber*, le fait que le jugement porté sur le travail soit le fruit d'une machine et non d'un humain ne change pas la qualification juridique. Ainsi, les juges de la Haute cour ont considéré que la diminution du prix de la course en cas de choix, par le chauffeur, d'un itinéraire jugé inefficace,

17 Cf. précédemment N 9 ss.

18 RÉMY WYLER/DAVID ZANDIRAD, Plateformes numériques et contrat de travail, Jusletter du 6 octobre 2020.

19 Arrêt du Tribunal fédéral 2C_34/2021 du 30 mai 2022 c. 10.6.2.

20 Arrêt du Tribunal fédéral 2C_34/2021 du 30 mai 2022 c. 10.4.

21 Cf., *inter alia*, AURÉLIEN WITZIG, in: Thévenoz/Werro (édit.), Commentaire romand, Code des obligations I, 3^{ème} éd., Bâle 2021, art. 321 CO N 3 ss et les références citées.

22 Cf. art. 338 CO (loi fédérale complétant le Code civil suisse du 30 mars 1911 [Livre cinquième : Droits des obligations ; CO ; RS 220]).

23 Pour davantage de détails, cf. AURÉLIEN WITZIG, La subordination dans le contrat de travail, SJ 2015 II, p. 50 ss et les références citées.

par l'ordinateur, est un exercice du pouvoir de direction²⁴. L'usage de l'intelligence artificielle pour déterminer le comportement optimal attendu du prestataire ne change pas la conséquence, qui est une *sanction*, en l'occurrence pécuniaire.

41 On se situe dans le prolongement de l'atelier au XIX siècle (police des travailleurs) et du taylorisme (organisation scientifique du travail). La technologie évolue, mais la logique reste la même. La réponse juridique est donc que la sanction, qu'elle soit uniquement le fait de l'homme, uniquement le fait de la machine, ou encore une combinaison des deux, est l'exercice du pouvoir de direction. Dans le cadre de la qualification du contrat, il s'agit d'un élément de subordination. On observe donc une sorte de *Durchgriff*: on traverse la machine pour aller chercher l'humain qui la contrôle.

42 La même logique prévaut pour le jugement porté sur la prestation par des *tiers*, autrement dit les clients²⁵. Là aussi, les juges imputent l'appréciation du tiers au donneur d'ouvrage, dès lors que c'est lui, par l'intermédiaire de la machine, qui en tirera les conséquences juridiques, notamment des sanctions comme une diminution de la rémunération ou l'arrêt de la possibilité de participer à l'entreprise, par exemple.

43 Dans le cas des livreurs de repas, ce sont les restaurateurs et les clients qui contribuaient à l'évaluation, en l'occurrence au moyen du terme, proposé par l'application, d'« expérience négative »²⁶. Les deux provenances d'évaluations sont imputées au donneur d'ouvrage, maître de l'application.

44 Ceci pose en creux la question des décisions prises par des intelligences artificielles. La nouvelle loi sur la protection des données prévoit un régime particulier (d'information principalement), en cas de « décisions individuelles automatisées »²⁷. La protection est, toutefois, assez faible en droit suisse par rapport au droit communautaire européen²⁸.

ee) Les conséquences de la flexibilisation des temps de travail

45 La flexibilisation des temps de travail, que ce soit sous la forme du temps partiel, des horaires flexibles, du travail

sur appel ou autre, est devenue habituelle aujourd'hui²⁹. Ceci est d'autant plus vrai que le Tribunal fédéral considère que la liberté, par hypothèse accordée au preneur d'ouvrage, d'exercer plusieurs activités à *temps partiel* n'est pas un critère pertinent pour la qualification du contrat de travail³⁰.

On observe que le Tribunal fédéral tire les conséquences de la fréquence de plus en plus élevée des contrats à temps partiel dans l'économie actuelle. Du temps où le contrat de travail à temps plein était la norme, l'existence d'un temps partiel, et plus encore d'un temps partiel complètement libre, représentait sans aucun doute une particularité, qui pouvait revêtir une conséquence juridique. A mesure que cette situation se normalise, sa signification juridique s'amenuise. Voilà un premier enseignement des arrêts du 30 mai 2022.

