Des droits collectifs en trompe-l'œil pour les travailleurs de plateforme

Joséphα DIRRINGER [1]

Le présent article propose de revenir sur le cadre juridique des droits collectifs des travailleurs de plateforme en référence à celui qui existe en droit du travail et bénéficie aux travailleurs subordonnés. Il s'agit de révéler l'écart qui existe entre les droits collectifs protégés par le droit du travail dans l'ordre social et ceux que timidement et très imparfaitement l'ordre économique tente de dupliquer au bénéfice des travailleurs de plateforme. C'est ainsi que se posent les questions tenant à la titularité des droits sociaux fondamentaux d'essence collective ainsi que les garanties qui s'avèrent nécessaires à assurer leur effectivité.

La vulnérabilité des travailleurs de plateforme tient à leur précarité et à la fragilité de leurs droits sociaux, individuels comme collectifs. La fragilité en particulier de leurs droits collectifs limite d'autant leur capacité à défendre leurs intérêts professionnels. En dépit des lois qui leur ont reconnu le droit de constituer et d'adhérer à un syndicat (C. trav., art. L. 7342-6), un droit d'action collective (C. trav., art. L. 7342-5) et plus récemment, un droit de négocier collectivement dans le cadre d'un dialogue social spécifique au travail de plateforme [2], cette fragilité demeure très forte.

Mise en regard du travail sociologique, l'analyse juridique contribue à mieux comprendre les raisons de cette fragilité en éclairant le poids du droit

1. Maîtresse de conférences HDR à l'Université Rennes 1, IODE UMR 6262. Cette étude s'inscrit dans un processus de recherche plus large ayant reçu le financement de la Dares et de la Drees. Le projet de recherche Transformations sociales et économie du numérique (TransSEN) a été mené par une équipe pluridisciplinaire de juristes (Iode, Université de Rennes 1 ; CEJSCO, Université de Reims), d'économistes (Laboratoire Regards, Université de Reims) et de sociologues (Ires). Le rapport final peut être consulté ici : https://bit.ly/3DB4wvv.
2. Ordonnance n° 2021-484 du 21 avril 2021 relative aux modalités de représentation des travailleurs indépendants recourant pour leur activité aux plateformes et aux conditions d'exercice de cette représentation. Cette ordonnance a été ratifiée par la loi n° 2022-139 du 7 février 2022.

et de ses catégories sur les possibilités d'action des individus, en l'occurrence sur celles des travailleurs de plateforme engagés dans une action revendicative. En d'autres termes, l'analyse formelle des droits d'action collective permet d'expliquer, pour une part, les difficultés que ces travailleurs rencontrent pour exprimer et défendre leurs droits et leurs intérêts professionnels.

Pour révéler cette fragilité, il s'agit de mener une comparaison entre d'un côté les droits collectifs reconnus aux salariés et de l'autre les droits collectifs reconnus, par une sorte de duplication, aux travailleurs de plateforme (pour les principaux textes relatifs au travail des plateformes, voir encadré 1). C'est en décortiquant les droits, en confrontant les énoncés qui les reconnaissent, et en appréciant point par point l'écart qui existe entre les droits sociaux institués par le droit social et ceux institués par les récentes lois cherchant à maintenir les travailleurs de plateforme dans l'ordre économique que cette fragilité peut s'apprécier.

Ce travail suppose d'être au clair sur ce que l'on entend par « droits sociaux ». Les droits sociaux sont en effet des droits controversés (Herrera, 2009). Les juristes ont ainsi souvent mis en doute leur juridicité et leur justiciabilité (Pelloux, 1947 ; Vedel, Rivero, 1980 ; Poirmeur, 1996 ; Spitz, 2009 ; Roman, 2012). Tel n'est plus le cas et le débat à leur propos a évolué. La difficulté à saisir juridiquement les droits sociaux, comparativement aux droits civils et politiques, est double. D'une part, qualifiés communément de droits-créances, les droits sociaux soulèvent des difficultés quant aux obligations précises qu'ils impliquent pour l'État. D'autre part, et par suite, la titularité et l'universalité des droits sociaux interrogent. Historiquement, ils ont été forgés en référence au travail et plus précisément encore en référence au travail subordonné. Les droits sociaux sont donc historiquement ceux des travailleurs (sous-entendus subordonnés) et la dimension professionnelle liée à l'histoire sociale du salariat et du mouvement ouvrier reste aujourd'hui encore très ancrée. Pour autant, à mesure que la société est devenue une société salariale, certains droits sociaux ont été reconnus à toute personne. Ils sont devenus universels. L'idée d'une citoyenneté sociale est alors apparue et avec elle la conviction que les droits sociaux participent de l'intégration et de la socialisation des individus dans la société tout entière. Au cours de la dernière période, il convient cependant d'observer que l'universalisation des droits sociaux s'est poursuivie, mais sans doute dans un autre but et selon une tout autre conception se rapportant à la flexicurité. « L'universalité de 1945 » s'est en effet mue progressivement en une universalité « au service de l'agir individuel », voire de « la réalisation de soi » (Isidro, 2018). Dans cette perspective, la reconnaissance de droits sociaux à toute personne entend faciliter la mobilité des individus sur le marché du travail. L'on comprend alors que, partant de cette acception de l'universalité, certains ont pu imaginer que les droits sociaux pouvaient être pensés et forgés au-delà du droit social. Tel est le sens

notamment de la proposition d'un droit de l'activité professionnelle qui prétend inscrire des droits sociaux dans le droit économique en les conformant aux principes de l'ordre marchand.

Malgré ces entreprises d'universalisation, les droits sociaux demeurent très liés, notamment d'un point de vue juridique, à la société salariale et à la question du travail (subordonné). Cela se traduit dans la manière dont formellement le droit les définit, les garantit, les met en œuvre et les promeut. L'universalité des droits sociaux n'exclut pas en effet qu'ils puissent être reconnus et garantis différemment selon les personnes et en fonction de leur statut professionnel. Elle peut être satisfaite de diverses façons. S'il est évidemment possible d'étendre leur champ d'application de manière à élargir le cercle de ses titulaires, il est aussi envisageable de procéder par duplication, en multipliant les régimes juridiques mettant en œuvre ce droit. Il en résulte une uniformisation ou plus modestement une harmonisation des statuts sans pour autant mettre en cause leur diversité. En somme, l'universalité des droits ne signifie pas nécessairement toujours uniformité et égalité des droits. Elle peut se contenter d'une simple équivalence.

Dans les deux cas, il importe d'identifier le point d'équivalence à partir duquel juger des différences. C'est à l'aune de ces différences que l'on peut éventuellement conclure à une rupture d'équivalence entre les droits reconnus à chacun. Cette appréciation s'opère de deux manières, si ce n'est en deux temps. Dans un premier temps, la reconnaissance des droits sociaux s'apprécie en considération de la situation juridique de la personne. Il s'agit de déterminer qui en est titulaire. C'est ici que la question du statut professionnel et plus encore celle de la subordination font leur retour comme éléments justificatifs des différences qui peuvent exister entre travailleurs. Si certains droits sont attachés à toute personne qui travaille, d'autres sont quant à eux inhérents à la subordination, de sorte qu'ils ne peuvent être reconnus qu'aux seuls travailleurs subordonnés liés par un contrat de travail. Dans la recherche d'une équivalence, on sera tenté parfois de voir dans la dépendance (économique) un équivalent de la subordination (juridique). En dépit des différences et des interminables discussions doctrinales sur l'opportunité ou non de distinguer les deux notions, on peut concéder que dans les deux cas, il y a soumission à un pouvoir d'organisation et nécessité vitale pour la personne de mettre à disposition d'un autre sa force de travail. Telle est d'ailleurs la démarche des auteurs du socle européen des droits sociaux, retenant que certains droits soient reconnus « quels que soient le type et la durée de la relation de travail » ou « indépendamment du type et de la durée de la relation de travail ». Il y est notamment affirmé que « des formes innovantes de travail garantissant des conditions de travail de qualité doivent être favorisées » et qu'« il convient également d'encourager l'entrepreneuriat et l'emploi non salarié ». La logique d'équivalence a aussi

inspiré les auteurs de la proposition de directive adoptée en décembre 2021 qui continuera, possiblement, de faire coexister au sein de l'économie de plateforme des travailleurs subordonnés et des travailleurs indépendants. L'existence d'une présomption de salariat réduira sans doute l'abus de certaines plateformes à recourir à des travailleurs indépendants dépendants économiquement. Toutefois, elle n'aura ni pour objet ni pour effet d'interdire ce statut et c'est pourquoi d'ailleurs la proposition de directive prend soin de préciser quelles dispositions sont applicables à l'ensemble des travailleurs et celles qui demeurent spécifiques aux travailleurs subordonnés. Suivant l'article 10 de la proposition de directive, les dispositions relatives à la transparence, au « management algorithmique », à la surveillance numérique et au traitement des données à caractère personnel par des systèmes automatisés [3] s'appliqueront aussi aux personnes effectuant un travail de plateforme qui n'ont pas de contrat de travail ou de relation de travail, c'est-à-dire les véritables indépendants. Tel ne sera pas le cas en revanche du droit à l'information et à la consultation des travailleurs prévu à l'article 9 de la proposition de directive. Dans le premier cas, ces droits sont reconnus à toute personne de sorte qu'il n'y a pas lieu de créer de différence de régime juridique en fonction du statut. Dans le second cas, la directive reconnaît aux travailleurs de plateforme les droits reconnus aux seuls travailleurs subordonnés dès lors qu'ils seront considérés comme tels, mais exclut du même coup de leur bénéfice les travailleurs indépendants. Au titre de la directive, ces derniers ne pourront pas prétendre aux mêmes droits ni même à des garanties équivalentes.

