



COUR DE CASSATION

N° B1720079

Décision attaquée : 20 avril 2017 de la cour d'appel de Paris

M. B...
c/
Mme D...

**Catherine Courcol-Bouchard, premier avocat
général**

**AVIS
de l'avocat général**

Formation plénière du 24 octobre 2018

La chambre sociale n'a pas encore eu l'occasion de se prononcer sur le statut des travailleurs de l'économie dite "collaborative" (dénomination sur laquelle nous reviendrons), et les arrêts rendus sur cette question par les cours d'appel restent peu nombreux¹.

L'Organisation Internationale du Travail s'y est cependant intéressée dès 2016, à l'occasion d'une étude portant sur "*L'emploi atypique dans le monde*". Le Conseil d'Etat l'aborde dans son étude annuelle 2017 "*Puissance publique et plateformes numériques : accompagner l'Ubérisation*". Plusieurs rapports ont été rédigés sur le

¹ Dans son récent article à la revue Droit social 2018, p. 547 ("*Les travailleurs des plateformes sont-ils des salariés ? Premières réponses frileuses des juges français*"), le professeur Alexandre Fabre recense, en mars 2018, six décisions de cour d'appel concernant les sociétés Uber, Takeateasy et Voxtur (étant précisé que les recherches effectuées sur la base de données des arrêts des cours d'appel ne m'ont pas permis d'en identifier d'autres).

sujet ² mais, *“si ce travail fut essentiel (...) rien ne vaut autant que les réponses apportées par les juges”* ³.

C'est dans ce contexte que s'est prononcée la cour d'appel de Paris dans l'arrêt qui vous est aujourd'hui soumis : après avoir subi deux accidents de la circulation, M. B..., livreur à vélo travaillant pour la société de livraison de repas à domicile TakeEatEasy, a saisi le 27 avril 2016 la juridiction prud'homale d'une demande de requalification en contrat de travail de la relation contractuelle le liant à la société en qualité d'auto-entrepreneur. Quatre mois après l'introduction de la procédure, la société a fait l'objet d'une liquidation judiciaire et le mandataire liquidateur a refusé d'inscrire les demandes de M. B... au passif de la liquidation, au motif que celui-ci n'avait jamais été salarié de la société.

Par arrêt confirmatif du 20 avril 2017, la cour d'appel a dit que l'appelant n'était pas lié à la société TakeEatEasy par un contrat de travail, que le conseil de prud'hommes était incompétent pour connaître du litige et a renvoyé l'affaire devant le tribunal de commerce de Paris.

Les huit branches réunies du moyen unique du pourvoi reprochent aux juges d'appel une violation des dispositions de l'article L.8221-6 II du code du travail, pour avoir dit les parties non liées par un contrat de travail alors qu'était caractérisée l'existence d'un lien de subordination.

1 - Le droit applicable

Rappelons que l'article L.8221-6 du code du travail dispose que :

“I.- Sont présumés ne pas être liés avec le donneur d'ordre par un contrat de travail dans l'exécution de l'activité donnant lieu à immatriculation ou inscription :

1° Les personnes physiques immatriculées au registre du commerce et des sociétés, au répertoire des métiers, au registre des agents commerciaux ou auprès des unions de recouvrement des cotisations de sécurité sociale et d'allocations familiales pour le recouvrement des cotisations d'allocations familiales ;

(...)

² Notamment le *rapport au premier ministre sur l'économie collaborative* de février 2016 par Pascal Terrasse, député de l'Ardèche, le rapport de l'IGAS établi en mai 2016 par Nicolas Amar et Charles Viossat sur *Les plateformes collaboratives, l'emploi et la protection sociale*, le rapport réalisé pour l'Institut de l'Entreprise et Terra Nova par Jacques Barthélémy et Gilbert Cette en janvier 2017 intitulé *“Travailler au XXIème Siècle - L'ubérisation de l'économie ?”* et le document d'études n°2013 d'août 2017 de la DARES sur *l'Economie des plateformes*

³ Alexandre Fabre *“Les travailleurs des plateformes sont-ils des salariés ? Premières réponses frileuses des juges français”* Droit social 2018, p. 547, déjà cité

Il.- L'existence d'un contrat de travail peut toutefois être établie lorsque les personnes mentionnées au I fournissent directement ou par une personne interposée des prestations à un donneur d'ordre dans des conditions qui les placent dans un lien de subordination juridique permanente à l'égard de celui-ci. (...)"

Il n'est en effet pas contesté que, souhaitant travailler à temps partiel comme coursier pour la société TakeEatEasy, M. B... avait procédé, à la demande de la société, à son inscription au registre du commerce en qualité d'auto-entrepreneur. Il est donc, par application du I de l'article L.8221-6 du code du travail, présumé ne pas avoir été salarié de la société, présomption simple qu'il a la possibilité de renverser en apportant la preuve de l'existence d'un lien de subordination juridique avec son donneur d'ordre.

L'on sait que, malgré une tentative avortée ⁴, le législateur n'a jamais apporté de définition du contrat de travail, alors même que *"le principal déclencheur de l'application du droit social est la qualification de contrat de travail"* ⁵. Le code du travail dispose en effet, dès le premier alinéa de son premier article (L.1111-1), que ses dispositions *"sont applicables aux employeurs de droit privé ainsi qu'à leurs salariés"*, sans jamais nous dire ce qui fait l'employeur et ce qui fait le salarié.

