

LE LIEN DE SUBORDINATION DANS LES FORMES ATYPIQUES DE TRAVAIL

Gnidouba Roger LANOU

Maitre-Assistant à Université Thomas SANKARA

Résumé

Dans les formes classiques de travail, le contrat de travail est identifié à partir de la caractérisation de l'existence d'un lien de subordination juridique. Ce lien est défini par les pouvoirs, que l'employeur a sur le travailleur salarié, de lui donner des ordres et des directives, d'en contrôler l'exécution et d'en sanctionner les manquements. Dans les formes atypiques de travail, qui comprennent, sans s'y limiter, le télétravail et le travail à domicile, et plus particulièrement toutes les formes de travail qui s'exécutent par l'intermédiaire des plateformes numériques de travail, il est relevé une forte dilution et une dispersion des pouvoirs juridiques classiques reconnus à l'employeur. En revanche, la dépendance économique du travailleur atypique à l'égard de l'employeur est plus fortement marquée, au point que la question se pose de savoir si le critère du lien de subordination juridique peut être considéré comme adapté aux formes atypiques de travail.

Abstract

In standard employment, the work contract is identified from the characterization of the existence of a link of legal subordination. This link is defined by the powers held by the employer over the salaried worker to give him orders and directives, to monitor their execution and to sanction breaches. In non-standard forms of employment, which include, but are not limited to, teleworking and working from home, and more specifically all forms of work that are carried out through digital labour platforms, there is a strong dilution and a dispersion of the traditional legal powers granted to the employer. On the other hand, the economic subordination of the non-standard worker to the employer is more strongly marked, to the point that the question arises as to whether the criterion of the legal subordination link can be considered suitable for non-standar forms of employment.

Sommaire

INTRODUCTION

I.- L'ATTÉNUATION DES POUVOIRS JURIDIQUES DE L'EMPLOYEUR

A.- L'ACCENTUATION DE LA LIMITATION DES POUVOIRS JURIDIQUES

1.- *Un cantonnement prononcé des pouvoirs juridiques dans l'espace*

2.- *Un confinement marqué des pouvoirs juridiques dans le temps*

B.- LA DILUTION DES POUVOIRS JURIDIQUES

1.- *La dispersion des pouvoirs juridiques entre différents acteurs*

2.- *La dissimulation des pouvoirs juridiques par l'objet du contrat*

II.- LE RENFORCEMENT DE LA DÉPENDANCE ÉCONOMIQUE DU TRAVAILLEUR

A.- LA JUSTIFICATION DU RENFORCEMENT DU CRITÈRE DE LA DÉPENDANCE ÉCONOMIQUE

1.- *La dépendance économique du travailleur atypique établie dans les faits*

2.- *La dépendance économique du travailleur atypique mal saisie par le droit*

B.- LA MANIFESTATION DU RENFORCEMENT DU CRITÈRE DE LA DÉPENDANCE ÉCONOMIQUE

1.- *Un renouvellement du lien de subordination hésitant dans la forme*

2.- *Un renouvellement du lien de subordination convaincant dans le fond*

CONCLUSION

INTRODUCTION

1- L'accroissement démographique, les fluctuations macroéconomiques, les évolutions technologiques, les mutations du marché du travail et, plus récemment, la crise sanitaire liée à la pandémie de la maladie à coronavirus 2019¹ ont profondément bouleversé la relation de travail et entraîné le développement de ce qu'il est maintenant convenu d'appeler « *formes atypiques d'emploi* » ou « *formes atypiques de travail* », ou encore « *formes de travail diverses* ». Ces expressions, utilisées comme synonymes par l'Organisation Internationale du Travail (OIT), désignent « *les différents arrangements professionnels qui dévient de l'emploi classique* »² et recouvre notamment, de manière très large, le travail temporaire, le travail à temps partiel, le travail à la demande, le travail en agences d'intérim, de placement ou autres employeurs multiples, le travail déguisé, le travail indépendant économiquement dépendant, le télétravail et le travail à domicile³. Les plus récentes de ces formes atypiques de travail s'exécutent sur des plateformes numériques de travail⁴. Ces plateformes numériques de travail ou entreprises plateformes, florissantes dans tous les pays du monde y compris les pays africains⁵, sont définies comme une nouvelle forme d'organisation du travail, dit « *travail par intermédiation numérique* »⁶, qui permet à des travailleurs indépendants, inscrits ou affiliés à un réseau, d'accéder, en ligne et par l'intermédiaire de plateformes d'externalisation ou d'applications mobiles utilisant la géolocalisation, à des clients afin de leur fournir des services rémunérés⁷.

Elles peuvent être regroupées en deux grandes catégories⁸. La première comprend les plateformes qui proposent du travail en ligne et à distance. Ces plateformes, dites de micro-travail, permettent aux entreprises et à leurs clients d'avoir accès à une vaste main-d'œuvre flexible chargée d'exécuter des prestations diverses pouvant être effectuées à distance au moyen d'un ordinateur et d'une connexion à Internet⁹. La seconde catégorie comprend les plateformes qui proposent du travail matériellement localisable¹⁰.

2- Si les nouvelles formes de travail, et plus précisément les plateformes numériques de travail, ont permis d'adapter la relation de travail aux réalités de la nouvelle économie du travail, elles soulèvent également des défis juridiques nouveaux, relativement à la caractérisation du lien de subordination exigé pour la qualification d'un contrat de travail, d'où l'intérêt d'étudier le renouvellement du lien de subordination en droit du travail, particulièrement dans les formes atypiques d'emploi.

3- Le contrat de travail est défini comme « *toute convention écrite ou verbale par laquelle une personne appelée travailleur, s'engage à mettre son activité professionnelle, moyennant rémunération, sous la direction et l'autorité d'une autre personne physique ou morale, publique ou privée appelée employeur* »¹¹. De cette définition, il se dégage trois éléments constitutifs : la prestation de travail, la rémunération et le lien de subordination. Si les deux premiers éléments ont la particularité commune

11 V. art. 29 de la loi n°028-2008/AN du 13 mai 2008 portant Code du travail au Burkina Faso. Au Bénin, l'article 9 de la loi n°98-004 du 27 janvier 1998 portant code du travail définit le contrat de travail comme : « *un accord de volonté par lequel une personne physique s'engage à mettre son activité professionnelle sous la direction et l'autorité d'une autre personne physique ou morale moyennant rémunération* ».

de découler de l'objet du contrat de travail et de ne pas être exclusifs à celui-ci¹², le lien de subordination est, quant à lui, considéré comme l'élément « *spécifique et essentiel du contrat de travail, sans lequel les deux autres ne sauraient suffire* »¹³. Il est le composant décisif qui permet de qualifier le contrat de travail car constituant à la fois une « *condition nécessaire et suffisante* »

d'identification de ce contrat¹⁴. En son absence, un contrat ne saurait en principe être qualifié de contrat de travail¹⁵.

4- Il faut rappeler qu'historiquement, le contrat de travail a été conçu sur le modèle du louage du droit civil. Mais à la différence du contrat de louage ordinaire dans lequel le preneur à bail pouvait entrer en possession de la chose louée, dans le contrat de travail, « *il n'y a pas de remise matérielle à l'employeur de la force de travail, faute de pouvoir détacher celle-ci du corps du salarié* »¹⁶. Le travail salarié en est devenu un travail servile, qui crée un assujettissement du salarié à l'employeur pour compenser l'impossibilité pour ce dernier d'entrer directement en possession de la force de travail du salarié dont il a conventionnellement acquis la jouissance¹⁷. Le lien de subordination apparaît alors comme le « *substitut de la dépossession* » par l'employeur de la force de travail du travailleur¹⁸.

5- La notion de lien de subordination juridique n'a pas encore été formellement définie par les législateurs africains. Seuls les juges se sont essayés à des définitions. Par exemple, le juge burkinabè considère 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* »¹⁹. Il faut souligner que cette définition est une reprise, in

12 A. Supiot, *Le droit du travail*, coll. « Que sais-je ? », 7^e éd. Paris, PUF, 2021, p. 68.

13 G.-H. Camerlynck et Gérard Lyon-Caen, *Précis de Droit du Travail*, Paris, Dalloz, 1965, p. 229.

14 Voir la position du juge sénégalais dans l'arrêt Arrêt n°405 du 13 juillet 2011, Papa Diallo Zator c./La Société PNN LTD, *Bull. 2013, vol. n°1*, p. 135 confirmée la Cour Suprême du Sénégal, Arrêt n°6 du 11 février 2015, Complexe le Paradis c./ Abdoulaye Ndiaye, *Bull. C.S. 2015, n°9-10*, p. 166. Dans le même sens, il faut lire la décision de la Cour Suprême du Sénégal, Arrêt n°41 du 27 mai 2015, Coraf c/Dogo Seck, *Bull. C.S. 2015, n°9-10*, p. 189, les deux décisions sont citées par A. Kanté, *Droit social sénégalais : Droit du travail, Droit de la protection sociale*, L'Harmattan Sénégal, 2017, p. 51.

15 Alors que la rémunération exclut du salarié le travail bénévole, fourni par exemple dans le cadre exclusif des relations familiales, des loisirs ou d'un engagement à but non lucratif et notamment associatif politique, syndical ou caritatif, la notion de travail ou de prestation renvoie à « *une activité de nature économique, susceptible d'avoir une valeur d'échange* » (Cour Suprême du Sénégal, Arrêt n° 59 du 28 octobre 2015, Rokhaya Dieye c./ Lead Afrique francophone, *Bull. C.S. 2015, n°9-10*, p. 196).

16 Muriel Fabre-Magnan, « Le contrat de travail défini par son objet », in *Le travail en perspectives*, Ouvrage collectif, Paris, LGDJ, 1998, p. 101.

17 A. Supiot, « Les nouveaux visages du lien de subordination », *Revue Droit Social*, n°2, février 2000, p. 131.

18 M. Fabre-Magnan, « Le contrat de travail défini par son objet », *op. cit.*, p. 101.

19 V. notamment C. cass., soc. (bf), 21 février 2017, arrêt n°35 Z. K. et 9 autres contre O. S. Agence de Koudougou, Recueil de décisions de justice en matière sociale, MFPTPS, 2^e éd., 2019, p. 19 ; C. cass., soc. (bf) 29 septembre 2009 ; Cour d'appel de Dakar, Arrêt n°405 du 13 juillet 2011, Papa Diallo Zator c./La Société PNN LTD, *Bull. 2013, vol. n°1*, p. 135 confirmée la Cour Suprême du Sénégal, Arrêt n°6 du 11 février 2015, Complexe le Paradis c./ Abdoulaye Ndiaye, *Bull. C.S. 2015, n°9-10*, p. 166. Dans le même sens, il faut lire la décision de la Cour Suprême du Sénégal, Arrêt n°41 du 27 mai 2015, Coraf c/Dogo Seck, *Bull. C.S. 2015, n°9-10*, p. 189.

extenso, d'une formule ancienne du juge français²⁰, qui a permis de fixer les critères historiques de caractérisation du lien de subordination, à partir d'un faisceau d'indices tenant aux conditions et aux modalités d'organisation et d'exécution du travail. Sur le fondement de ces critères, la caractérisation du lien de subordination a toujours été exclusivement centrée sur la recherche des pouvoirs unilatéraux de commandement dévolus à l'employeur, que ce dernier exerce à la fois sur la personne même du travailleur et sur les conditions d'exécution du travail. Ces pouvoirs sont essentiellement de trois ordres. Il s'agit, d'abord, du pouvoir de direction, qui est un pouvoir de gestion et de « *direction économique* » permettant à l'employeur d'effectuer des choix essentiels de conduite d'activité²¹. Il s'agit, ensuite, du pouvoir réglementaire ou normateur, qui est celui qui permet à l'employeur de mettre en place les règles patronales, consistant à édicter des normes internes au sein de l'organisation. La manifestation la plus expressive de ce pouvoir réglementaire se perçoit dans l'adoption au sein de l'entreprise d'un règlement intérieur²². Il s'agit, enfin, du pouvoir de contrôler la conformité du travail effectué par le salarié aux normes internes, aux directives et aux ordres donnés par l'employeur, et de prendre des sanctions disciplinaires lorsque des manquements constatés sont imputables à la désobéissance du salarié²³.

- 6- Les notions de pouvoir, d'ordre et de directive, au cœur de la définition du lien de subordination, sont polysémiques. Le pouvoir désigne la force et la manière par lesquelles une personne obtient d'une autre une action. Envisagé dans le cadre du contrat de travail, le pouvoir représente un ensemble de prérogatives liées à l'« autorité » de l'employeur sous laquelle le travailleur salarié place et exerce son activité professionnelle²⁴. Quant à la notion d'ordre, elle est également ambivalente. Lorsque la notion d'ordre est employée dans un sens institutionnel, elle désigne alors « *la structure qui identifie une organisation et lui permet de perdurer dans son être* », la subordination qui en résulte est dite fonctionnelle et engendre un lien d'appartenance à une communauté. En revanche, lorsque l'ordre désigne « *le commandement, l'expression d'une volonté qui s'impose à autrui* », la subordination créée est une subordination personnelle qui crée alors « *un lien d'obéissance* »²⁵. La directive désigne, au sens courant, « *une indication générale donnée par une autorité à ses subordonnés* »²⁶. En droit administratif, elle est considérée comme une note interne à l'administration par laquelle un chef de service donne des instructions à ses subordonnés pour rationaliser l'exercice du pouvoir discrétionnaire²⁷. En droit communautaire, la directive

20 Cass. soc., 13 nov. 1996, Société générale, *Dr. soc.*, n° 12, déc. 1996, p. 1067-1070, note J.-J. Dupeyroux, *Grands arrêts du droit du travail*, n° 2 ; *JCP*, éd. E, 1997, II, 911, note J. Barthélemy. V. A.-M. Simon, S. Maillard-Pinon et B. Hess-Fallon, *Droit du travail*, Paris, Dalloz, 25^e éd. 2019, p. 92.