Mais la reconnaissance des droits sociaux dépend aussi, et dans un second temps, de la teneur des garanties et du niveau de protection qui leur est apporté. C'est alors à l'aune de ces garanties que l'on peut juger de l'égalité ou de l'équivalence des droits, jusqu'à se demander s'il s'agit bien des mêmes droits.

Ces questions communes à tous les droits sociaux se posent donc naturellement lorsque l'on aborde les droits d'action collective des travailleurs de plateforme que l'on se propose ici de « revisiter » (Supiot, 2001). Elles se posent avec d'autant plus d'acuité que d'un côté les travailleurs de plateforme se mobilisent collectivement et revendiquent le droit d'être représentés, de négocier collectivement et d'être informés et consultés [4] et que de l'autre le législateur et le gouvernement leur reconnaissent des droits d'action collective qui restent en marge de ceux institués par le droit du travail au profit des salariés. On rappellera ainsi qu'à l'occasion de la loi du 8 août 2016 et plus tard à la suite de la Loi d'orientation des mobilités (LOM) du 24 décembre 2019, le législateur a fait le choix de reconnaître aux travailleurs de plateforme des droits sans pour autant remettre en cause le modèle

3. Articles 6 à 8 de la proposition de directive.
4. Malgré aussi le hiatus certain entre ce que donnent à voir d'un côté les mobilisations et actions collectives entreprises et de l'autre la participation très faible aux élections organisées en mai 2022. Sur les élections, voir *infra*.

Encadré 1

Principaux textes relatifs au travail de plateforme (2016-2022) [1]

En droit de l'Union européenne

- Directive (UE) 2019/1152 du Parlement européen et du Conseil du 20 juin 2019 relative à des conditions de travail transparentes et prévisibles dans l'Union européenne ;
- Règlement (UE) 2019/1150 du Parlement européen et du Conseil du 20 juin 2019 promouvant l'équité et la transparence pour les entreprises utilisatrices de services d'intermédiation en ligne ;
- Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on improving working conditions in platform work, COM/2021/762 final, 9/12/2021 ;
- Communication from the Commission. Guidelines on the application of Union competition law to collective agreements regarding the working conditions of solo self-employed persons (2022/C 374/02).

En droit français

- Loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels, instaurant dans le Code du travail un titre spécifique intitulé « Travailleurs utilisant une plateforme de mise en relation par voie électronique » (C. trav., art. L. 7342-1 à L. 7342-6) ;
- Loi n° 2019-1428 du 24 décembre 2019 d'orientation des mobilités prévoyant des dispositions spécifiques aux travailleurs ayant recours à des plateformes pour exercer une activité de conduite d'une voiture de transport avec chauffeur ou de livraison de marchandises, en particulier le pouvoir donné aux plateformes d'édicter une charte déterminant les conditions et modalités d'exercice de sa responsabilité sociale et définissant ses droits et obligations ainsi que ceux des travailleurs avec lesquels elle est en relation (C. trav., art. L. 7342-9 s.) ;
- Ordonnance n° 2021-484 du 21 avril 2021 relative aux modalités de représentation des travailleurs indépendants recourant pour leur activité aux plateformes et aux conditions d'exercice de cette représentation ;
- Décret n° 2021-1461 du 8 novembre 2021 relatif à l'organisation et au fonctionnement de l'Autorité des relations sociales des plateformes d'emploi ;
- Loi n° 2022-139 du 7 février 2022 ratifiant l'ordonnance n° 2021-484 du 21 avril 2021 relative aux modalités de représentation des travailleurs indépendants recourant pour leur activité aux plateformes et aux conditions d'exercice de cette représentation et portant habilitation du Gouvernement à compléter par ordonnance les règles organisant le dialogue social avec les plateformes ;
- Ordonnance n° 2022-492 du 6 avril 2022 renforçant l'autonomie des travailleurs indépendants des plateformes de mobilité, portant organisation du dialogue social de secteur et complétant les missions de l'Autorité des relations sociales des plateformes d'emploi.

1. Classés en fonction des ordres juridiques, puis par ordre chronologique.

économique des plateformes recourant quasi exclusivement à des travailleurs indépendants. Peut-on voir dans ces normes légales la reconnaissance aux travailleurs de plateforme de mêmes droits ou des droits équivalents aux droits d'action collective dont les salariés sont les titulaires ? Autrement posée, la question est de savoir s'ils sont légitimes à revendiquer les mêmes garanties et les mêmes protections que celles prévues par le droit du travail.

L'analyse juridique montre non seulement que la titularité des droits sociaux fondamentaux d'essence collective aux travailleurs de plateforme est loin d'être acquise, ce qui constitue un premier élément de fragilité (I), mais encore que la teneur des garanties et des protections qui leur ont été accordées au titre de leurs droits collectifs reste très en deçà de celles prévues en droit du travail (II).

I. Une reconnaissance équivoque

Avant toute chose, il convient de mener une brève analyse textuelle des normes à valeur constitutionnelle pour relever les différentes manières dont les droits sociaux d'essence collective sont constitutionnellement reconnus. La liberté syndicale consacrée à l'alinéa 6 est reconnue à « tout homme », tandis que l'alinéa 7 consacrant le droit de grève demeure silencieux quant à ses titulaires et que l'alinéa 8 qui constitue le fondement d'un droit de participation à la détermination collective de ses conditions de travail ainsi qu'à la gestion de l'entreprise vise « tout travailleur ». Cette première lecture est d'ores et déjà évocatrice de la question de la titularité qui, formellement, figure différemment dans le texte constitutionnel. Ces éléments constituent un premier point de départ pour apprécier les droits collectifs qui sont reconnus aux travailleurs de plateforme, à savoir la liberté syndicale (I.1), le droit d'action collective (I.2) et le droit de négocier collectivement (I.3).

I.1. Une reconnaissance de la liberté syndicale redondante et en demi-teinte

Déjà garantie par plusieurs textes à valeur supra-légale, la liberté syndicale est rappelée dans le chapitre du Code du travail consacré aux travailleurs de plateforme. Cependant, celui-ci reconnaît surtout la dimension individuelle de la liberté syndicale, au détriment de sa dimension collective.

Les fondements

La liberté syndicale est une liberté fondamentale reconnue à toute personne, quel que soit son statut professionnel. En vertu de l'alinéa 6 du Préambule de la Constitution de 1946, « tout homme peut défendre ses droits et ses intérêts par l'action syndicale et adhérer au syndicat de son choix ». On retrouve la même conception universaliste de la liberté syndicale dans les normes européennes. L'article 11 de la Convention européenne des

droits de l'homme (CEDH) comme l'article 12 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne voit dans la liberté syndicale une expression de la liberté d'association reconnue à « toute personne ». Tel n'est pas le cas en revanche des conventions de l'Organisation internationale du travail (OIT), en particulier les conventions n° 87 et 98, et de la Charte sociale européenne qui reconnaissent cette liberté aux travailleurs et aux employeurs. Ces textes sont donc porteurs d'une conception plus professionnaliste de la liberté syndicale. Néanmoins, on relèvera dans les conventions OIT que cette liberté est reconnue aux travailleurs et aux employeurs, « sans distinction d'aucune sorte [5] » et que la seconde vise « tous les travailleurs et employeurs ». En dépit d'une conception moins universaliste, et davantage tournée vers le monde du travail, la liberté syndicale est envisagée de manière très large comme une liberté publique et une liberté fondamentale de la personne au travail que doit garantir tout État de droit.

Ce détour par les normes constitutionnelles, internationales et européennes permet de révéler l'inutilité de l'article L. 7342-6 du Code du travail qui ne fait que reconnaître aux travailleurs de plateforme une liberté dont ils disposaient déjà et qui leur étaient garantie par toute une série de normes de valeur supra légale. Ce texte n'est donc qu'une redite qui n'apporte rien, pas même le rappel du principe de non-discrimination.

Une conception universaliste et individualiste de la liberté syndicale

Ce détour permet également d'insister sur les conséquences qui sont liées à la conception universaliste de la liberté syndicale. En France en particulier, si la liberté syndicale est reconnue aussi bien dans sa dimension individuelle que dans sa dimension collective, la liberté de la personne a toujours primé et prévalu sur la liberté de l'organisation. Ce primat donné à la liberté individuelle ressort notamment de la comparaison des normes internationales ou de la Charte sociale européenne. Ces normes ne reposent pas sur le même équilibre entre les deux dimensions de la liberté syndicale, insistant même peut-être davantage sur la dimension collective. Cela est particulièrement sensible s'agissant de la liberté de ne pas se syndiquer ou encore s'agissant de la liberté de négocier collectivement. Alors que cette dernière est traitée comme une liberté d'action de l'organisation syndicale dans les normes européennes et internationales, elle figure en droit français d'abord comme un droit de participation des travailleurs dont les syndicats ne seraient que les agents d'exercice.