En outre, pour qualifier la situation de nombre de plateformes numériques, qui font appel à des preneurs d'ouvrage en fonction de la demande de la clientèle, le Tribunal fédéral s'est demandé si l'on ne pouvait pas recourir à la figure du *travail sur appel improprement dit*³¹. L'idée est que l'on se trouve davantage en présence d'un aménagement de la relation de travail³² que d'un critère du contrat de travail. Autrement dit, le travailleur est peut-être libre d'accepter ou de refuser la prestation, mais s'il l'accepte, alors il entre dans l'entreprise d'autrui.

En réalité, cette particularité n'est que peu opérationnelle pour qualifier la relation du point de vue juridique. En effet, les plateformes numériques de mise en relation de clients et de prestataires peuvent prendre des formes très diverses. Les arrêts du 30 mai 2022, comme plusieurs autres décisions en Suisse et à l'étranger, tiennent compte du délai plus ou moins court accordé au preneur d'ouvrage pour décider d'accepter la mission, l'idée étant que plus ce délai est court, plus la présomption en faveur d'un contrat de travail est forte. A notre sens, toutefois, ce critère est moins pertinent, à lui seul, que celui de la fixation du prix, que nous avons étudié précédemment³³. En effet, diverses situations de la vie des affaires peuvent obliger des indépendants eux-mêmes à prendre des décisions très rapidement, encore que, en tant qu'indépendants précisément, ils restent maîtres du temps qu'ils prennent pour faire ce choix.

24 Arrêt du Tribunal fédéral 2C_34/2021 du 30 mai 2022 c. 10.6.2.

25 Arrêt du Tribunal fédéral 2C_34/2021 du 30 mai 2022 c. 10.7.

26 Arrêt du Tribunal fédéral 2C_575/2020 du 30 mai 2022 c. 6.5.1.

27 Art. 21 nLDP (la nouvelle loi sur la protection des données du 25. Septembre 2020).

28 Cf. art. 22 du règlement du parlement européen et du conseil (UE) 2016/679 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, et abrogeant la directive 95/46/CE (règlement général sur la protection des données).

29 La question est, du coup, traitée brièvement dans l'arrêt du Tribunal fédéral 2C_34/2021 du 30 mai 2022 c. 10.8.

30 Arrêt du Tribunal fédéral 2C_575/2020 du 30 mai 2022 c. 6.6.2.

31 Arrêt du Tribunal fédéral 2C_34/2021 du 30 mai 2022 c. 10.4 et arrêt du Tribunal fédéral 2C_575/2020 du 30 mai 2022 c. 6.6.1.

32 Cf. Arrêt du Tribunal fédéral 4A_509/2009 du 7 janvier 2010 c. 2.3; Arrêt du Tribunal fédéral 4A_334/2017 du 4 octobre 2017 c. 2.2; WITZIG (n. 14), p. 184.

33 Paragraphe N 57 ss. juste ci-dessus.

b) La nouvelle dualité essentielle

- 49 Depuis que le droit du travail a commencé à prendre une vraie consistance, à la fin du XIX siècle, le critère discriminant, permettant d'établir à coup sûr l'existence d'un contrat de travail (au-delà de la prestation de travail et de la rémunération, qui peuvent être communs à d'autres contrats), a évolué. Notre thèse est que *cette évolution s'est faite de manière plus ou moins concomitante à l'évolution des types d'entreprises majoritaires*. Au départ, la protection des travailleurs s'est portée sur les fabriques³⁴; elle était donc liée au lieu et à la forme du travail. Puis, lors de la grande codification du droit privé en Suisse au début du XX siècle, on a cherché un critère plus juridique : celui de l'obligation de moyens, autrement dit la concrétisation de la mise à disposition de sa force de travail, pendant un certain temps³⁵. Enfin, en conjonction avec le compromis fordiste, émergea le critère du lien de subordination.
- 50 On a fini par croire que le lien de subordination était le critère ultime du contrat de travail. La doctrine commence d'ailleurs à prendre ses distances avec cette conception, et promeut une nouvelle approche dans les critères du contrat de travail, qui tiennent compte des mutations liées au lieu et au temps de travail et à la « dé-hiérarchisation »³⁶.
- 51 Selon nous, le lien de subordination représente plutôt d'un critère *conjoncturel*. Parallèlement, on a perdu le sens du critère de la *durée*, devenu dans la jurisprudence et la doctrine « un élément de durée », ce qui n'a guère de sens³⁷. L'idée de durée est plutôt à mettre en regard de celle d'obligation de moyens ou même, plus simplement, de mise à disposition de sa force de travail.
- 52 Aussi, l'étude de la jurisprudence à une époque où l'entreprise fordiste n'était pas encore devenue le point de référence (inconscient en grande partie) pour la qualification du contrat de travail nous donne une réponse directe à la qualification du contrat des chauffeurs : le Tribunal fédéral avait déjà jugé, en 1932, que le contrat de la personne qui est engagée pour faire plusieurs courses pendant une journée ou une course chaque jour pendant une semaine est un contrat de travail, dès lors qu'il est délimité d'après sa durée (*zeitlich begrenzt*) et non d'après le nombre de tâches confiées à l'avance (*gezählt*)³⁸.