21 B. Pereira, « Mutation du rapport de subordination : le salarié « autonome » ou l'indépendant « subordonné » en France », *Revue Management & Avenir* 2018/6 n° 104, p. 41.

22 J.-Ch. Saint-Pau, *Jouissance des droits civils - Droit au respect de la vie privée. – Régime. Atteintes autorisées par des droits concurrents*, Art. 9 - *Fasc. 17*, 15 juil. 2018, n°9.

23 B. Pereira, *op. cit.*, p. 41.

24 V. B. Pereira, *op. cit.*, pp. 41 et suiv. Pour une étude approfondie de la notion de pouvoir, v. E. Gaillard, *Le pouvoir en droit privé*, Thèse, Université Panthéon-Assas, Paris, *Economica*, 1985.

25 A. Supiot, *Le droit du travail*, coll. « Que sais-je ? », *op. cit.*, pp. 69-70.

26 *Le grand Larousse illustré*, 2015, v° « directive ».

27 R. Cabrillac (dir.), *Le dictionnaire du vocabulaire juridique*, Paris, Litec, 2009, p. 131.

est un acte communautaire normatif et obligatoire, liant les Etats membres quant aux résultats à atteindre, tout en leur laissant la liberté du choix des moyens à utiliser pour les atteindre²⁸. De ces définitions, on peut retenir que la directive est une indication de direction donnée par l'employeur au travailleur salarié dans le cadre de l'exécution du travail. Le lien de subordination qui résulte du pouvoir de donner des directives et des ordres est, d'une part, un « effet juridique » du contrat de travail, qui permet l'exercice par l'employeur d'un pouvoir juridique d'indication de la direction ou de commandement de suivre cette direction et, d'autre part, un « état » de subordination, mêlant des faits et du droit²⁹. Dans un cas, la contrainte est juridiquement instituée, et dans l'autre, elle est factuellement relevée puis rattachée à la catégorie de contrat de travail³⁰. Tout cela fait du lien de subordination l'élément le plus complexe à caractériser, car il associe notamment des données de fait et de droit, des considérations juridiques et des facteurs économiques. Mais une fois caractérisé, ce lien identifie le contrat de travail et appelle l'application du droit du travail.

- 7- L'approche classique de la subordination, recherchée dans les pouvoirs juridiques que l'employeur exerce sur le travailleur, se fonde sur la « liberté d'entreprendre » prévue dans la plupart des Constitutions modernes³¹. L'employeur, qui assume le risque économique de l'entreprise, est habilité par les législations sociales à déterminer, unilatéralement, l'organisation et les moyens qui lui apparaissent les plus appropriés pour l'atteinte des objectifs de développement et de prospérité de son entreprise³². Les pouvoirs reconnus à cet employeur sont, naturellement, perçus comme la contrepartie du risque de l'entreprise assumé par celui-ci. En d'autres termes, celui qui assume les risques est légalement fondé à disposer de toute l'autorité nécessaire pour le choix des objectifs d'entreprise à atteindre, pour donner des ordres ou des directives et pour s'assurer qu'ils sont appliqués par le travailleur salarié sous peine de sanctions disciplinaires. Ces fondements peuvent, enfin et dans certains cas, être complétés par le contrat travail lui-même, qui peut expressément donner corps à des prérogatives subjectives qu'il autorisera l'employeur à exercer.
- 8- Cependant, l'approche classique, axée exclusivement sur l'identification des pouvoirs juridiques exercés par un employeur à l'égard des travailleurs subordonnés, ne semble plus à même de caractériser, de manière satisfaisante, la subordination

28 V. art. 43 du Traité de l'Union Economique et Monétaire Ouest Africaine du 10 janvier 1994, révisé le 29 janvier 2003.

29 « Au stade de la qualification, il n'est pas question de saisir un effet de droit inhérent au contrat de travail, mais un état de contrainte factuelle, une subordination en mouvement, un pouvoir en action » (V. Th. Pasquier, « Sens et limites de la qualification de contrat de travail, De l'arrêt FORMACAD aux travailleurs «ubérésés» », *Revue de droit du Travail*, février 2017, p. 99).

30 Th. Pasquier, « Sens et limites de la qualification de contrat de travail », *op. cit.*, p. 101.

31 Cette liberté est reconnue, à titre illustratif, par l'article 17 de la Constitution du 2 juin 1991 du Burkina Faso, l'article 8 de la Constitution du 7 janvier 2001 du Sénégal et l'article 13 de la Constitution du 30 octobre 2016 de la Côte d'Ivoire. Une jurisprudence française n'a pas manqué de rappeler ce fondement dans la décision Cass. soc., 13 juill. 2004, n° 02-15.142, *JurisData* n° 2004-024703 ; *Bull. civ.* V, n° 205.

32 « Le non-salarié est celui qui supporte les risques de son activité et en recueille les profits alors que le salarié ne saurait prétendre aux profits et par voie de conséquence ne court pas les risques. Profits et risques sont étroitement liés à la notion d'entreprise : le salarié n'est pas un entrepreneur, il participe à l'entreprise d'autrui, alors que le non-salarié est un entrepreneur, un chef d'entreprise, même si celle-ci est individuelle ; on dit qu'il est « à son compte » (G. Lyon-Caen, *Le droit du travail non salarié*, Paris, Sirey, 1990).

des travailleurs, particulièrement dans les formes atypiques de travail. En effet, si certains travailleurs atypiques sont considérés par les législations qui ont pu leur être consacrées comme des travailleurs indépendants, au moins sur le plan juridique, dans de nombreux cas, ils sont privés d'éléments essentiels à leur indépendance économique. Ils ne choisissent pas les clients à qui ils fournissent leurs prestations de travail ; clients qui ne sont du reste pas véritablement les leurs. Ils ne décident également pas des conditions, notamment financières, d'exécution de leurs prestations de travail. Ils sont plutôt intégrés à des services organisés par et pour autrui ; subissent l'organisation des prestations et ne peuvent, très souvent, se créer des opportunités parallèles de revenus en restant attachés aux mêmes partenaires d'affaires. Il en résulte un effacement des pouvoirs traditionnels, reconnus aux employeurs, de donner des ordres, d'en contrôler l'exécution et d'en sanctionner les manquements. Inversement, la relation de travail, dans les formes atypiques d'emplois, semble presque toujours et assurément plus que dans le travail subordonné classique, organiser une allégeance économique réelle des travailleurs, malgré leur indépendance juridique formellement affichée³³. Si la relation de travail dans ces formes atypiques semble reposer sur un certain équilibre juridique, il apparaît assez nettement qu'elle repose sur un déséquilibre économique certain. Dès lors, il est permis de s'interroger sur l'étendue des pouvoirs juridiques de l'employeur et la pertinence de ces derniers à caractériser la subordination du travailleur dans les formes atypiques de travail. L'atténuation, voire l'absence, qui sera relevée de ces pouvoirs classiques de l'employeur dans ces formes de travail, suffit-elle à écarter toute possibilité de caractérisation d'un lien de subordination et donc d'un contrat de travail ? En d'autres termes, le critère du lien de subordination juridique peut-il être considéré comme adapté aux formes atypiques de travail ? Sinon, quel rôle pourrait alors jouer la dépendance économique, traditionnellement reléguée au second plan par le juge, dans la caractérisation du lien de subordination dans formes classiques de travail subordonné ?

- 9- L'étude présente un intérêt théorique, celui d'analyser l'actualité et l'adaptation des critères historiques de caractérisation du lien de subordination aux formes atypiques d'organisation du travail afin d'identifier les nouvelles frontières de ce lien de subordination. D'un point de vue pratique, l'identification des marquants d'un renouvellement des éléments de caractérisation du lien de subordination permettrait d'envisager de reconnaître la protection du droit du travail, aux triples plans de la sécurité juridique, économique et sociale, à des travailleurs d'un genre nouveau, sans remettre en cause la flexibilité apportée par ces formes de travail. Au fond, on pourrait se demander si le problème soulevé se pose véritablement dans les pays africains compte tenu de l'extrême rareté des décisions rendues par les juridictions de ces pays. Il ne faut cependant pas s'y méprendre, le problème étant essentiellement dû à l'émergence d'une nouvelle économie du travail que connaissent tous les pays du monde, y compris les pays africains, il se pose dans les mêmes termes juridiques dans ces pays, et spécialement dans ceux dont les droits ont des affinités avec le droit français.

La subordination est communément appréhendée comme un lien juridique établi ou constaté entre l'employeur et le travailleur. Il est donc acquis qu'elle est caractérisée, d'une part, par l'exigence de pouvoirs très étendus, reconnus à l'employeur, d'où

33 A. Supiot, « Les nouveaux visages du lien de subordination », *op. cit.*, pp. 131 et 136.

l'expression « *patronat de droit divin* » utilisé par un auteur³⁴ et, d'autre part, par l'exclusion traditionnelle de la dépendance économique du travailleur comme élément suffisant de caractérisation de cette subordination³⁵. Dans les nouvelles formes de travail, qui procèdent à une sorte de substitution du déséquilibre juridique par des aménagements économiques, il y a un renouvellement du lien de subordination, qui se manifeste, d'une part, par une atténuation des pouvoirs juridiques de l'employeur (I) et, d'autre part, par un renforcement de la dépendance économique du travailleur (II) dans sa caractérisation.

I.- L'ATTÉNUATION DES POUVOIRS JURIDIQUES DE L'EMPLOYEUR

10- Le lien de subordination juridique, recherché entre l'employeur et le travailleur salarié, est caractérisé par des pouvoirs étendus, effectivement exercés par l'employeur. Mais ces pouvoirs, qui se justifient à la fois sur le plan théorique³⁶ et sur le plan pratique³⁷, ne sont cependant pas absolus. Ils subissent une altération réelle, se traduisant par une accentuation de la limitation de l'exercice de ces pouvoirs juridiques par l'employeur (A) mais aussi par une dilution de ces pouvoirs juridiques, particulièrement dans les formes atypiques de travail (B).

A.- L'ACCENTUATION DE LA LIMITATION DES POUVOIRS JURIDIQUES

11- Le lien de subordination est le lien dont l'existence est constatée à travers l'exercice de pouvoirs de direction, de surveillance, de contrôle et de sanction, qui placent un travailleur salarié dans un état de dépendance juridique vis-à-vis d'un employeur³⁸. Mais cet état de dépendance juridique n'est pas absolu, dans la mesure où l'exercice des pouvoirs juridiques qui la caractérisent est nécessairement limité pour tout salarié, mais bien plus pour les salariés atypiques, dans un espace géographique délimité (1) et se fait exclusivement pendant un temps défini (2) par les lois et les contrats conclus entre les parties.

34 A. Supiot, *Le droit du travail*, coll. « Que sais-je ? », *op. cit.*, p. 75.

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

36 Le pouvoir en droit du travail était, jadis, conçu comme un pouvoir sans limite autre que celles du droit public. En franchissant les portes de l'entreprise, le travailleur était considéré comme ayant renoncé à toute liberté et ayant pénétré dans « un ordre normatif privé, entièrement dépendant de la volonté patronale » (A. Supiot, *Le droit du travail*, coll. « Que sais-je ? », *op. cit.*, p. 75). C'est l'une des raisons qui ont conduit certains à voir dans l'entreprise une institution ayant ses lois propres et à la fois le fondement et la mesure des pouvoirs du chef d'entreprise.

37 Il est possible et cohérent de considérer que les pouvoirs de l'employeurs reposent directement sur les dispositions contenues dans les codes du travail. Ce sont ces lois qui fondent ces pouvoirs, les légitimant et confortant, en même temps qu'elles les limitent et les compensent (G. Auzero, D. Baugard et E. Dockès, *Droit du travail*, Paris, D., 31^e éd., 2018).

38 Tribunal du travail de Ouagadougou, 8 janvier 2017, Jugement n°011-1, GS c./ S. SARL, *Recueil des décisions de justice en matière sociale*, MFPTPS, 2^e éd., 2019, p. 25.