L'article L. 7342-6 du Code du travail est lui-même traversé par cette conception de la liberté syndicale. À la lecture de cette disposition, on a le sentiment d'une liberté tronquée se limitant à rappeler la liberté d'adhésion à un syndicat et la liberté de constituer une organisation syndicale pour faire valoir les intérêts collectifs de ses membres. Il n'est nullement fait état de

5. Convention OIT n° 87, art. 1er.

l'exercice du droit syndical que peuvent mener une organisation syndicale et ses syndiqués. Évidemment, il n'est nullement fait état de la liberté de négocier collectivement. La dimension individuelle de la liberté syndicale est la seule visible, laissant totalement dans l'ombre les éléments qui composent la dimension collective de la liberté syndicale. On rappellera pourtant que « le droit de mener des négociations collectives avec l'employeur est, en principe, devenu l'un des éléments essentiels du "droit de fonder avec d'autres des syndicats et de s'affilier à des syndicats pour la défense de ses intérêts" énoncé à l'article 11 de la Convention [6] » et que « la grève, qui permet à un syndicat de faire entendre sa voix, constitue un aspect important pour les membres d'un syndicat dans la protection de leurs intérêts [7] ». La loi de 2016, mise en regard aussi avec les réformes qui ont suivi, révèle une liberté syndicale dissociée du droit de négocier collectivement et du droit de grève. Nous reverrons par la suite les conséquences de cette dissociation, mais qui suppose, avant cela, d'apprécier la fragilité des droits d'action collective et de participation reconnus aux travailleurs de plateforme au regard de leur fondement et de la valeur juridique qui leur est accordée.

I.2. Un droit non fondamental d'action collective

La formule ambiguë utilisée par le législateur pour reconnaître aux travailleurs de plateforme un droit d'action collective évite soigneusement le terme de « grève », ce qui laisse planer un doute quant à la volonté du législateur de leur reconnaître le droit constitutionnel de grève.

Les fondements

L'alinéa 7 du Préambule de la Constitution de 1946 qui consacre le droit de grève est silencieux quant aux titulaires du droit de grève. Ce silence explique les doutes que l'on peut avoir à la lecture de l'article L. 7342-5 du Code du travail sur la volonté du législateur de reconnaître formellement ce droit à valeur constitutionnelle aux travailleurs de plateforme. Le doute réside dans l'ambiguïté volontaire de la formule contenue dans l'article L. 7342-5 aux termes duquel « les mouvements de refus concerté de fournir leurs services (…) en vue de défendre leurs revendications professionnelles ne peuvent, sauf abus, ni engager leur responsabilité contractuelle, ni constituer un motif de rupture de leurs relations avec les plateformes, ni justifier de mesures les pénalisant dans l'exercice de leur activité. »

« *Chaque parole a des retentissements. Chaque silence aussi* » (Sartre)

Le terme de grève n'apparaît pas dans le texte légal. Ainsi, formellement, il n'existe pas de lien avec l'alinéa 7 du Préambule de la Constitution

6. CEDH, 12 novembre 2008, *Demir et Byakara*.
7. CEDH, 21 avril 2009, *Enerji Yapi-Yol Sen c. Turquie*, req. n° 68959/01.

de 1946. Néanmoins, le législateur choisit de recourir à une périphrase qui évoque certainement ce droit des salariés. En effet, la lettre du texte fait directement référence à la notion de grève définie par la Cour de cassation. Ainsi, selon une jurisprudence constante, la grève est « une cessation collective et concertée du travail en vue d'appuyer des revendications professionnelles [8] ». Ainsi retrouve-t-on les trois conditions qui permettent juridiquement de qualifier un mouvement de grève : d'abord, le refus de fournir ses services, ce qui correspond à l'arrêt de travail ; ensuite, le caractère concerté ; enfin, l'existence de revendications professionnelles. C'est précisément dans ce rapprochement imparfait avec la notion de grève que l'on est conduit à douter. Est-ce qu'à travers l'article L. 7342-5 du Code du travail, le législateur a entendu reconnaître aux travailleurs de plateforme le droit de grève ou au contraire a-t-il souhaité instituer dans l'ordre du droit économique une simple immunité contre les actions en responsabilité ou en résolution de la relation contractuelle auxquelles le refus de fourniture de services expose le travailleur de plateforme ?

La grève, une arme aux mains des (seuls) subordonnés ?

La réponse à cette question dépend des raisons qui ont présidé à la reconnaissance du droit de grève. Si l'on considère que le droit de grève est avant tout un droit individuel du salarié qui lui a été reconnu comme un ultime moyen de résister aux excès du pouvoir patronal, on sera tenté de l'attacher à la qualité de travailleur subordonné. La grève serait donc une réponse donnée à la subordination et non une arme reconnue aux syndicats pour peser dans le rapport de force face au patronat. Telle est l'interprétation majoritaire. Alain Supiot soulignait ainsi que la grève est une arme adaptée au modèle dominant de l'entreprise industrielle, conçue comme une institution soumettant une collectivité de travailleurs au pouvoir de l'employeur. Et d'ajouter : « institution hiérarchisée, elle [l'entreprise industrielle] dépossède l'ouvrier de toute initiative dans le travail. Dès lors l'inaction concertée devient la forme normale de l'action revendicative » (Supiot, 2001). Cette conception individualiste du droit de grève permet de mieux interpréter la périphrase contenue à l'article L. 7342-5 du Code du travail. En refusant d'employer le terme de grève, le législateur aurait entendu souligner que les travailleurs de plateforme étant des travailleurs indépendants et non des travailleurs subordonnés, ils ne sauraient être titulaires du droit de grève. Ils disposeraient ainsi d'un droit légal d'action collective, mais qui ne serait pas protégé constitutionnellement au même titre que le droit de grève. C'est d'ailleurs ainsi que la majorité des juristes ont compris la loi interprétant celle-ci comme reconnaissant « une forme de droit de grève » ou encore « un mécanisme proche du droit de grève ». On

8. Cass. soc., 18 juin 1996, *Bull.* V, n° 243.

se rappellera ici volontiers la formule publicitaire faisant la promotion d'un soda en clamant que « ça ressemble à de l'alcool, c'est doré comme l'alcool, mais ce n'est pas de l'alcool et c'est pour ça que ça désaltère ! » Blague à part, il faut bien admettre que l'idée du législateur était bien celle-ci : un droit qui ressemble à la grève, qui reprend la définition de la grève, mais qui n'est pas le droit de grève.

La grève, une résistance contre les abus du pouvoir économique

Pour retenir une interprétation différente sans abandonner la conception individualiste du droit de grève qui caractérise le droit français, il conviendrait, indépendamment de toute discussion sur l'existence ou non d'un contrat de travail – de considérer que le droit de grève est un droit reconnu à *tout* travailleur qui est soumis à un pouvoir, que celui-ci prenne la forme d'un lien de subordination ou celle d'une dépendance économique. Il faut alors considérer que le droit de grève est reconnu en considération du pouvoir économique exercé par un donneur d'ordres sur toute personne (physique ?) exerçant son activité dans sa sphère d'influence. Une telle perspective mérite évidemment d'être réfléchie tant elle bouleverse la manière d'appréhender la question de la titularité des droits sociaux.

I.3. Un dialogue social sans droit de participation

Les mêmes doutes sont permis à propos des droits de participation que sont le droit des travailleurs à l'information et à la consultation et le droit à la négociation collective.

Les fondements du droit de participation des travailleurs

Les droits de participation des travailleurs sont reconnus et protégés au titre de l'alinéa 8 du Préambule de la Constitution de 1946. Ces droits disposent également d'une protection par les normes internationales et européennes. Toutefois, les droits de participation ne sont pas tous reconnus par ces normes et ne le sont pas toujours de la même manière. Ainsi les droits d'information et de consultation ont acquis une importance particulière en droit de l'Union européenne, alors qu'ils sont très mal reconnus par les normes internationales. La liberté de négocier collectivement est quant à elle conçue tantôt comme un droit du syndicat, tantôt comme un droit des salariés, tantôt comme les deux à la fois. Ainsi, les normes constitutionnelles envisagent la négociation collective comme un droit des salariés à la négociation collective autant qu'une liberté d'action des syndicats, d'où la référence combinée des alinéas 6 et 8 du Préambule de la Constitution de 1946 [9]. De manière différente, les conventions de l'OIT, comme l'ar-

9. Certains auteurs n'ont pas manqué de souligner le rapprochement sur ce point entre la solution du Conseil constitutionnel et les règles européennes et internationales du travail (Verdier, 1997:1042).

ticle 11 de la CEDH, la conçoivent essentiellement comme l'expression de l'action syndicale. Les normes relevant du droit de l'Union européenne sont à équidistance de ces deux conceptions et ont d'ailleurs évolué à cet égard : alors que la Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux de 1989 entendait la négociation collective comme une prérogative syndicale, la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne de 2001 énonce un droit des salariés et des employeurs, et de leurs représentants, de conclure des conventions collectives (art. 28) parallèlement au droit à l'information et à la consultation (art. 27) et distinctes de la liberté syndicale (art. 12). Il en résulte différentes manières de penser la relation entre les syndicats et la collectivité des salariés. L'exigence de représentativité en est le principal révélateur. Si, du point de vue des syndicats, la représentativité apparaît d'abord comme une limite, quoique légitime, à leur liberté d'action, elle est, du point de vue des salariés représentés, une garantie que leurs droits soient exercés conformément à leurs aspirations.