Il appartenait dès lors à chambre sociale de préciser qu'est un contrat de travail celui par lequel une personne physique s'engage à travailler pour le compte d'une autre personne, sous la subordination de laquelle elle se place, moyennant une rémunération.

La qualification de contrat de travail est d'ordre public, donc indisponible, et il ne peut y être dérogé par convention. Aussi *"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"* ⁶.

Il appartient donc au juge de qualifier la relation de travail en faisant preuve de *"réalisme"*, en faisant *"toujours prévaloir la réalité des rapports établis entre les intéressés dans l'exécution de leur contrat, les « conditions de fait » (...)* parce que

⁴ Un projet de loi de 1906 définissait le contrat de travail comme *"le contrat par lequel une personne s'engage à travailler pour une autre qui s'oblige à lui payer un salaire calculé, soit à raison de la durée du travail, soit à proportion de la qualité ou de la quantité de l'ouvrage accompli, soit d'après toute autre base arrêtée entre l'employeur et l'employé"* (Antoine Jeammaud, *"L'avenir sauvegardé de la qualification de contrat de travail"* Droit social 2001, p. 227)

⁵ Emmanuel Dockès, *"Notion de contrat de travail"*, Droit social 2011 p.546,

⁶ Arrêt *"Z/Bastille taxi"* Soc. 19 décembre 2000, n°98-40.572, P+B+R+I

*ce qui a été délibérément fait ou supporté (jusqu'à ce que les choses se gâtent) est bien le plus pertinent révélateur de ce qui a été voulu".*⁷

L'existence d'un lien de subordination constitue le marqueur essentiel du contrat de travail, et donc, comme en l'espèce, le noeud du contentieux.

Vous avez précisé dans votre arrêt Société Générale du 13 novembre 1996, *"que 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 ; que 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"*⁸.

C'est ce *"lien de subordination juridique"* que l'on retrouve dans les dispositions de l'article L.8221-6 II du code du travail. Ainsi, si c'est à celui qui se prévaut de l'existence d'un contrat de travail d'en apporter la preuve, l'auto-entrepreneur n'aura pas à prouver davantage qu'un autre :

*"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. Il appartient au juge, par la méthode du faisceau d'indices, de vérifier que l'auto-entrepreneur est placé dans une situation de subordination juridique à l'égard du donneur d'ordre."*⁹

Notons que si la distinction entre subordination juridique et subordination économique fait les délices des travaillistes¹⁰, la jurisprudence paraît s'attacher autant à l'une qu'à l'autre pour exercer son office de qualification. Ce qui n'est pas surprenant dès lors qu'il appartient au juge d'apprécier une situation de fait, en utilisant la méthode du faisceau d'indices : des indices d'une dépendance économique ne suffiront pas à identifier un contrat de travail, mais la dépendance peut être un indice de subordination¹¹.

⁷ Antoine Jeammaud, *"L'avenir sauvegardé de la qualification de contrat de travail"* Droit social 2001, p. 227

⁸ Soc.13 novembre 1996, n°94-13.187, P+B+R

⁹ Jean Mouly, *"Quand l'auto-entreprise sert de masque au salariat"*, Droit social 2016 p.859

¹⁰ et bien sûr de ceux qui les lisent

¹¹ Emmanuel Dockès *"Notion de contrat de travail"*, Droit social 2011 p 546, déjà cité

Avant d'examiner la motivation des juges d'appel, il convient de préciser la place qu'occupait la société TakeEat Easy au sein de "l'économie de plateforme".

2 - TakeEat Easy et l'économie de plateforme

2.1 - Il n'est pas indifférent que la démarche de qualification concerne un travailleur recruté par une plateforme numérique et communiquant essentiellement avec celle-ci par l'intermédiaire d'une application téléchargée sur un smartphone.

Ces plateformes numériques participent de l'économie dite "*collaborative*" ou économie "*de pair à pair*", c'est à dire reposant, à l'origine, "*sur le partage ou l'échange entre particuliers de biens, de services ou de connaissances, avec échange monétaire ou sans échange monétaire, par l'intermédiaire d'une plateforme numérique de mise en relation*" ¹².

Certaines d'entre elles ont pour objet une prestation de travail mais "*tous les prestataires des plateformes ne sont pas des travailleurs et, quand c'est le cas, tous ne sont pas des salariés*" ¹³.

L'article L. 111-7 I du code de la consommation donne une définition des opérateurs de plateforme en ligne :

"I.-Est qualifiée d'opérateur de plate-forme 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 informatiques, 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."

Et l'article 242 bis du code général des impôts définit la plateforme comme un espace de mise "*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.*"

¹² Vie publique "*L'économie collaborative : un nouveau modèle socio-économique*" Direction de l'information légale et administrative www.vie-publique.fr

¹³ Voir sur ce point A. Fabre, "*Le droit du travail peut-il répondre aux défis de l'ubérisation ?*" Revue de droit du travail 2017, p.166

Le Conseil National du Numérique la caractérise pour sa part comme un *“espace numérique de mise en contact entre offre et demande sur un marché spécifique”*¹⁴.