1. Un cantonnement prononcé des pouvoirs juridiques dans l'espace

- 12- L'autorité de l'employeur ne s'exerce en principe qu'au lieu où la prestation doit être exécutée par le travailleur. Ce lieu, selon l'article 36 du Code du travail burkinabè, est le « *lieu convenu* ». C'est en ce lieu convenu que l'employeur doit fournir le travail et conditions matérielles d'exécution de la prestation de travail. Ce lieu peut être fixé, soit dans les locaux de l'entreprise, soit dans un tout autre lieu fixé par l'employeur. Le principe est donc que c'est à la fois sur le choix des locaux de l'entreprise et seulement dans l'enceinte de ces locaux choisis que s'exercent les pouvoirs de l'employeur³⁹. C'est la raison pour laquelle il n'est en principe imposé au travailleur d'appliquer les consignes reçues de l'employeur que dans ce lieu⁴⁰. Les pouvoirs de l'employeur sont donc limités à ce lieu et ne sauraient s'exercer sur le choix du domicile et dans le domicile du travailleur.
- 13- Le travailleur salarié, même engagé dans un lien de subordination juridique, a le droit de choisir son domicile et le droit d'en faire librement l'usage, pourvu que cet usage respecte les lois et les conventions qu'il a conclues⁴¹. Le principe de ce droit fait du domicile du travailleur salarié un « *chez soi [...] dont il est libre d'interdire l'accès à qui il veut* », y compris l'employeur⁴². Ainsi, malgré le pouvoir de l'employeur d'imposer un lieu de travail au travailleur salarié, « *le salarié n'est tenu ni d'accepter de travailler à son domicile ni d'y installer ses dossiers et ses instruments de travail* »⁴³. La liberté du domicile du salarié sous-entend donc une limitation du pouvoir de l'employeur de pouvoir choisir ou d'imposer au travailleur salarié d'avoir à utiliser son domicile pour l'exécution de prestations professionnelles. La possibilité qu'un employeur puisse exercer son pouvoir sur le lieu, en imposant au travailleur salarié d'y accomplir des tâches, est strictement conditionnée par un accord de ce dernier⁴⁴. Le pouvoir patronal de donner des ordres et des directives « *butte sur les murs de la vie privée dont le domicile constitue par excellence le territoire* »⁴⁵.
- 14- Il faut distinguer le travailleur subordonné travaillant à son domicile du statut particulier du travailleur à domicile légalement organisé dans certains systèmes juridiques. Le travail à domicile, du droit français notamment, est défini comme un travail consistant, pour le travailleur, à exercer un talent personnel pour la réalisation, exclusivement à son domicile, d'un ouvrage donné, pour le compte d'un ou de plusieurs donneur(s)

39 G. Duchange, « Coronavirus et Contrat de travail », *Actualité Juridique Contrat* n°4 – Avril 2020, p. 191.

40 Voir notamment l'art. 247 du Code du travail du Burkina Faso.

41 Il ressort de la décision « Cass. soc., 12 janv. 1999 : *JurisData* n° 1999-000086 ; *Dr. soc.* 1999, p. 287, note J.-E. Ray » que « le domicile est le lieu où les libertés prennent leur dimension maximum, qu'il s'agisse des libertés de la personne physique, de l'expression de la pensée, du travail ou des loisirs ». V. sur cette question J. Rivero et H. Moutouh, *Libertés publiques*, T. II, coll. « Thémis », Paris, PUF, 7e éd. 2003, n° 90. Pour d'autres décisions, voir Cass. soc., 15 mai 2007, *JurisData* n° 2007-038872 ; *JCP S* 2007, 1642, note B. Bossu. – Cass. soc., 12 nov. 2008, *JurisData* n° 2008-046042 ; *JCP S* 2009, 1111, note B. Bossu.

42 G. Cornu, *Droit civil, Introduction, Les personnes, Les biens*, Domat, Paris, Montchrestien, 12^e éd. 2005, p. 315.

43 Cass. soc., 2 oct. 2001, *JurisData* n° 2001-011136 ; *Dr. soc.* 2001, p. 915, note J.-E. Ray.

44 Depuis le 7 avril 2010, la Cour de cassation française a décidé que, même avec cet accord du salarié, l'employeur « doit l'indemniser de cette sujétion particulière ainsi que des frais engendrés par l'occupation à titre professionnel du domicile » (Cass. soc., 7 avr. 2010, n° 08-44.865 à n° 08-44.869)

45 G. Loiseau, « L'occupation du domicile à des fins professionnelles, une immixtion dans la vie privée du salarié », *La Semaine Juridique Sociale* n° 22, 1^{er} juin 2010, 1218.

d'ouvrage(s), moyennant une rémunération forfaitaire proportionnelle à la tâche ou à l'ouvrage réalisé(e)⁴⁶. Il ne se trouve pas nécessairement dans un lien subordination, même s'il est assimilé par la loi à un salarié⁴⁷. En effet, il bénéficie d'un statut légal dérogatoire qui lui permet de profiter de l'ensemble des dispositions du Code du travail alors qu'il n'est pas nécessairement caractérisé l'existence d'un lien de subordination à l'égard des maîtres d'ouvrages⁴⁸.

- 15-** Quant au télétravail ou travail à distance, il ne fait pas encore l'objet de dispositions spécifiques dans nombre de législations du travail africaines. En droit burkinabè, l'avant-projet de loi portant code du travail le définit comme : « *toute forme d'organisation du travail dans laquelle le travailleur, appelé télétravailleur ou travailleur à distance, effectue tout ou partie de sa prestation hors du lieu où le travail aurait dû être exécuté, au moyen des technologies de l'information et de la communication* »⁴⁹. Pour qu'un travail puisse être considéré comme du télétravail, il doit réunir quatre critères cumulatifs. D'abord, il doit être un travail subordonné, créant donc un lien de subordination juridique, matériel, même s'il utilise les technologies de l'information et de la communication. Ensuite, il doit être un travail pérenne de sorte à exclure les prestations ponctuelles de travail à distance ou commandées par l'urgence même si l'avant-projet de code du travail au Burkina exige que les conditions de retour à une exécution normale du contrat de travail soient préalablement fixées. Également, il doit être un travail extérieur car géographiquement exercé en tout ou partie hors du lieu habituel de travail⁵⁰. Enfin, l'exécution du télétravail doit faire satisfaire aux

46 V. C. trav. (fr), art. L. 7412-1 et B. Fournier et H. Guyot, « Le télétravail », *La Semaine Juridique Social* n° 7-8, 15 février 2011, 1072, n°8.

47 V. art. L. 7412-1 du Code du travail français.

48 La loi du 1^{er} août 1941 disposait ce qui suit : « il n'y a pas lieu de rechercher s'il existe ou non entre ces travailleurs et leur employeur un lien de subordination juridique, ni s'ils travaillent sous la surveillance immédiate et habituelle de l'employeur ». V. G.-H. Camerlynck, *Contrat de travail, Traité de droit du travail*, Paris, Dalloz, 1968, p. 565.

49 V. art. 144 nouveau de l'avant-projet de loi portant Code du travail au Burkina Faso. En droit comparé français, le télétravail est défini comme « *une forme d'organisation et/ou de réalisation du travail, utilisant les technologies de l'information dans le cadre d'un contrat de travail et dans laquelle un travail, qui aurait également pu être réalisé dans les locaux de l'employeur, est effectué hors de ces locaux de façon régulière* ». V. Accord-cadre européen sur le télétravail du 16 juill. 2002 et Accord national (français) interprofessionnel sur le télétravail du 19 juillet 2005. Il faut souligner que dans un rapport publié en 2013, l'OIT relevait que « *les télétravailleurs ont tendance à être plus productifs et même à travailler davantage que leurs homologues exerçant au bureau* ». Également, pour l'OIT, le télétravail : (i) accroît la satisfaction du salarié en permettant de trouver, assez facilement, un équilibre entre vie privée et vie professionnelle ; (ii) réduit la rotation des effectifs, permettant de réaliser des économies sur l'embauche et la formation ; (iii) réduit de manière substantielle l'absentéisme avec la flexibilité des horaires de travail ; (iv) permet aux employeurs de réaliser des économies en consommation d'énergie, frais immobiliers et coûts de délocalisation ; (v) permet d'optimiser les temps de réunions avec les téléconférences ; et (vi) offre des perspectives de travail à des minorités qui sont souvent discriminées (femmes et des personnes vivant avec un handicap) V. OIT, *JCI-Travail Traité*, synthèse 20, 25 mars 2013.

50 B. Fournier et H. Guyot, « Le télétravail », *op.cit.*, n°3 et suiv. La définition que donnent ces auteurs permet de distinguer le télétravail permanent (généralement effectué au domicile du salarié qui constitue son unique lieu de travail), le télétravail alterné (exécuté alternativement dans l'entreprise et un autre lieu comme le domicile du télétravailleur et selon des modalités et un rythme prédéterminés, le télétravail en « télécentre » ou « locaux partagés » dans lequel le travail est exécuté dans un local loué par l'employeur et partagé avec d'autres entreprises, et le télétravail nomade, qui consiste en un travail exécuté en dehors de l'entreprise, mais dans aucun lieu fixe déterminé à l'avance (V. L. Drai, « Travail à domicile et télétravail », *Fasc. 31 mars 2018*, n°91).

conditions fixées dans la convention collective, l'accord collectif d'établissement, ou le protocole d'accord mettant en place le télétravail⁵¹.

16- Du point de vue des pouvoirs exercés par l'employeur, qui permettent de caractériser l'existence d'un lien de subordination, il est évident que le télétravailleur bénéficie, de fait, d'une certaine autonomie dans l'organisation de son travail au lieu où il réalise les prestations de télétravail. Pourtant, cette exclusion de principe des pouvoirs de l'employeur ne fait pas complètement obstacle à ce que l'employeur, qui n'a pas d'emprise sur le lieu d'exercice de l'activité, puisse tout de même y exercer son pouvoir de contrôle, à la fois du temps de travail et du respect de conditions minimales d'hygiène et de sécurité en ce lieu de télétravail. En effet, l'article 236 du Code du travail du Burkina Faso permet à l'employeur de « *prendre les mesures nécessaires pour que les lieux de travail, les machines, les matériels, les substances et les procédés de travail placés sous son contrôle ne présentent pas de risques pour la santé et la sécurité des travailleurs* ». Il est donc admis, par exception, une certaine extension des pouvoirs de l'employeur aux lieux d'exécution des prestations de télétravail⁵². Mais cette extension ne permet pas que les pouvoirs juridiques de l'employeur qui s'exercent pleinement sur le lieu de travail lorsque celui-ci se situe dans les locaux de l'entreprise, puissent l'être avec la même portée lorsque le lieu de travail se trouve au domicile du salarié, même lorsque le contrat conclu désigne expressément ce domicile comme le cadre du télétravail.

17- Les pouvoirs juridiques exercés par l'employeur, et qui permettent de caractériser l'existence d'un lien de subordination entre lui et le travailleur, sont exercés dans la limite de l'espace géographique affecté au travail. Mais même dans cet espace, ils ne s'exercent en principe que pendant le temps de travail.

2.- Un confinement marqué des pouvoirs juridiques dans le temps

18- La maîtrise du temps a toujours constitué un enjeu de lutte permanente dans l'histoire du salariat⁵³. C'est pourquoi les conditions de travail, que l'employeur est en droit d'imposer au travailleur salarié, concernent également l'organisation du temps de travail. Cette organisation peut se traduire notamment par une obligation de présence du travailleur salarié pendant certains horaires sur le lieu de travail ou par une obligation de passage périodique, à des heures prédéterminées, dans des lieux contrôlés par l'employeur. L'assujettissement du travailleur salarié à un emploi du temps unilatéralement défini par l'employeur constitue donc un indice décisif de l'exercice d'un pouvoir patronal et, par ricochet, de l'existence d'un lien de subordination juridique entre les deux parties. Dans ce cas, l'employeur dispose du pouvoir de sanctionner le salarié, toutes les fois que ce dernier, sans motifs légitimes, vient à manquer au respect du temps imparti, des horaires imposés ou de l'agenda prescrit par l'employeur pour l'exécution de la prestation de travail.

51 V. art. 144-4e nouveau de l'avant-projet de loi portant Code du travail au Burkina Faso et l'art. L. 1222-11 du Code du travail français.

52 V. art. 144-4e nouveau de l'avant-projet de loi portant Code du travail au Burkina Faso. Pour des analyses approfondies, v. B. Fournier et H. Guyot, « Le télétravail », *op. cit.*, n°28.

53 M.-Ch. Bureau et A. Corsani, « Du désir d'autonomie à l'indépendance. Une perspective sociohistorique », *La Nouvelle Revue du Travail*, 17 novembre 2014, n°19.

