

Quelle régulation pour les plateformes numériques ?

À l'heure où l'Europe s'accorde finalement sur le contenu de la future directive relative aux droits des travailleurs des plateformes numériques, les partenaires sociaux ont déjà posé en France, non sans mal, les premiers jalons d'une négociation collective atypique en vue de réguler ce secteur en pleine expansion dans le sillage de la nouvelle économie. Mais cette quête d'un modèle social idoine se heurte toujours à de fortes contradictions autant sociologiques que sociales, d'où la déception ou l'insatisfaction des différentes parties prenantes face aux incertitudes des réponses apportées par le droit du travail classique.

Rachid Brihi

Avocat associé, cabinet Brihi-Koskas & Associés

Après la grande vague des dérégulations qui a déferlé sur l'Europe dans les années 80-90 sous l'influence de l'école de Chicago, serait venu le temps des régulations tous azimuts, officiellement avancées pour protéger les travailleurs... à moins qu'il ne s'agisse de sauver un nouveau modèle économique, consacrant la fin de l'industrie et l'avènement des services... et, sans doute, la fin du travail salarié.

Le xx^e siècle avait débuté avec la taylorisation et s'est terminé avec les délocalisations... nous avons entamé ce xxi^e siècle avec l'ubérisation.

Les juristes, après les sociologues et les économistes sont appelés en renfort pour mettre leur imagination au service de cette régulation entre travailleurs et plateformes numériques.

Nul ne peut éluder l'évidente équation : ce modèle économique s'est imposé dans nos sociétés comme nouveaux modes de consommation à la faveur de la digitalisation mais il ne pourrait survivre qu'à la condition de ne pas être soumis aux normes classiques du salariat.

Faut-il pour autant un nouveau cadre juridique ?

1 L'UBÉRISATION : PARADIGME INCONTOURNABLE DE LA NOUVELLE ÉCONOMIE ?

De toute évidence, le choix politique du gouvernement s'inspire d'une approche néo-libérale et traduit une volonté d'accompagner le développement des plateformes numériques, y compris par une stratégie de « sanctuarisation » juridique afin de prévenir ou contenir les risques contentieux en anticipant, non sans précipitation, la proposition de directive du 8 mars 2024 (voir Liaisons sociales, actualités, n° 146, 13 mars 2024) annonçant une présomption de salariat. Clairement, pour paraphraser une formule entrée dans l'Histoire, le discours « dominant » et donc libéral se résumerait ainsi : « Prolétaires de tous les pays, ubérisez-vous ! » auquel le discours syndical devrait répondre en écho : oui mais... « Unissez-vous ! »

Si le débat sur l'émergence d'un nouveau mode de régulation juridique est nécessaire et salutaire en ce qu'il invite le juriste à rechercher et imaginer des solutions innovantes, il n'empêche que fondamentalement nous sommes en présence des contradictions classiques inhérentes au droit du travail : protection de la partie plus faible au contrat, dignité des conditions de travail et rémunération décente.

L'arrivée et l'explosion du modèle économique des plateformes numériques à travers le transport de personnes en zones urbanisées et les livraisons à domicile de marchandises... ne serait-ce pas là l'aboutissement ou la réalisation de ce vieux fantasme néolibéral en vogue dans les années 90, d'« un travailleur libéré des contraintes du salariat » ? et donc nul besoin désormais d'un « droit du travail » ? après tout, n'est-ce pas plus « social » d'offrir un « droit au travail » en s'affranchissant des contraintes supposées du salariat, surtout à l'égard d'une force de travail moins exigeante parce que plus précaire ?

C'était donc ça le grand rêve de certains patrons... « des entreprises sans usines » ! des employeurs « sans contact »... des travailleurs « sans contrat » ! Comme il est loin le temps des « grands capitaines d'industrie » des deux derniers siècles qui produisaient des biens et des services en créant de la valeur (et parfois des valeurs...) mais c'était avant la financiarisation de l'économie et la digitalisation de nos sociétés.

Réfléchir aux nouvelles formes de régulation des plateformes numériques nous renvoie d'une certaine manière à interroger les mutations du travail à l'épreuve de notre modèle social tel qu'il a pu évoluer dans le temps sans remettre en cause le « travailler ensemble ».