Dressant une typologie des plateformes dans son rapport au premier ministre sur l'économie collaborative, le député Pascal Terrasse distingue *“trois catégories d'initiatives”*, dont *“les services à la demande, dans lesquels la plateforme propose un nouveau service qu'elle définit, et dans lesquels elle apparie elle-même utilisateur professionnel et consommateur”*.

Il souligne que *“dans la mesure où les plateformes de services à la demande mettent en relation des particuliers avec des professionnels, dans un but non de partage de frais ou d'amortissement d'un bien mais de profit elles ne semblent pas répondre aux innovations proposées dans la conception traditionnelle de l'économie collaborative”*.¹⁵

L'IGAS distingue pour sa part sept catégories de plateformes *“dites d'emploi”*, parmi lesquelles les *“opérateurs de services organisés”* et les *“plateformes de jobbing”*. Elle relève que *“les plateformes collaboratives, qui ne se considèrent pas comme des entreprises de transport, de services à domicile ou de tel autre secteur professionnel mais comme des intermédiaires électroniques, tentent de se prémunir du risque d'être considérées comme des employeurs directs - ou les donneurs d'ordre - de leurs contributeurs”*.¹⁶

Notons que la Cour de Justice de l'Union Européenne a dissipé cette ambiguïté, s'agissant des activités de la plateforme Uber Systems espagnole¹⁷. Elle a en effet dit pour droit :

“qu'un service d'intermédiation, tel que celui en cause au principal, qui a 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, doit être considéré comme étant indissociablement lié à un service de transport ”,

¹⁴ Conseil national du numérique, *“Neutralité des plateformes, Réunir les conditions d'un environnement numérique ouvert et soutenable”*, rapport remis au ministre de l'économie, du redressement productif et du numérique - mai 2014

¹⁵ *Rapport au premier ministre sur l'économie collaborative* - Mission confiée à Pascal Terrasse Député de l'Ardèche (rapporteurs Philippe Barbezieux, membre de l'inspection générale des affaires sociales et Camille Herody, inspectrice des finances) - février 2016

¹⁶ *“Les plateformes collaboratives, l'emploi et la protection sociale”*, rapport établi par Nicolas Amar et Louis-Charles Viossat (IGAS, rapport n°2015-121R - mai 2016)

¹⁷ CJUE arrêt du 20 décembre 2017 C-434/15 *“Asociación Profesional Elite Taxi contre Uber Systems Spain SL”*

après avoir observé (§ 38) :

qu’*“En effet, dans une situation, telle que celle visée par la juridiction de renvoi, où le transport des passagers est assuré par des chauffeurs non professionnels utilisant leur propre véhicule, le fournisseur de ce service d’intermédiation crée en même temps une offre de services de transport urbain, qu’il rend accessible notamment par des outils informatiques, tels que l’application en cause au principal, et dont il organise le fonctionnement général en faveur des personnes désireuses de recourir à cette offre aux fins d’un déplacement urbain.”*

2.2 - On entre là dans le vif du sujet : il est en effet difficile de qualifier les relations entre la société TakeEatEasy et ses *“contributeurs”* sans s’intéresser à la nature de son activité : **s’agissait-il d’un simple *“intermédiaire électronique”* ou d’une entreprise de services à domicile ?**

Ce qui est sûr, c’est que la société TakeEatEasy appartenait à ce que le Conseil d’Etat qualifie de *“capitalisme des plateformes (...) ayant vocation à conduire leurs utilisateurs à échanger entre eux, non seulement des informations et des services dans le monde virtuel, mais aussi des biens et des services dans le monde physique (...) ayant une valeur dans l’économie réelle.”*¹⁸.

L’arrêt de la cour d’appel indique sur ce point que :

“la société TAKEEATEASY.FR était une société intermédiaire de l’économie collaborative qui utilisait une plateforme web et une application afin de mettre en relation des restaurateurs partenaires, des clients passant commande de repas par le truchement de la plateforme et des livreurs à vélo exerçant leur activité sous un statut d’indépendant.”

Il s’agissait donc d’une société commerciale utilisant la plateforme comme un outil de mise en relation, la *“relation tripartite”*¹⁹ ainsi établie entre la société TakeEatEasy, les restaurateurs et les clients nécessitant le recours à des livreurs.

L’arrêt relève que, pour recruter ces livreurs, la société organisatrice de ce nouveau marché publiait *“des offres de collaboration sur des sites internet”*, réservées à des

¹⁸ Conseil d’Etat, étude annuelle 2017 *“Puissance publique et plateformes numériques : accompagner l’« ubérisation »”*

¹⁹ Notons que la cour d’appel utilise cette expression pour désigner la relation *“entre le restaurateur, le coursier à vélo et le client”*, loin de la *“relation triangulaire et de pair à pair”* identifiée par l’IGAS entre le contributeur, la plateforme et le consommateur.

personnes possédant un vélo et acceptant d' "*exercer leur activité de livraison en qualité d'entrepreneur indépendant*".