- 19-** La notion de temps de travail n'est pas définie dans les codes du travail des Etats francophones d'Afrique noire. Ce qui est défini, en revanche, par l'article 195 du Code du travail gabonais c'est la notion de durée du travail. Selon cet article, « *la durée du travail est le temps pendant lequel le travailleur exerce son activité au service de l'employeur* ». La notion de temps de travail est expressément définie dans le Code du travail français, dans une formulation proche de celle retenue par le Code du travail gabonais pour la durée du travail. Le temps de travail est défini comme « *le temps pendant lequel le salarié est à la disposition de l'employeur et doit se conformer à ses directives sans pouvoir vaquer librement à ses occupations personnelles* »⁵⁴. L'élément constant de ces deux définitions est que la durée ou le temps de travail correspond au temps pendant lequel le travailleur salarié exerce son activité professionnelle, activité qu'il a contractuellement placée sous la direction et l'autorité de l'employeur. Pendant ce seul temps, l'employeur dispose du pouvoir de donner des ordres et des directives auxquels doit se soumettre le travailleur salarié parce que c'est pendant ce temps de travail que le salarié se trouve pleinement soumis aux effets du lien de subordination juridique.
- 20-** Il arrive, cependant, que les pouvoirs de l'employeur puissent se manifester avant même le début de l'exécution proprement dite du contrat de travail, à travers notamment des obligations de se soumettre à des formations professionnelles ou des immersions et peut se poursuivre après même la résiliation du contrat, surtout lorsqu'il est stipulé des obligations post-contractuelles de non-concurrence notamment.
- 21-** Dans la plupart des législations, ce temps est exprimé en nombre d'heures par semaine⁵⁵. Mais l'appréciation de ce temps de travail n'est pas toujours aisée. En témoignent les déplacements⁵⁶ et les astreintes⁵⁷ qui ne sont pas qualifiés de temps de travail effectif alors même que le salarié est contraint par ce temps au travail. Inversement, le temps des visites médicales et des éventuels examens complémentaires est considéré comme temps de travail effectif alors même que le salarié n'exécute aucune prestation de travail⁵⁸. A cela, il faut ajouter la particularité de certaines catégories de salariés qui échappent à un temps collectif de travail, et qui sont de moins en moins soumis à un travail au temps. Il s'agit notamment des travailleurs engagés pour l'exécution d'un ouvrage ou d'une entreprise déterminée⁵⁹ ou qui ont un temps de travail individuel, ou encore qui travaillent à la mission⁶⁰. Pour ces catégories, les modalités d'exercice par l'employeur de son pouvoir de contrôle du temps de travail du salarié ont évolué.

54 C. trav. (fr.), art. L. 3121-1.

55 Au Burkina Faso, ce temps est fixé à quarante heures par semaine dans tous les établissements publics et privés et pour les catégories professionnelles correspondant aux employés et aux ouvriers par l'article 137 du Code du travail burkinabè.

56 Exclusion du temps de déplacement entre le dépôt d'une société et le lieu d'exécution du travail, Soc., 26 mars 2008, *RDT.*, n° 6, 2008, p. 395 ; exclusion du temps de déplacement entre des vestiaires et des pointeuses, Soc., 31 oct. 2007, *RDT.*, n° 1, 2008, p. 42-44, obs. Ch. Vigneau, *Dr. Ouv.*, n° 716, mars 2008, p. 143, note A. Johansson.

57 C. trav. (fr.), art. L. 3121-5 ; Voy. Soc., 4 mai 1999, *Bulletin civil*, V, n° 187.

58 V. art. 261, al. 2 du Code du travail du Burkina Faso.

59 Art. 31 du Code du travail du Burkina Faso.

60 P. Lokiec, « Les transformations du droit du temps de travail - Le temps comme unité de mesure (première partie) », *Dr. Ouv.*, n° 734, sept. 2009, p. 419-421.

22- D'un modèle basé sur l'injonction exercée par l'employeur, on est passé à un modèle basé sur la dévolution se structurant autour de la responsabilisation et de l'autonomisation du salarié⁶¹. Ce changement s'observe notamment à travers de nouveaux modes de gestion centrés sur l'autoévaluation de son travail à travers des mécanismes comme la gestion par projet ou les contrats d'objectifs. D'où le constat que l'on peut faire que le temps de travail est une notion graduelle qui fluctue. La mesure du temps de travail a fini par faire du travailleur salarié une ressource, une ressource humaine que l'employeur, au regard de ses prérogatives, doit pouvoir quantifier, contrôler, évaluer et gérer⁶². Pourtant, le salarié n'est pas une simple ressource. Il est avant tout une personne dont les droits fondamentaux, en général, et le droit au respect de la vie privée, de manière particulière, restreignent l'exercice des pouvoirs de l'employeur.

23- La vie privée n'est pas définie dans les différents instruments internationaux ou nationaux qui l'évoquent, ce qui en fait un concept fuyant et évolutif⁶³. Traditionnellement, le droit à la vie privée est appréhendé comme le droit au secret, le droit d'avoir un jardin secret ou une sphère d'intimité⁶⁴. Mais aujourd'hui, la vie privée ne se conçoit plus exclusivement comme un espace protégé dont les tiers sont tenus à distance par la personne protégée. Du droit au secret et du droit d'être laissé seul, le droit à la vie privée semble devenu la liberté d'exprimer sa vraie personnalité pour parvenir à un épanouissement personnel⁶⁵. Ce caractère extensif de la vie privée a trouvé un écho certain dans la jurisprudence sociale, à travers l'affaire dite *Nikon*,

61 C. Sintez, « De la subordination à la domination du salarié : la « preuve sociologique » par le temps de travail », *Cahiers du Centre d'histoire « Espaces et Cultures »*, 2012, 35-36, n°18.

62 C. Sintez, *op. cit.*, n°12.

63 Le concept de vie privée est présent, aussi bien dans les Constitutions et les Codes civils que dans des Instruments juridiques internationaux comme la Déclaration universelle des droits de l'Homme du 10 décembre 1948, la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, communément appelée Convention européenne des droits de l'homme (CEDH) du 4 novembre 1950, le Pacte international de New-York relatif aux droits civils et politiques du 16 décembre 1966, la Convention américaine relative aux droits de l'homme du 22 novembre 1969 et le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels du 3 janvier 1976. Curieusement, dans la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples (CADHP) du 27 juin 1981, le droit à la vie privée est complètement absent. Ainsi, au titre des droits civils et politiques, il n'y a point d'affirmation de la liberté syndicale et du droit à la protection de la vie privée et, pour les droits économiques, sociaux et culturels, la Charte garde le silence sur le droit à la sécurité sociale et le droit à un niveau de vie satisfaisant (V. les articles 8 et 17 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels du 3 janvier 1976 et les articles 9 et 11 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques (PIDCP) du 16 décembre 1966).

64 Ph. Malaurie et L. Aynès, *Les personnes, les incapacités*, Paris, Defrénois, 2e éd. 2005, n° 314.

65 M.-Th. Meulders-Klein, « Vie privée, vie familiale et droits de l'homme », *RID comp.* 1992, p. 771. La vie privée n'est plus limitée à la vie cachée mais s'étend au « *droit pour une personne d'être libre de mener sa propre existence comme elle l'entend avec le minimum d'ingérences extérieures* » (CEDH, 29 avr. 2002, req. n° 2346/02, *Pretty c/ Royaume-Uni* : *JCP G* 2003, II, 10062, note Ch. Girault ; *Rev. sc. crim.* 2002, p. 645, obs Fl. Massias) ou encore le « *le droit de mener librement sa propre existence* » (A. Barège et B. Bossu, « Les TIC et le contrôle de l'activité du salarié », *La Semaine Juridique Sociale* n°41, 8 octobre 2013, 1393, n°21). Du point de vue du contenu de ce droit, l'analyse de la jurisprudence portant sur la question révèle que la vie privée comprend, sans s'y limiter, la dignité (Cass. 1^{re} civ., 20 déc. 2000, n° 98-13.875, *JurisData*, 2000-007502), le domicile (Cass. 2^e civ., 5 juin 2003, n° 02-12.853 et Cass. 3^e civ., 25 févr. 2004, n° 02-18.081, *JurisData* n° 2004-022473), les sentiments (Cass. 1^{re} civ., 5 nov. 1996, n° 94-14.798, *JurisData* n° 1996-004136), la religion (Cass. 1^{re} civ., 12 juill. 2005, n° 04-11.732, *JurisData* n° 2005-029437. – Cass. 1^{re} civ., 19 nov. 2014, n° 13-25.156, *JurisData* n° 2014-027906), la sexualité (Pour le changement de sexe, voir Cass. ass. plén., 11 déc. 1992, n° 91-11.900 et 92-12.373 et pour l'orientation sexuelle, voir Cass. 1^{re} civ., 9 avr. 2015, n° 14-14.146, *JurisData* n° 2015-007510) ou l'intimité corporelle (Cass. 1^{re} civ., 6 juill. 1987).

qui a permis au juge d'affirmer clairement que « *le salarié a droit, même au temps et au lieu de travail, au respect de l'intimité de sa vie privée ; que celle-ci implique en particulier le secret des correspondances* »⁶⁶. Et depuis un autre arrêt du 18 octobre 2006, est venue confirmer que « *les dossiers et fichiers créés par un salarié grâce à l'outil informatique mis à sa disposition par son employeur 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* »⁶⁷. Et cette présomption du caractère professionnel semble avoir vocation à s'appliquer à différents outils, même personnels, dès lors qu'ils sont connectés à un outil informatique professionnel⁶⁸.

- 24-** Les pouvoirs de l'employeur, exercés en vertu de l'autorité patronale, sont soumis à des limitations d'ordre matériel car leur exercice est non seulement cantonné au lieu de travail mais il également confiné au temps de travail. Ces limitations se sont accentuées dans les nouvelles formes de travail. Mais en plus de cette accentuation des limitations, les pouvoirs juridiques de l'employeur subissent de nouvelles perturbations en étant de plus en plus dilués.

B. LA DILUTION DES POUVOIRS JURIDIQUES

- 25-** En droit du travail, le lien de subordination juridique réunit les pouvoirs de direction, de contrôle et de sanction entre les mains de l'employeur. Les sujétions juridiques créées ne sont classiquement reconnues que dans la relation bilatérale existant entre l'employeur et le salarié. Dans les nouvelles formes de travail, l'organisation du travail mise en place dilue les pouvoirs de l'employeur en procédant, d'une part, à une dispersion des composantes des pouvoirs patronaux à différents acteurs (1) et, d'autre part, en dissimulant certains pouvoirs par le moyen du changement de l'objet du contrat portant sur la prestation de travail (2).

1. La dispersion des pouvoirs juridiques entre différents acteurs

- 26-** Dans la nouvelle économie numérique, ou plus globalement dans le nouvel ordre technologique, les catégories juridiques traditionnelles dans lesquelles s'inscrivent les rapports de travail sont profondément perturbées. La figure du prestataire indépendant est utilisée pour contourner les contraintes juridiques attachées à la catégorie juridique de travailleur salarié. Les différentes conventions, quelquefois dénommées chartes, qui sont pour la plupart unilatéralement élaborées par les plateformes numériques de travail, et auxquelles doivent adhérer les travailleurs, excluent formellement l'existence de sujétions, et réfutent expressément l'exercice d'un quelconque pouvoir patronal par les plateformes numériques à l'égard des prestataires affiliés. Ces accords présentent les plateformes numériques comme de simples intermédiaires s'interposant entre deux utilisateurs indépendants, l'un demandant une prestation de service, l'autre se

66 Cass. soc., 2 oct. 2001, n° 99-42.942, *JurisData* n° 2001-011137; *Dr. soc.* 2001, p. 920, obs. J.-E. Ray; *RJPF* 1/2002, p. 10, note B. Bossu.

67 Cass. soc., 18 oct. 2006, n° 04-48.025, *JurisData* n° 2006-035418 et Cass. soc., 18 oct. 2006, n° 04-47.400; *JurisData* n° 2006-035412; *JCP S* 2006, 1946, note J.-Y. Frouin.

68 Cass. soc., 12 févr. 2013, n° 11-28.649, *JurisData* n° 2013-002073; *JCP S* 2013, 1217, note B. Bossu; *Procédures* 2013, comm. 152, note A. Bugada.

proposant de la réaliser, dans une relative liberté et essentiellement avec ses moyens propres. Cette intermédiation ou mise en relation des travailleurs indépendants⁶⁹ avec des consommateurs à la recherche d'une compétence ou d'un service, est présentée comme un contrat de nature commerciale, qui ne devrait, au regard des conditions stipulées, pouvoir être requalifiée en contrat de travail subordonné.

- 27-** Les conditions d'exécution de ce contrat sont atypiques. D'une part, le prestataire de plateformes numériques revêt plusieurs caractères le rapprochant d'un travailleur indépendant. Il est propriétaire de son outil de travail, libre de choisir ses horaires de travail et de servir ou non certains clients. Il est très souvent libre de travailler simultanément avec plusieurs plateformes concurrentes, sans avoir à en rendre compte à l'une d'entre elles⁷⁰. D'autre part, il n'est pas pleinement indépendant parce que son activité dépend entièrement de ces plateformes numériques. Il doit y adhérer ou s'y affilier, et s'y connecter pour pouvoir réaliser les prestations de travail qu'il souhaite rendre aux clients. Une fois connecté, le prestataire est soumis à une surveillance aussi bien par la plateforme qui le géolocalise, que par les clients et les autres prestataires de la plateforme. Il se voit imposer des obligations en matière de prix et de prestations de services et est régulièrement soumis à l'évaluation des clients de la plateforme numérique utilisée. Cette évaluation est en général administrée et validée par la plateforme numérique qui dispose alors du pouvoir de sanctionner le travailleur de la plateforme numérique.
- 28-** Il est certain que les plateformes numériques détiennent certains pouvoirs à l'égard des travailleurs considérés comme des prestataires. Toutefois, il reste incontestable que les plus importants de ces pouvoirs sont, de fait, exercés par des acteurs autres que ces plateformes numériques. Il s'agit notamment des pouvoirs attachés à l'évaluation des prestations rendues par les travailleurs. Cette division des sources d'autorité se révèle réfractaire à la caractérisation de l'existence d'un état de subordination exclusivement fondé sur des pouvoirs exercés par les plateformes numériques. Dans un contrat de travail subordonné, l'évaluation constitue l'une des prérogatives dévolues à l'employeur. Dans le travail des plateformes numériques, en revanche, même si l'évaluation est organisée et est réalisée directement sur la plateforme numérique, la prérogative de notation est en réalité exercée par le client utilisateur de la plateforme numérique. Dès lors, il semble que le pouvoir de direction de la plateforme doit être considéré comme dilué ou dispersé⁷¹.
- 29-** L'objectif assigné à l'évaluation d'un travailleur d'apprécier les aptitudes professionnelles du travailleur, afin de classer, reclasser, avancer, former, et même licencier pour insuffisance professionnelle, des travailleurs, dans une approche d'individualisation de la relation de travail qui lie chaque travailleur à l'employeur. Elle permet donc d'isoler et d'apprécier les aptitudes de chaque travailleur, de définir la place individuelle qu'il occupe dans l'organisation économique collective. Cependant, il est acquis que cette évaluation ne doit viser que les aptitudes du travailleur saisies par les pouvoirs exercés

69 Très souvent inscrits dans un registre de métiers ou de commerce.

70 G. Lyon-Caen, « Les libertés publiques et l'emploi », *Doc. fr.* 1992, p. 138 repris par A. Barège et B. Bossu, « Les TIC et le contrôle de l'activité du salarié », *op. cit.*, 1393.