Les mots de la réforme

Comme nous l'avons montré avec Ylias Ferkane, la réforme sur le dialogue social puise son vocabulaire en partie dans celui du droit du travail (Dirringer, Ferkane, 2021). Qui lira les ordonnances d'avril 2021 et d'avril 2022 reconnaîtra le régime de la représentativité syndicale issu de la loi du 20 août 2008 [10] et le régime des accords collectifs de travail. Le vocabulaire est éloquent et l'on sera évidemment tenté d'interpréter ces dispositions par analogie avec celles issus du droit commun de la négociation collective. De même, est-il prévu un statut protecteur des représentants des travailleurs de plateforme dans le but de garantir leur indépendance dans l'exercice de leur mandat, ce qui n'est pas sans évoquer la jurisprudence du Conseil constitutionnel, pour qui l'existence d'un statut protecteur vise à « permettre aux personnes conduites à conclure des accords collectifs l'exercice normal de leurs fonctions en toute indépendance par rapport à l'employeur [11] » ? Ce sentiment demeure à la lecture de la loi n° 2022-139 du 7 février 2022 et de l'ordonnance adoptée en avril 2022 définissant les règles organisant le dialogue social au sein de l'économie de plateforme des transports. Celles-ci s'inspirent très largement du contenu des règles du droit de la négociation collective.

Cette impression n'est vraie que pour une partie seulement, car une autre partie du texte prend bien soin au contraire de s'en départir. D'abord, ce sont des dispositions spéciales qui, dans un titre autonome du Code du travail « ne [renvoyant à] aucun autre segment de ce code » (Jeammaud, 2020), figurent loin des dispositions régissant le droit commun de la

10. Notons toutefois que l'article 5 de l'ordonnance d'avril 2022 supprime la condition d'ancienneté et présume la transparence financière des organisations créées au cours de l'année 2022.
11. Décision n° 96-383 DC du 6 novembre 1996, considérant 9.

négociation collective. Ainsi le choix a-t-il été fait d'écarter le monopole des organisations syndicales des travailleurs ou encore de mettre à l'écart l'inspection du travail au profit d'une institution *ad hoc*, l'Autorité des relations sociales des plateformes d'emploi (ARPE), comme garante du statut protecteur des travailleurs titulaires d'un mandat de représentation. Évidemment, elle prend soin de préciser à plusieurs reprises qu'il s'agit de « travailleurs indépendants ». De même, l'article L. 7343-49 issu de l'ordonnance d'avril 2022 prévoit une procédure d'homologation des accords collectifs de ce secteur dont la conséquence est de rendre obligatoires pour toutes les plateformes et leurs travailleurs les stipulations de l'accord conclu. Le juriste spécialiste de droit du travail pourra se demander pourquoi, ici en particulier, le législateur a préféré instituer une procédure d'homologation plutôt qu'une procédure d'extension telle que le Code du travail le prévoit pour les accords de branche. Que peut vouloir juridiquement signifier ce choix distinctif des termes alors que la conséquence juridique est *a priori* la même ?

Sans aller plus loin dans l'analyse, ces quelques exemples révèlent déjà la présence d'un entre-deux qui est de nature à créer une confusion et à interroger sur la reconnaissance d'un droit des travailleurs de plateforme à être représentés et à négocier collectivement qui serait fondé sur le principe constitutionnel de participation des travailleurs.

Un droit de participation des travailleurs formant une communauté de travail

La question a été soulevée devant le Conseil constitutionnel à l'occasion de l'adoption de la loi LOM [12]. Celui-ci était interrogé sur l'absence de négociation ou de concertation avec les travailleurs de plateforme à propos de la Charte que les plateformes numériques de transport sont invitées à élaborer et éventuellement à faire homologuer par les pouvoirs publics (C. trav., art. L. 7342-9 s.). Pour écarter ce grief, le juge constitutionnel répond que : « les plateformes de mise en relation par voie électronique et les travailleurs en relation avec elles ne constituent pas, en l'état, une communauté de travail ».

La formule est étonnante à deux égards. D'abord, elle suggère que les plateformes seraient incluses dans la communauté de travail, ce qui est évidemment discutable si on songe au contentieux qui consiste à voir en elles des employeurs. Ensuite, on ne sait pas vraiment comment comprendre l'affirmation selon laquelle les travailleurs de plateforme ne formeraient pas *en l'état* une communauté de travail.

Existence ou reconnaissance d'une communauté de travail

De manière optimiste, on perçoit la possibilité qu'ils puissent *un jour* en constituer une. Autrement dit, le juge constitutionnel laisserait ouverte la

12. Décision du 20 décembre 2019 DC.

possibilité que les travailleurs indépendants puissent un jour constituer une communauté de travail et se voir reconnaître ce droit reconnu à *tout travailleur*. Mais en attendant ce jour, se pose une question. En sont-ils déjà titulaires ? Autrement dit, l'existence d'une communauté de travail est-elle une condition de reconnaissance de ce droit ou ne fait-elle que conditionner l'exercice de ce droit de participation dont il serait déjà titulaire en tant que travailleur ? En d'autres termes, sont-ils titulaires de ce droit, mais, à l'instar du salarié seul qui ne peut faire grève, ne seraient pas en mesure de l'exercer faute de constituer entre eux une communauté de travail ? Derrière cette question de la titularité du droit de participation et des conditions d'exercice vient celle de savoir si l'existence d'une communauté de travail doit être instituée ou si elle peut simplement être constatée.

Dans le premier cas, il s'agit bien de considérer qu'ils ne sont pas encore titulaires du droit de participation, et ce tant qu'une communauté de travail ne sera pas juridiquement instituée et reconnue par les pouvoirs publics.

Dans cette hypothèse, il conviendra de se demander si l'ordonnance de 2021 ratifiée par la loi de 2022 et l'ordonnance d'avril 2022 ont – ou auront à terme – pour conséquence d'instituer une communauté de travail. À travers les règles d'appartenance au corps électoral des personnes appelées à participer aux élections qui ont eu lieu en mai 2022 [13], la loi aurait finalement reconnu l'existence d'une communauté de travail formée par les travailleurs de plateforme appelées à participer au scrutin (encadré 2). Mais s'agit-il d'une communauté de travail au sens où on l'entend en droit du travail ? Rien n'est moins sûr tant le législateur semble s'accrocher à l'idée qu'il ne s'agit que de réguler des relations commerciales. Une telle lecture figure dans l'avis du Conseil d'État rendu le 6 juillet 2021 à propos du projet de loi ratifiant l'ordonnance n° 2021-484 du 21 avril 2021 : « Le Conseil d'État appelle l'attention du Gouvernement sur le fait que la définition de ces règles s'inscrit dans le cadre des relations de droit commercial qui lient les plateformes de mise en relation par voie électronique et les travailleurs indépendants en relation avec elles, dont le Conseil constitutionnel retient qu'ils ne constituent pas, en l'état, une communauté de travail. Par suite, les garanties apportées par le législateur ne relèvent pas de la mise en œuvre du principe de participation des travailleurs protégé par le huitième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946 (décision n° 2019-794 DC du 20 décembre 2019, paragr. 12 à 14) ».

Autrement dit, les règles composant le corps électoral dessineraient bien une communauté appelée à porter leur voix sur des organisations habilitées à les représenter [14]. Pourtant, cette communauté ne saurait être vue comme une communauté de travail au sens de l'alinéa 8 du Préambule de la Constitution

13. Les élections ont eu lieu entre le 9 et le 16 mai 2022 sur le site https://arpe.neovote.com/.
14. Sur les 123 593 inscrits, seuls environ 1 500 ont voté.