34 Cf. loi fédérale sur le travail dans les fabriques de 1877.

35 Cf. WITZIG (n. 14), pp. 84 s.

36 FRÉDÉRIC BARTH / ISABELLE WILDHABER, Was ist ein Arbeitsvertrag? – Abgrenzung des Einzelarbeitsverhältnisses von anderen Dienstleistungsverträgen in der Arbeitswelt 4.0, DTA 2022, p. 127.

37 C'est le cas dans l'arrêt du Tribunal fédéral 2C_575/2020 du 30 mai 2022 c. 6.3.

38 ATF 58II 371, p. 375.

Un regard informé sur l'histoire (somme toute récente) du droit du travail apportait donc la réponse à la question que tant de gens se sont posée concernant les plateformes numériques. Reste à observer les formes que peut prendre le *lien de subordination* dans le cadre des technologies numériques (aa) et comment ce critère se combine avec celui de la *dépendance économique* (bb).

aa) Lien de subordination et plateformes numériques

Il est parfois difficile de distinguer entre lien de subordination et simple *rappel des règles légales* applicables à une profession. C'était d'ailleurs l'argument soulevé par la plateforme numérique dans le cadre des affaires que nous étudions ici : si je ne fais que rappeler des règles préexistantes, je n'exerce pas un pouvoir de direction. L'objection est pertinente. Le Tribunal fédéral a donc cherché plus loin : la subordination apparaît lorsque les règles édictées par le donneur d'ouvrage vont au-delà des règles légales existantes³⁹.

Dans la même logique, les éléments « *marketing* » imposés aux preneurs d'ouvrage, qui outrepassent, par essence, les exigences légales, sont le signe d'une subordination. Ce phénomène rappelle la constellation juridique de la *franchise*, qui avait d'ailleurs, au moment de son apparition, interrogé les juristes pour la distinguer du contrat de travail. En sus du fait que la conception est différente, le critère qui fait défaut ici est l'obligation de promouvoir les produits ou les services⁴⁰. La franchise devait donc être exclue.

Il est intéressant de relever que le *nombre de consignes données* est un indice de la subordination selon le Tribunal fédéral⁴¹. Même si ces consignes sont banales, leur « quantité », importante, les fait basculer dans le pouvoir de direction.

Plus original, mais pertinent dans le contexte de l'économie numérique, où les *données* prennent une importance considérable, et deviennent d'ailleurs une source de richesse, le Tribunal fédéral considère que le fait que l'usage des données générées par l'activité du preneur d'ouvrage revienne au donneur d'ouvrage est un élément indiquant un rapport de subordination⁴². L'idée est que la personne qui a accès aux données et se réserve le droit de les exploiter (que ce soit pour des raisons de sécurité ou pour des motifs techniques, de marketing ou commerciaux) revêt une position de supériorité⁴³.