71 E. Maurel, *Entre subordination et dépendance. Essai sur une relecture de la subordination par les plateformes de mobilité*, Thèse de doctorat, Université Côte d'Azur, France, 2021, p. 93, n°90.

par l'employeur en vertu du lien de subordination. Si, dans une relation classique de travail, l'employeur évalue les aptitudes du salarié, c'est bien parce qu'il exerce les pouvoirs dévolus à l'employeur. À cet égard, l'évaluation se présente comme une modalité d'exercice des pouvoirs de l'employeur. Or, dans le travail des plateformes numériques, les systèmes d'évaluation dits « par étoile » ou par « compliments », qui vont même au-delà de l'appréciation de la seule qualité de la prestation rendue par le prestataire, pour s'intéresser à la personne même du prestataire, est pratiquement dévolue au client utilisateur, de sorte qu'il peut y être décelé une forme de « transfert » ou de « partage » de l'autorité de la plateforme numérique avec le client.

- 30-** Ce changement est important à appréhender parce que dans la relation de travail, l'identification du titulaire de l'autorité patronale est essentielle afin de permettre l'attribution de la qualité d'employeur. Sans égard à la manière dont les parties ont décidé d'organiser leur relation, dès lors qu'il est constaté que l'une d'elles détient effectivement les pouvoirs de donner des ordres, d'en contrôler l'exécution et d'appliquer des sanctions, alors cette partie doit être identifiée comme l'employeur. C'est la raison pour laquelle, dans le travail de plateformes numériques, l'un des problèmes posés tient à la multiplicité des acteurs interférant dans une seule et même relation de travail, chacun détenant une partie des pouvoirs. C'est ainsi que l'utilisateur, pourtant simple client, bénéficie notamment d'une prérogative d'évaluation qui est une composante du pouvoir de sanction. Dans ce contexte, la subordination juridique, attachée à la source et à l'exercice des pouvoirs est donc nécessairement altérée.
- 31-** Si le transfert affiché de certains pouvoirs aux utilisateurs permet de rendre plus difficile la caractérisation d'un lien de subordination juridique entre les plateformes et leurs travailleurs, le recours à une technique plus originale consiste à changer l'objet du contrat afin de dissimuler les pouvoirs des plateformes, qui permettraient de cerner l'existence d'un lien de subordination juridique.

2.- La dissimulation des pouvoirs juridiques par l'objet du contrat

- 32-** Au cœur de cette dissimulation se trouve les pratiques de certaines plateformes numériques de gestion de services de transport. Pour ce faire, ces derniers définissent, dans leurs contrats, l'activité du prestataire comme une opération de location d'un moyen d'un véhicule avec personnel de conduite. La formule, très subtile, vise d'une manière générale la location et plus particulièrement la location de voitures avec chauffeur. Cette qualification, bien évidemment, tend à exclure la personne du prestataire de la relation de prestation de travail nouée. Le but du recours au louage des choses du droit civil est de faire reposer la relation de travail non pas sur un contrat de service impliquant la personne du prestataire mais sur un contrat portant sur des choses. Le contrat louage de choses permet au preneur utilisateur d'obtenir l'usage d'un bien affecté à une tâche spécifique. Dans cette approche, le service réalisé au profit du client se situe ainsi dans le bien lui-même qui fait l'objet de la location.
- 33-** L'intérêt d'une telle approche se situe à deux niveaux. D'abord, il y a le recentrage de la relation contractuelle sur la chose, qui permet d'évincer la prestation exécutée par le prestataire, devenue accessoire, de sorte qu'il en résulte une forme de dissimulation de la subordination qui aurait pu être recherchée entre la plateforme numérique et le prestataire. Le contrat passé entre le preneur utilisateur et la plateforme numérique

devient donc un contrat de mise à disposition d'une chose et non pas un contrat reposant sur une prestation de travail. Ensuite, en se concentrant sur l'hypothèse d'une location de véhicule avec personnel de conduite, seule la relation entre la plateforme et l'utilisateur est perceptible. Le prestataire est, quant à lui, relégué au rang d'accessoire au bien mis par la plateforme, à travers le gestionnaire du parc de la plateforme, à la disposition du preneur utilisateur du véhicule loué.

34- Pourtant ce schéma est fort critiquable, au moins pour deux raisons. Premièrement, il s'impose de constater que le preneur, utilisateur du véhicule loué avec personnels de conduite, ne recourt pas au contrat pour une durée mais pour un ouvrage. Le preneur ou client utilisateur impose un point de départ et un point d'arrivée que le prestataire doit respecter. Or, le contrat de bail est un contrat au temps. Si, le contrat passé entre le prestataire et l'utilisateur ne peut être considéré comme constitutif d'un contrat au temps, il n'est guère envisageable de prétendre qu'il s'agit d'un contrat d'entreprise⁷². Deuxièmement, le contrat de location devrait admettre une certaine indépendance du preneur de la chose louée⁷³. En effet, ce dernier devrait pouvoir « user » du véhicule, objet principal du contrat ainsi que de son chauffeur, accessoire du véhicule, comme bon lui semble. Pourtant, il est établi que les plateformes numériques imposent, à la fois directement aux prestataires et indirectement aux preneurs, des itinéraires⁷⁴ en fonction de la durée souhaitée de la prestation qui demeure sous le contrôle des plateformes puisque les prestataires qui ne sont pas prompts à réaliser leurs prestations liées aux véhicules loués risquent l'application de sanctions.

35- Afin de mieux dissimuler la relation personnelle entre le prestataire et les autres acteurs, deux mécanismes renforcent la qualification de louage des choses. Il s'agit de l'instauration des gestionnaires du parc de véhicules et des bailleurs d'agréments.

36- Le recours, par les plateformes numériques, aux tiers gestionnaires permet de dissimuler ou de diluer davantage la visibilité des pouvoirs d'employeur pouvant être reconnus à ces plateformes. Ce procédé permet aux plateformes de transférer certaines de leurs prérogatives pouvant être considérées comme des pouvoirs patronaux auxdits gestionnaires qui, sous prétexte de gérer le parc des véhicules inscrits, ne gèrent que les personnels de conduite. Il s'agira donc en réalité d'un pouvoir d'affectation et d'un pouvoir de sanction déguisés. S'agissant du pouvoir d'affectation, les gestionnaires se voient confier la faculté d'affecter les véhicules et les prestataires y attachés à chacune des prestations « distribuées » en amont par la plateforme. A l'analyse, ce pouvoir d'affectation indirecte du personnel de conduite constitue une prérogative du pouvoir de direction qui, dans une relation classique de travail, permet à l'employeur

72 E. Maurel, *Entre subordination et dépendance. Essai sur une relecture de la subordination par les plateformes de mobilité*, op. cit. p. 105, n°108.

73 Civ. 1ère, 11 mars 1986, n° 84-13.557, *Bull. civ.*, 1986, I, n° 64, p. 61; *RTD civ.*, 1986, p. 608, obs. Ph. Rémy. Sur le contrat de promenade équestre : Civ. 1ère, 27 mars 1985, n° 83-16.468, *Bull. civ.*, 1985, I, n° 111, p. 102.

74 Le non-respect de l'itinéraire par le prestataire peut être sanctionné par la plateforme. Sur ce point, v. notamment : Soc. 28 nov. 2018, n° 17-20.079, *Gaz. Pal.* 2018, n° 43, p. 48, obs. C. Berlaud ; *D.* 2018, n° 44, p. 2409, obs. N. Balat ; *AJ. Contrat*, 2018, n°12, p. 497, obs. X. Delpech ; *AJ contrat*, 2019, p. 46, obs. L. Gamet ; *JCP S*, n° 49, 2018, 1398, note, G. Loiseau ; *RDT*, 2019, p. 36, note M. Peyronnet ; *Dr. soc.*, 2019, p. 185, obs. Ch. Radé ; *EEL*, n° 1, 2019, 5, note, Ph. Delebecque ; *SSL*, n° 1845, 2019, note, Th. Pasquier ; *JSL*, n° 470, 2019, obs. J.-Ph. Lhernould. *Add.*, CPH de Paris, 4 Fév. 2020, n° F19-07738.

d'organiser la « mobilité » de ses salariés aux fins de satisfaire les intérêts de son entreprise. Concernant le pouvoir de sanction, il semble que le transfert de ce pouvoir ne soit que le corollaire du pouvoir d'affectation des tâches aux différents véhicules et donc aux personnels de conduite de ces véhicules. Ce transfert à un contractant de la plateforme de certaines prérogatives caractéristiques des pouvoirs résultant de l'autorité patronale brouille encore plus la possibilité d'identifier un lien de subordination juridique entre les prestataires et les plateformes numériques.

- 37-** Quant au mécanisme de location d'agrément, il faut rappeler qu'il se déploie dans l'hypothèse de plateformes numériques organisant dans leurs accords la possibilité pour les prestataires détenteurs de leur « agrément plateforme » de pouvoir le donner en location à des tiers⁷⁵. Dans cette hypothèse, l'objet de la location n'est plus véritablement le véhicule mais la licence ou l'agrément. En réalité, la location de véhicules, par un utilisateur, auprès d'un personnel de conduite non directement agréé par la plateforme numérique superposerait au contrat de location de véhicule passé entre l'utilisateur et le prestataire transporteur un contrat de location d'agrément passé entre le prestataire agréé (locateur de son agrément) et le prestataire transporteur (locataire de l'agrément). L'intérêt des prestataires bailleurs se trouverait dans ce cas dans la réception d'un pourcentage financier sur l'ensemble des rémunérations perçues par le prestataire locataire de l'agrément de la plateforme numérique⁷⁶.
- 38-** En définitive, la perturbation du lien de subordination juridique résulte d'un changement de la nature réelle du contrat liant le travailleur de plateformes numériques, qui dissimule les pouvoirs des plateformes dont la qualité d'employeur s'estompe.
- 39-** L'autorité patronale, qui se manifeste à travers les pouvoirs de direction, de contrôle et de sanction reconnus à l'employeur à l'endroit du travailleur, est fortement traditionnellement altérée dans la mesure où cette autorité subit un cantonnement dans l'espace et dans le temps. Bien plus, récemment, cette altération s'est accentuée parce que les pouvoirs classiquement réunis entre les mains d'un seul employeur sont de plus en plus dispersés à des acteurs devenus multiples dans la relation de travail lorsqu'ils ne sont pas simplement dissimulés dans le changement de l'objet du contrat qui encadre la relation de travail. Pourtant cette altération ne traduit aucunement la renonciation de l'employeur à recourir aux mécanismes d'appropriation du travail ou du résultat économique de l'activité professionnelle de ce travailleur⁷⁷. C'est ce qui a conduit les juges à entamer un processus de renforcement du critère de la dépendance économique dans la caractérisation de la subordination en droit du travail.

75 E. Maurel, *Entre subordination et dépendance. Essai sur une relecture de la subordination par les plateformes de mobilité*, op. cit., p. 109, n°115.

76 B. Gomes et L. Isidro, « Travailleurs des plateformes et sans-papiers », *RDT*, 2020, p. 278.

77 F. Rosa, « Le critère du lien de subordination à l'épreuve du travail de plateforme, quelques éléments d'explication sur le contexte français », *Labour & Law Issues*, vol. 6, n°2, 2020, p. 154.

II. LE RENFORCEMENT DE LA DÉPENDANCE ÉCONOMIQUE DU TRAVAILLEUR

40- Le critère historique du lien de subordination est juridique et est exclusivement centré les pouvoirs unilatéraux de commandement ou, plus précisément, l'autorité d'un employeur disposant et exerçant les pouvoirs de donner des ordres et directives, d'en contrôler l'exécution et d'en sanctionner les manquements. Toute référence à la dépendance économique du travailleur à l'égard de l'employeur se trouvait systématiquement répudiée même si, ici ou là, la dépendance économique a pu être utilisée, à des degrés divers, comme indices de la subordination par des juges⁷⁸. Pourtant, avec les formes atypiques d'organisation du travail, le rôle de la dépendance économique, utilisée comme critère de caractérisation de la subordination du prestataire de travail numérique, s'est incontestablement renforcé. Ce renforcement, qui se manifeste davantage (B), est suffisamment justifié (A).