Encadré 2

Scrutin

Candidatures pour les représentants du secteur des VTC

ACIL : Association des chauffeurs indépendants lyonnais
AVF : Association des VTC de France
CFTC : Confédération française des travailleurs chrétiens
FNAE : Fédération nationale des autoentrepreneurs et microentrepreneurs
FO : Force ouvrière
UNION-Indépendants
UNSA : Union nationale des syndicats autonomes

Candidatures pour les représentants du secteur de livraison de marchandises

CFCT : Confédération française des travailleurs chrétiens
CGT : Confédération générale du travail
CNT-SO : Confédération nationale des travailleurs – Solidarité ouvrière
SUD Commerces : Fédération SUD commerces et Services
FNAE : Fédération nationale des autoentrepreneurs et microentrepreneurs
FNTR : Fédération nationale des transports routiers
FO : Force ouvrière
UNION-Indépendants
UNSA : Union nationale des syndicats autonomes

de 1946. Il est difficile d'envisager qu'il puisse un jour en être autrement. Non sans étonnement en effet, on soulignera la possibilité pour la Fédération nationale des transports routiers, affiliée à la Confédération des petites et moyennes entreprises (CPME), qui est donc une organisation patronale, d'avoir pu présenter des candidats pour représenter des livreurs (à vélo pour l'essentiel). Certes, étant donné son audience, elle n'est pas représentative, mais elle n'en est pas moins apte à pouvoir le devenir. Cette incongruité donne le sentiment qu'un renard s'est déguisé en poule pour pouvoir entrer dans le poulailler. Elle témoigne surtout de l'hétérogénéité des organisations capables juridiquement de représenter les intérêts de ces travailleurs. C'est précisément cette hétérogénéité qui semble faire obstacle à l'idée qu'il existe une communauté de travailleurs dont les intérêts méritent d'être représentés face à leurs employeurs ou plus largement aux organisations économiques dont dépend leur emploi. C'est finalement du fait de l'hétérogénéité de leur représentation collective que les travailleurs de plateforme continuent d'être privés du droit constitutionnel de participation car juridiquement ils demeurent des travailleurs atomisés.

On rappellera, pour mieux mesurer les enjeux en matière de protection sociale, une autre décision du Conseil constitutionnel dans laquelle il

affirme que « la représentation [des] travailleurs indépendants est expressément assurée au sein du conseil d'administration de l'Agence centrale des organismes de sécurité sociale (…) à travers la représentation des employeurs, qui recouvre celle des entreprises individuelles dont relèvent les travailleurs indépendants, au sein du conseil de la Caisse nationale de l'assurance maladie des travailleurs salariés et au sein du conseil d'administration de la Caisse nationale d'assurance vieillesse des travailleurs salariés [15] ».

Au contraire, si on admet que l'ordonnance institue bien une communauté de travail – notamment au travers de la définition du corps électoral appelé à participer à l'élection – alors, en toute logique suivant cette qualification, le juge constitutionnel pourrait être amené à vérifier que le législateur a apporté à cette communauté de travailleurs toutes les garanties légales que suppose le droit constitutionnel de participation des travailleurs. Dans ce cas, le législateur peut-il encore se contenter de reconnaître une communauté de travail uniquement à l'échelle sectorielle des plateformes numériques de transport et non à l'échelle de chacune des plateformes ?

L'existence d'une communauté de travail en dehors de toute reconnaissance étatique

La formule contenue dans la décision du Conseil constitutionnel pourrait appeler une autre lecture. L'existence d'une communauté de travail ne serait pas une condition de reconnaissance du droit de participation, mais une simple condition d'exercice de ce droit. Autrement dit, on pourrait admettre que les travailleurs de plateforme sont d'ores et déjà titulaires de ce droit indépendamment de toute intervention législative. La loi ne ferait que définir les modalités de mise en œuvre de ce droit. Une telle interprétation conférerait au droit constitutionnel de participation un effet direct horizontal favorisant assurément sa justiciabilité, entendue comme « la capacité des tribunaux de connaître de l'allégation de leur violation par des victimes » (Roman, 2012 ; Nivard, 2009). Les travailleurs de plateforme seraient en conséquence fondés à en solliciter l'application directe en rapportant la preuve à l'occasion d'un litige opposant un ou plusieurs travailleurs à une plateforme que, formant ensemble une communauté de travail, les travailleurs devraient disposer de représentants capables de les représenter et exercer leur droit à être informés et consultés [16]. Tout dépendrait ici du

15. Cons. const., 21 décembre 2017, n° 2017-756 DC.
16. En comparaison, on rappellera que la Cour de cassation juge que l'employeur qui, bien qu'il y soit légalement tenu, n'accomplit pas les diligences nécessaires à la mise en place d'institutions représentatives du personnel, sans qu'un procès-verbal de carence ait été établi, commet une faute qui cause nécessairement un préjudice aux salariés. Elle fait alors une application combinée de l'alinéa 8 du préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, de l'article 27 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, des articles L. 2323-1 et L. 2324-5 du Code du travail, 1382 du Code civil et de l'article 8, § 1, de la directive n° 2002/14/CE du Conseil du 11 mars 2002 établissant un cadre général relatif à l'information et la consultation des travailleurs dans la Communauté européenne.

degré d'intégration des travailleurs à l'activité économique organisée par la plateforme et de la permanence de la relation de travail [17]. Partant, il pourrait constater si, réellement, les travailleurs de plateforme forment « une communauté de travail ayant des intérêts propres, susceptibles de générer des revendications communes et spécifiques [18] ». S'ils y parviennent, le juge pourrait alors sanctionner les plateformes à réparer le préjudice résultant de la violation du droit de participation des travailleurs de plateforme qui auront pu démontrer qu'ils constituaient entre eux une communauté de travail et ont été néanmoins privés du droit à être représentés. Cependant, une telle interprétation a très peu de chances de voir le jour, et ce pour deux raisons au moins.

La première réside dans les difficultés persistantes à conférer aux droits de participation un effet direct horizontal, c'est-à-dire de demander la réparation du préjudice résultant de leur violation. La seconde est d'ordre plus factuel et tient à la réalité des relations collectives au sein de l'économie de plateforme. En France, la négociation collective au sein de l'économie de plateforme n'est pas une réalité ; chacun attend l'intervention du législateur et l'entrée en vigueur de l'ordonnance pour initier les discussions. On pourrait malgré tout évoquer l'accord de fin de conflit signé à la suite du conflit qui a opposé Frichti et les travailleurs de plateforme sans papiers pour considérer qu'un collectif de travailleurs existe et qu'il agit déjà en défense de leurs droits sociaux. Cependant, comme le relèvent justement Lola Isidro et Barbara Gomes, la qualification juridique des accords de fin de conflit demeure encore incertaine (Gomes, Isidro, 2020). Ceux-ci n'étant pas toujours le fruit d'une négociation collective au sens du Code du travail, ils ne sont pas toujours des accords collectifs de travail. Surtout, ils revêtent un caractère éphémère qui n'est pas forcément de nature à structurer le collectif qui est parvenu à arracher les droits et les avantages résultant de l'action collective entreprise. On avait pu penser un temps que la loi LOM de 2019 allait faire naître des concertations au sein des plateformes numériques de transport et constituer les travailleurs en communauté de travail. Pourtant, depuis l'adoption de la loi et de son décret d'application [19], rien ne semble être advenu, de sorte qu'il demeure difficile d'observer l'existence de relations collectives de travail entre les plateformes et les travailleurs qui travaillent par son intermédiaire.

17. Pour rappel, il résulte de la jurisprudence de la Cour de cassation et du Conseil constitutionnel que l'appartenance à une communauté de travail s'apprécie au regard d'un critère, l'intégration étroite et permanente du travailleur à la communauté de travail.
18. Telle est la définition légale de l'établissement distinct comme cadre de désignation du délégué syndical à un niveau plus décentralisé que le cadre de désignation de l'entreprise. Cette définition, à l'origine jurisprudentielle, tend à assurer aux salariés leur droit à être représentés à tous les niveaux pertinents de manière à exprimer et défendre utilement leurs intérêts professionnels.
19. Décret n° 2020-1284 du 22 octobre 2020.

Le droit d'information et de consultation reconnus aux seuls travailleurs subordonnés

La seconde réserve ressort de l'analyse des règles issues du droit de l'Union européenne. L'article 27 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne consacre le droit à l'information et à la consultation des travailleurs. Celui-ci aurait pu constituer un fondement à partir duquel il aurait été possible de reconnaître aux travailleurs de plateforme des droits de participation. Cependant, la notion de travailleurs semble tout aussi restrictive. En l'état actuel du droit de l'Union européenne, la directive 2002/14 qui met en œuvre l'article 27 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne fixe un cadre général du droit à l'information et à la consultation des travailleurs. Ce texte renvoie aux États membres le soin de définir qui sont les travailleurs à prendre en compte dans le calcul des effectifs de l'entreprise pour imposer à un employeur l'obligation d'informer et de consulter les représentants des travailleurs. En droit français, on le sait, les travailleurs indépendants sont exclus de ce décompte. Cette exclusion n'est donc pas contraire au droit de l'Union européenne. Au surplus, la Cour de justice, saisie par la CGT, a jugé en 2014 (aff. C-176/12) que « l'article 27 de la Charte ne saurait, en tant que tel, être invoqué dans un litige, afin de conclure que la disposition nationale non conforme à la directive 2002/14 [puisse être écartée] ». Selon les juges de Luxembourg, ce texte n'est pas invocable directement par un justiciable. Outre cette difficulté procédurale, tout porte à croire que l'article 27 est envisagé comme ne reconnaissant le droit d'information et de consultation qu'aux seuls travailleurs subordonnés. Cette interprétation ressort notamment de l'analyse de la proposition de directive. Le droit à l'information et à la consultation des travailleurs est prévu par l'article 9 de la proposition de directive. Cependant, selon les auteurs de la proposition, cette disposition ne viserait que les travailleurs subordonnés ou présumés tels. Le préambule de la directive affirme ainsi, s'agissant d'un certain nombre de droits sociaux, que « si ces instruments offrent une protection aux travailleurs salariés, ils ne s'appliquent pas aux véritables travailleurs non salariés ». Autrement dit, les travailleurs de plateforme qui ne bénéficieraient pas de la présomption ne disposeraient pas de ce droit. Peu importe qu'ils soient en situation de dépendance économique ; peu importe aussi qu'ils soient parties prenantes de la chaîne de valeur créée et organisée par la plateforme numérique ; peu importe encore que tous les travailleurs ne soient pas représentés alors même que leur activité dans le cadre de celle de la plateforme est la même.