2 UN MODÈLE ÉCONOMIQUE À L'ÉPREUVE DE NOTRE HISTOIRE SOCIALE

Immanquablement, notre Histoire est un marqueur très puissant tant le modèle social français repose sur le diptyque suivant : il n'y a pas d'« économique » viable sans « social » décent.

Pour ne remonter qu'à l'ère industrielle moderne, c'était tout le sens de « L'association Capital/Travail » qui irriguera le programme du Conseil national de la résistance (CNR), notamment en généralisant la « participation » des représentants des travailleurs à travers les comités d'entreprise et la protection contre les risques de la vie à travers la sécurité sociale.

Dans l'ordonnancement juridique, ce modèle social sera inscrit dans le marbre de l'article 8 du Préambule de la Constitution de 1946 : « **Tout travailleur** (donc **même non salarié** !) participe, par l'intermédiaire de **ses délégués**, à la détermination **collective** de ses conditions de travail. »

Cette référence cardinale deviendra la pierre angulaire du système des relations sociales en France et a sans doute servi de source d'inspiration au rapport Frouin de novembre 2020 (voir Semaine sociale Lamy n° 1932, p. 10) commandé par les pouvoirs publics pour explorer les voies d'une régulation juridique des plateformes numériques.

Domage que le gouvernement ait cru bon de ne pas s'en inspirer - sans doute par opportunisme politique - en dépit d'un travail colossal et inédit de documentation à la fois pratique auprès des acteurs et experts, de manière transversale à toutes les disciplines scientifiques, économistes, sociologues, juristes.

Le rapport Frouin avait pourtant le mérite d'explorer de manière approfondie et objective toutes les problématiques auxquelles sont confrontés les travailleurs et les plateformes et de tracer des perspectives normatives intéressantes, par exemple en termes de meilleure transparence dans les algorithmes organisant la relation de travail (singulièrement en cas de déconnexion ou de rupture), et surtout de mise en place d'un « dialogue social », certes imparfait à raison même de la spécificité du secteur d'activité et des particularismes des acteurs en présence mais qui s'inscrivait dans la tradition française de « participation ».

3 UN MODÈLE SOCIAL QUI RÉINTERROGE LA QUESTION DU TRAVAIL

Mais de quoi ce « nouveau monde » du travail est-il fait ?

Le Professeur Supiot nous a enseigné que « **le travail n'est pas une marchandise** » même si l'emploi est déjà devenu un simple « marché » !

Le développement des plateformes numériques serait-il synonyme de l'émergence d'un « nouveau monde » ou d'un simple retour au contrat de louage de services... c'était avant le Code de travail !

Une excellente étude Compas de novembre 2022 (Compas, Zoom pour agir, n° 27, 4 nov. 2022) nous éclaire sur cette « marchandise-travail » à travers des statistiques précieuses sur la sociologie des travailleurs des plateformes.

Ainsi on apprend, notamment, que ces derniers, qui représentent en France environ 230 000 personnes (chauffeurs VTC et livreurs confondus), vivent pour un quart d'entre eux dans les quartiers prioritaires de la ville (QPV) ; qu'entre 2019/2022 leur nombre a été multiplié par sept dans les QPV !

L'étude Compas est encore plus instructive lorsqu'elle révèle que 92 % des livreurs sont des hommes, 55 % ont moins de 25 ans, 40 % sont des étrangers et que pour 70 % d'entre eux la livraison constitue un complément de revenus.

De toute évidence, l'entreprise algorithmique est un véritable laboratoire social dans lequel se nouent de nouveaux « conflits de logique » qui renvoient à de nouvelles contradictions complexes : comment expliquer qu'une part importante des travailleurs socialement exclus se trouve attirée par les plateformes numériques ?

Une nouvelle logique sociale serait à l'œuvre comme la « main invisible du marché » qui ferait que désormais l'inclusion des exclus du marché du travail « classique » par les plateformes serait la voie royale, y compris pour lutter contre les discriminations qui trop souvent leur interdisent d'accéder à l'entreprise de « droit commun ».

Faudrait-il se méfier ou se réjouir de cet effet pervers - ou vertueux - d'un nouveau mode d'intégration par la liberté entrepreneuriale ? Mythe ou chimère ?