A. LA JUSTIFICATION DU RENFORCEMENT DU CRITÈRE DE LA DÉPENDANCE ÉCONOMIQUE

41- La réticence du juge et du législateur semble tenir à leur volonté de ne pas introduire un critère économique qui serait subjectif, parce que reposant sur l'appréciation des conditions sociales du travailleur, et difficile à cerner car présentant de très nombreuses facettes, quelquefois inconciliables. Quoique que la dépendance économique soit très souvent établie dans les faits (1), le droit s'en saisissait très mal (2) car rechignant à élever des considérations économiques du contrat de travail, fondées sur les risques et profits de la relation⁷⁹, au même rang que les considérations juridiques tenant principalement aux pouvoirs de l'employeur.

1. La dépendance économique du travailleur atypique établie dans les faits

42- La dépendance économique correspond à l'absence de sécurité économique du prestataire ou du travailleur à l'égard d'un donneur d'ordre malgré la situation d'indépendance juridique⁸⁰. Or, le droit du travail, associé à la sécurité sociale, constitue « *la source principale de la sécurité économique des personnes* »⁸¹. Partant, le « *droit du travail apparait de plus en plus comme un instrument au service de l'économie* »⁸². Dès lors, il était étonnant que, dans la caractérisation du lien de subordination, la composante économique sous-jacente à tout contrat de travail⁸³ soit sinon complètement absente, du moins transparente. C'est la raison pour laquelle, pour garantir la sécurité juridique des travailleurs de tous ordres, y compris ceux qui sont considérés comme juridiquement indépendants, il est apparu nécessaire de prendre en compte la dépendance économique dans la caractérisation du lien de subordination.

43- Dans certaines législations qui réglementent la catégorie des travailleurs indépendants, celle-ci désigne toute personne physique, propriétaire ou non d'un bien, qui exploite sa « force de travail » qu'il ne place ni sous la direction et ni sous l'autorité d'aucune autre personne⁸⁴. Il est celui qui définit lui-même les conditions de réalisation de son travail, mais il est tenu de l'exécuter dans le cadre d'une organisation

84 M.-Ch. Bureau et A. Corsani, *op.cit.*, n°6.

productive appartenant à une autre personne qui, sans assumer les risques de la prestation, bénéficie de l'économie de la prestation⁸⁵. Ce travailleur, communément appelé « prestataire », que l'on retrouve dans les formes atypiques de travail, en général, et dans le travail des plateformes numériques, en particulier, est indépendant du point de vue juridique, mais dépendant dans les faits, du point de vue économique. Cependant, à la différence de la subordination juridique dans laquelle se trouve le travailleur salarié, le prestataire est responsabilisé, libéré de sorte à pouvoir décider de s'associer à une activité économique, d'assumer les risques économiques de ses prestations dans le cadre de cette activité, tout en restant étroitement lié à un donneur d'ordres⁸⁶.

44- Il faut rappeler que les plateformes numériques organisent l'exécution d'un travail, d'une prestation ou d'une activité par une personne qualifiée de prestataire au profit d'un client. Ce prestataire est choisi parmi une « foule » de prestataires, par le biais d'un intermédiaire numérique, qui organise l'externalisation des services vendus et met en place un système de paiement des prestataires à la tâche. Le prestataire inscrit sur la plateforme offre sa force de travail, directement aux clients de la plateforme, et est rémunéré et noté par ces derniers. Il apparaît donc comme un simple particulier s'adonnant à une activité professionnelle, voire de loisirs, exercée de manière indépendante, et organisée de sorte à permettre une maîtrise des coûts des prestations et une véritable sécurisation des risques juridiques, économiques et financiers supportés pour la plateforme numérique. En effet, les coûts des outils de travail, de la sécurité sociale ainsi que les risques liés à la l'accroissement ou à la baisse d'activité ou à la variation des revenus, les défaillances des clients, les accidents ou maladies du prestataire sont supportés exclusivement par ce dernier, alors même que le prix de la prestation, abusivement bas, n'est ni fixé par celui-ci, ni fixé sous son contrôle. Bien que la plateforme se présente comme un véritable tiers, étranger au rapport entre le prestataire et le client, et prétend n'assurer que leur mise en relation, il reste incontestable qu'elle joue un rôle de pivot de l'architecture mise en place, instaurant ainsi une véritable dépendance économique du travailleur à l'égard de la plateforme numérique.

45- Sur la question de la fixation du prix de la prestation, il faut relever que les plateformes numériques jouent presque toujours un rôle clé entre le client et le prestataire, par l'utilisation des algorithmes de prédiction des modalités d'exécution de la prestation et de tarification de celle-ci qui lui permettent d'exercer un contrôle effectif sur le travail fourni, tout en laissant, en apparence, une marge d'autonomie et de décision au travailleur tenant à la non-exclusivité. Cette tarification dynamique, par algorithmes et au moyen d'analyses prédictives intégrant l'évolution en temps réel des conditions du marché, la géolocalisation et le système de notation, oriente et détermine les modalités financières de l'exécution de l'activité de chaque prestataire inscrit et connecté. En somme, quoi que l'activité du prestataire soit constamment et directement surveillée et évaluée par le client, ce dernier ne détient aucun pouvoir de corrections tarifaires et doit se soumettre aux conditions financières appliquées à la prestation exécutée

85 P.-H. Antonmatti, J.-Ch. Sciberras, « Le travailleur économiquement dépendant : quelle protection ? », Rapport à M. le ministre du Travail, des Relations sociales, de la Famille et de la Solidarité, *Dr. soc.* 2009, p. 229.

86 Conseil économique, social et environnemental (CESE), « Avis sur le rapport présenté par Sophie Thiéry, Les nouvelles formes du travail indépendant », *JOBIF*, 29 novembre 2017, p. 76.

par la plateforme numérique. Il en résulte de manière très prononcée une véritable dépendance de fait, à la fois du client et du travailleur, induite par la fixation unilatérale, par la plateforme numérique, des conditions économiques qui sont imposées aux autres acteurs et donc au prestataire.

- 46- Une autre question concernant la dépendance économique du prestataire à l'égard de la plateforme numérique porte sur la clientèle. Il faut dire que la clientèle des services proposés par les plateformes numériques de travail reste attachée à ces plateformes dans la mesure où elles sont « instigatrices du marché »⁸⁷. C'est ainsi que le juge a pu affirmer que le prestataire n'était pas libre de « *rechercher une clientèle* » et ne pouvait se constituer « *aucune clientèle propre* »⁸⁸.
- 47- Malgré la dépendance économique clairement établie du prestataire de services des plateformes numériques, celle-ci est très mal saisie par le droit du travail.

2- La dépendance économique du travailleur atypique mal saisie par le droit

- 48- En droit burkinabè, le juge considère, de manière péremptoire, que « *si une personne jouit d'une totale liberté quant à l'organisation de son travail, celle-ci ne se trouve pas unie par un lien de subordination* » mais est un entrepreneur indépendant⁸⁹. L'entrepreneur indépendant est celui qui supporte les risques inhérents à son activité. Il conserve en ce sens la « *maîtrise de sa situation économique* »⁹⁰. Il est par essence celui qui supporte les aléas du marché. Il est également celui qui a la possibilité de se constituer une clientèle propre, la liberté de fixer ses tarifs, la liberté de fixer les conditions d'exécution de la prestation de service, de sorte à tirer l'ensemble des profits de son activité économique⁹¹. A l'opposé, la dépendance économique se conçoit comme la situation dans laquelle « *celui qui fournit son travail en tire son unique ou principal moyen d'existence (...) et (...) celui qui paie le travail absorbe intégralement et régulièrement l'activité de celui qui le fournit* »⁹². Elle implique que le travail soit appréhendé comme un facteur de survie du travailleur, que le rapport aux profits liés à l'activité soient absorbés par celui qui dirige cette activité et que le travailleur soit placé au service exclusif du donneur d'ordres.
- 49- La catégorie juridique du « travailleur indépendant » n'est pas expressément réglementée dans aucune des législations sociales africaines consultées. Les codes du travail en vigueur semblent ne comprendre dans le champ du droit du travail que le seul travail subordonné, laissant de côté notamment le travail bénévole et le travail indépendant. Ce silence pourrait s'expliquer, entre de nombreuses autres raisons possibles, par la « multiplicité des visages » du travail non salarié et la « pluralité

87 CA Paris, 12 mai 2021, n° 18/02660.

88 Soc. 4 mars 2020, n° 19-13.316, *Dalloz*, 2021, p. 147, note de G. Loiseau.

89 Tribunal du travail de Ouagadougou, 25 janvier 2017, Jugement n°022-1, OJ contre Atelier YE.

90 Soc. 18 nov. 1981, n° 80-12.526, *Bull. civ.*, 1981, V, n° 895 ; *D.*, 1983, p. 242, note Y. Saint-Jours.

91 E. Maurel, *Entre subordination et dépendance. Essai sur une relecture de la subordination par les plateformes de mobilité*, op. cit., p. 199, n°227.

92 E. Maurel, *Entre subordination et dépendance. Essai sur une relecture de la subordination par les plateformes de mobilité*, op. cit., p. 207, n°236.

de facettes » dans la réalité du travail indépendant⁹³. Pourtant, ces travailleurs indépendants ont en commun de devoir assumer les risques juridiques tout en étant dans une dépendance économique, assumant l'essentiel des risques leurs activités professionnelles, à la différence des travailleurs subordonnés qui, eux, sont protégés par le droit social, au regard de leur « dépendance juridique »⁹⁴. Ces prestataires se retrouvent donc dans une zone grise, située entre subordination juridique et subordination économique mais à découvert des règles de droit social, protectrices des travailleurs subordonnés. Cette zone a donné lieu à des solutions législatives ou à des propositions doctrinales de création de catégories nouvelles. Ces solutions, effectivement expérimentées ou simplement envisagées, passent par le rejet de la distinction binaire actuelle entre subordination juridique et indépendance, et la consécration de statuts nouveaux, spécifiquement dédiés aux travailleurs qui ne sont ni salariés, car ne se trouvant pas dans un état de subordination juridique, ni véritablement des entrepreneurs indépendants, puisqu'économiquement dépendants de l'organisation soumise à une autre personne ou entité.

50- Au titre des solutions législatives expérimentées, on peut évoquer le statut de quasi-salarié et le statut de travailleur parasubordonné. Pour être qualifié de quasi-salarié⁹⁵, le travailleur du droit allemand doit, d'une part, travailler seul et sans assistance d'un personnel salarié et, d'autre part, tirer d'une seule personne ou d'une seule institution la majeure partie de son travail ou de son revenu⁹⁶. Pour être considéré comme un travailleur parasubordonné en droit italien, le travailleur doit être juridiquement indépendant mais économiquement dépendant⁹⁷. Il doit s'établir entre lui et le donneur d'ordres un rapport de collaboration manifesté dans des prestations de travail continues et coordonnées, de nature personnelle mais non subordonnée⁹⁸. La distinction d'avec le quasi-salarié réside dans le fait que l'idée de la protection sociale du droit n'est pas intégrée dans la parasubordination⁹⁹. En contemplation de ces expériences législatives, la doctrine propose, en prenant en compte les particularités de l'économie des plateformes numériques de travail, « la création d'un nouveau contrat de travail ad hoc : le contrat de travail numérique »¹⁰⁰. Ce contrat *ad hoc* substituerait alors à la subordination juridique la dépendance économique.

93 M.-Ch. Bureau et A. Corsani, « Du désir d'autonomie à l'indépendance : Une perspective sociohistorique », *op. cit.*, n°10.

94 A. Supiot, « Les nouveaux visages du lien de subordination », *op. cit.*, p. 137.

95 Section 12a de la loi de 1974 sur les conventions collectives « Tarifsvertragsgesetz ».

96 A. Supiot, « Les nouveaux visages du lien de subordination », *op. cit.*, p. 142.

97 *Ibidem*.

98 La parasubordination est définie comme « une prestation continue, coordonnée, et dont la nature est essentiellement personnelle ». La continuité renvoie à la satisfaction d'un besoin durable de l'autre partie mais aussi au temps d'exécution de la prestation qui ne peut être instantanée. La coordination de la prestation de travail de la part du commanditaire induit un lien fonctionnel. Quant à la nature essentiellement personnelle du travail, elle doit être entendue aussi bien dans le sens quantitatif que qualitatif. V. D. Garde, *Essai et enjeux d'une définition juridique du travail*, Institut Fédératif de Recherche, 2013, pp. 342 et suiv, n°287.

99 A. Supiot, « Les nouveaux visages du lien de subordination », *op. cit.*, p. 142. En réalité, le concept de la parasubordination a été créé dans les années 1970 sous la forme de deux statuts visant « des relations contractuelles en faveur d'un client principal pour un résultat déterminé et dont les conditions de réalisation (moyens, temps de travail) relèvent de la seule responsabilité du travailleur ». V. Conseil économique, social et environnemental (CESE), « Avis sur le rapport Fédératif de Recherche, 2013, Les nouvelles formes du travail indépendant », *JOBIF*, 29 novembre 2017, p. 86.