Quelle que soit la lecture que l'on retient, on comprend que le chemin vers la reconnaissance du droit de participation des travailleurs de plateforme est un chemin plein d'obstacles. La tentation est forte de considérer que ce droit social fondamental n'est reconnu qu'aux seuls titulaires d'un

contrat de travail tant il est encore vrai, comme l'écrit Alain Supiot, que « la reconnaissance des libertés collectives des salariés prend racine (…) dans la privation de liberté inhérente au contrat individuel de travail » (Supiot, 2011). Dès lors, hormis la liberté syndicale qui est une liberté reconnue à toute personne, la subordination demeure la principale justification avancée pour reconnaître aux travailleurs, face au pouvoir économique, des droits collectifs constitutionnellement garantis. Corrélativement, les travailleurs indépendants en sont privés [20]. D'un point de vue fonctionnel, la dépendance économique semble justifier la reconnaissance de prérogatives équivalentes à celles reconnues en considération de la subordination. Pour autant, la différence entre subordination juridique et dépendance économique justifie toujours une reconnaissance juridique moindre et le refus de voir dans ses prérogatives l'exercice d'un droit social fondamental. C'est finalement l'universalité des droits sociaux d'essence collective qui est ici interrogée. Car l'enjeu est de savoir si les droits sociaux fondamentaux, notamment ceux contenus dans le socle européen des droits sociaux, ont vocation à bénéficier à l'ensemble des travailleurs, quel que soit leur statut, sans égard au fait que la relation de travail soit régie par le droit du travail ou par le droit économique. Mais cela ne résout pas tout, car il est tout aussi important de s'assurer du contenu des garanties reconnues aux travailleurs et du niveau de protection dont ces garanties bénéficient.

II. Des garanties fragiles

La fragilité des collectifs de travailleurs de plateforme à l'occasion d'actions collectives ne tient pas à la seule question de la titularité des droits sociaux. Elle s'explique aussi par la teneur des garanties offertes (II.1), laquelle dépend aussi de la manière dont les droits collectifs s'articulent entre eux (II.2).

II.1. Les faibles garanties apportées aux droits d'essence collective

En droit du travail, si le mouvement est qualifié de grève, et en l'absence de tout abus résultant d'une volonté de nuire ou de désorganiser

20. À cela, il faut ajouter les considérations du droit économique qui appréhende les négociations tarifaires comme des entraves à la libre concurrence. À ce propos, on relèvera que les lignes directrices adoptées par la Commission visent à reconnaître la possibilité de conclure des conventions collectives applicables aux travailleurs indépendants sans salariés qui se trouvent en position de faiblesse pour négocier. Ainsi, les accords « se trouvent immunisés dans les lignes directrices contre l'applicabilité de l'article 101 TFUE ». Mais il ne s'agit pas pour autant d'écarter ce texte en leur reconnaissant le droit de négocier collectivement garanti par l'article 28 de la Charte des droits fondamentaux. Finalement, « sous des abords permissifs pour la négociation collective éventuellement initiée par les travailleurs de plateformes, le cadre juridique non contraignant suggéré par la Commission, expose – au demeurant de façon fort complexe – une surabondance de cas de figure concrets où l'emprise de l'article 101 TFUE ne saurait être exclue après mise en œuvre des indications de la Commission » (Michéa, 2023, à paraître).

l'entreprise, alors les garanties légales attachées au droit de grève résultant notamment de l'article L. 2511-1 du Code du travail bénéficient aux salariés. Ces garanties sont principalement au nombre de quatre. D'abord, le salarié est protégé contre le licenciement, sauf pour l'employeur à démontrer l'existence d'une faute lourde. Ainsi la participation à une grève ne rompt pas le contrat de travail. Celui-ci n'est que suspendu. Ensuite, les salariés grévistes sont protégés contre toutes les discriminations en raison de l'exercice normal du droit de grève (C. trav., art. L. 2511-1 al. 2). À ces deux protections s'en ajoutent deux autres qui viennent limiter le pouvoir patronal. Il s'agit d'une part de l'interdiction faite à l'employeur de recourir au *lock-out*, c'est-à-dire de fermer l'entreprise. Il s'agit d'autre part de l'interdiction de recourir à de la main-d'œuvre de substitution, que ce soit des salariés sous contrats à durée déterminée ou des salariés intérimaires.

Qu'en est-il du droit reconnu aux travailleurs de plateforme à l'article L. 7342-5 ? Comme nous l'avons vu, le terme de grève n'est pas employé par le législateur, de sorte que l'on ne peut avec certitude rattacher ce droit à l'alinéa 7 du Préambule de la Constitution de 1946. De plus, l'article L. 7342-5 du Code du travail ne renvoie aucunement aux dispositions de la deuxième partie du Code du travail régissant le droit de grève. Par conséquent, la seule protection dont bénéficient juridiquement les travailleurs de plateforme consiste dans une immunité contractuelle (absence de responsabilité contractuelle justifiant la rupture de la relation contractuelle, voire une réparation). En revanche, ils ne sont pas protégés, comme cela est prévu pour le droit de grève, contre les mesures discriminatoires, qu'elles soient directes ou indirectes. On relèvera uniquement que le règlement européen 2019/1150, dit règlement « P2B », prévoit un encadrement du pouvoir des plateformes en leur imposant d'expliciter les motifs des décisions de suspension, de résiliation ou d'imposition de toute autre restriction, en tout ou partie, de la fourniture de leurs services d'intermédiation en ligne à des entreprises utilisatrices, en encadrant la manière d'instaurer un « traitement différencié » et en prévoyant enfin un système de plainte interne fondé sur les principes de transparence et d'égalité de traitement entre situations équivalentes. Cette exigence de motivation, voire de justification, limite sans doute le risque de discrimination. Certaines modalités prévues par le règlement P2B rappellent en effet, par leur équivalence fonctionnelle, certaines exigences du droit du travail qui visent à limiter le pouvoir de direction (Pellerin, 2022). On songe en particulier à l'exigence de motivation et à l'égalité de traitement. Pour autant, ces exigences demeurent celles du droit de la concurrence. Or, en droit de la concurrence, la notion de discrimination n'est pas toujours entendue comme un traitement défavorable envers une personne fondé sur un critère prohibé lié à son identité ou à l'exercice

d'une liberté ou d'un droit fondamental. Le terme de discrimination tarifaire permet ainsi de caractériser une forme d'abus de position dominante consistant notamment dans un abus d'éviction d'un opérateur sur le marché [21]. Sur ce point, le droit économique va certainement connaître une évolution dans le champ du numérique. En effet, la législation européenne sur l'intelligence artificielle va prochainement étendre le principe de non-discrimination garantissant les droits fondamentaux de la personne aux algorithmes de toute sorte. Et suivant en cela la résolution du Parlement européen [22], la proposition de directive relative au travail de plateforme s'en fait aussi l'écho. Évoquant le risque de discrimination lié à l'usage des algorithmes, elle rappelle que « la proposition de règlement sur l'IA dresse la liste des systèmes d'IA utilisés dans les domaines de l'emploi, de la gestion de la main-d'œuvre et de l'accès à l'emploi indépendant qui doivent être considérés à haut risque ». Ainsi, indépendamment de la nature de la plateforme, et quel que soit le statut des travailleurs, « l'utilisation d'algorithmes appliqués au travail [devra] être transparente, non discriminatoire, digne de confiance et éthique vis-à-vis des travailleurs [23] ». D'ici là, on ne peut pas non plus exclure que les juges français, inspirés par les juges italiens [24], jugent discriminatoire un algorithme qui prendrait en compte dans l'évaluation des livreurs leur assiduité, rendant préjudiciable le fait de mener une action collective ou bien d'être malades. Reste à le prouver, ce qui, comme l'a expliqué Maître Carlo de Marchis Gomez, avocat de la Confederazione Generale Italiana del Lavoro (CGIL, Confédération générale italienne du travail), au cours du séminaire de recherche TransSEN organisé par l'Ires, reste une entreprise délicate [25].

Enfin, s'agissant des garanties apportées au droit d'action collective des travailleurs de plateforme en comparaison au droit de grève, on rappellera qu'aucune interdiction n'a été faite aux plateformes de procéder à des « *lock-out* numériques » ou de recourir à de la main-d'œuvre de substitution. Or, l'interdiction des ripostes patronales visant à faire échec au droit de grève sont des garanties tout aussi importantes que les garanties individuelles offertes au travailleur gréviste. Ne pas les avoir reconnues souligne, ne serait-ce que symboliquement, que le droit d'action collective des travailleurs de plateforme fait l'objet de moindres protections par rapport à celles accordées au droit de grève.