➤ Une première constatation : la société TakeEatEasy n'était pas un simple "intermédiaire de l'économie collaborative". C'était, pour reprendre les termes utilisés par l'avocat général Szpunar à propos de la société Uber Systems Espagne, "*beaucoup plus que lier l'offre à la demande*" : **elle a elle-même "créé cette offre."**
20

En décalquant ces conclusions, on constate que "*Les chauffeurs (livreurs) qui roulent dans le cadre de la plateforme Uber (TakeEatEasy) 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*".²¹

➤ Deuxième observation : il ne s'agit pas, à l'occasion de ce pourvoi, de prendre position pour ou contre l'économie numérique, pour ou contre le "*capitalisme des plateformes*". L'outil est là, qui offre de nombreuses opportunités, contribue à créer de nouveaux marchés ou à faire aujourd'hui autrement et plus simplement, ce que l'on faisait hier (de la vente ou de l'achat d'objets sur "Leboncoin" à la location d'une maison de vacances sur "Airbnb" ou d'une chambre d'hôtel sur "Booking").

Il ne s'agit pas davantage de s'interroger sur la définition possible d'un statut intermédiaire, entre travail salarié subordonné et travail indépendant, pour les "*prestataires*" ou autres "*collaborateurs*" des plateformes²² : si "*tout le droit de la para-subordination demeure à construire,*"²³ le juge ne peut en être l'architecte.

De lege lata, celui qui travaille pour la plateforme est, soit un salarié, soit un travailleur indépendant, dès lors qu'il n'existe pas en droit positif de statut intermédiaire tel celui de "worker" en Grande Bretagne ou de "TRADE" en Espagne.

La loi n°2016-1088 du 8 août 2016 a certes introduit, dans la septième partie du code du travail, livre troisième, un titre IV concernant les "*Travailleurs utilisant une plateforme de mise en relation par voie électronique*".

²⁰ CJUE C-434/15 "Asociación Profesional Elite Taxi contre Uber Systems Spain SL" Conclusions § 43

²¹ Conclusions de l'avocat général Szpunar, § 56

²² Comme le suggèrent plusieurs auteurs dans le sillage du rapport de P.H Antonmattei et J.C Sciberras au ministre du Travail de novembre 2008, "*Le travailleur économiquement dépendant, quelle protection ?*"

²³ Jean Mouly, "*Quand l'auto-entreprise sert de masque au salariat*", Droit social 2016 p 859, déjà cité

Les premiers mots du nouvel article L.7341-1 du code du travail précisent immédiatement que ne sont pas concernés tous les travailleurs recourant à de telles plateformes, mais seulement les *“travailleurs indépendants”*, et uniquement *“lorsque la plateforme détermine les caractéristiques de la prestation de service fournie ou du bien vendu et fixe son prix”* (article L.7341-2 du code du travail).

Ce qui a pu être qualifié de *“prémisses d’un statut social”*²⁴ ne s’applique donc qu’aux travailleurs indépendants et n’interdit pas une action en requalification de leur relation avec la plateforme en contrat de travail.

3 - La motivation de l’arrêt d’appel

Le mode d’activité de la société TakeEatEasy ayant été précisé, il nous reste à apprécier si, à partir des éléments de fait et de preuve qui lui étaient soumis, la Cour d’appel a pu dire que M. B... n’était pas lié à cette société par un contrat de travail.

L’arrêt relève que celui-ci a répondu à une offre de *“collaboration”* publiée par la société sur internet et qu’*“au terme du processus de recrutement qui se caractérise par la remise d’une information écrite sur les attentes de la société TAKE EAT EASY et par une période de formation en trois étapes”*, il a demandé le 12 janvier 2016 son inscription au RCS en qualité d’auto-entrepreneur (suivant les indications du guide intitulé *“FAQ”* qui lui avait été remis), puis a *“conclu le 13 janvier 2016 un contrat de prestations de services”*.

Ayant constaté qu’il n’était pas contesté que *“les parties s’opposent essentiellement sur l’existence ou non d’un lien de subordination”*, les juges d’appel ont appliqué la méthode du faisceau d’indices en procédant à l’examen du contrat de prestation de services conclu entre les parties puis des conditions effectives de l’activité du coursier .

3.1 - Les conditions d’acquisition du statut d’auto-entrepreneur.

Il est constant que les coursiers adoptaient le statut d’auto-entrepreneur à la demande de la société, s’agissant d’une condition présentée comme indispensable à une *“collaboration”*.

²⁴ Isabelle Desbarats, *“Quel statut social pour les travailleurs des plateformes numériques ? La RSE en renfort de la loi”*, Droit social 2017, p. 971

La cour d'appel a considéré que *“la circonstance que (le coursier) ait été incité par la société TAKE EAT EASY à s'inscrire en tant qu'auto-entrepreneur (était) sans incidence”*.

Il nous paraît au contraire que cela peut révéler, à l'origine de la relation juridique entre les parties, une première contrainte : **il ne s'agit pas d'un entrepreneur individuel qui va s'inscrire sur une plate-forme pour trouver des clients. Il s'agit d'un particulier qui, pour pouvoir travailler pour la plateforme, va être contraint de devenir auto-entrepreneur.**

En ce sens, une réponse ministérielle ²⁵ souligne 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”* et, parmi les indices susceptibles de permettre la requalification d'un contrat d'entreprise en contrat de travail, cite notamment ***“l'initiative même de la déclaration en travailleur indépendant (démarche non spontanée, a priori incompatible avec le travail indépendant)”***.

Sur ce point, la cour d'appel n'a donc pas tiré les conséquences légales de ses constatations.