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

- 51- Bien que l'idée de la création d'une catégorie juridique nouvelle de quasi-travailleur, de travailleur parasubordonné ou encore de travailleur numérique soit *a priori* séduisante, elle ne fait pas l'unanimité pour trois raisons majeures. La première raison évoquée est liée à l'insécurité juridique qui pourrait résulter de la démultiplication des catégories juridiques. Il faut dire que la création d'une catégorie juridique nouvelle requiert des législateurs et des juges de pouvoir tracer les frontières de cette nouvelle catégorie juridique intermédiaire, parce que consacrée à des travailleurs qui ont la particularité de partager certains traits de caractères de chacune des catégories existantes, d'avec ces catégories existantes. Le risque principal de cette entreprise serait « *de remplacer une frontière floue par deux qui le seront tout autant* »¹⁰¹. Aussi, la création d'une catégorie réunissant dans un même ensemble tous les travailleurs indépendants, sans qu'il ne soit établie de distinctions entre eux, conduirait inévitablement à éluder l'aspect fondamental de la variété des situations pouvant être incluses sous le qualificatif d'activité professionnelle indépendante¹⁰². La seconde est tirée de la politique juridique et pose la question de savoir si la création d'une nouvelle catégorie juridique intermédiaire entre subordination et indépendance n'aura pas pour effet de créer un appel d'air vers cette catégorie et de participer, ainsi, à l'externalisation juridique de nombreux salariés régis par un droit du travail déjà en crise. La troisième raison est que l'idée même de vouloir accorder une protection juridique formelle à des travailleurs indépendants est discutée car cette construction pourrait constituer un frein au développement de leur activité qui accorde une importante place à l'autonomie, la responsabilité et la créativité.
- 52- Pourtant, il faut rappeler que l'une des idées qui sous-tend cette troisième voie est d'offrir à des prestataires juridiquement indépendants mais se trouvant dans une situation de dépendance économique une protection sociale. Sur cette question, il semble que certains aspects de cette protection soient déjà pris en compte dans des législations africaines. Celles-ci prévoient, en effet, la faculté pour les travailleurs indépendants ou entrepreneurs de pouvoir cotiser et de bénéficier de certaines prestations sociales. C'est le cas du code de sécurité sociale burkinabè¹⁰³, qui permet « *aux personnes exerçant une activité professionnelle qui ne les assujettit pas à un régime obligatoire de sécurité sociale* » d'être assujetties et de pouvoir bénéficier de certaines branches de prestations sociales¹⁰⁴. Mais il faut reconnaître que cette assurance volontaire est insuffisante et doit être mieux organisée.
- 53- En attendant l'éventuelle adoption d'une nouvelle catégorie consacrée au travailleur juridiquement indépendant mais économiquement dépendant, la protection des travailleurs économiquement dépendants passe par le raffermissement de la prise en compte de ce critère dans la caractérisation du lien de subordination. Ce renforcement se manifeste déjà visiblement à travers le renouveau du critère de l'intégration à un service organisé par et pour autrui.

101 J. Barthélémy, « Du droit du travail au droit de l'activité professionnelle », *Les Cahiers du DRH*, juin 2008, p. 35, spé. p. 36.

102 D. Garde, *Essai et enjeux d'une définition juridique du travail*, op. cit., n°276.

103 Loi n°004-2021/AN du 06 avril 2021 portant régime de sécurité sociale applicable aux travailleurs salariés et assimilés au Burkina Faso.

104 V. art. 5 du code de sécurité sociale du Burkina Faso.

B- LA MANIFESTATION DU RENFORCEMENT DU CRITÈRE DE LA DÉPENDANCE ÉCONOMIQUE

54- Le renouvellement du lien de subordination s'est fait par le renouveau du critère de l'intégration à un service organisé par et pour autrui, qui avait été consacré en même temps que le critère de l'autorité juridique. Ce choix a été hésitant dans la forme (1) mais il reste convaincant dans le fond (2).

1- Un renouvellement du lien de subordination hésitant dans la forme

55- La prise en compte de la dépendance économique dans la caractérisation du lien de subordination s'est faite, du moins dans la forme, de manière très subtile, à travers une relecture jurisprudentielle du critère de l'intégration du travailleur à un service organisé dans une approche économique plus marquée. Cette décision du juge français pourrait inspirer les juges africains comme l'ont fait les décisions importantes précédentes¹⁰⁵. En analysant l'évolution des décisions, on peut identifier deux temps forts, marquant une forme d'hésitation des juges.

56- Dans un premier temps, les juges vont d'abord partir de la présomption d'indépendance pour ensuite chercher à vérifier si les travailleurs étaient ou non effectivement libres d'organiser leur activité en toute indépendance. Dans cette approche, la tendance jurisprudentielle qui s'est rapidement dégagée était de considérer qu'il n'y avait pas de lien de subordination dans la mesure où le travailleur était libre de choisir sa zone de travail, son trajet et ses horaires de travail¹⁰⁶, libre de refuser une prestation qui lui a été attribuée¹⁰⁷ et qu'il n'était pas soumis à une sanction de la plateforme en cas de recours aux deux précédents droits¹⁰⁸. Pourtant, en 2017, en droit comparé, à une question préjudicielle qui lui était posée sur la dimension hybride des plateformes, la Cour de justice de l'Union européenne s'était clairement prononcée en faveur de la requalification en travail subordonné. Partant du constat que le travailleur de la plateforme numérique participait à un service organisé par et pour la plateforme numérique et sous son contrôle, elle a considéré que la plateforme était une « société globale » dont l'activité d'intermédiation numérique dont elle se prévalait était intégrée à l'organisation d'un service¹⁰⁹. Cet arrêt a servi de fondement au renouvellement du lien unissant les travailleurs indépendants aux plateformes numériques.

105 Pour s'en convaincre, au Burkina Faso, l'une des décisions importantes de cette évolution est l'arrêt du 21 février 2017 de la Chambre sociale de la Cour de cassation burkinabè. Dans cet arrêt, les juges, citant expressément nommément la Cour de cassation française, affirment que « *seul le lien de subordination juridique entre les parties est retenu comme critère déterminant pour qualifier un contrat de travail* » et 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 ; que l'existence d'une relation de travail ne dépend ni de la volonté exprimée par les parties ni de la dénomination qu'elles ont donnée à leur convention mais des conditions de fait dans lesquelles est exercée l'activité des travailleurs* » V. C. cass., soc. (bf), 21 février 2017, arrêt n°35 Z. K. et 9 autres contre O. S. Agence de Koudougou, *Recueil de décisions de justice en matière sociale*, MFPTPS, 2^e éd., 2019, p. 19. Voir également C. cass., soc. (bf) 29 septembre 2009.

106 CA de Paris, pôle 6, ch. 2, 20 avr. 2017, n° 17/00511 ; CA de Paris, pôle 6, ch. 2, 12 oct. 2017, n° 17/03088 (arrêt *Take Eat Easy*).

107 CA de Paris, pôle 6, ch. 2, 7 janv. 2016, n° 15/06489.

108 CA de Paris, pôle 6, ch. 2, 12 oct. 2017, n° 17/03088 ; CA de Paris, pôle 6, ch. 2, 14 déc. 2017, n° 17/0460 ; CA de Paris, pôle 6, ch. 2, 20 avr. 2017, n° 17/00511.

109 CJUE, Asociación Profesional Elite Taxi/Uber Systems Spain SL, C-434/15, 20 décembre 2017.

- 57-** Puis, la tendance jurisprudentielle à identifier un lien de subordination dans le travail des plateformes numériques s'est progressivement consolidée. Dans cet arrêt, qui a marqué un véritable tournant, la Cour de cassation française a cassé la décision de la Cour d'appel de Paris qui avait rejeté la requalification des travailleurs d'une plateforme numérique en salariés en considération de la capacité de ces travailleurs à choisir leurs horaires. En s'appuyant notamment sur la géolocalisation des travailleurs par la plateforme, la Cour de cassation a constaté, « selon les critères de l'arrêt Société Générale » dit-elle, l'existence d'un lien de subordination entre la plateforme numérique et ses travailleurs¹¹⁰.
- 58-** En réalité, une nouvelle approche du lien de subordination, moins centrée sur les pouvoirs juridiques exercés par l'employeur, était née et sera plus clairement réaffirmée par la Cour de cassation française dans l'arrêt du 4 mars 2020. Dans cet arrêt, le juge s'est attaché à clarifier la notion d'intégration à un service organisé en décidant que le travailleur présumé indépendant était « *intégré à un service de prestation (...) créé et entièrement organisé par la société* »¹¹¹. En fait de clarification, le juge renouvelait le critère de l'intégration à un service organisé en faisant reposer son approche sur la considération qu'il n'y a d'entreprise individuelle indépendante qu'à la condition essentielle que l'entrepreneur qui la porte ait le libre choix de la créer ou de la reprendre, la maîtrise de l'organisation de ses tâches et celle de la recherche de la clientèle et des fournisseurs¹¹². Il y a clairement un élargissement, à travers le nouveau critère de l'intégration à un service organisé, d'un lien de subordination qui, désormais peut être recherché dans la condition du travailleur dans la relation économique que dans un rapport juridique de pouvoirs de direction et de sanction de l'employeur¹¹³.
- 59-** La notion de service organisé ne doit pas être dissociée de celle d'entreprise¹¹⁴. Le service organisé est « *une entité au sein de laquelle le facteur travail est considéré de manière privilégiée* »¹¹⁵. C'est une organisation qui permet à l'organisateur d'intégrer dans celle-ci le travailleur. Le service organisé ne serait donc qu'une facette de la notion d'entreprise, mettant au premier plan le travail plutôt que le capital, à la différence

110 C. Cass., soc., 28 novembre 2018, 17-20.079 et CA de Paris, pôle 6 – ch. 2, 20 avril 2017, n° 17/00511.

111 C. Cass., soc., 4 mars 2020, 19-13.316, arrêt Uber BV. De manière analytique, il a considéré que l'intégration à un service organisé pouvait constituer un indice de subordination. Pour ce faire, elle fait quatre constats dans le cas d'espèce. Premièrement, elle relève que le chauffeur est intégré à un service de transport organisé, qui n'existerait pas en l'absence de la plateforme et sans laquelle le travailleur serait dans l'incapacité de se constituer une clientèle propre. Pour appuyer cela, elle prend en compte le fait que chauffeur ne peut ni fixer ses tarifs, ni déterminer les conditions d'exercice de sa prestation. Deuxièmement, elle constate que la plateforme impose au chauffeur un itinéraire qui, s'il n'est pas respecté, s'accompagne de corrections tarifaires. Troisièmement, elle relève que le chauffeur ne connaît pas toujours la destination finale de la course, l'empêchant donc de faire un choix libre et éclairé dans les courses qu'il accepte. Quatrièmement, elle fait remarquer que la plateforme dispose d'un pouvoir de sanction en ce qu'à partir de trois refus de courses successifs, en cas d'annulations de courses excessives ou de signalements de « comportements problématiques », la plateforme peut déconnecter temporairement le chauffeur de l'application.

112 Cour d'appel de Paris, 20 avril 2017, n° 17/00511 (affaire *Take Eat Easy* ayant donné lieu à l'arrêt de la Cour de cassation du 28 novembre 2018) et également Cour d'appel de Paris, 10 janvier 2019, n° 18/08357 (aff. Uber). Cette décision a été confirmée par la Cour de cassation française dans Cass. soc., 4 mars 2020, n° 19-13.316.

113 E. Maurel, *Entre subordination et dépendance. Essai sur une relecture de la subordination par les plateformes de mobilité*, op. cit., p. 4.

114 M. Despax, *L'entreprise et le droit*, Paris, LGDJ, 1956, p. 128.

115 Th. Revet, *La force de travail. Étude juridique*, Paris, Litec, 1992, n°210.

de la notion classique d'entreprise, les considérant sur le même pied d'égalité, sinon mettant le capital au-dessus du travail. La notion de service organisé caractérise ainsi l'organisation de l'entreprise par l'employeur, lui permettant d'y insérer le salarié¹¹⁶. Dans le service organisé par et pour autrui, le plus important n'est pas le pouvoir de direction, de contrôle et de sanction mais les contraintes liées aux locaux, aux horaires et au matériel utilisé par la prestation de travail. C'est ainsi que certaines plateformes exigent l'utilisation d'accessoires, notamment vestimentaires, revêtant leur logo ou d'autres éléments de leur identité visuelle. Mieux encore, ce sont les plateformes qui mettent les applications numériques d'inscription et de connexion à la disposition des prestataires. Ce sont également ces applications qui déterminent les contraintes administratives, comme la prévision des itinéraires, l'organisation et le comptage kilométrique, le décompte du temps d'exécution de la prestation, le contrôle des seuils de connexion et le calcul et la facturation du coût de la prestation.

Les applications fonctionnent donc de sorte à intégrer le travailleur au sein d'un service organisé par les plateformes et leurs clients de sorte à lui permettre d'offrir une prestation de « travail à la carte ». Au centre du service organisé se trouve l'intérêt de l'entreprise, qui vise moins la fonction de direction des personnes dans l'exécution des prestations de travail que la direction économique de l'activité, visant à assurer la rentabilité du poste de travail et la préservation de la compétitivité de l'entreprise.