4 DES RÉPONSES INCERTAINES À DES ENJEUX JURIDIQUES COMPLEXES

Peu importe, dès l'instant où l'état sociologique des forces en présence oblige les juristes à réfléchir et à appréhender les questions du travail et de l'emploi dans cet environnement particulier où l'exploitation de l'autonomie apparente accentue le déséquilibre entre les parties au contrat.

De toute évidence, le dialogue social sera toujours contraint, encore plus dans ce secteur qu'ailleurs, par la logique économique : pour les plateformes, il s'agit de développer leur marché sans exposition aux risques juridiques du salariat remettant en cause la pérennité du modèle économique.

On retrouve évidemment ce « conflit de logiques » dans l'élaboration des stratégies syndicales de manière différenciée et parfois contradictoires.

D'un côté, celles qui investissent le champ des actions contentieuses en requalification salariale, essentiellement dans des situations post-rupture par « désactivation » du travailleur sur l'initiative unilatérale et très souvent discrétionnaire de la plateforme.

Cette stratégie a donné lieu à une jurisprudence abondante et médiatisée mais reste hasardeuse et sujette à une approche casuistique par le juge, et malheureusement dans des délais parfois déraisonnables donc dissuasifs.

De l'autre côté, certains syndicats, en particulier ceux qui se sont organisés sous forme associative et de manière « autonome » par rapport aux confédérations classiques (tel est le cas par exemple de l'Union-Indépendants même si elle a été initiée par la CFDT) ont opté pour l'action collective visant à obtenir, par la mobilisation et par la négociation, une amélioration des conditions sociales des travailleurs, notamment en matière de rémunération et de travail décent, sans faire du statut de salarié une revendication prioritaire et donc sans recours systématique au juge de la requalification salariale. S'est donc posée, et se pose encore avec une plus grande acuité, la question de la compétence du juge pour connaître des litiges : les plateformes voudraient renvoyer leurs travailleurs devant le tribunal de commerce... est-ce bien raisonnable quand on connaît le fonctionnement et la compétence « sociale » de cette juridiction ? Mais le conseil de prud'hommes n'est pas toujours le mieux armé pour appréhender la complexité de la relation de travail numérique, et ce d'autant qu'il devrait pouvoir se prononcer sur tous litiges, même en l'absence de rupture/déconnexion ou de demande de requalification salariale.

Notre idée d'abord de réunir tous les litiges devant une seule « juridiction du travail », qu'ils soient de nature salariale ou pas, qu'ils soient individuels ou collectifs, qu'ils portent sur la rupture ou sur l'exécution du travail. Nous plaçons de longue date pour l'avènement de ce « juge du travail » qui ne soit pas que le juge du « contrat de travail », à l'instar de ce que pratiquent certains de nos voisins européens, dans le cadre maintenu mais sans doute rénové du paritarisme, seul gage d'un examen équitable et pragmatique tiré de l'expérience du monde du travail, celui d'hier comme celui de demain.

5 DES ACTEURS PLUS « REPRÉSENTATIFS » POUR UN DIALOGUE SOCIAL ATYPIQUE

Les obstacles sont bien présents et les défis posés aux travailleurs ainsi qu'à leurs syndicats sont complexes : ne faudrait-il pas envisager ou même imaginer de nouvelles formes de représentation collective, une sorte de « néo-syndicalisme » sur le modèle des ONG ?

En effet, parmi quelques contradictions majeures de ces formes de travail, on relèvera l'absence d'un cadre organisé : dès lors, comment faire face à l'atomisation et l'éclatement/démiettement du travail ? Comment appréhender les effets induits par l'individualisme exacerbé à travers l'auto-performance « ludique » via une application qui de fait s'est substituée aux directives de l'agent de maîtrise ou du « bureau des méthodes », tout en exerçant un contrôle encore plus prégnant voire coercitif ? Et que dire de cette forme de schizophrénie du travailleur des plateformes : « Être son propre patron » et/ou « Être syndiqué » ?

Or, les modes traditionnels de représentation collective des travailleurs supposent que l'action syndicale se déploie à partir d'un collectif de travail lequel est incarné par un employeur identifié ou identifiable et dans un périmètre déterminé (site, établissement, entreprise, groupe...).

On sait bien que l'action syndicale pour être « efficace » doit s'ancrer au plus près de la collectivité de travail et à proximité des travailleurs, surtout depuis qu'en 2008 l'audience électorale est devenue le critère exclusif de la représentativité.