3.2 - L'auto-facturation

Le livreur était rémunéré à la course selon un tarif fixé par la société TakeEatEasy (la cour d'appel évoque une *“rémunération définie d'un commun accord dans les conditions particulières”* d'un montant de 7,50 euros par course, mais ce tarif, selon les conclusions non contredites de M. B..., s'appliquait en fait à tous les livreurs).

La société établissait ensuite elle-même les factures puis rémunérait le livreur.

La cour d'appel a considéré que *“l'auto-facturation contractuellement prévue par les parties pour des raisons d'efficacité et de simplicité, que la loi autorise précisément dans un tel cadre, ne saurait constituer un indice de la relation salariale alléguée”*.

On peut se demander tout de même, mais nous y reviendrons, si cela ne rentre pas dans la définition du service organisé (lequel constitue bien *“un indice de l'existence*

²⁵ Rép. Min. N° 7103, JOAN 6 août 2013

d'un lien de subordination") ou ne participe pas à l'identification d'un lien de dépendance économique.

3.3 - Le choix des horaires de travail

La cour d'appel relève que, selon le contrat de prestation de service signé entre les parties, *"le prestataire (c'est à dire le livreur) choisit librement les plages horaires disponibles à l'intérieur desquelles il s'engage à effectuer une ou plusieurs livraisons et peut modifier une plage horaire au maximum 72 heures avant son commencement"*.

Il doit être prêt à partir, en possession de son matériel de livraison, de son vélo, et d'un smartphone chargé avec l'application TakeEatEasy allumée *"au plus tard 15 minutes avant le début de la prestation"*. S'il ne valide pas *"dans les cinq minutes de sa notification la proposition de livraison qui lui est faite via l'application, le prestataire est automatiquement réputé la refuser"*.

Ce sont essentiellement ces dispositions qui conduisent la cour d'appel à écarter la requalification du contrat. Elle y revient à plusieurs reprises au long de l'arrêt, soulignant que le *"prestataire choisit librement les plages horaires disponibles à l'intérieur desquelles il s'engage à effectuer une ou plusieurs livraisons"* (...) *"reste libre chaque semaine de déterminer lui-même les plages horaires au cours desquelles il souhaite travailler, ou de n'en sélectionner aucune s'il ne souhaite pas travailler"* (...) *"choisit librement ses plages horaires d'activité"*, a la liberté *"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"*, jouit d'une *"liberté totale de travailler ou non"* et peut *"choisir chaque semaine ses jours de travail et leur nombre sans être soumis à une quelconque durée du travail"*.

➤ Observons d'abord que **la liberté - toute relative - de choisir ses horaires de travail n'est qu'un indice de non subordination qui ne peut à lui seul évincer tous les autres indices de subordination.**

Relisons l'arrêt Z.../Bastille taxi ²⁶ pour nous en persuader : la cour d'appel avait constaté *qu'il ne ressortait pas des débats que M. Z... recevait des instructions du loueur notamment quant à la clientèle à prendre en charge ni quant au secteur de circulation ou quant aux horaires"*.

²⁶ Soc. 19 décembre 2000, n° 98-40.572 P+B+R+I, déjà cité

Cette circonstance, non contestée, n'a pas empêché la Cour de cassation de juger que *"l'accomplissement effectif du travail dans les conditions précitées prévues par ledit contrat et les conditions générales y annexées, plaçait le " locataire " dans un état de subordination à l'égard du " loueur " et qu'en conséquence, sous l'apparence d'un contrat de location d'un " véhicule taxi ", était en fait dissimulée l'existence d'un contrat de travail"*.

Ainsi, *"plusieurs (indices), et non tous, doivent être présents pour que l'existence d'un lien de subordination soit constatée"*.²⁷

➤ Arrêtons-nous ensuite sur les faits constatés par la cour d'appel : la liberté du livreur de choisir la plage horaire (ou *"shift"*, dans le langage de TakeEatEasy) durant laquelle il souhaite travailler, connaît quelques limites. Il convient, comme l'indique l'arrêt, que cette plage soit *"disponible"*. Les conclusions d'appel, non contredites, précisent que les *"shifts"* disponibles étaient mis en ligne le lundi soir. Une fois inscrit, le coursier ne pouvait *"modifier une plage horaire"* qu'à la condition de le faire, aux termes du contrat, *"au maximum 72 heures avant son commencement"*.

Il en résulte que le coursier qui s'était inscrit le lundi soir afin de travailler au cours de la même semaine ne pouvait se désister, et donc recouvrer sa liberté, que pour les plages horaires du vendredi (en supposant que le désistement soit effectué le mardi matin au plus tard). Et nous verrons qu'une pénalité (ou *"strike"*) était d'ailleurs prévue par les *"documents non-contractuels intitulés « le petit guide du coursier Take Eat Easy », « les meilleures pratiques » et « FAQ » (foire aux questions)"* remis par la société au coursier, *"en cas de désinscription tardive d'un « shift » (< 48 h)"*.