39 Arrêt du Tribunal fédéral 2C_34/2021 du 30 mai 2022 c. 10.6.2.

40 PIERRE TERCIER / LAURENT BIERI / BLAISE CARRON, Les contrats spéciaux, 5^{ème} éd., Zurich 2016, p. 1102.

41 Arrêt du Tribunal fédéral 2C_575/2020 du 30 mai 2022 c. 6.5.3.

42 Arrêt du Tribunal fédéral 2C_34/2021 du 30 mai 2022 c. 10.7.

43 Arrêt du Tribunal fédéral 2C_575/2020 du 30 mai 2022 c. 6.5.2.

bb) Lien de subordination et dépendance économique

- 58 La dépendance économique est un critère bien connu en droit des assurances sociales pour distinguer les indépendants des salariés. Il n'était plus guère utilisé en droit du travail, avant d'être réhabilité par le Tribunal fédéral dans sa jurisprudence récente⁴⁴. Il s'agit de bien comprendre le sens de ce critère.
- 59 Deux éléments sont mis en exergue par le Tribunal fédéral :
1° Il y a dépendance économique lorsque *d'autres sources de revenus sont exclues* dans le contexte de la prestation que le travailleur doit exécuter. Cette formulation n'a que peu d'intérêt en soi. Elle est plus pertinente si l'on se penche sur les deux indices mentionnés par les juges⁴⁵ :
— ne travailler que pour une seule société ;
— subir l'interdiction d'exercer une activité économique similaire.
- 60 Ici, la dépendance, au sens propre se fait jour. On pourrait d'ailleurs qualifier ce critère de « participation libre au marché » : le preneur d'ouvrage est-il ou non libre de participer au marché comme il l'entend ou sa liberté est-elle restreinte ? On constatera, au passage, que ce critère n'est généralement pas rempli dans le cadre du travail de plateforme, où les donneurs d'ouvrage se soucient peu que les preneurs d'ouvrage mettent leurs compétences à disposition d'autres entreprises.
- 61 2° Il y a dépendance économique lorsque le preneur d'ouvrage est *dans l'impossibilité d'influer sur son revenu par des décisions entrepreneuriales*. Ce critère est nettement plus pertinent s'agissant de l'économie numérique. Il place au centre de la réflexion l'idée d'entreprise. Et il fait le lien entre indépendance et liberté d'entreprendre : l'indépendant est libre de prendre les décisions habituelles d'un entrepreneur, tandis que le travailleur salarié est celui qui est privé de cette possibilité.
- 62 Subtilement, les critères de la subordination et de la dépendance économique s'entremêlent ici, coiffés en réalité par celui de la participation libre au marché avec les prérogatives d'un entrepreneur.

2. Les produits de la recherche

a) Synthèse (provisoire) du droit positif

- 63 La synthèse des critères de qualification du contrat de travail, telle qu'elle ressort des arrêts du 30 mai 2022, est qu'il convient de procéder à une recherche *in concreto*

44 Cf. par exemple, arrêt du Tribunal fédéral 4A_53/2021 du 21 septembre 2021 c. 5.1.3.2 et arrêt du Tribunal fédéral 2C_575/2020 du 30 mai 2022 c. 6.3.

45 Arrêt du Tribunal fédéral 4A_53/2021 du 21 septembre 2021 précité.

d'éléments de subordination et de dépendance tels qu'ils reviennent à contrôler la façon dont le prestataire participe au marché. Ce dernier n'est donc pas un entrepreneur libre de fixer les conditions auxquelles il propose sa prestation aux clients, notamment en termes de tarif ou de façon d'exécuter sa prestation. Le jugement porté sur son comportement par des tiers est imputé au donneur d'ouvrage.

A noter que toute l'économie de plateforme ne fonctionne pas nécessairement de la même façon. Un contrat entre un preneur et un donneur d'ouvrage peut aussi bien être qualifié de contrat de mandat ou d'entreprise, en fonction du modèle économique mis en place⁴⁶.

Reste encore à observer si les juges vont davantage rapprocher les critères du contrat de travail de ceux du salarié en droit des assurances sociales. Selon nous, il y aurait un intérêt à non seulement unifier les critères des deux régimes, mais aussi à universaliser la protection⁴⁷. Dans l'arrêt 2C_575/2020, le critère économique est on ne peut plus clair : « La dépendance économique du travailleur est un aspect typique du contrat de travail. »⁴⁸

On attend aussi de la jurisprudence qu'elle s'applique davantage à définir la notion de « risque économique » et de « risque d'entreprise », qui sont des critères permettant de reconnaître l'existence d'un contrat de travail. Ces notions sont complexes et n'ont guère fait l'objet d'approfondissements⁴⁹.

b) Notre synthèse

Comme nous l'avons vu, la jurisprudence a donc utilisé un mixte pragmatique pour définir le contrat de travail. Nous aimerions encore proposer une idée supplémentaire, qui pourrait permettre de formuler le champ d'application du contrat de travail, et même du droit du travail, de manière plus générale et abstraite.