N'est-ce pas l'exact contraire du processus mis en œuvre par les pouvoirs publics en procédant « par le haut » par la constitution d'acteurs et d'un processus électoral dans une certaine précipitation, le tout sous l'égide d'une nouvelle autorité administrative, l'Arpe, chargée de veiller au bon déroulement de la « négociation collective » ?

Le résultat des élections professionnelles qui se sont tenues en mai 2022 n'est guère étonnant : 96 % d'abstentions dans le secteur des VTC et 98 % chez les livreurs !

Avec des acteurs/interlocuteurs nouveaux mais peu expérimentés sur les stratégies syndicales classiques et un électoralat si particulier, pouvait-on s'attendre à un niveau de représentativité plus élevé ?

Tout observateur avisé et objectif s'interrogerait sur une telle légitimité à produire de la norme conventionnelle et sur la capacité d'engagement, au surplus lorsque les acteurs en question sont appelés dans l'urgence politique par le gouvernement à « réguler par le haut » au niveau sectoriel ou de « branche », faute de cadre plus approprié.

6 DES ACCORDS PROMETTEURS OU EN TROMPE-L'ŒIL ?

En même temps, selon que l'on veut voir le verre à moitié vide ou à moitié plein, une certaine dynamique a été enclenchée, probablement comme une initiative expérimentale.

D'aucuns pourraient ainsi se réjouir face à la signature de pas moins de cinq accords en sept mois... de quoi faire pâillir la traditionnelle négociation collective de branche !

On peut citer notamment :

- **L'accord du 18 janvier 2023** dans le secteur des VTC avec la fixation d'un revenu minimal par course (7,65 euros nets) que l'Union-Indépendants (CFDT) a refusé de signer en raison d'une revendication divergente sur « un taux horaire minimum ou un revenu kilométrique », en dépit d'une augmentation significative de 27 % par rapport au revenu de référence du marché (6 euros : UBER)... comparée aux 3 % des NAO dans les entreprises !
- **L'accord du 20 avril 2023** dans le secteur des livreurs avec la fixation d'une rémunération minimale de 11,75 euros pour une heure d'activité (référence implicite mais pas anodine au Smic horaire... salariat quand tu nous tiens !)
- **L'accord du 20 avril 2023** dans ce même secteur dont l'objet principal est de définir de manière plus transparente les modalités de rupture des relations commerciales : mise en place de garanties de procédure avec des délais, une information préalable et l'exigence d'une intervention humaine et non pas seulement algorithmique dans la décision de rupture.
- **L'accord du 19 septembre 2023** définissant pour les VTC le même type de modalités plus transparentes en cas de suspension ou de résiliation des relations avec une typologie limitative des causes justificatives : agressions, vols, violences... partage illicite de comptes... fraude... mauvaise qualité des prestations réalisées... non-conformité des documents obligatoires.

L'avenir nous dira, notamment à l'aune des futures élections de représentativité, si la méthode a pu favoriser une réelle dynamique en faveur d'un dialogue social adapté aux besoins et aux attentes des travailleurs des plateformes, et tout particulièrement en scrutant le taux d'abstention. Une vision optimiste nous conduirait à ne pas oublier que, comme Rome ne s'est pas faite en un jour, le syndicalisme français ne s'est pas construit en si peu de temps. Mais il est vrai que par l'effet de l'économie numérique et l'accélération qu'elle induit sur les modes d'organisation du travail, les acteurs des plateformes sont sommés d'aller toujours plus vite alors qu'il s'agit d'une œuvre de longue haleine que même les meilleurs algorithmes ne pourront jamais imaginer à leur place.

Bruxelles, le 8 mars 2024

Objet : Proposition de DIRECTIVE DU PARLEMENT EUROPÉEN ET DU CONSEIL relative à l'amélioration des conditions de travail dans le cadre du travail via une plateforme (extraits)

Art. 1. - [...] 2. La présente directive établit des droits minimaux qui s'appliquent à toute personne exécutant un travail via une plateforme dans l'Union qui a ou qui, sur la base d'une évaluation des faits, peut être réputée avoir un contrat de travail ou une relation de travail au sens du droit, des conventions collectives ou de la pratique en vigueur dans les États membres, eu égard à la jurisprudence de la Cour de Justice.