La liberté du coursier de choisir ses horaires était donc sérieusement encadrée :

*"Il semble possible de parler de « liberté totale » lorsque les travailleurs ont le choix le plus entier de se connecter et se déconnecter quand ils le souhaitent. Mais s'agit-il de la même liberté lorsque les travailleurs doivent indiquer à l'avance les jours ainsi que les plages horaires où ils s'engagent à travailler, comme c'est le cas aujourd'hui chez Deliveroo et auparavant chez TakeEatEasy ? Si les livreurs doivent préalablement « se positionner » sur un créneau (un shift dans le jargon), c'est donc qu'ils ne sont pas libres de travailler quand ils veulent !"*²⁸

²⁷ Emeric Jeansen, JCI Traité fasc.17-1 Salarial Définition § 28

²⁸ Alexandre Fabre, *"Les travailleurs des plateformes sont-ils des salariés ? Premières réponses frileuses des juges français"* Droit social 2018 p.547, déjà cité

Référence peut être utilement faite sur ce point à la décision Douglas O'Connor rendue en mars 2015 par la District Court of Northern California dans le cadre d'une class action menée par des chauffeurs UBER : elle *“souligne que **choisir son jour et ses heures de travail n'exclut pas, en soi, une relation de travail subordonnée. L'interrogation pertinente revient plutôt à se demander quel est le niveau de contrôle détenu par Uber sur ses chauffeurs quand ceux-ci se connectent à la plateforme.**”*²⁹

La cour d'appel se borne cependant à affirmer que *“Ces stipulations ne sont pas en soi révélatrices du lien de subordination allégué ni même d'une dépendance économique du prestataire”*.

3.4 - Le matériel utilisé par le livreur

L'arrêt d'appel relève que celui-ci *“travaille avec son propre matériel, la société ne fournissant contre caution que le sac de livraison équipé d'un sac isotherme et si nécessaire le smartphone”*.

A vrai dire, fournir le sac de livraison et le smartphone, c'est à dire le cordon ombilical reliant la plateforme au livreur, est loin d'être négligeable. Mais il est vrai que le livreur doit utiliser son propre vélo, avec ses accessoires de sécurité (*“son kit de réparation, son casque, son gilet ou brassard réfléchissant”*).

On peut en conclure que cet indice apparaît, en l'espèce, peu déterminant. Observons tout de même que le vélo est vérifié par la société avant la signature du contrat et qu'il est interdit au livreur de circuler avec un véhicule à moteur (sous peine de trois *“strikes”* de pénalité). **Celui-ci n'est donc pas libre de choisir le matériel qu'il veut utiliser pour effectuer son travail.**

3.5 - Les pénalités prévues (dont la cour d'appel précise qu'elles ont effectivement été appliquées au livreur)

Selon les dispositions contractuelles reprises par l'arrêt :

“la société peut sans mise en demeure procéder à la résiliation avec effet immédiat de la convention en cas de manquement grave du prestataire à ses obligations, tel que :

²⁹ Citée par Kieran Van Den Bergh, *“Plateformes numériques de mise au travail : mettre fin à une supercherie”*, Revue de droit du travail 2018 p.318

- ne pas effectuer de manière répétée et après acceptation les livraisons dans le délai imparti, sauf cas de force majeure,
- ne pas disposer du matériel requis pour le service de livraison ou disposer d'un matériel qui ne répond pas aux normes légales et réglementaires, notamment en matière de sécurité,
- avoir, de manière avérée, adopté un comportement irrespectueux ou impoli à l'égard des partenaires de la société, de leurs dirigeants ou membres du personnel ou à l'égard d'un client,
- avoir, de manière avérée, adopté un comportement dangereux (non-respect des règles de circulation routière, ébriété...),
- ne pas être en ordre au regard des obligations sociales ou fiscales qui s'imposent au prestataire,
- ne pas avoir respecté l'une des stipulations de l'article 10 concernant les obligations fiscales,
- ne pas disposer d'une assurance couvrant les risques liés à l'exécution de la convention ainsi que les dommages causés ou subis par le prestataire,
- abandonner l'exécution de ses obligations issues des présentes à un tiers ou céder, à titre onéreux ou non, les droits qui découlent de la convention, sauf le cas échéant à faire réaliser la prestation par ses propres salariés.

Hormis ces cas, chacune des parties peut mettre fin à la convention moyennant le même préavis dont la durée augmente en fonction de celle du contrat, lequel est conclu pour six mois et tacitement reconduit à l'issue pour une durée indéterminée."

A ces dispositions contractuelles, s'ajoute "un système de bonus (le bonus « Time Bank » en fonction du temps d'attente au restaurant et 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" dont la cour d'appel donne le détail :

- un «strike» en cas de désinscription tardive d'un «shift» (< 48 h), de connexion partielle au «shift» (en dessous de 80 % du «shift»), d'absence de réponse à son téléphone «wiko» ou «perso» pendant le «shift», d'incapacité de réparer une crevaison, de refus de faire une livraison et, uniquement dans la «FAQ», de circulation sans casque,
- deux «strikes» en cas de «No-show» (inscrit à un «shift» mais non connecté) et, uniquement dans la «FAQ», de connexion en dehors de la zone de livraison ou sans inscription sur le calendrier,
- trois «strikes» en cas d'insulte du «support» ou d'un client, de conservation des coordonnées de client, de tout autre comportement grave et, uniquement dans la

«FAQ», de cumul de retards importants sur livraisons et de circulation avec un véhicule à moteur.

Sur une période d'un mois (ou de quinze jours selon la «FAQ»), un «strike» ne porte à aucune conséquence, le cumul de deux «strikes» entraîne une perte de bonus, le cumul de trois «strikes» entraîne la convocation du coursier «pour discuter de la situation et de [sa] motivation à continuer à travailler comme coursier partenaire de TAKE EAT EASY» et le cumul de quatre «strikes» conduit à la désactivation du compte et la désinscription des «shifts» réservés.