Le point de départ de notre idée est le constat que la plupart des commentateurs se focalisent sur l'article 319 du Code des obligations quand il s'agit de définir le contrat de travail. Or, une norme tout aussi importante, sinon plus efficiente, est l'article 320 alinéa 2 : « [Le contrat de travail] est réputé conclu lorsque l'employeur accepte pour un temps donné l'exécution d'un travail qui, d'après les circonstances, ne doit être fourni que contre un salaire. »

46 Arrêt du Tribunal fédéral 2C_575/2020 du 30 mai 2022 c. 6.4; JULIEN BILLARANT, Pour une approche nouvelle du rapport de subordination en droit privé suisse du travail, thèse de doctorat, université de Neuchâtel 2019, p. 373 ss.

47 PERRENOUD/WITZIG (n. 12), p. 70 ss.

48 Arrêt du Tribunal fédéral 2C_575/2020 du 30 mai 2022 c. 6.3.

49 Voir en doctrine : RÉMY WYLER / BORIS HEINZER, Droit du travail, 4^e éd., Berne 2019, p. 270; CHRISTIAN BRUCHEZ / PATRICK MANGOLD / JEAN CHRISTOPHE SCHWAAB, Commentaire du contrat de travail, 4^e éd., Lausanne 2019, p. 147.

69 Cette norme paraît traiter de la formation du contrat de travail ; en réalité, elle concerne également, si ce n'est davantage, la définition du contrat de travail. On y voit transparaître trois critères : le travail, la rémunération et le temps. Ici, le critère distinctif est le critère juridiquement premier du point de vue de l'histoire de la codification fédérale⁵⁰, que nous intitulons la *mise à disposition de sa force de travail*. Le point essentiel, selon nous, est que doit être qualifié de travailleur salarié celui qui décide de mettre sa force physique ou intellectuelle à la disposition de quelqu'un d'autre, sans pouvoir décider concrètement de chacune des tâches, une fois fixée sa fonction dans l'entreprise⁵¹.

50 Rapport du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale sur le recours de Joseph Chapuis, soldat au 108 bataillon de fusiliers, Ire compagnie, contre une peine disciplinaire du 30 décembre 1904 (FF 1905 II 28).

51 Cf. ALAIN SUPIOT, Critique du droit du travail, Presses Universitaires de France, 2011.

La confrontation de cette définition avec l'économie numérique nous incite à ajouter que l'absence de décision porte également sur la façon dont l'entreprise participe au marché, tant *financièrement* (prix de la prestation payé par les clients) que *commercialement* (choix d'image et de marketing).

C'est donc bien, en définitive, la visée de protection, offerte par le législateur au juge dans la latitude donnée par l'article 320 alinéa 2 (« d'après les circonstances »), qui est le guide dans la délimitation du champ d'application du droit du travail.

Abstract

Das Bundesgericht fällte kürzlich zwei Urteile in Fällen rund um das digitale Unternehmen Uber. Dabei ging es um die Frage, ob die über die Plattform vermittelten Fahrerinnen und Fahrer als Arbeitnehmende oder als Selbstständige einzustufen sind. Das Gericht entschied zugunsten der ersten Variante und folgte damit den aktuellen Entwicklungen in der Rechtsprechung. Der vorliegende Beitrag versucht, die Konsequenzen aus der nunmehr erfolgten Klärung zu ziehen, indem er sich eingehender mit der Frage befasst, welcher methodische Rahmen für die Suche nach den Kriterien des Arbeitsvertrags und die Wahl solcher Kriterien im positiven Recht am besten geeignet ist. Wir kommen zum Schluss, dass die pragmatische Mischung, die derzeit von der Rechtsprechung angewandt wird, auch im Rahmen der digitalen Wirtschaft Wirkung zeigen wird, und schlagen eine konzeptionelle Definition des Arbeitsrechts als Recht zum Schutz von Personen vor, die ihre Arbeitskraft einem Unternehmen unter Umständen zur Verfügung stellen, unter denen ihnen nach der herrschenden gesellschaftlichen Auffassung verschiedene Schutzmechanismen gewährt werden müssen.