21. Pour un exemple, on renverra à la lecture de Marty (2020). L'auteur évoque les discriminations dans un sens uniquement « économique ».
22. Résolution du Parlement européen du 16 septembre 2021 sur des conditions de travail, des droits et une protection sociale justes pour les travailleurs de plateformes – nouvelles formes d'emploi liées au développement numérique (2019/2186[INI]).
23. Formule tirée de la résolution du Parlement européen adoptée le 16 septembre 2021.
24. Tribunal de Bologne, 31 décembre 2020, *CGIL Bologne et autres c. Deliveroo,* n° 2949/2019.
25. Séminaire TransSEN #3, « Syndicalisme et action collective des travailleurs de plateformes », 11 mars 2021.

II.2. Des faiblesses accentuées par un éclatement des droits collectifs

La fragilité des droits collectifs des travailleurs de plateforme tient à leur caractère très fragmenté, bien plus que cela n'est déjà le cas en droit du travail pour les salariés.

Une relative fragmentation des droits collectifs en droit du travail

S'agissant des salariés, il convient de souligner l'existence d'une fragmentation des droits collectifs en droit du travail français, contrairement à ce qui ressort des normes internationales et européennes [26]. Cela résulte de son attachement à une conception individualiste des droits sociaux, comme cela a déjà pu être remarqué. Ainsi, le droit de grève est un droit individuel d'exercice collectif, tandis que la négociation collective est autant si ce n'est plus un droit de participation des travailleurs que l'expression de la liberté syndicale dans sa dimension collective. Cette affirmation conduit corrélativement et à titre principal à ne pas les considérer comme une modalité d'exercice du droit syndical. Il en résulte des conséquences.

D'abord, il n'existe pas en droit français de lien organique entre droit de grève et droit syndical ni entre droit de grève et négociation collective. L'autonomie du droit de grève par rapport à l'exercice du droit syndical conduit à interpréter l'alinéa 7 du Préambule de la Constitution de 1946 séparément des alinéas 6 et 8 du Préambule qui, quant à eux, forment ensemble le socle constitutionnel du système de représentation collective des salariés. Il ne faut cependant pas exagérer cette autonomie en droit du travail. En effet, la reconnaissance de l'exercice du droit syndical dans l'entreprise a donné aux représentants syndicaux un cadre juridique pour mener une action revendicative. Les moyens dont disposent la section syndicale et les représentants syndicaux donnent à tout syndicat la possibilité de formuler des revendications professionnelles, de réunir les salariés, de prendre contact avec eux, et, donc, de les organiser collectivement, y compris par la grève. Dans un arrêt récent, quoique très critiquable à d'autres égards, la Cour de cassation a rappelé que « la liberté de circulation des représentants du personnel et des représentants syndicaux au sein de l'entreprise s'exerce de la même façon en cas de mouvement de grève » et qu'« une action revendicative des représentants du personnel et syndicaux [peut] s'exercer sous la forme d'une cessation collective et concertée

26. L'article 6 de la Charte sociale européenne évoque la grève comme un des moyens d'action collective qui sont offerts en cas de conflits d'intérêts aux travailleurs et aux employeurs, ainsi qu'à leurs organisations respectives. Dans un arrêt du 21 avril 2009, les juges de la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) ont également reconnu sur le fondement de l'article 11 que « la grève, qui permet à un syndicat de faire entendre sa voix, constitue un aspect important pour les membres d'un syndicat dans la protection de leurs intérêts » (CEDH, 21 avril 2009, *Enerji Yapi-Yol Sen c. Turquie*, req. n° 68959/01).

du travail [27] ». Ensuite, les organisations syndicales ne bénéficient pas du monopole de la représentation des salariés dans la négociation collective : la liberté syndicale implique qu'elles ont une « vocation naturelle » à les représenter, impliquant qu'elles aient « un rôle effectif dans la procédure de négociation », mais le droit de participation des travailleurs justifie que d'autres agents de négociation puissent être habilités à négocier et conclure des accords au nom et pour le compte des salariés [28]. La jurisprudence constitutionnelle fait ainsi apparaître un lien nécessaire, d'ordre organique cette fois, entre l'objet du syndicat et l'action qu'il mène dans le cadre de la négociation collective. Cependant, la référence au principe constitutionnel de participation combinée à celle de la liberté syndicale permet d'atténuer quelque peu la force de ce lien dans la mesure où, du point de vue du juge constitutionnel, en tant que droit de participation des travailleurs, la négociation collective peut être exercée par d'autres représentants des salariés que les organisations syndicales représentatives dès lors que l'intervention des premiers n'a ni pour objet ni pour effet de faire obstacle à celles des secondes. Atténuer ne veut cependant pas dire supprimer, d'où d'ailleurs l'intérêt d'une interprétation combinée des alinéas 6 et 8 du Préambule de la Constitution de 1946.

Une fragmentation accentuée dans le cadre de l'économie de plateforme

La configuration juridique des droits collectifs présente en droit du travail conduisant, d'une part, à une autonomie du droit de grève par rapport aux autres droits collectifs et, d'autre part, à dissocier partiellement la négociation collective de la liberté syndicale rejaillit sur la manière dont le législateur a reconnu des droits similaires aux travailleurs de plateforme. Mais au contraire du droit du travail, cette dissociation entre les différents droits collectifs apparaît très forte, fragilisant corrélativement un peu plus l'effectivité de ces droits reconnus déjà timidement et de manière incomplète aux travailleurs de plateforme.

L'autonomie entre droit d'action collective et droit syndical apparaît clairement à la lecture des dispositions issues de la loi de 2016. Le droit d'action collective figurant à l'article L. 7342-5 a été formellement dissocié de l'article L. 7342-6 reconnaissant à ces derniers la liberté syndicale. Ainsi, d'un côté et comme cela a déjà été souligné, le droit d'action collective inscrit à l'article L. 7342-5 est, à l'instar du droit de grève, envisagé comme un droit individuel d'exercice collectif. De l'autre, sa reconnaissance est distincte de celle de la liberté syndicale, laquelle n'est reconnue que dans sa dimension individuelle. Ce faisant, il n'est pas arrimé à l'exercice du droit syndical et plus largement à la vie syndicale qui n'est pas admise et

27. Cass. soc., 10 février 2021, n° 19-14.021.
28. Déc. n° 96-383 DC du 6 novembre 1996.

juridiquement protégée dans la sphère de l'activité économique de la plateforme. Au surplus, le dialogue social dit sectoriel institué par la loi n'envisage celui-ci qu'au travers du pouvoir de conclure des accords collectifs. Il s'agit uniquement d'un cadre procédural de conclusion des accords collectifs, mais aucunement d'un cadre de la négociation envisagée comme la continuation apaisée des conflits d'intérêts qui opposent les travailleurs aux détenteurs des capitaux. Par suite, il n'appréhende pas les moyens d'action collective susceptibles d'être mobilisés par les travailleurs au cours de la négociation pour peser dans le rapport de force. Il n'appréhende pas non plus le travail de représentation qui est nécessaire pour recueillir et exprimer les aspirations des travailleurs de plateforme et que seul rend possible l'exercice du droit syndical auprès des collectifs de travail. Dans le cadre de leur relation avec une plateforme, les travailleurs de plateforme ont uniquement le droit de se syndiquer et de défendre leurs intérêts professionnels par l'action syndicale. Ils ne disposent d'aucune prérogative leur permettant d'exercer librement et effectivement une activité syndicale à l'occasion de leur activité professionnelle. Autrement dit, l'action syndicale reconnue par l'article L. 7342-6 du Code du travail est envisagée sans moyens, sans représentant et sans cadre pour faire naître et rendre tangible la vie syndicale au sein des plateformes. À moins qu'ils ne soient syndiqués, ils ne sauraient être protégés au titre de la liberté syndicale. Ils sont alors particulièrement vulnérables et peuvent légitimement craindre des mesures de rétorsion de la part de la plateforme auprès de qui ils expriment des revendications. Sans nul doute, cela est de nature à dissuader les travailleurs de plateforme de participer à une action collective, même soutenue par une organisation syndicale. La protection des travailleurs de plateforme syndiqués, si elle n'est pas inexistante, demeure fragile. Ils ne sont en effet que très peu armés à l'occasion des actions visant à organiser collectivement les travailleurs de plateforme. Le mandat des représentants syndicaux n'a d'existence qu'au sein de l'organisation syndicale et dans le cadre du dialogue social sectoriel. Vis-à-vis de la plateforme, ces derniers ne disposent d'aucune prérogative spécifique, ni aucun moyen, ni non plus de statut protecteur pour leur permettre de porter les réclamations et les revendications professionnelles. Les récentes ordonnances n'apportent en effet aucune protection aux travailleurs qui s'exposent face à la plateforme pour porter les revendications des travailleurs. L'Autorité des relations sociales des plateformes d'emploi est chargée de la protection uniquement des représentants qui seront désignés par les organisations en fonction du nombre de voix qu'elles auront recueillies et dont la mission consiste à négocier et à conclure des accords dans le cadre du dialogue social sectoriel. Seuls ces représentants sont donc reconnus par la loi et bénéficient à ce titre d'un statut protecteur contre la rupture du « contrat commercial » qui les lie à la plateforme

(C. trav., art. L. 7343-16). Pour les autres, aucun statut protecteur n'est pour le moment prévu.