Comment doit-on qualifier ce dispositif très complet de récompenses, mais surtout de sanctions ? Il s'agit là d'un point déterminant, puisque **tout lien de subordination suppose le pouvoir de l'employeur "de sanctionner les manquements de son subordonné"**³⁰.

On aurait pu croire qu'après avoir énuméré les causes de "résiliation avec effet immédiat de la convention en cas de manquement grave du prestataire à ses obligations", puis le système assez sophistiqué de "strikes", c'est à dire de "pénalités distribuées en cas de manquement du coursier à ses obligations contractuelles", la cour d'appel allait caractériser un pouvoir de sanction de la plateforme selon une échelle des fautes.

Les juges d'appel en ont été tentés : "de prime abord un tel système est évocateur du pouvoir de sanction que peut mobiliser un employeur", mais ont préféré le qualifier de "système gradué d'incitation à une fiabilité optimale" pour juger 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".

Qu'est-ce pourtant qu'une faute reprochable au salarié, sinon un "comportement objectivable" constitutif d'un manquement aux obligations résultant du contrat de travail ? Qu'est-ce que l'échelle de pénalités prévue (et appliquée) par la société TakeEatEasy, sinon la mise en oeuvre du pouvoir de sanction de la plateforme ?

3.6 - L'absence d'exclusivité

Les juges d'appel ont relevé que : "le prestataire est libre de conclure avec toute autre entreprise un contrat similaire ou équivalent, la société TAKE EAT EASY ne disposant d'aucune exclusivité".

³⁰ Soc. 13 novembre 1996, n° 94-13.187, P+B+R déjà cité

Sur un plan purement factuel, on observera que, compte tenu des contraintes de l'emploi (circulation à vélo, utilisation d'un imposant sac isotherme au nom de la société, exigence de disponibilité pendant un "shift"), un livreur ne peut pas travailler, en même temps, pour plusieurs entreprises.

Mais, en droit, l'absence d'exclusivité peut-elle être considérée comme un indice de non salariat ? On ne peut répondre que par la négative, puisqu'il ne fait aucun doute qu'un travail salarié peut s'exercer à temps partiel (la demande de requalification porte d'ailleurs en l'espèce sur un contrat de travail à temps partiel, M. B... exerçant un autre emploi salarié).

La lecture des arrêts de la chambre sociale montre d'ailleurs que si l'exclusivité peut être prise en compte comme un indice supplémentaire de l'état de subordination juridique ³¹, son absence ne peut l'exclure. Ainsi l'exercice parallèle d'une activité professionnelle (même à temps plein) est un motif inopérant pour écarter l'existence d'un second contrat de travail. ³²

Inversement, l'existence d'une clause d'exclusivité apparaît plutôt comme un indice de dépendance économique, dont on sait qu'elle ne peut suffire à identifier l'existence d'un contrat de travail ³³.

3.7 - Un indice non examiné : l'intégration du coursier dans un service organisé par la société TakeEat Easy.

Le pouvoir de la société TakeEatEasy de donner des ordres et des directives résulte des obligations mises à la charge du livreur relevées par la cour d'appel : obligation de s'inscrire dans un planning, d'utiliser le matériel de livraison défini (et en partie mis à disposition) par la société, de valider à très bref délai les propositions de livraison, d'effectuer les livraisons dans le délai imparti mais de ne pas adopter un comportement dangereux, de se soumettre aux prescriptions contenues dans les guides de bonne pratique et FAQ remis aux livreurs.

³¹ Par exemple Soc. 15 mars 2006, n° 04-47.379

³² Soc. 28 avril 2011, n°10-15.573, Bull. 2011, V, n° 100

³³ Soc. 19 juin 2013, n°12-17.913

La cour d'appel, après avoir rappelé que *"l'application est dotée d'un système de géolocalisation permettant le suivi en temps réel tant par la société que par le client de la position du prestataire et la comptabilisation du nombre total de kilomètres parcourus par celui-ci dans le cadre de l'exécution de la convention"*, système permettant à la société de contrôler en temps réel l'activité du livreur³⁴, a considéré, d'une part que :

"Si dans le cadre d'une relation tripartite entre le restaurateur, le coursier à vélo et le client, le service de livraison de repas est nécessairement organisé, pour autant la société TAKE EAT EASY ne détermine pas unilatéralement les conditions d'exécution du travail du livreur puisque celui-ci choisit librement ses plages horaires d'activité" et, d'autre part, que les documents remis au livreur : *"contiennent des informations, des recommandations en matière de sécurité et d'hygiène et des conseils de bon sens quant au déroulement des missions et à l'attitude à adopter vis à vis de la clientèle, qui tant dans la forme que sur le fond ne peuvent s'analyser comme des ordres ou directives, étant précisé que les trajets sont suggérés via l'application mais non imposés"* On aurait pu croire qu'en qualifiant la société TakeEatEasy d'organisateur nécessaire du service (qu'elle avait elle-même créé), la cour d'appel allait considérer que le livreur s'intégrait à un service organisé par la société, ce qui ne suffisait pas à en faire un salarié, mais aurait constitué un indice supplémentaire de l'existence d'un lien de subordination³⁵.