La présente directive établit également des règles visant à améliorer la protection des personnes physiques à l'égard du traitement de leurs données à caractère personnel en prévoyant des mesures en matière de gestion algorithmique applicables aux personnes exécutant un travail via une plateforme dans l'Union, y compris celles qui n'ont pas de contrat ou de relation de travail. [...]

Art. 5. - 1. La relation contractuelle entre une plateforme de travail numérique et une personne exécutant un travail en passant par cette plateforme est légalement présumée être une relation de travail lorsque des faits témoignent d'un contrôle et d'une direction, conformément à la législation nationale, aux conventions collectives ou à la pratique en vigueur dans les États membres et eu égard à la jurisprudence de la Cour de Justice, sont constatés. Lorsque la plateforme de travail numérique cherche à renverser la présomption légale, il lui incombe de prouver que la relation contractuelle en question n'est pas une relation de travail au sens du droit, des conventions collectives ou de la pratique en vigueur dans l'État membre en question, eu égard à la jurisprudence de la Cour de Justice.

2. À cet effet, les États membres établissent une vraie présomption réfragable de relation de travail qui constitue une facilitation procédurale en faveur des personnes exécutant un travail via une plateforme, et les États membres assurent que cette présomption légale n'a pas pour effet d'alourdir la charge des exigences pesant sur les personnes exécutant un travail via une plateforme, ou sur leurs représentants, dans les procédures visant à déterminer leur statut professionnel. [...]

Art. 7. - 1. Les plateformes de travail numériques n'accomplissent, au moyen de systèmes de surveillance ou de prise de décision automatisés, en aucun cas les actes suivants : a) le traitement de données à caractère personnel concernant l'état émotionnel ou psychologique de la personne exécutant un travail via une plateforme ;

b) le traitement de données à caractère personnel liées à des conversations privées [...]

c) la collecte de données à caractère personnel alors que la personne exécutant un travail via une plateforme ne propose pas ou n'exécute pas de travail via une plateforme ;

d) le traitement de données à caractère personnel pour prévoir l'exercice de droits fondamentaux, y compris le droit d'association, le droit de négociation et d'actions collectives ou le droit à l'information et à la consultation, tels qu'ils sont définis dans la charte ;

e) le traitement de données à caractère personnel pour déduire l'origine raciale ou ethnique, le statut migratoire, les opinions politiques, les convictions religieuses ou philosophiques, le handicap, l'état de santé, notamment une maladie chronique ou le statut VIH, l'état émotionnel ou psychologique, l'affiliation syndicale, la vie sexuelle ou l'orientation sexuelle d'une personne ;

f) le traitement de données biométriques [...].

Art. 10. - 1. Les États membres veillent à ce que les plateformes de travail numériques contrôlent et, avec la participation des représentants des travailleurs, procèdent régulièrement, et en tout cas tous les deux ans, à une évaluation de l'incidence des décisions individuelles prises ou appuyées par les systèmes de surveillance et de prise de décision automatisés utilisés par la plateforme de travail numérique sur les personnes exécutant un travail via une plateforme, y compris, le cas échéant, sur leurs conditions de travail et l'égalité de traitement au travail.

2. Les États membres exigent des plateformes de travail numériques qu'elles garantissent des ressources humaines suffisantes pour assurer un contrôle et une évaluation effectifs de l'incidence des décisions individuelles prises ou appuyées par des systèmes de surveillance ou de prise de décision automatisés. Les personnes auxquelles la plateforme de travail numérique confie la fonction de contrôle et d'évaluation ont la compétence, la formation et l'autorité nécessaires pour exercer cette fonction, y compris pour annuler des décisions automatiques. Elles devraient bénéficier d'une protection contre le licenciement ou son équivalent, les mesures disciplinaires ou tout autre traitement défavorable dans l'exercice de leurs fonctions. [...]

Art. 11. - 1. Les États membres veillent à ce que les personnes exécutant un travail via une plateforme aient le droit d'obtenir de la plateforme de travail numérique, sans retard injustifié, une explication concernant toute décision prise ou appuyée par un système de prise de décision automatisé. Cette explication, orale ou écrite, est présentée de manière transparente et intelligible, dans un langage clair et simple. [...]