Conclusion

Plus largement, l'examen du pouvoir de négocier collectivement issu de l'ordonnance du 21 avril 2021, de la loi du 7 février 2022 et de l'ordonnance du 6 avril 2022 dessine un espace de dialogue social hors sol. Il semble un espace en lévitation, coupé des autres espaces de solidarités. Le découplage résulte d'abord de la rupture avec le principe du monopole des organisations syndicales à qui la loi a confié le pouvoir de représentation collective des travailleurs. Les syndicats partagent ainsi leur pouvoir de représentation, et donc de négociation collective, avec de simples associations et même avec des fédérations patronales. L'idée de représentation en sort nécessairement transformée puisqu'il ne s'agit plus d'envisager la représentation des travailleurs dans le cadre d'une confrontation des intérêts entre employeurs et travailleurs. Il est encore difficile à ce stade de savoir dans quelle mesure ce choix fragilisera la capacité des travailleurs de plateforme à représenter utilement leurs intérêts face aux plateformes et si cela continuera de les marginaliser, coincés dans le cadre d'un statut collectif atypique. Tiraillés entre deux formes de représentation, ils sont finalement coupés des liens de solidarité qui existent au sein de la société salariale, que ce soient ceux qui existent au sein du mouvement syndical ou au sein du patronat.

Ensuite, l'impression d'un dialogue social en lévitation résulte du choix fait par le législateur français de ne reconnaître qu'un unique espace de négociation collective, le niveau sectoriel. Au niveau infrasectoriel, la loi écarte ainsi toute possibilité de négociation collective avec les dirigeants de l'entité économique pour qui ou par l'intermédiaire de qui les travailleurs de plateforme travaillent. À la suite de l'ordonnance du 21 avril 2021, le Code du travail prévoit un chapitre consacré au dialogue social de plateforme qui demeure « vide ». Au niveau suprasectoriel, l'ordonnance semble totalement ignorer l'imbrication, qui a pourtant toujours existé, entre la structuration des relations collectives de travail et les institutions chargées de la protection sociale des travailleurs. Plus exactement, il bricole sans égard aux difficultés que suppose l'articulation avec le droit de la sécurité sociale. Ainsi l'ordonnance du 6 avril 2022 prévoit que « les prestations de protection sociale complémentaire entrant dans le champ des articles L. 911-1 et L. 911-2 du Code de la sécurité sociale ». Ce faisant, elle se fait le relais de la loi de financement de la Sécurité sociale pour 2022 qui prévoit que les plateformes pourront « proposer à leurs [*sic*] travailleurs des prestations de protection sociale complémentaire entrant dans

le champ des articles L. 9111 et L. 9112 du Code de la sécurité sociale ». L'objectif est ainsi de leur faire bénéficier d'une couverture complémentaire santé. Mais peut-on aller au-delà, puisque l'article fait référence aux risques d'incapacité de travail ou d'invalidité, des risques d'inaptitude et du risque chômage. En dépit de la référence au Code de la sécurité sociale, il est en réalité difficile de savoir quel sera le régime juridique applicable aux contrats collectifs conclus en application de ces accords sectoriels. Comment ces accords seront-ils articulés avec les garanties légales ? Seront-ils soumis aux principes du droit de la sécurité sociale ou continueront-ils à être régis par ceux du droit des assurances ? Qu'adviendra-t-il des garanties dont bénéficient déjà les travailleurs de plateformes au titre des contrats conclus entre certaines plateformes et certains assureurs ? Toutes ces questions restent en suspens, car les auteurs de la loi n'ont pas envisagé les liens pourtant nécessaires qui auraient dû être établis entre cet espace de négociation sectoriel et les autres niveaux où sont définies les garanties sociales des travailleurs de plateforme.

La dissociation voire la dislocation des droits collectifs fragilise la situation des travailleurs qui participent à de telles actions et l'efficacité des actions qu'ils peuvent mener. L'autonomie formelle qui existe entre le droit d'action collective et la liberté syndicale, ajoutée à l'absence de reconnaissance de droit syndical, compromet particulièrement la participation des travailleurs à une action collective.

Malgré la prolifération de textes, aussi bien à l'échelle nationale qu'à l'échelle européenne, l'examen des droits collectifs des travailleurs de plateforme montre combien leur participation à la vie sociale et économique demeure extrêmement difficile et contribue à leur précarité sociale. La comparaison avec les droits collectifs dont disposent les salariés permet de se rendre compte de l'écart persistant. La différence persistera, car la proposition de directive, quand bien même elle ouvre la possibilité d'entrer dans le salariat, ne remet pas en cause le recours par les plateformes aux travailleurs indépendants. Seule l'affirmation claire d'un droit fondamental consacrant à tout travailleur, quel que soit son statut, le droit d'être représenté et de pouvoir participer aux décisions qui affectent sa vie professionnelle permettrait d'y remédier. Or, cette perspective n'apparaît ni en droit français qui persiste à maintenir les travailleurs de plateforme dans l'ordre économique marchand, ni en droit de l'Union européenne qui entend faire coexister le travail subordonné et le travail indépendant au sein de l'économie de plateforme. Au-delà du travail de plateforme et de la réflexion sur la manière de leur reconnaître des droits collectifs, on est conduit à se demander si les droits de participation et d'action collective ne devraient pas constituer un attribut de la citoyenneté sociale reconnu à toute personne physique dont la capacité de subvenir à ses besoins dépend de sa force de travail. Il mérite

d'être reconnu comme un droit social fondamental et universel de manière à disposer d'un ancrage juridique fort, participant à « l'édification d'un État de droit social » et rendant « possible, voire souhaitable, un renforcement de la justiciabilité des droits sociaux » (Roman, 2012).

Références bibliographiques

Dirringer J., Ferkane Y. (2021), « Modéliser la négociation collective dans le champ économique », *Droit social*, n° 7-8, juillet-août, p. 598-609.

Gomes B., Isidro L. (2020), « Travailleurs des plateformes et sans-papiers (à propos du conflit des livreurs Frichti) », *Revue de droit du travail*, n° 12, p. 728-734.

Herrera C.M. (2009), *Les droits sociaux*, Paris, Puf, https://doi.org/10.3917/puf.herre.2009.01.

Isidro L. (2018), « L'universalité en droit de la protection sociale », *Droit social*, n° 4, avril, p. 378-388.

Jeammaud A. (2020), « Le régime des travailleurs des plateformes, une œuvre tripartite », *Le Droit ouvrier*, n° 861, avril, p. 181-214, https://bit.ly/3tHcelR.

Marty F. (2020), « Plateformes numériques, algorithmes et discrimination », *Revue de l'OFCE*, vol. 164, n° 4, p. 47-86, https://doi.org/10.3917/reof.164.0047.

Michéa F. (2023), « Quelle adaptation du droit social de l'Union européenne à la vulnérabilité singulière des travailleurs des plateformes ? *Labor omnia vincit improbus* », *in* Bertrand B., Sirinelli J. (dir.), *L'émergence d'une régulation autonome des plateformes ?*, Paris, Mare & Martin, à paraître.

Nivard C. (2009), *La justiciabilité des droits sociaux. Étude de droit conventionnel européen*, Thèse de doctorat en droit public, Université de Montpellier I.

Pellerin T. (2022), « Les fonctionnalités du droit économique européen pour de nouvelles régulations du travail de plateforme − l'exemple du règlement P2B 2019/1150 », *Revue française des affaires sociales*, n° 1, p. 19-39, https://doi.org/10.3917/rfas.221.0019.

Pelloux R. (1947), « Le Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 », *RDP*, p. 347.

Poirmeur Y. (1996), « La réception du Préambule de la Constitution de 1946 par la doctrine juridique – La construction de la juridicité du Préambule par ses premiers commentateurs », in *Le Préambule de la Constitution de 1946*, Paris, Puf, p. 99-127, https://bit.ly/3QqmXef.

Roman D. (2012), « La justiciabilité des droits sociaux ou les enjeux de l'édification d'un État de droit social », *Revue des droits de l'homme*, n° 1, https://doi.org/10.4000/revdh.635.

Spitz J.-F. (2009), « Droits négatifs, droits positifs : une distinction dépourvue de pertinence », *Droits*, vol. 49, n° 1, p. 191-212, https://doi.org/10.3917/droit.049.0191.

Supiot A. (2001), « Revisiter les droits d'action collective », *Droit social*, n° 7-8, juillet-août, p. 687-704, https://bit.ly/3OnpFiQ.

Supiot A. (2011), *Critique du droit du travail*, Paris, Puf, spéc. chapitre III, « L'invention du collectif ».

Vedel G., Rivero J. (1980), « Les principes économiques et sociaux de la Constitution : Le Préambule », in *Pages de doctrine,* tome 1, Paris, LGDJ, p. 93-145.

Verdier J.-M. (1997), « Négocier la représentation : Quels agents, quels pouvoirs, quel statut ? », *Droit social*, n° 12, p. 1040-1044.