Elle s'y est refusée en s'appuyant sur ce qui constitue la pierre angulaire de son raisonnement : *"la liberté totale de travailler ou non dont a bénéficié (le livreur)"*.

Mais *"est-il encore possible de parler de liberté ? Ne faudrait-il pas plutôt considérer que les contraintes pesant sur les travailleurs sont en proportion plus importantes que les libertés qu'ils sont censés avoir ? Chemin faisant, il ne serait pas exagéré de considérer qu'en organisant à ce point l'activité des livreurs, la plateforme exerce une « influence décisive » sur leurs conditions de travail."*³⁶ N'y a-t-il pas là ce que le même auteur qualifie de *"subordination organisationnelle"* ?

Ajoutons que la cour d'appel, qui avait constaté que la rémunération du livreur était fixée par la société TakeEatEasy et qu'il lui était interdit, sous peine de se voir infliger trois *"strikes"*, de conserver des coordonnées de client, n'en a déduit aucune conséquence juridique. Pourtant l'interdiction de constituer une clientèle propre ou la

³⁴ N'oublions pas que sont sanctionnés d'un "strike" *"l'absence de réponse à son téléphone «wiko» ou «perso» pendant le «shift», et le refus de faire une livraison"*.

³⁵ Soc.13 novembre 1996, n°94-13.187, P+B+R, déjà cité

³⁶ Alexandre Fabre, "Les travailleurs des plateformes sont-ils des salariés ? Premières réponses frileuses des juges français" Droit social 2018 p.547, déjà cité, faisant référence aux termes employés par la CJUE dans sa décision Taxi Elite c/Uber C-434/15

fixation de la rémunération par la plateforme, “partie forte” dans la relation de travail, étaient de nature à constituer des indices d’une dépendance économique qui *“n’est pas la subordination, mais (...) s’accompagne le plus souvent d’une telle subordination. Elle est donc un indice possible.”*³⁷

Comme le souligne le professeur Dockès, qui propose *“une complémentarité de la dépendance et de la subordination”* : *“« L’obéissance n’est pas la dépendance ». Mais l’état de subordination pourrait, lui, désigner désormais ce plateau de la balance sur lequel les dépendances et les obéissances s’additionnent.”*

4 - Deux observations pour terminer :

➤ La requalification en contrats de travail des contrats passés entre la société TakeEatEasy et ses livreurs ne sonnerait pas la fin de ce monde nouveau dans lequel *“l’économie collaborative répond aux nouvelles aspirations, parfois contradictoires, des individus et des communautés en faveur de davantage de liberté et de souplesse mais aussi d’une vision plus soucieuse de l’environnement”*³⁸.

On peut être, même au XXIème siècle, livreur et salarié : une recherche récente sur les sites internet de différentes entreprises, à la rubrique embauche, révèle que si la plupart des entreprises de livraison à vélo ont recours à des auto-entrepreneurs (Deliveroo, Uber Eats, Stuart...), d’autres emploient des coursiers à vélo en CDI (coursier.fr) ou proposent *“divers contrats”* (Citeliv à Lille). Et les livreurs de pizza à scooter des sociétés Domino’s ou Pizza Hut sont salariés, comme ceux de Sushi Shop et de Planet-Sushi.

Ajoutons que le modèle économique adopté par la société TakeEat Easy (absence de charges sociales sur les livraisons, pourcentage versé par les restaurateurs³⁹) ne l’a pas empêché de faire faillite et que la société Foodora a récemment décidé de cesser ses activités en France⁴⁰.

³⁷ Emmanuel Dockès *“Notion de contrat de travail”*, Droit social 2011 p.546, déjà cité

³⁸ *“Les plateformes collaboratives, l’emploi et la protection sociale”*, rapport établi par Nicolas Amar et Louis-Charles Viossat (IGAS, rapport n°2015-121R - mai 2016), déjà cité

³⁹ Guy Pressenda, président régional de l’Union des métiers et des industries hôtelières (Umih) d’Occitanie, précise que le restaurateur paie dans tous les cas au prestataire de livraison (comprendons à la plateforme) 30 % sur chaque commande vendue. La Dépêche, 20 août 2017 <https://www.ladepeche.fr/article/2017/08/20/2630708-le-sprint-quotidien-des-livreurs-a-velo.html>

⁴⁰ *“Foodora abandonne la course en France”* Le Monde Economie du 3 août 2018 https://www.lemonde.fr/economie/article/2018/08/03/foodora-filiale-francaise-de-delivery-hero-est-a-vendre_5338990_3234.html

➤ Il est enfin permis de se demander si le recours par la société TakeEatEasy à une terminologie anglo-saxonne ("*shifts*", "*strikes*"), là où "plages horaires" et "sanctions" auraient parfaitement convenu, ne cherchait pas, au-delà d'une novlangue ⁴¹ modernisante, à dissimuler, aux yeux de ses "prestataires" et peut-être des juges, la véritable nature de ce dispositif.

Des développements qui précèdent, il m'apparaît que la cour d'appel, en disant que M. B... n'était pas lié à la société TakeEatEasy par un contrat de travail, n'a pas tiré les conséquences légales des constatations auxquelles elle a procédé.

Avis de cassation.

⁴¹ dont on sait qu'il s'agissait de la langue officielle d'Océania, dans le roman de George Orwell "1984"...