- 60- C'est donc un renouvellement de fond, par la prise en compte de la dépendance économique du travailleur, qui se révèle à l'analyse plus convaincant que le renouveau hésitant dans la forme, se manifestant par le renouveau d'un ancien critère de caractérisation du lien de subordination.

2- Un renouvellement du lien de subordination convaincant dans le fond

- 61- Quelle que soit la forme d'organisation du travail, l'employeur n'a jamais véritablement renoncé aux mécanismes d'appropriation du travail ou du résultat économique de l'activité professionnelle du travailleur¹¹⁷. Or, l'une des utilités premières de la règle de droit du travail est de protéger le travailleur, contractant présumé faible. C'est pourquoi, l'une des fonctions essentielles assignées au lien de subordination recherché dans la relation de travail est de permettre au juge de rééquilibrer les inégalités juridiques entre l'employeur et le travailleur. Mais cela ne semble plus pouvoir se faire de manière efficiente qu'en accordant une attention particulière aux inégalités économiques car, comme le dit un auteur, une forte « *inégalité de puissance économique* » engendre nécessairement « *une inégalité dans l'exercice de la puissance juridique* »¹¹⁸. Il semble donc plus que convaincant de « *de ne pas restreindre le statut de salarié au seul critère tiré de la subordination juridique mais de l'étendre à la notion de dépendance économique du nouveau travailleur* »¹¹⁹.

116 E. Maurel, *Entre subordination et dépendance. Essai sur une relecture de la subordination par les plateformes de mobilité*, op. cit., p. 116, n°121.

117 F. Rosa, « Le critère du lien de subordination à l'épreuve du travail de plateforme, quelques éléments d'explication sur le contexte français », op. cit., p. 154.

118 D. Garde, *Essai et enjeux d'une définition juridique du travail*, op. cit., n°207 ;

119 B. Mettling, Rapport « Transformation numérique et vie au travail », septembre 2015.

- 62-** Les termes de la décision française du 4 mars 2020 indiquent qu'elle serait fondée sur l'existence des pouvoirs juridiques de l'employeur¹²⁰. Pourtant, dans le fond, l'analyse du lien de subordination a été renouvelée. En effet, le juge articule, dans la forme, l'exercice d'un pouvoir de droit certes, mais dans le fond, il se fonde sur la répartition des risques et des profits de l'activité économique exercée en commun par le travailleur et la plateforme numérique. En définitive, il semble épouser la théorie selon laquelle la théorie de la dépendance économique appréhenderait l'effet du pouvoir alors que celle du lien juridique s'intéresserait à l'exercice du pouvoir lui-même¹²¹. Pour le juge social, il s'est agi d'assurer la protection du travailleur se trouvant dans une relation de travail déséquilibrée et qui est en situation de dépendance, non pas juridique, mais cette fois-ci économique. Du reste, n'est-ce pas là l'une des fonctions premières du droit du travail, qui est d'être le « *droit commun des rapports de dépendance économique* » ?¹²². C'est donc en toute logique que cette dépendance ou cette contrainte économique apparaît comme l'un des critères de la subordination, « *celle-ci s'entendant à la fois d'un pouvoir sur le travail et d'une maîtrise de l'activité économique* »¹²³.
- 63-** Le renouveau du critère de l'intégration à un service organisé a permis au juge de caractériser l'existence d'un lien de subordination dans la condition d'une personne qui « *ne participe pas aux risques commerciaux* » de son employeur et qui est « *intégrée à l'entreprise dudit employeur* » pendant la durée de la relation de travail, « *formant avec celle-ci une unité économique* »¹²⁴. Ce critère a permis et permettra de faire jouer un rôle plus important à l'état de dépendance économique du travailleur dans la caractérisation de sa subordination¹²⁵. Il sera désormais possible de déduire l'existence d'un lien de subordination de la maîtrise par l'employeur, non pas de la direction de l'exécution du travail, peut-être même pas des conditions de cette exécution, mais bien plus de la finalité économique de l'activité exercée.
- 64-** Cette approche nouvelle du critère du salarié « intégré » et non « subordonné » fait écho à l'idée selon laquelle le besoin de protection du travailleur est moins lié à la subordination juridique qu'à la situation de dépendance économique dans laquelle il se trouve à l'égard d'un seul employeur¹²⁶. Le nouveau critère de l'intégration à un service organisé semble pouvoir couvrir, et cela est fortement souhaitable, toutes les hypothèses de relations de travail dans lesquelles le travailleur, professionnel qualifié¹²⁷,

120 E. Dockès, « Le salariat des plateformes à propos de l'arrêt Take Eat Easy », *Le Droit ouvrier*, 848, 2019, pp. 4-6.

121 O. Leclerc et Th. Pasquier, « La dépendance économique en droit français et en droit comparé (1ère partie : la tentation de la dépendance économique) », *R.D.T.* 2010, p. 83, spéc. p. 85.

122 A. Supiot, *Le droit du travail*, coll. « Que sais-je ? », *op. cit.*, p. 4.

123 Th. Pasquier, « La dépendance économique au prisme de ses usages », *RDT* 2010. 85 ; V. aussi O. Leclerc, Th. Pasquier, A. G. Hernández et F. Martelloni, « La dépendance économique en droit du travail : éclairages en droit français et en droit comparé », *RDT* 2010. 83 et 149.

124 CJUE, 4 décembre 2004, *FNV Kunsten Informatie en Media*, C-413/13, point 36.

125 CPH Paris 20 décembre 2016, *RTD* 2017, 16 mars 2017. Dans cette décision, le Conseil de Prud'hommes de Paris a requalifié en contrat de travail la relation entre un chauffeur VTC sous statut d'auto-entrepreneur et une plateforme numérique assurant la mise en relation avec des clients. Dans cette espèce, les juges ont relevé que le chauffeur VTC était dans une situation de dépendance économique telle qu'il ne pouvait se constituer sa propre clientèle.

126 R. Wank, *Arbeitnehmer und Selbständige*, 1988, V. le résumé de cette thèse in *Der Betrieb*, 1992, 90 cité par A. Supiot, « Les nouveaux visages du lien de subordination », *op. cit.*, p. 140.

127 Professionnel civil en général : médecin, conseil, professeur, etc.

est juridiquement indépendant dans l'exercice de son activité, mais se trouve enserré dans une structure économique organisée par autrui, disposant des moyens essentiels de l'activité et tirant le meilleur profit économique de celle-ci¹²⁸. C'est ce lien que certains auteurs ont proposé d'appeler « lien de collaboration salariée » qui viendrait compléter les liens de collaboration commerciale ou libérale ou « lien de l'intégration économique ».

- 65- Le nouveau lien de « l'intégration économique » procéderait d'une nouvelle approche du contrat de travail qui ne serait finalement rien d'autre qu'un « *lieu d'expression des intérêts économiques de chacune des parties* », en même temps qu'il est « *le moyen de réaliser un projet économique commun* », ce projet pouvant être défini comme le fait de « *contribuer à une même activité économique profitable pour les deux parties* »¹²⁹. Les deux parties indépendantes entreraient donc dans une relation contractuelle de travail dans laquelle le travailleur accepte de consacrer son temps à l'activité économique de son employeur de manière à « s'intégrer » ou « se fondre » dans l'entreprise de celui-ci. Ainsi, lorsque la qualité d'un prestataire est recherchée, la qualité de salarié devra être écartée, de prime abord, pour celui qui dispose non seulement de la maîtrise de sa capacité de profits mais aussi des risques inhérents à cette maîtrise de sorte que « *la participation aux pertes et aux risques de l'entreprise exclut la qualification de contrat de travail* »¹³⁰. Par conséquent, celui qui n'a pas sa propre entreprise, dans laquelle il assume les risques et tire les profits, bien qu'il soit juridiquement indépendant, devra être traité comme un travailleur subordonné qui « *participe en réalité à l'entreprise d'autrui* »¹³¹.

CONCLUSION

- 66- Unanimement considéré comme un « *élément spécifique et essentiel du contrat de travail* »¹³², le lien de subordination est solidement établi comme un lien subjectif de droit. Il se caractérise historiquement par des pouvoirs qui, à l'image de la division constitutionnelle des pouvoirs exécutif, législatif et judiciaire, sont décomposés en un pouvoir de direction, un pouvoir réglementaire et un pouvoir de sanction du travailleur

128 Il peut ainsi être imposé aux prestataires d'arborer des traits distinctifs d'appartenance à la plateforme comme des cartes de visite, une adresse électronique, etc.). Il faut toutefois relever que cette pratique est en passe d'être dépassée, avec l'adoption progressive du *Bring Your Own Device* (BYOD ou « apportez votre propre appareil »), pratique consistant à utiliser dans l'entreprise les appareils personnels (smartphones, ordinateurs portables, tablettes) des travailleurs (V. F. Mattatia, *Internet et les réseaux sociaux : que dit la loi ?*, 4^e éd. Eyrolles, 2022, p. 222).

129 Ch. Radé, « Des critères du contrat de travail. Protéger qui exactement ? Le tentateur, le sportif amateur, le travailleur ? » *Dr. soc.* 2013. 202. V. également H. Groutel, « Le critère du contrat de travail », in *Tendances du droit du travail français contemporain : études offertes à Guillaume-Henry Camerlynck*, Dalloz, 1977, p. 49, not. p. 58 : « Ainsi, ce que l'on continue d'appeler la subordination n'est plus, d'une manière générale en droit social, qu'un ensemble de circonstances, au demeurant fort diverses, permettant d'affirmer que le travailleur est l'un des éléments humains occupant une place dans une entreprise dont il n'est pas l'organisateur : il est celui qui appartient à une entreprise. Inversement, il n'est pas un travailleur subordonné si l'on peut considérer qu'il a lui-même mis en œuvre sa propre entreprise ».

130 Th. Pasquier, « Sens et limites de la qualification de contrat de travail », *op. cit.*, p. 102.

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

132 G.-H. Camerlynck et G. Lyon-Caen, *Précis de Droit du Travail*, *op. cit.*, p. 229.

subordonné¹³³. Ces pouvoirs, quoiqu'étendus, connaissent une édulcoration qui se révèle de plus en plus prononcée. Historiquement limité par le lieu de travail et le temps de travail, le lien de subordination est un outil juridique souple en ce qu'il est soumis aux conséquences des évolutions de la forme et de l'organisation du travail. Cette souplesse, que d'aucuns considèrent comme l'exposant à une « dilution »¹³⁴, lui permet de s'étendre, d'être enrichi et de se renouveler. Si bien que l'une des questions essentielles que soulève cette capacité à se renouveler est de savoir si finalement la subordination n'est pas une figure qui structure l'existence même du marché du travail et qui, bien que pouvant changer de visage, est voué à survivre aussi longtemps que le capitalisme¹³⁵. Une autre question essentielle que soulèvent les débats, constamment entretenus et relancés par les décisions des juges, sur le lien de subordination, porte sur la vocation du droit du travail à être ou à devenir le droit commun de toutes les relations de travail. Un droit commun qui s'organiserait autour du droit à la sécurité sociale, du droit à la formation professionnelle permanente, du droit de participer à la définition de l'objet du travail et de ses conditions d'exécution et du droit à l'équilibre et à la stabilité économique des contrats professionnels¹³⁶. L'assignation d'une telle vocation au droit du travail serait déraisonnée car il faudrait alors envisager, au-delà de ce droit commun, un droit des contrats spéciaux du travail, à l'image du droit pénal spécial ou du droit des contrats spéciaux, et qui prendrait en compte à la fois la subordination, l'indépendance ou l'autonomie et toutes les situations intermédiaires. Quoique pouvant apparaître séduisante, cette idée de la reconnaissance d'un nouveau droit de l'activité professionnelle¹³⁷ visant toutes les formes de travail atypiques, soulèverait de nombreuses questions sur l'articulation que ce droit aurait avec le droit du travail ou le droit des activités économiques indépendantes tel qu'il est prévu par le droit des affaires OHADA¹³⁸ notamment.

67- La voie choisie par le juge, de renouveler le lien de subordination défini par des pouvoirs juridiques, en y injectant une dose d'analyse économique du droit, quoique de manière casuistique, semble particulièrement rationnelle en ce qu'elle lui permet de conserver son pouvoir de (re)qualification des relations de travail afin de rétablir l'équilibre juridique ou économique chaque fois qu'au moins l'un de ces équilibres sera rompu, mais à partir d'un outil juridique connu et souple, dont il conserve l'entière maîtrise.

133 P. Durand, cité par A. Supiot, *Le droit du travail*, coll. « Que sais-je ? », *op. cit.*, p. 75.

134 A. Supiot, « Les nouveaux visages du lien de subordination », *op. cit.*, p. 139.

135 « C'est à l'aune de son droit du travail que l'on juge du degré d'ouverture de l'économie d'un pays » a-t-on dit. V. A. Supiot, *Le droit du travail*, coll. « Que sais-je ? », *op. cit.*, p. 66.

136 A. Supiot, « Les nouveaux visages du lien de subordination », *op. cit.*, p. 134.

137 Th. Pasquier, « Sens et limites de la qualification de contrat de travail », *op. cit.*, p. 108.

138 Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires créée par Traité signé le 17 octobre 1993 à Port-Louis (Maurice), révisé le 17 octobre 2008 à Québec (Canada) et regroupant aujourd'hui dix-sept États parties.